

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 1. Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1996  
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXLV

SEGUNDO SEMESTRE 1996

NUMERO 2484

VOLUMEN II

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



REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL  
ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXI.V - NUMERO 2484

SEGUNDO SEMESTRE DE 1996

Volumen II

SALA DE CASACION PENAL

SANTA FE DE BOGOTÁ, 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 Volverde*  
*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 Planetta*  
*Nicolás Becerra Sinancas*  
*Rafael Romero Sierra*  
*Jorge Santos Ballesteros*

**SALA PENAL**

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

**MAGISTRADOS**

Doctores *Ricardo Calvele Rangel*  
*Nilson Elías Pinilla Priulla*  
*Fernando Enrique Arboleda Ripoll*  
*Carlos Eduardo Mejía Escobar*  
*Dádimio Pérez Velandía*  
*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*  
*Isliana Polanía Álvarez*  
*Sala de Casación Civil y Agraria*  
*Ayda Lucy López de Giraldo*  
*Sala de Casación Penal*  
*Beatriz Eugenia Cortés Becerra*  
*Tindas*

# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL: Doctora LILIANA POIANIA 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 CCXIV - SEGUNDO SEMESTRE Volumen II - Número 2484

---

## COMPETENCIA/ CASACION

*No se obide que la causal de nulidad que acusa es la de incompetencia, y frente a ella lo que interesa determinar es si el hecho por su naturaleza, por su lugar de ocurrencia, por el factor funcional o aun el foral, podía investigarse y conocerse por parte de los funcionarios que adelantaron la instrucción y luego el juicio.*

*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. Juan Manuel Torres Fresneda*

*Aprobado por Acta No. 133 (sept. 11/96)*

*Proceso: 9391*

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Manuel Sepúlveda Delgado en contra del fallo del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo del 19 de noviembre de 1993,

que confirma en su integridad la sentencia condenatoria del Juzgado Penal del Circuito de Soatá, con la cual se le impuso la pena principal de 5 años de prisión, la accesoria de inerción de derechos y funciones públicas por igual término y la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales tasados en 30 y 20 gramos oro, respectivamente, como responsable del delito de homicidio imperfecto.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- En la población de Covarachía (Boyacá) al finalizar las actividades populares del aguinaldo a eso de las cinco y media de la tarde del 21 de diciembre de 1992, Pedro Niño y su familia iban con destino a su casa de habitación en compañía de Ramiro Quintero, cuando al pasar frente a la residencia de Miguel Mesa se encontraron con Manuel Sepúlveda Delgado, individuo que al tiempo que ultrajaba a Pedro le disparó dos veces con el arma de fuego que portaba, haciendo impacto con uno de los proyectiles en la cabeza de la víctima. Cuando Pedro Niño cayó al suelo herido, tuvo su esposa Rosa Araque que cubrirlo con su propio cuerpo para evitar que las lesiones prosiguieran, dada la agresividad en que se empeñaban Luis, Henry, Hernando, Víctor y Manuel Sepúlveda, acción que le valió salir herida por otro disparo que recibió en el antebrazo derecho.

2.- Al día siguiente el Juez Promiscuo Municipal de Covarachía recibió las denuncias de los afectados, y de inmediato ordenó su remisión a la Fiscalía de Soatá, en vista de la precalificación del caso por los denunciantes como constitutivo de una "tentativa de homicidio". Por su parte, la Unidad Veinte de Fiscalía ordenó la práctica de diligencias previas "a fin de establecer las circunstancias objetivas del hecho" y para ese efecto impartió comisión al mismo Juzgado para la práctica de testimonios y el recibo de las versiones libres de los imputados.

Posteriormente la Fiscalía abrió la investigación y escuchó en indagatoria a los implicados, y el 2 de abril de 1993 impuso medidas de aseguramiento de detención preventiva en contra de Manuel Sepúlveda Delgado por tentativa de homicidio en Pedro Niño, y de conminación para Henry Sepúlveda Gutiérrez por las lesiones de Rosa Araque. Impugnada dicha resolución, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo la confirmó respecto del primero de los nombrados, invalidando la conminación al considerar que el Fiscal de Soatá no era competente para conocer del delito de lesiones personales; además, ordenó el rompimiento de la unidad procesal y la expedición de copias para que las autoridades de policía o el Juzgado Promiscuo de Familia -según fuera la edad del sindicado-, investigaran por separado los hechos relacionados con aquella conducta.

La Unidad Veinte de la Fiscalía de Soatá dictó resolución acusatoria en contra de Manuel Sepúlveda por el delito de homicidio en grado de tentativa el 29 de julio de 1993, y el Juzgado Penal del Circuito de esa

ciudad, al cual correspondió adelantar el juzgamiento, profirió el 13 de octubre de ese mismo año la sentencia condenatoria incipientemente referida.

Inconforme con el fallo de primera instancia, el señor defensor del procesado lo apeló, pero el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó dicha decisión al desatar la alzada mediante la sentencia que ahora se hace objeto del recurso extraordinario.

#### LA DEMANDA

Primer cargo formulado al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 220 de Código de Procedimiento Penal, lo hace consistir el censor en haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad por falta de competencia, pues del delito de lesiones personales le correspondía conocer al Juez Promiscuo Municipal de Covarachía; sin embargo, este despacho basado en un informe de Secretaría decidió declararse incompetente y ordenó enviar las diligencias a la Fiscalía bajo el supuesto de que se daba un delito de tentativa de homicidio, según lo denominaba el denunciante, absteniéndose de practicar pruebas y de expresar las razones jurídicas de su determinación.

Por su parte, la Fiscalía de Soatá asumió el conocimiento y dictó el proveído del 28 de diciembre de 1992 en el que ordena la práctica de diligencias previas, sin haber establecido qué conducta se estructuraba, "lo que pone de manifiesto que aún no se sabía si se trataba de un delito de lesiones o de una tentativa de homicidio".

Si a consecuencia del ataque perpetrado por personas identificadas resultaron lesionados Pedro Niño y Rosa Araque, lo procedente era iniciar la investigación por ese delito y no ordenar diligencias previas que, curiosamente, practicó el Juez Promiscuo Municipal de Covarachía comisionado por el Fiscal, cuando la autoridad competente para adelantarlas era la policía judicial, "violándose así los artículos 310, 311, 312, 313, 319 que... regulan lo relativo a la competencia y finalidades de la investigación previa".

Tanto el Juez como el Fiscal se despojaron arbitrariamente de la facultad otorgada por la ley al permitir que los denunciantes hicieran la calificación de los hechos, por lo que incurrieron en la nulidad prevista en el primer numeral del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal "por falta de competencia de los particulares para calificar los hechos" y del Fiscal para conocer de las lesiones personales, no previstas dentro de los asuntos de su conocimiento.

Además, de acuerdo con lo relatado, Rosa Araque resultó lesionada al prouger con su cuerpo a Pedro Niño para evitar que sus agresores lo ultimaran, y si como se afirma, éstos no lograron su objetivo gracias a tan

oportuna intervención, en su caso la adecuación de la conducta sería igualmente tentativa de homicidio y no lesiones personales, como equivocadamente la denominó el Fiscal ante el Tribunal (decisión del 14 de mayo de 1993) en contra de la lógica que permite sostener que si con los dos comportamientos se perseguía el mismo resultado no se podrían calificar de diversa forma, lo que demuestra, una vez más, que se trató de un caso de lesiones de competencia del Juzgado de Covarachia.

La falta de competencia de la jurisdicción penal va más allá, si asume que mediante el dictamen médico legal del 17 de marzo de 1993, practicado a Pedro Niño, se estableció que no hay evidencia de lesiones externas y que la incapacidad definitiva es de ocho (8) días, sin secuelas; clara demostración de la atipicidad de la conducta porque de acuerdo con lo previsto en el artículo 331 del Código Penal no hay daño en el cuerpo o en la salud y la incapacidad para trabajar no superó los 30 días exigidos por el artículo 332, *ibidem*, para que la conducta tenga connotación penal. Por lo tanto, al asumir las autoridades judiciales el conocimiento de la investigación del caso reservado a las autoridades de policía, incurrieron en violación del principio de legalidad establecido en el artículo 1o. del Código Penal.

*Segundo cargo* Con apoyo en la causal primera de casación -cuerpo segundo-, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de normas sustanciales por "error en la apreciación de determinada prueba".

Inicio la sustentación del cargo con la reproducción de apartes de la sentencia en los que el *ad quem*, previo análisis de los testimonios de los familiares de Pedro Niño, de Ramiro Quintero, del resultado de la pericia médico-legal y de las circunstancias que rodearon el hecho, concluye que fue Manuel Sepúlveda Delgado quien disparó sobre aquel con la indudable intención de causarle la muerte, pero que el hecho no se consumó gracias a la actitud protectora de la esposa de la víctima.

Igualmente transcribe apartes de las versiones de los denunciantes, los testigos y el procesado y destaca que según Pedro Niño los disparos le fueron hechos por la espalda, mientras que para Rosa Araque fueron Luis y Henry Sepúlveda los que le empezaron a disparar a Pedro cuando éste cayó al piso; por su parte Ramiro Quintero dice que fue Henry quien empezó a dispararle a Pedro pero no sabe quién lo lesionó; Ana Milena Niño señala a Henry como el primero en dispararle a su papá, después Manuel y luego se le lanzaron Luis, Víctor y Hernando Sepúlveda, "estaban tan borrachos que no se daban cuenta de lo que hacían" y dice que a éste último se le cayó el revólver cuando le pegaba con él en la cabeza a su papá, además, cree que las lesiones de su padre fueron causadas por Manuel y las de su mamá por Hernando; Yolanda Niño vio a Manuel, Hernando y Henry disparando antes del problema con su papá, pero no



supo contra quien, y cree que sus padres resultaron heridos en el momento que Rosa se lanzó a cubrir a Pedro, cuando vio que le daban patadas en el suelo y no podía defenderse.

El Tribunal incurrió en error grave si se tiene en cuenta que ninguno de los declarantes señala en forma categórica a Manuel Sepúlveda como autor de la lesión inferida a Pedro Niño, además, pasó inadvertidas las contradicciones existentes entre las declaraciones de Rosa Araque y Ramiro Quintero sobre el señalamiento de la persona que disparó primero, no tuvo en cuenta la versión de Ana Milena Niño sobre el desenvolvimiento de los hechos y apreció equivocadamente lo manifestado por ella sobre la autoría de las lesiones al darle el carácter de afirmación a la expresión 'terco que fueron'. Tampoco analizó la contradicción existente respecto de la persona a la que se le cayó el revólver, pues, Ana Milena señala a Hernando, y Pedro dice que fue a Manuel.

Como base de sus conclusiones tomó el Tribunal el dictamen del Médico Jefe del Hospital de Soatá que contradice al denunciante, para quien los disparos le fueron hechos al volcar la espalda, mientras que, según lo demuestra la trayectoria descrita en el examen, el disparo lo recibió Pedro cuando estaba frente a frente con su agresor, lo que descarta la autoría de Manuel, quien sí estaba a espaldas de la víctima. En cuanto a la experticia médico-legal del folio 28, la descripción de dos cicatrices, una en región parieto-occipital izquierda y otra en región parieto-occipital derecha, no pueden corresponder a orificios de entrada y salida de un proyectil porque la radiografía descartó cualquier lesión ósea y de haber sido dos los proyectiles se habrían alojado, lo que también fue descartado, o habría que aceptar que por la distancia llegaron con muy poca fuerza y rebotaron en el cráneo.

Todo parece indicar que las cicatrices corresponden a las heridas causadas por Hernando cuando golpeó a Pedro en la cabeza con el revólver que portaba, según el relato de Ana Milena, y el tatuaje pudo ser una equivocación del legista, ya que los rastros de deflagración de un disparo no son perceptibles a simple vista. Ahora, la presencia de tatuaje indica que el disparo se hizo a corta distancia y, entonces, queda sin explicación el hecho de que no se hubiera logrado el objetivo propuesto por quien disparó.

La investigación no aportó versiones distintas de las de familiares y amigos del lesionado, a pesar de un conato de riña ocurrido poco antes en la plaza, y si no existía enemistad entre la víctima y los Sepúlveda, no es posible imputarle a MANUEL la intención de matar a Pedro, si como dice Ana Milena Niño, aquellos salieron borrachos de sus casas y no se daban cuenta lo que hacían; desde luego disparando, pero no contra determinada persona sino al aire.

Si el Tribunal hubiera analizado la prueba en conjunto, como lo establece el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, sometiéndose a



las reglas de la sana crítica, habría llegado a la conclusión que existe una gran duda, o que no estaba demostrada la autoría del disparo que hirió a Pedro Niño, y menos aún que Manuel Sepúlveda hubiera tenido la intención inequívoca de causarle la muerte.

Los desaciertos del Tribunal dieron lugar a la violación de los artículos 5, 22, 36 y 323 del Código Penal, 246, 247, 254 y 445 del Código de Procedimiento.

*El tercer cargo*, formulado de manera subsidiaria e independiente, plantea la violación de una norma sustancial con base en la causal primera de casación -cuerpo primero-, por aplicación indebida.

Para iniciar con la demostración del reproche, acepta el casacionista que el autor de las heridas inferidas a Pedro Niño fue su representado, pero por haberle causado una incapacidad médico-legal definitiva de ocho (8) días encuentran adecuación típica en los artículos 331 y 332 del Código Penal y no en los artículos 323 y 22 de dicho estatuto.

Lo anterior por cuanto de los elementos de la tentativa señalados por Carrara no se cumplen en este caso el moral o intención inequívoca, pues ésta no se da mientras no se establezca que los actos ejecutados estaban orientados a la comisión de un delito. En ese sentido se han pronunciado el doctor Romero Soto en el seno de la Comisión Redactora del Código Penal, Luigi Scarano en su obra sobre la tentativa, el doctor Federico Estrada Véliz en el tratado de Derecho Penal, el profesor Antonio Vicente Arenas en los Comentarios al Nuevo Código Penal y Gustavo Salazar Pineda en el libro Temas Inexplorados del Foro Penal, tratadistas de los que transcribe apartes relacionados con el problema de la intención en la tentativa.

Lo único que estima demostrado en el proceso es la lesión sufrida por la víctima que le produjo una incapacidad de ocho días sin secuelas, pero ese hecho resulta atípico por falta de prueba del elemento subjetivo o intencional de la tentativa. Además, de acuerdo con los principios de legalidad y tipicidad nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto en la ley penal como punible y definido de manera inequívoca.

Tampoco basta el daño físico para que pueda hablarse del delito de lesiones personales. Es necesario que produzca una incapacidad para trabajar, porque de lo contrario el comportamiento apenas constituye una contravención cuyo conocimiento y sanción conciernen a las autoridades de policía, situación que da lugar a la invalidación de todo el proceso por falta de competencia de la jurisdicción penal.

Señores Magistrados

Fronte a esa realidad, la sentencia aplicó indebidamente los artículos 1, 3, 5, 22 y 323 del Código Penal al sancionar una supuesta tentativa de homicidio.

Como consecuencia solicita que la Corte invalide el fallo recurrido decretando la nulidad o profiriendo el que se ajuste a derecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

#### CONCEPCIO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal estima que la demanda se halla desprovista de la claridad y precisión que le son propias para que la Sala pueda abordar el estudio de fondo de las inconformidades que presenta.

La nulidad planteada en el primer cargo por violación de las reglas de la competencia carece de razón, a pesar de la inactividad inicial del Juez que recibiera la denuncia, puesto que los hechos relatados llevan a pensar en la configuración de un homicidio imperfecto. Así lo da a entender Pedro Niño cuando afirma que Manuel Sepúlveda después de ofenderlo le disparó en dos oportunidades por la espalda y se le "lanzó encima" a rematarlo, propósito que no pudo cumplir gracias a la oportuna protección de la esposa, quien también resultó lesionada; además consta en esa diligencia que el denunciante presentaba dos heridas suturadas en la cabeza. Por su parte Rosa Araque de Niño afirma que el procesado al salir de su casa portaba un arma de fuego, insultó a su marido "y enseguida Manuel Sepúlveda le disparó a mi esposo por la cabeza" logrando evitar que lo mataran al protegerlo con su cuerpo.

Esos relatos bastaban, según el Procurador, para concluir como lo hizo el Juez Promiscuo de Covarrachia en que la conducta correspondía a una tentativa de homicidio, puesto que la idoneidad del arma empleada por el agresor como la región vital del cuerpo hacia donde se dirigieron los disparos así lo demuestran, solamente que la reacción de Rosa Araque evitó el desenlace fatal que se proponía el agresor.

La remisión de la denuncia a la Fiscalía resultó por lo tanto acertada, y así lo confirman posteriores decisiones surgidas de las pruebas recaudadas, tales como la calificación y la sentencia que en ningún momento han puesto en duda la entidad que le dio el Juez de Covarrachia al hecho denunciado, determinación que sirvió para que desde sus inicios adelantara la investigación el funcionario competente.

Tampoco es cierta la improcedencia de las diligencias preliminares ordenadas por la Fiscalía, habida cuenta que la individualización del autor del hecho no es su único fin, pues, esa actividad resulta igualmente procedente para "determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal", sin que por estar demostrado uno de los objetivos deba prescindirse de la búsqueda de los demás a través de esa fase previa antes de preceptuar la apertura de investigación sin saber si realmente el hecho ocurrió, si

está previsto como punible en la ley penal o, como dice el Fiscal de Soatá, para "establecer las circunstancias objetivas del hecho".

Igualmente infundada resulta la afirmación relacionada con el funcionario competente para adelantar la indagación preliminar, toda vez que el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal faculta a los funcionarios judiciales para comisionar "a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría" con el fin de evacuar las diligencias que deban practicarse fuera de su sede, y en este caso, siendo el Juez Promiscuo de Covarachía una autoridad judicial, podía ser válidamente comisionado para adelantar las pruebas señaladas por el comitente.

Ahora, si la denominación que le dio el denunciante a los hechos coincide con la que posteriormente les asigna el funcionario judicial, no significa que éste haya dejado en manos de los particulares la labor de adecuación de la conducta, pues dentro del proceso la única apreciación válida en ese sentido es la que hacen los distintos funcionarios en sus respectivas providencias.

En cuanto que las heridas recibidas en los mismos hechos por Rosa Araque debieron ser calificadas como tentativa de homicidio y no como lesiones personales, no es pertinente su análisis dentro de este proceso porque el delito cometido en su contra no fue materia de la sentencia impugnada y el cuestionamiento sobre su errónea calificación corresponde resolverlo a la autoridad que conoció de esos hechos, en cumplimiento de la decisión de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Santa Rosa que ordenó el rompimiento de la unidad procesal; separación que implica la calificación por el contenido de las pruebas recaudadas en cada caso, con independencia de las que obren en el otro proceso.

La atipicidad por falta de incapacidad laboral a que se refiere el libelista al finalizar el cargo, no tiene fundamento legal, puesto que no es propio del homicidio en grado de tentativa la exigencia de un resultado desde el punto de vista material; tanto que si Pedro Niño no hubiera recibido lesión alguna podría tipificarse dicho delito al concurrir la intención homicida del agresor que, necesariamente, no se cumple por circunstancias ajenas a su voluntad.

Es más, en su planteamiento el censor desconoce la realidad procesal cuando afirma que si la lesión no produce incapacidad para trabajar no tiene sanción penal, sin advertir que ya en otro aparte del mismo libelo se refirió a la incapacidad médico-legal definitiva de ocho días.

El cargo no es más que un osado planteamiento, carente de fundamentación jurídica, orientado a descubrir defectos en la sentencia que no existen, por eso no debe prosperar.

Respecto del segundo cargo, dice la Delegada que tal como está estructurado actualmente el recurso extraordinario, no es posible plantear

un falso juicio de convicción con base en las discrepancias existentes entre el juzgador y el recurrente, sobre la credibilidad que el primero le haya otorgado a un medio de prueba, en razón a que la opinión del censor "no tiene consagración legal alguna y, por lo tanto, su medida debería buscarse en la opinión del casacionista que, con todo y sustentarse en una interpretación lógica de la prueba, no puede prevalecer sobre el criterio del sentenciador", cuya decisión viene precedida de las presunciones de acierto y legalidad.

Además, porque la apreciación de los medios en el sistema probatorio colombiano se rige por los principios de la sana crítica y esas limitaciones el censor las pasó por alto cuando planteó la violación de la ley sustancial "por error en la apreciación de determinada prueba" con argumentos subjetivos, sin demostrar la existencia de errores de hecho, o de derecho por falso juicio de legalidad que es el único con posibilidades en esta sede.

Sostiene el censor que ninguno de los declarantes que cita señala "en forma categórica" al procesado como autor de las lesiones causadas a Pedro Niño, como si las declaraciones relacionadas en el libelo merecieran credibilidad absoluta sin tener en cuenta las demás versiones: especialmente cuando está claro que las instancias para deducir la responsabilidad del acusado se apoyaron no solamente en esos testimonios, algunos de los cuales permiten inferir que fue Manuel Sepúlveda quien disparó contra Pedro, sino en el conjunto de versiones "que si bien no es armónico, sí permite arribar a dicho resultado".

El cuestionamiento a la sentencia por no haber considerado posibles contradicciones entre las versiones de Rosa Araque y Ramiro Quintero se quedó en el simple enunciado, pues no demostró la incidencia de esa evaluación en el fallo, por lo que el ataque carece de sustento.

Más adelante, refiriéndose al testimonio de Ana Milena Niño, parece estar planteando un alegato por falso juicio de identidad, pero tampoco en este evento adujo razones que conduzcan a la ruptura de la sentencia, como quiera que se limitó a decir que el juzgador había tomado la prueba en sentido equivocado, cuando lo fundamental de la estimación se derivó "no de su contenido intrínseco, sino del examen que de él se hizo con los demás medios de convicción, determinando dicho análisis que las posibles contradicciones y deficiencias de aquellas pruebas resultaban solventadas por las demostraciones que se lograban con las demás probanzas".

Al cuestionar el reconocimiento médico-legal apela nuevamente al criterio personal de interpretación para contradecir las conclusiones del perito, sin demostrar el desacierto que les atribuye, bastándole hacer afirmaciones infundadas como aquella de que el médico se equivocó al examinar el talle.

El reproche amerita su desestimación por no haber logrado el censor la demostración de los yerros anunciados.

El cargo subsidiario es, para el Ministerio Público, una forma habilitada de revivir el tema de la nulidad por indebida calificación de los hechos, con fundamento en la inexistencia del elemento subjetivo de la tentativa: respecto de la cual el casacionista se abstuvo de poner en evidencia los posibles errores cometidos por los juzgadores cuando, con base en el análisis probatorio, "hallaron comprobada la intención homicida del agente". La simple alusión a los apartes de la doctrina mencionados en la demanda no le permite a la Corte saber cuál es el verdadero alcance del reparo.

Es más, el eje medular de la sentencia fue la intención del agresor, "la que no es posible deducir exclusivamente de la modificación del mundo exterior, sino que es necesario examinar las diferentes pruebas -como se hizo en las instancias- para descubrir en ellas cuál era la dirección de la voluntad del agente del delito", por eso no le bastaba al censor apoyarse en el resultado material de la conducta para combatir el fallo impugnado.

Es partidaria la Delegada de la desestimación del cargo y, como resultado del análisis global de la demanda, solicita a la Sala no casar la sentencia impugnada.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo de nulidad que encabeza el escrito de demanda se afianza indistintamente en argumentos entre sí excluyentes y que por lo mismo requerirían de imperiosa formulación por separado, pues no resulta lógico proponer a un mismo tiempo y dentro del único capítulo la nulidad por incompetencia del funcionario y la atipicidad de la conducta, ya que el primer motivo se remite a un error de actividad que implica la invalidación de lo actuado para que en su lugar el expediente se remita al verdadero funcionario competente; mientras que la atipicidad apunta a una violación de la ley sustancial, y ello, además de corresponder a la causal primera de casación, no a la tercera, busca la casación del fallo de condena para sustituirlo por uno absolutorio, lo que supone la validez de lo actuado.

Si bien este defecto es suficiente para desestimar el cargo bajo estudio, en tanto que a la Corte se la inhibe para rectificar o adicionar el escrito de demanda (artículo 228 del C. de P.P.), es pertinente añadir que ni siquiera la argumentación que a cada caso se adiciona guarda la coherencia necesaria, y mucho menos atenta la posibilidad de una invalidación por vía oficiosa (artículos 228 y 229 del C. de P.P.).

En tal sentido se observa que cuando el censor redacta el ataque por la vía de la incompetencia, comienza por criticar la fundamentación del



auto que remitió la actuación por el Juzgado de Covarrachia a la Fiscalía, en cuanto en él se dijo que la adecuación de la conducta correspondía a una tentativa de homicidio y no a un delito de lesiones, porque así lo calificaban los sujetos ofendidos, lo que implicaba una renuncia del funcionario a valorar oficialmente los hechos.

Sin que la Corte desconozca que la tarea de adecuación de la conducta punible a las normas vigentes es labor privativa del juez, no de las partes, es lo real que la afirmación contenida en la providencia criticada era simplemente ocasional, y que jamás constituyó el verdadero fundamento de la competencia dentro el caso que se examina, pues la verdad es, como en afortunada síntesis lo expresa la sentencia, que la argumentación abunda para inferir en la actuación del procesado su intención de causar la muerte a Pedro Niño, siendo válidas para deducirla las múltiples circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes a los disparos, como lo eran las relaciones existentes entre víctima y victimario, las palabras y la actitud amenazante que inmediatamente precedió a los disparos, la clase de arma utilizada, el número de los disparos hechos, su menor distancia y la dirección hacia la cabeza del ofendido, y aun la persistencia de la agresión en cuanto una vez caído el lesionado, tuvo su esposa que cubrirlo con su cuerpo, sin que con ello cesaran las acciones violentas del grupo atacante, que redundaron también en la lesión de la señora.

Siendo esta, entonces, la verdadera fundamentación existente sobre la naturaleza de los hechos imputados, es evidente que la equívoca motivación del inculpe auto censurado resulta accidental y sobre todo intrascendente para determinar la competencia, lo que indica que ni siquiera al extremar la crítica a esa providencia surge de allí alguna irregularidad con relevancia, y mucho menos la calificación de esencial para el defecto, pues la motivación de entonces se hacía notoriamente contingente, cuando eran otras y objetivas las verdaderas causas que generaban la adecuación del hecho como una tentativa de homicidio.

Dice también el censor que constituye irregularidad el hecho de que se hubiese decretado la práctica de una actuación preliminar, cuando el caso justificaba desde su inicio la apertura sumarial, pero sobre ese circunstancia no acredita ninguna irregularidad con trascendencia sobre las bases mismas del proceso. No se olvide que la causal de nulidad que acusa es la de incompetencia, y frente a ella lo que interesa determinar es si el hecho por su naturaleza, por su lugar de ocurrencia, por el factor funcional o aun el foral, podía investigarse y conocerse por parte de los funcionarios que adelantaron la instrucción y luego el juicio, y es lo cierto que ninguno de estos aspectos se mortifica porque se hubiesen realizado diligencias previas, menos aún, si como bien se ve ellas fueron dispuestas por la Fiscalía y cumplidas mediante la delegación autorizada por el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, en un momento en que ni

siquiera habían entrado en funcionamiento las Fiscalías Locales, diferenciadas por ministerio de la Constitución -artículo 27 transitorio- a un término máximo de cuatro años.

Pero aun a salvo la competencia bajo aquella decisión que se objeta, es dable aclarar que ni las diligencias previas podían constituir exceso, cuando se sabe que en los hechos había intervenido un número plural de individuos que obligaba a esclarecer la autoría, ni bajo la estimación de esa sola y supuesta anomalía puede afirmarse que se afectó el proceso en su legalidad, porque a lo sumo se trató de un exceso que para nada afectó los intereses de los intervinientes procesales, ni mucho menos desartificó el esquema básico de la actuación debida.

El otro aspecto que en este mismo aparte se reprocha, supone que por haber calificado la agresión sufrida por la señora Rosa Araque como constitutiva de unas lesiones personales, se le ha debido dar la misma adecuación a la conducta de Manuel Sepúlveda Delgado, o viceversa, de donde surge que esa desigualdad agravó la situación para este procesado, y vino a redundar en la anulación pedida.

Tampoco aquí razón alguna le asiste al recurrente, quien con su planteamiento ignora la diferencia de los momentos en que se lesionó a Pedro Niño y a su esposa Rosa; que por su entidad y localización, fueron también distintas las lesiones, que la intención del autor en una y otra era disímil, y lo que es todavía más ilustrativo, que la autoría de los disparos contra cada uno de los esposos difería. Cómo poder entonces equiparar una agresión con otra, y cómo luego sostener la unidad del propósito dañoso respecto de los distintos ofendidos?. Los argumentos del casacionista no muestran aquí el más mínimo acierto, porque la validez de un proceso (la tentativa de homicidio en una víctima), no puede depender de su unificación con otro (las lesiones personales en otra diferente), dado que el principio de la unidad procesal no es absoluto.

Mas si la discusión se quiso radicar en torno de la denominación asignada a la conducta que afectó la integridad física de Rosa Araque, ese tema no es susceptible de análisis en este asunto, porque sumado a la falta de interés del impugnante, es claro que el rompimiento de la unidad procesal decretado por el Fiscal Delegado ante el Tribunal de Santa Rosa, aisló las dos investigaciones definitivamente, y como consecuencia, las hipotéticas irregularidades ocurridas en alguna de ellas no pueden extenderse a la otra, ni plantearse indistinta ni alternativamente en uno u otro proceso. Si se dio, entonces, una indebida calificación de las lesiones personales, ello solo incumbe y puede resolverse dentro de aquel proceso, no en éste.

Por último y en cuanto toca con la atipicidad de la conducta, además de insistir la Sala en que su alegación se opone a la petición de nulidad

con la cual se acompaña, lo que la hace junto con su falta de alegación formal inaceptable, tampoco se distancia siquiera de un simple y necio desconocimiento de la existencia y operancia del artículo 22 del Código Penal, pues no otra cosa deviene de la sola afirmación de que no habrá tentativa de homicidio si la víctima del ataque mortal lo sobrevive.

Ahora bien, si algo en síntesis liga una tan desordenada lista de defectos, es la inconformidad del libelista frente a la imputación por homicidio imperfecto, cuando a su juicio se daban unas lesiones personales. Si ello era así, la impugnación revela otro insalvable desatino, pues lo que se ha debido acusar era un error en la calificación jurídica del hecho, entrando a demostrarla de modo claro y contundente.

Ni el motivo de la nulidad quedó acertadamente enunciado, ni mucho menos se dio su fundamento. El cargo, en consecuencia, no prospera.

*Segundo cargo* Como bien lo anota la Procuraduría, en forma imprecisa y sin establecer previamente si el error aducido es de hecho o de derecho, pretende el censor hacer prevalecer sus personales convicciones sobre la credibilidad otorgada por el Tribunal a los medios de prueba, valiéndose de argumentos subjetivos, especulativos e inadecuados para enfrentar la doble presunción de acierto y legalidad que ampara la decisión impugnada.

En lo que al cabo parecería ser la formulación de un error de derecho por falso juicio de convicción, pero omitiendo la indicación que pudiera imponer aquella prioridad de unas versiones sobre otras, o alternatively la preferencia del criterio valorativo de las partes sobre el que vierte el juzgador en la sentencia -desconociendo el contenido del artículo 254 del C. de P.P., muy a pesar de que lo invoca-, se duele el casacionista de la falta de un señalamiento categórico del sentenciado por parte de los distintos declarantes, y para reforzar su planteamiento opta por confrontar las diferentes versiones recibidas con el propósito de demostrar sus deficiencias o contradicciones.

Dentro de esta argumentación, y no obstante la improcedencia del método de ataque que selecciona en sede del recurso extraordinario, ni siquiera consulta el censor como en su defecto sí lo hacen los fallos de instancia, la forma intempestiva de ocurrencia del suceso, ni la participación activa de varias personas disparando, lo que hacía que el conocimiento de los distintos episodios se ofreciese fraccionado, y que el grado de certeza de cada deponente dependiera más de su mayor o menor capacidad perceptiva, que no del desconocimiento del detalle.

Lo importante para el caso es que el Tribunal ni ignoró la prueba ni la deformó en su contenido -sin que el censor demuestre lo contrario-, como tampoco desatendió la existencia de contradicciones entre los parciales del ofensor y los parientes de la víctima, lo que llevó a pormenorizar expli-



caciones en relación con las razones que conducían a preferir las voces de quienes imputaban a Manuel Sepúlveda la autoría de los disparos en contra de Pedro Niño. Fue así como la sentencia del Tribunal se refirió a las explicaciones del ofendido y de su esposa Rosa, porque los dos se hallaban presentes y en calidad de víctimas percibieron directamente la realidad y origen del ataque, siéndoles fácil identificar a MANUEL a quien de antemano conocían, cuando revólver en mano y luego de insultarlo, le disparó a Niño.

Pese a su condición de hijas, también se les creyó a las descendientes de los Niño Araque, en tanto sus testimonios coincidieron con los anteriores, pero en mayor grado se dijo que la versión determinante era la que rendía el señor Quintero Nossa, Personero de Covarachía, porque no se trataba de cualquier tercero presencial del caso, sino de alguien que por su condición de funcionario ofrecía mayor seriedad y objetividad en su relato, siendo su información inequívoca al decir que vio a Manuel Sepúlveda con un revólver en la mano, y hacer con él detonaciones coincidentes con el lesionamiento del ofendido.

Fue entonces la coincidencia de este grupo de informantes, vedores todos de la agresión, la que acompañada de una razonable consideración a las condiciones personales de los declarantes encaminó la determinación de responsabilidad de la sentencia, pero es notorio que frente a ese razonamiento no media por parte del actor alguna alegación concreta, ni mucho menos la prueba de un falso juicio de existencia o de identidad, o de uno de legalidad capaz de dar por tierra con el arraigo probatorio de la condena.

En su defecto, el censor se ocupa de enderezar en contra de los razonamientos del *ad quem* una serie de apreciaciones subjetivas, como si la formulación de un cargo en casación pudiera confundirse con las alegaciones informales de la instancia, sin precaver que en esta sede extraordinaria los cargos deben sujetarse a la causal taxativa que en concreto el demandante selecciona, y cuyo desarrollo le compete del modo claro y preciso que en este caso se extraña, porque en la demanda ni se anuncia ni se demuestra de modo diáfano y completo la ocurrencia de los errores de hecho o de derecho que de manera difusa se alegaban.

Es más, de la informalidad se pasa por el censor a las afirmaciones temerarias y especulativas, que de ninguna manera podrían remover como se aspira una sentencia de segundo grado, como sucede al afirmar que los disparos los recibió la víctima de frente, desconociendo que los huesos temporales se unen con el occipital en la parte posterior y no en la anterior del cráneo, o cuando dice que los rastros de la deflagración de un disparo no pueden percibirse a simple vista, ignorando que la ciencia y la experiencia judicial indican que a la corta distancia en que se ubica su deflagración en este caso, sí dejaban una notoria zona de tatuaje que se conforma por los detritus de la pólvora que en parte queman la piel o se

incrustan en ella, bordeando el orificio de entrada de forma concéntrica, y cuya mayor o menor compactación dependerá de la distancia a la que se realiza el disparo.

En estos términos se ve que la inconformidad del libelista es con los hechos y no con la sentencia que ataca, así que por antitécnica, incompleto, errátil y especulativo, el cargo formulado no prospera.

*En cuanto al cargo subsidiario*, propuesto por violación directa de la ley, razón le asiste de nuevo al Ministerio Público cuando critica porque bajo él encubre el censor una causal de nulidad surgida de la equivocada calificación de la conducta, pues en lugar de un homicidio imperfecto insiste en que se trata de unas lesiones personales.

La confusión notoria dentro del mismo cargo, de las causales de casación primera y tercera, implicará de entrada la desestimación de la censura, pues no le es dable a la Corte rectificar errores en los que incurra la demanda, y ello mantiene inconciliable la contradicción y exclusión de sus proposiciones.

El descuidado planteamiento supone que simultáneamente y luego de reconocer equivocada la calificación de fondo, la Corte invalide la actuación para volver de regreso a el estado sumarial, y al propio tiempo y bajo la causal primera, dicte sentencia de sustitución, como si esta pudiera recaer sobre un proceso nulo.

La sola cotexación de tan incompatibles motivos y peticiones, muestra el distanciamiento del censor de las más mínimas y elementales exigencias del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y como consecuencia la imposibilidad de que la Corte intente siquiera adelantar su estudio.

Claro se ve, entonces, que por su falta de técnica, y su contradictorio desarrollo, tampoco el cargo subsidiario es exitoso, lo que conduce a que la demanda no prospere.

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

#### RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado por el Defensor del Procesado Manuel Sepúlveda Delgado.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

*Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando E. Arbolada Ripoll, Ricardo Calvete Rungel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## NOTIFICACION

*Presupuesto fundamental para contravertir el ejercicio de la jurisdicción, es el conocimiento de los proveídos a través de los cuales se materializa su actividad. De ahí que el legislador haya previsto la necesidad-garantía de informar a las partes intervinientes en el proceso penal de aquellas decisiones que por resultar adversas a sus intereses o afectar el decurso de la actuación, son susceptibles de oposición a través de los recursos previstos en la normatividad procesal, permitiendo así el ejercicio del derecho de defensa como garantía integrante del debido proceso.*

*Según el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, se deben notificar las providencias de sustanciación notificables, los proveídos interlocutorios y las sentencias. Y el artículo 187 ejusdem prevé, como formas de notificación, la personal, por estado, por edicto, por conducta conculuyente, y en estrados.*

*En el ordenamiento procesal penal actual se regula la notificación personal (arts. 188 y 189) -la cual debe efectuarse necesariamente "al sindicado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público"-, por estado (art. 190, modificado por la Ley 81/93, art. 25), por conducta conculuyente (art. 191) y en estrados (art. 192).*

*La notificación por edicto, si bien fue prevista expresamente, no fue regulada en el ordenamiento procesal penal actual, por lo que su procedencia y trámite deben ceñirse a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, por virtud del principio de integración jurídica, consagrado expresamente, en el artículo 21, como norma rectora del procedimiento penal.*

*Al efecto, el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil -modificado por el D.E. 2282/89, art. 1º, num. 152-, señala:*

*"Art. 323 C. de P. C., modificado D.E. 2282/89, art. 1º, num. 152. Notificación de sentencias por edicto. Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto que deberá contener: (...)*

*"El edicto se fijará en un lugar visible de la secretaría por tres días, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas".*

*"La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto".*

*Interpretando sistemáticamente la normatividad anterior, en el proceso penal se deben notificar por EDICTO las SENTENCIAS "que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha". lo cual significa que, proferido el fallo, se hará necesariamente la notificación personal al procesado "que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público" (art. 188 C. de P. P.); y si "dentro de los tres días siguientes a su fecha", la sentencia no se ha notificado personalmente a los restantes sujetos procesales, se debe notificar por EDICTO -que debe permanecer fijado durante tres días en un lugar visible de la secretaría-.*

*Como la notificación se entiende cumplida o agotada el último día de fijación del edicto, la sentencia cobrará ejecutoria el tercer día hábil siguiente, fecha en la cual, de conformidad con el artículo 196 del C. de P. P., vence el término para impugnarla.*

*El envío de comunicación cablegráfica para efectos de la notificación de la sentencia a aquellos sujetos procesales distintos del procesado y el agente del Ministerio Público, constituye una práctica lícita al abundar en garantías para efectos del enteramiento a las partes de la decisión final, pero no puede derivarse de esta diligente actividad, la ampliación de los términos de notificación establecidos en la ley, y de la ejecutoria de la sentencia.*

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

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

**Aprobado acta No. 136.**

**Proceso: 11728**

### **1. ASUNTO**

**Resolver el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado Arnulfo Ruiz Pinto contra el auto mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, negó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada por esa Corporación en primera instancia.**

## 2. ANTECEDENTES

Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, condenó en primera instancia, el 28 de marzo del año en curso, al doctor Arnulfo Ruiz Pinto -exjuez Promiscuo Municipal de Parachibueno (Cundinamarca)-, a la pena principal de 30 meses de prisión, como autor responsable del delito de concusión (fls. 3 y ss.).

La referida sentencia se notificó personalmente a la Agente del Ministerio Público el 29 de marzo; y a la Fiscal Delegada ante el Tribunal, el 8 de abril (fl. 27 vto.). A los demás sujetos procesales, la notificación se hizo por edicto fijado durante los días 10, 11 y 12 de abril (fls. 30 y 31).

El día 18 de ese mismo mes, el defensor del procesado interpuso el recurso de alzada. Ese mismo día el Secretario pasó las diligencias al Despacho informando que el recurso fue interpuesto extemporáneamente, pues "la sentencia del 28 de marzo de los corrientes, quedó debidamente ejecutoriada el día de ayer (abril 17) a las seis de la tarde" (fl. 33).

El Tribunal Superior declaró extemporáneo el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia se abstuvo de concederlo (fls. 34 y ss.).

Inconforme con tal decisión, el defensor del procesado interpuso el recurso de hecho, para cuyo trámite se expidieron las copias pertinentes con destino a esta Corporación, ante la cual y durante el término de traslado, se presentó la respectiva sustentación.

Argumenta el impugnante que la sentencia proferida en contra de su defendido no se encontraba ejecutoriada el día 18 de abril, fecha en la cual interpuso el recurso de apelación, por lo que lo considera procedente, pues los tres días previstos legalmente para notificar el fallo en forma personal, "se cuentan a partir del día siguiente del envío del telegrama", de donde deduce que si el 29 de marzo se libró la comunicación para efectos de la notificación personal, la decisión cobraba ejecutoria el día 18 de abril y no el 17 como erróneamente lo afirma el Secretario de la Corporación.

## 3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El aspecto medular de la controversia en cuestión, se refiere a la notificación de la sentencia proferida en el proceso penal, por lo que la Sala considera conveniente hacer las siguientes precisiones al respecto:

3.1. Presupuesto fundamental para controvertir el ejercicio de la jurisdicción, es el conocimiento de los proveídos a través de los cuales se materializa su actividad. De ahí que el legislador haya previsto la necesidad-garantía de informar a las partes intervinientes en el proceso penal de aquellas decisiones que por resultar adversas a sus intereses o afectar el decoro de la actuación, son susceptibles de oposición a través de los recursos previstos en la normatividad procesal, permitiendo así el ejercicio del derecho de defensa como garantía integrante del debido proceso.

3.2. Según el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, se deben notificar las providencias de sustanciación notificables, los proveídos interlocutorios y las sentencias. Y el artículo 187 *iusdem* prevé, como formas de notificación, la personal, por estado, por edicto, por conducta concluyente, y en estrados.

3.3. En el ordenamiento procesal penal actual se regula la notificación personal (arts. 188 y 189) -la cual debe efectuarse necesariamente "al sindicado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público", por estado (art. 190, modificado por la Ley 81/93, art. 25), por conducta concluyente (art. 191) y en estrados (art. 192).

3.4. La notificación por edicto, si bien fue prevista expresamente, no fue regulada en el ordenamiento procesal penal actual, por lo que su procedencia y trámite deben ceñirse a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, por virtud del principio de *integración jurídica*, consagrado expresamente, en el artículo 21, como norma rectora del procedimiento penal.

Al efecto, el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil -modificado por el D.E. 2282/89, art. 1º, num. 152-, señala:

"Art. 323 C. de P. C., modificado D.E. 2282/89, art. 1º, num. 152. *Notificación de sentencias por edicto.* Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto que deberá contener: (...).

"El edicto se fijará en un lugar visible de la secretaría por tres días, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas".

"La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto".

3.5. Interpretando sistemáticamente la normatividad anterior, en el proceso penal se deben notificar por EDICTO las SENTENCIAS "que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha", lo cual significa que proferido el fallo, se hará necesariamente la notificación personal al procesado "que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público" (art. 188 C. de P. P.) y si "dentro de los tres días siguientes a su fecha", la sentencia no se ha notificado personalmente a los restantes sujetos procesales, se debe notificar por EDICTO -que debe permanecer fijado durante tres días en un lugar visible de la secretaría-.

Como la notificación se entiende cumplida o agotada el último día de fijación del edicto, la sentencia cobrará ejecutoria el tercer día hábil siguiente, fecha en la cual, de conformidad con el artículo 196 del C. de P. P., vence el término para impugnarla.



3.6. De conformidad con las premisas anteriores, en el caso "*sub examine*" resulta jurídicamente acertada la denegación que por extemporaneidad se hizo del recurso de apelación por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca, toda vez que si la sentencia se proferió el 28 de marzo del año en curso (fs. 3 y ss.) y en los tres días hábiles siguientes se notificó personalmente a la Agente del Ministerio Público y a la Fiscal Delegada ante esa Corporación (fl. 27), era menester, al cuarto día hábil siguiente, proceder a la fijación del edicto por tres días -como en efecto se hizo los días 10, 11 y 12 de abril-.

Si ello fue así, el fallo cobró ejecutoria el día 17 de abril a las seis (6:00) de la tarde y no el día 18, como erróneamente afirma el impugnante.

3.7. El envío de comunicación cablegráfica para efectos de la notificación de la sentencia a aquellos sujetos procesales distintos del procesado y el agente del Ministerio Público, constituye una práctica loable al abundar en garantías para efectos del enteramiento a las partes de la decisión final, pero no puede derivarse de esta diligente actividad, la ampliación de los términos de notificación establecidos en la ley, y de la ejecutoria de la sentencia, como en este caso pretende hacerlo el abogado defensor para justificar la tardía interposición de la alzada.

3.8. El impugnante yerra en la invocación que hace del artículo 190 del Código de Procedimiento Penal, pues esta preceptiva -modificada por el art. 25 de la Ley 81/93-, regula un mecanismo de información diferente cual es la notificación por ESTADO, -aplicable supletivamente, cuando no sea posible la notificación personal de las providencias interlocutorias y de sustanciación notificables- y en manera alguna se refiere a la notificación de las SENTENCIAS. Estas últimas, como ya se precisó, por virtud del principio de integración jurídica, deben notificarse por EDICTO, según la expresa regulación hecha por el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el D.E. 2282/89, art. 1° num. 132.

3.9. Así las cosas, se declarará jurídicamente acertada la denegación del recurso de apelación interpuesto extemporáneamente contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

De conformidad con el inciso primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se "enviará 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

1. Declarar correctamente denegado el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca.

2. Enviar la actuación al Tribunal de origen para que forme parte del expediente.

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 Velandía, Nilson Pirilla Pirilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## CASACION DISCRECIONAL

Tómese en cuenta primeramente el propio artículo 218 que se invoca para advenir en él que la casación procede «contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia» (subrayas de la Sala), sin que la excepcionalidad prevista en el inciso final de este precepto tralique la posibilidad siquiera de que el recurso extraordinario opere frente a decisiones interlocutorias, pues basta con mirar las dos razones que dan lugar a la intervención de la Corte para entender que una y otra son predicables como justificadas cuando ya no es posible remediar de otro modo un agravio en las instancias, a que en ellas es amplia la posibilidad que tienen los sujetos procesales para impugnar las decisiones que les desfavorezcan, como la tiene el juez para reorientar un ítimile viciado o sopesar las diferentes fuentes del derecho en la adopción de las decisiones que halle conducentes.

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

Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresnedo

Aprobado Acta No.136

Proceso: 12094

## VISTOS

Se decide sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación que por vía excepcional propone el defensor del procesado Elberto Antonio Guerra Castro, a quien se le imputa el delito de Homicidio cometido en la persona de Carlos Alberto Cruz Romero.

## ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 8 de marzo de 1996, el Juzgado Penal del Circuito de Ramiriquí concluyó la instancia a su cargo en el proceso adelantado por la muerte de Carlos Alberto Cruz Romero, profiriendo condena contra Elberto Antonio Guerra Castro, como determinador de la conduc-

ta, por la cual le impuso la pena de prisión de 25 años, interdicción de derechos y funciones públicas por el máximo de ley, le obligó al pago, en concreto, de los perjuicios morales y materiales causados con el delito, y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra esta providencia se levantaron tanto el procesado como su defensor mediante la interposición del recurso de alzada que sustentaron verbalmente ante el Tribunal Superior de Tunja. Ya en el curso de la audiencia, la representante del Ministerio Público formuló una petición de nulidad por falta de defensa técnica en la indagatoria y sus ampliaciones, habida cuenta que el procesado no contó con la asistencia de un abogado titulado y, subsidiariamente demandó que ante la duda, se optara por la absolución del inculcado.

En interlocutorio de mayo 30 siguiente se pronunció la Sala de decisión del Tribunal, y al hacerlo acogió la petición principal del Ministerio Público, invalidando como consecuencia las indagatorias, las pruebas originadas en ellas, la providencia que definió la situación jurídica provisional, el auto de cierre de la instrucción, el calificadorio, la audiencia pública y la sentencia, disponiendo frente a ese estado de cosas la libertad del imputado.

Esta decisión del Tribunal también fue objeto de impugnación por diferentes vías, siendo así que el defensor la atacó en casación por la razón prevista en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, y al mismo tiempo en distinto escrito apeló del numeral 1o. de la parte resolutive, que decretó la nulidad de la actuación.

El procesado, por su propia iniciativa, también apeló la decisión en el aparte que anula.

Estos recursos merecieron respuesta del ad quem mediante auto del 20 de junio próximo pasado, en el sentido se disponer la remisión del expediente a la Corte para que se decida sobre la casación discrecional, mientras que al tiempo denegó la apelación por improcedente.

Todavía esta última determinación fue objeto de nueva impugnación por parte de la defensa que intentó primero su reposición, y en subsidio la expedición de copias para hacer uso del recurso de hecho, solicitud última que efectivamente se atendió, porque el Tribunal mantuvo la negativa de la alzada.

En esta oportunidad actúa la Sala sobre el expediente original, encaminada a decidir lo atinente con el recurso extraordinario propuesto por la vía discrecional.

#### CONSIDERACIONES

No se hace necesario un mayor abundamiento de razones para ver la absoluta improcedencia del recurso extraordinario interpuesto, así su invocación se intente por la vía del tercer inciso del artículo 218 del Código

de Procedimiento Penal, pues resulta evidente que la casación solo opera contra los fallos de segunda instancia y no contra las providencias interlocutorias, naturaleza ésta del auto que decretó en segunda instancia la nulidad de la actuación cumplida.

Tómese en cuenta primeramente el propio artículo 218 que se invoca para advertir en él que la casación procede "contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar en segunda instancia" (subrayas de la Sala), sin que la excepcionalidad prevista en el inciso final de este precepto indique la posibilidad siquiera de que el recurso extraordinario opere frente a decisiones interlocutorias, pues basta con mirar las dos razones que dan lugar a la intervención de la Corte para entender que una y otra son predicables como justificadas cuando ya no es posible remediar de otro modo un agravio en las instancias, a que en ellas es amplia la posibilidad que tienen los sujetos procesales para impugnar las decisiones que les desfavorezcan, como la tiene el juez para reorientar un trámite viciado o sopesar las diferentes fuentes del derecho en la adopción de las decisiones que halle conducentes.

Pero por otra parte basta mirar disposiciones como la del artículo 223 atinente con la oportunidad para interponer el recurso para observar que allí se insiste en que la decisión objeto de esta impugnación es "la sentencia de segunda instancia", o la del artículo 219 cuando señala que es fin de la casación reparar los agravios inferidos a las partes "en la sentencia recurrida", el artículo 225 que al imponer los requisitos de la demanda de casación obliga a identificar en ella "la sentencia impugnada", el 220 que al señalar las causales de este recurso extraordinario invariablemente alude a que "la sentencia sea violatoria del derecho sustancial", no esté en consonancia con los cargos formulados, o haya sido dictada en un "juicio viciado de nulidad", en referencia inequívoca a la decisión final de las instancias, o con mayor razón cuando al regular las opciones por las cuales puede inclinarse el fallo de la Corte (artículo 229) indica diáfaramente la posibilidad de casar "el fallo" para dictar aquel "que deba reemplazarlo", lo que invariablemente indica que la decisión en esta sede única y exclusivamente puede recaer sobre fallos de segunda instancia.

Como en el caso materia de examen, el Tribunal invalidó el fallo del a quo para volver a la etapa instructiva, la casación se torna improcedente al inexistir sentencia de segundo grado, y por lo mismo faltar objeto de revisión en esta sede.

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

#### RESUELVE

*Denegar por improcedente el recurso extraordinario y discrecional de casación interpuesto por el defensor del procesado Elberto Antonio Gue-*

rra Castro contra el auto del 30 de mayo de 1996, por medio del cual el Tribunal Superior de Tunja invalidó lo actuado en este asunto.

Cópiese, nolifíquese y devuélvase.

*Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rungel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gilvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla.*

*Patricio Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **PREVARICATO / ABUSO DE FUNCION PUBLICA**

*Mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la ley es proferido u omitido por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de competencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde.*

*Si el funcionario que abusa de su cargo al asumir una labor que no le corresponde, desarrolla esta de manera acorde a lo estatuido o, en otras palabras, tal como lo haría lícitamente el competente, solo está incurriendo en el abuso de función pública.*

*Esta corporación volvió a pronunciarse de manera correlativa el 14 de septiembre de 1995 (única instancia No. 10,131, M.P. doctor Carlos E. Mejía Escobar), para considerar que si bien la conducta allí investigada "contiene algunos elementos que en algún momento dado permitirán enmarcarla en la figura del prevaricato por acción es cierto también que el hecho imputado se subsume de manera amplia y correcta dentro de la descripción del delito de abuso de función pública"; luego de efectuar un recuento jurisprudencial y sobre la evolución normativa, concluyó:*

*"De manera que el ataque al bien jurídico de la administración pública, en tanto tiene que ver únicamente con formas comisivas que implican usurpación o ejercicio de funciones públicas que no se tiene, encuentra concreta y precisa adecuación en las disposiciones del Capítulo IX del Título III del C. Penal, a diferencia de cuando no solo se abusa de la función sino que también se prevarica, caso en el cual este punible comprende el primero.*

*Acertó entonces el Tribunal en la decisión recurrida, al señalar que el abuso de función pública se tipifica al actuar donde no se tiene competencia, mediante comportamiento que "puede ser desarrollado lícitamente por el empleado que tiene facultad para ello; en cam-*

*bio en el abuso de autoridad y en el prevaricato, como bien lo pone de resalto el defensor, el acto es ilegal no importando que funcionara lo ejecuta".*

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

Magistrado Ponente *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 136

Proceso: 9820

### VISTOS

Por las vías del recurso de apelación interpuesto y sustentado en debida forma por la señora agente del Ministerio Público, conoce la Corte del auto a través del cual una Sala Penal de decisión del Tribunal Superior de Valledupar, decretó la nulidad de todo lo actuado, a partir inclusive de la resolución de noviembre 4 de 1993 mediante la cual la Unidad de Fiscalía Delegada ante esa corporación, dispuso acusar a la doctora Carmen Yaneth Daza Arriño, ex-juez Promiscuo Municipal de Bosconia (Cesar), como presunta responsable de un delito de prevaricato por acción.

### HECHOS

La doctora Carmen Yaneth Daza Arriño, como Juez Promiscuo Municipal de Bosconia (Cesar), mediante providencia de fecha julio 23 de 1991, admitió la demanda de ejecución singular de menor cuantía presentada contra dicho municipio, y decretó las medidas inherentes, entre ellas el embargo y secuestro de saldos en cuentas bancarias.

Notificado el Alcalde Municipal Mario Bernardo Giraldo Jordan, confirió poder al Secretario Jurídico quien impetró el decreto de nulidad de la actuación por falta de competencia funcional (art. 140-2 C. de P.C.), petición que no fue resuelta por la juez afirmando impedimento para seguir conociendo del proceso, en razón de considerar a Bernardo Giraldo, como principal sospechoso de un atentado contra ella, su esposo e hija, del cual formuló la consecuente denuncia penal (fs. 78, 80, 85, 96, 98 y 99 cdno. 1°).

### ACTUACIÓN PROCESAL

Iniciado el sumario y vinculada en indagatoria (F. 124 a 128 Cdno. 1°), la situación jurídica de la sindicada se definió con medida de aseguramiento de detención preventiva otorgándole el beneficio de excarcelación caucionada (F. 604 y Ss.); clausurada la instrucción, la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Valledupar en resolución del 4 de noviembre de 1993, dispuso convocar a juicio a Carmen Yaneth Daza Arriño, como

inculpada del punible de prevaricato por acción, cometido "al librar mandamiento ejecutivo contra el Municipio de Bosconia sin ser la competente para conocer de este proceso...", decisión recurrida en apelación y confirmada por la unidad de fiscalía delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el 29 de marzo de 1994.

En curso la etapa del juicio y ya fijada fecha para la celebración de la audiencia pública, el abogado defensor de la procesada solicitó al Tribunal la declaratoria de "nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto que resolvió la situación jurídica..." (sic. f. 24 Cdo. Tribunal), bajo la consideración de que los cargos se formularon por el delito de prevaricato por acción, cuando "la conducta que se está lidiando de típica en este caso" es haber tramitado un "proceso ejecutivo de menor cuantía sin tener competencia para ello", por lo cual el enjuiciamiento debe efectuarse sobre el delito de abuso de función pública, tipificado en el artículo 162 del Código Penal.

#### EL AUTO IMPUGNADO

Por decisión dividida, el Tribunal decretó la nulidad, aunque de manera oficiosa por cuanto ya había transcurrido el término para su proposición por los sujetos procesales. Tuvo en cuenta las siguientes razones:

"... Del anterior análisis se colige que el comportamiento desplegado por la procesada no es enmarcable dentro del presupuesto típico que preceptúa el Art. 149 del C. P., sino más bien en lo que dispone o configura el Art. 162 ibidem que tipifica el delito de Abuso de Función Pública, porque del contenido de los hechos se advierte que la procesada en su carácter de Juez Promiscuo Municipal de Bosconia (Cesar), al admitir y ordenar mandamiento de pago y las medidas preventivas de embargo y secuestro contra los bienes del municipio de Bosconia realizó una función pública diversa de la que legalmente le había sido atribuida por la ley en los Arts. 14 y 15 del C. de P. C., pues se arrogó una facultad que le está atribuida en primera instancia a los Jueces Civiles del Circuito.

Al actuar la funcionaria judicial al margen del marco de su competencia señalada por la ley, deja entrever una conducta irregular que puede ser constitutiva de delito, pero sin que de ningún modo se engaste en la figura del Prevaricato por Acción y como se le formuló acusación por este tipo penal es entendible entonces que se ha incurrido en una errónea calificación jurídica del hecho criminoso imputado, lo que trae consigo una invalidez de parte de la actuación procesal, no sólo por quebrantarse el debido proceso que debe observarse en este caso sino también el derecho de defensa, puesto que lo normal y procedimental es que se le haya formulado el cargo correcto a la inculpada en la resolución acusatoria..." (F.35 y Ss. edno. tribunal).



## FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Expresa la recurrente, Procuradora 177 Judicial Penal, que tanto los supuestos de hecho como los de derecho que fueron considerados en la resolución calificatoria en sus dos instancias, de lo cual fué partícipe al pedir la formulación de acusación por el delito de prevaricato por acción, mantienen plena vigencia y por eso mismo, no puede cumplirse el cambio del nomen iuris como presupuesto de la declaratoria de nulidad, como lo dispuso la Sala del Tribunal de Valledupar, criterio que apunala en la claridad del contenido del artículo 16 del C. de P.C., cuyo desconocimiento inexcusable por sí solo determina la incursión en la conducta descrita por el art. 149 del C. P. y no en el art. 162. Concluye argumentando "...que el criterio diferenciador entre Prevaricato, Abuso de Funciones Públicas y Usurpación de Funciones no es el de la competencia sino el de la oposición manifiesta de la ley..." (F.51 cdno. tribunal).

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

La solución a este problema resulta difícil, frente a los elementos que son comunes y hacen, para calificar un caso como el analizado, muy cercanos en su descripción los tipos de conducta previstos por los artículos 149 y 162 del Código Penal, esto es, el prevaricato por acción y el abuso de función pública. Así se aprecia desde el mismo juicioso planteamiento de las tesis sustentadas, de una parte por el defensor de la procesada al solicitar la nulidad y por la decisión mayoritaria del Tribunal, y de otra en el salvamento de voto, compartido con similitud de argumentos por la señora agente del Ministerio Público en la impugnación.

Evidentemente, en ambos casos se requiere actuación dolosa; el bien jurídico protegido es el mismo; la funcionaria investigada, como juez de la República en desempeño de su labor oficial, es sujeto activo calificado para incurrir en cualquiera de estos dos tipos penales y, en efecto, realizó una conducta activa funcionalmente contraria a derecho, pues admitió una demanda de ejecución y decretó las primeras medidas inherentes, contra el Municipio de Bosconia, ente territorial que, al tenersele como parte, hace transferir al Juzgado Civil del Circuito la competencia que normalmente tendrían, tratándose de procesos de menor cuantía, los estrados civiles o promiscuos municipales, como el de la encausada (art. 16 C. de P. C., modificado por el numeral 6º del artículo 1º del D.E. 2282/89).

Conviene empezar a precisar que mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la ley es proferido u omitido por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de com-



petencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde.

Observando el caso concreto, obra acusación contra la funcionaria de haber actuado en forma contraria a derecho, pero esa actuación está circunscrita al posible abuso cometido, cuando desde su posición como Juez Promiscuo Municipal realizó una función pública expresamente adscrita a la competencia de un despacho de diferente jerarquía. Resulta que ese proceder tachado de ser manifiestamente ilegal, que encontraría adecuación típica en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, también la halla de manera más específica y en ajustado detalle, en la previsión del 162 *ibidem*, cuya aplicación debe preferirse por su mayor riqueza descriptiva ante el caso concreto, para superar de esta manera el concurso aparente de tipos.

Aparte de lo expresado por esta Sala en la providencia de fecha abril 22 de 1982, proceso 26.373, M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto, texto allegado a este expediente por el señor defensor, se encuentra particularmente ilustrativo lo resuelto el 13 de febrero de 1991, segunda instancia No. 5466, M.P. Dr. Didimo Páez Velandía, al expresar que el juez que transciende los límites de su jurisdicción, ciertamente abusa de la función pública. Y agrega:

"... hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal, aunque haya habido extralimitación funcional. ..."

A contrario sensu, si el funcionario que abusa de su cargo al asumir una labor que no le corresponde, desarrolla ésta de manera acorde a lo estatuido o, en otras palabras, tal como lo haría lícitamente el competente, solo está incurriendo en el abuso de función pública.

Esta corporación volvió a pronunciarse de manera correlativa el 14 de septiembre de 1995 (única instancia No. 10.131, M.P. doctor Carlos E. Mejía Escobar), para considerar que si bien la conducta allí investigada "contiene algunos elementos que en un momento dado permitirían enmarcarla en la figura del prevaricato por acción, es cierto también que el hecho imputado se subsume de manera amplia y correcta dentro de la descripción del delito de abuso de función pública"; luego de efectuar un recuento jurisprudencial y sobre la evolución normativa, concluyó:

"De manera que el ataque al bien jurídico de la administración pública, en tanto tiene que ver únicamente con formas comisivas que implican usurpación o ejercicio de funciones públicas que no se tienen, encuentra concreta y precisa adecuación en las disposiciones del Capítulo IX del Título III del C. Penal, a diferencia de cuando no solo se abusa de la función sino que también se prevarica, caso en el cual este punible comprende el primero".

Acertó entonces el Tribunal en la decisión recurrida, al señalar que el abuso de función pública se tipifica al actuar donde no se tiene competencia, mediante comportamiento que "puede ser desarrollado lícitamente por el empleado que tiene facultad para ello; en cambio en el abuso de autoridad y en el prevaricato, como bien lo pone de resalto el defensor, el acto es ilegal no importando que funcionario lo ejecuta" (F. 37, 2º Cdo. de 2a. Instancia).

Cabe destacar que el mandamiento de pago librado contra el Municipio de Bosconia por la doctora Carmen Yaneth Daza Arifio, como Juez Promiscuo Municipal, mediante providencia de fecha 23 de julio de 1991 (F. 78 cdo. 1º), ni en su forma, ni en su oportunidad, ni en su contenido aparece reprochado como "manifiestamente contrario a la ley" y por consecuencia aducible en el tipo de prevaricato por acción (art. 148); esa medida no ha sido cuestionada por la juridicidad de lo dispuesto y la tacha se ha desenvuelto exclusivamente sobre la falta de competencia de la funcionaria que la proferió, como se aprecia inclusive en las consideradas argumentaciones de la Procuradora recurrente ("... así su decisión hubiere sido correcta en cuanto a que en la misma forma habría procedido el competente; ...", F. 51 ib.).

El elemento generador de la acción típica, estuvo entonces determinado por la indebida asunción de competencia para tramitar el asunto, que por disposición del art. 16-1 del C. de P. C., le estaba adscrito en primera instancia al conocimiento exclusivo de los Jueces Civiles de Circuito, en razón de ser el ejecutado un ente de derecho público de los allí enumerados un municipio, arrogación anormal de competencia que devino en la posible realización de "funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan" (art. 162 C.P.).

Corolario de todo lo anterior resulta afirmar que se está frente a un típico "abuso de función pública", resultando por lo mismo acertado y digno de confirmación el pronunciamiento oficioso de nulidad (arts. 304.1 y 305 C. de P. P.), desde la resolución de acusación inclusive (Fs. 630 y Ss.), proferido por la Sala mayoritaria del Tribunal, al no existir lamentablemente en el procedimiento vigente mecanismo alguno que permita modificar la calificación dentro del juicio, en un caso como el presente, y quedar en esa anulación la única alternativa para preservar el debido proceso y el derecho de defensa, que resultarían conculcados por la errónea denominación del hecho punible en que se incurrió al calificar el mérito sumarial.

Este es un punto que sí requiere reforma normativa, tal como lo ha expresado esta corporación (mayo 8/96, casación 9196, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandía), al recordar cómo se ha adoptado un criterio jurisprudencial "que reconoce la acusación como jurídica y no fáctica, sin desconocer desde el punto de vista de la *lege ferenda* que la teoría de la imputación

fáctica es una alternativa interesante que debe considerar el legislador para evitar las dilaciones procesales a que casi siempre conduce la corrección que debe hacerse de los quebrantos al rito fundamental", pero entre tanto no puede eludirse la deplorable anulación, como en la providencia que se confirma.

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

**RESUELVE**

CONFIRMAR el auto de origen, fecha y contenido anotados, objeto del recurso de apelación.

Cópiense y Devuélvase.

*Nilson Pirtila Pirtila, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gállego, Carlos E. Mejía Escobar, Dámino Pérez Velandía, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## PECULADO-Fondos educativos

Frente al punible de peculado, esta inquietud obliga a recordar como criterio reiterado de la Colegiatura, la necesidad de distinguir entre la labor parlamentaria concretada a la asignación de aquellas partidas entonces autorizadas por la Constitución de 1886 y reglamentaria, entre otras, por las leyes 26 de 1977, 30 de 1978, 14 de 1987, 55 de 1988, 61 de 1989 y 46 de 1990 y la gestión a cargo de las entidades beneficiarias, lo que ha llevado a precisar en repetidas decisiones, que una era la actividad parlamentaria cumplida a cargo de los miembros de las Comisiones Cuartas de Presupuesto de Senado y Cámara, como de los Parlamentarios individualmente considerados que agotaban su participación con la inclusión de esos auxilios en la ley de presupuesto y otra bien diferente y autónoma la de las «... Juntas de Acción Comunal, las personas jurídicas sin ánimo de lucro o las entidades favorecidas...» las que a partir de la presentación de sus respectivas cuentas de cobro- «... ingresaban a su patrimonio los dineros provenientes de los aportes, para darles las destinaciones específicas previstas en los correspondientes programas de desarrollo o planes de inversión, y sobre ellas recaía la obligación jurídica de llevar a cabo, conforme a la ley y al programa o plan, la ejecución de dicho gasto.

«De esta manera es apenas obvio que por regla general (que no es predicable por ejemplo de los denominados fondos educativos cuyo régimen y dinámica de gastos son diversos y sobre los cuales se pronunció la Sala, entre otras, en decisión de junio 29 de 1994 M.P. Dr. Calvoe Rangel) la desviación de éstos dineros en beneficio de los particulares componentes de las Juntas Directivas o de terceros ajenos al programa de inversión, constituiría actitud de peculado por extensión (art. 138 del C.P.) y la intervención ilícita de los Parlamentarios en esta clase de conductas (hayan o no actuado en el proceso de definición y decreto del gasto), en principio implicaría imputación como determinadores o partícipes de un hecho punible que ya resultaba ajeno a su función y que por ello perdía vínculo causal con su actividad como Congresista.

*Miradas las cosas desde esa perspectiva, el comportamiento a investigar envuelve delito común y no funcional; y la separación del cargo del respectivo Congresista, conduce a la pérdida del fuero en los términos del parágrafo del artículo 235 de la Constitución.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta N°136 (sept.19 de 1996)

Proceso: 9957

#### VISTOS

Deline la Corte su competencia para proseguir con el conocimiento de las presentes diligencias adelantadas contra el ex-Parlamentario Ismael Aldana Vivas, según actuación procedente de la Fiscalía General de la Nación.

#### ANTECEDENTES

1.- La Delegada para Asuntos Presupuestales de la Procuraduría General de la Nación adelantó averiguación administrativa encaminada a verificar el manejo y destino dado a unos auxilios del presupuesto nacional asignados a la FUNDACION PARA EL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD, "FUSDECOM", con cargo a la Vigencia fiscal de 1991, según iniciativa parlamentaria del entonces Representante a la Cámara Ismael Aldana Vivas.

Dentro de las conclusiones alcanzadas en aquella indagación se estableció que el monto del auxilio ascendió a la suma de \$69'073.000,00 según reconocimiento hecho mediante las Resoluciones del Ministerio de Gobierno número 4069, 2768 y 2898 de los meses de junio y julio de 1991, siendo su beneficiaria la FUNDACION PARA EL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD, "FUSDECOM", entidad que presentó el correspondiente presupuesto de ingresos y egresos, declarando que la inversión se aplicaría para la construcción de una cancha de basketball de la Escuela Santa Teresa del Carmen de Airato; unas graderías para el campo de fútbol del Liceo Nacional Marco Fidel Suárez de la misma población, un Salón múltiple en la Parroquia San Judas de Quibdó, otro Salón múltiple en la Escuela Montessori de Condoto; una gradería en la cancha de la Concentración Barrio Escolar, otra gradería en el Colegio Técnico Agropecuario San Pío X de Istmina, la adecuación de la Capilla del Corregimiento Tapón de Tadó, el suministro e instalación de nueve puertas metálicas para el Colegio Playa de Oro de Tadó, y la provisión de tres mil pupitres unipersonales, incluidos su transporte, y el diseño y presupuesto de obra, hasta alcanzar la suma de \$69'073.000,00.

La investigación de la Procuraduría se aplicó al seguimiento de los asientos y comprobantes contables, como también a la ejecución de las obras presupuestadas, encontrando que en FUSDECOM se registró el recibo del auxilio mediante la conversión del cheque # 8289107 del Banco Popular, Cuenta Corriente #040-03094-2 (fl. 40 Cuaderno Principal), cuyo ingreso ocurrió el 17 de diciembre de 1991, en el Banco del Comercio-Bogotá a la Cuenta corriente #057-31602 8 de la beneficiada. Sin embargo, al seguir el movimiento que de allí se desprendía se detectaron los siguientes retiros:

1.El 17 de Diciembre de 1991, por \$32'256.000 a favor de Industrias Metálicas Cruz.

2.Enero 3/92, por \$18'396.159 a favor de Moisés Suárez (Ferhinto Ing.Ltda), estableciéndose que son socios de Ferhinto: Nayibe Fdez. de Aldana, Teresa Hincapié Rivas e Ismael Aldana Vivas.

3.El 21 de enero de 1992 se transfiere de la cuenta de FUSDECOM fideicomiso a nombre de Jesús E. Delgado Rosero, quien figura como Presidente de la Corporación, y.

4.Como destinatarios finales de estos dineros en partidas superiores a \$500.000, se identificaron: FUSDECOM (\$2'297.770) y FARMACIA SAN FRANCISCO-Ismael Aldana V. (\$1'000.000- Feb.13/92; \$1'500.000-Mzo. 11/92; \$4'000.000- Mzo. 11/92; \$2'500.000 Abr.3/92; \$1'500.000-Abr. 6/92), lo que equivale a señalar que una suma aproximada a los \$10.600.000 fueron a parar a la Cuenta de la FARMACIA SAN FRANCISCO-Ismael Aldana V.

Como la investigación inicial estableció que la Farmacia San Francisco había sido propiedad del Representante Aldana, enajenada luego por un valor meramente simbólico, mientras que de la empresa de ingeniería FERHINTO hacían parte para aquella época como socios mayoritarios Ismael Aldana Vivas y su esposa Nayibe, infirió que FUSDECOM era una verdadera "empresa de papel" pues, además, sus oficinas en Bogotá correspondían a un lugar en donde el señor Aldana Vivas ejercía al momento de la indagación su profesión de ingeniero.

De otra parte se descubrió que "no se llevó el libro de Bancos exigido", que la destinación inicial de los dineros había sido alterada por FUSDECOM contraviniendo expresas disposiciones legales, y que quienes aparecían como directivos de la Fundación (Presidente y Tesorera), no eran las personas registradas formalmente como tales ante la Gobernación del Chocó.

Como las irregularidades descubiertas podían significar violaciones a la ley penal, las Visitadoras de la Procuraduría insinuaron correr traslado a las respectivas autoridades como así lo prohibió la Procuradora Delegada, dando lugar a la iniciación de la presentes diligencias por parte de la



Corte, en cuanto se establecía que en el origen de los dineros había tomado parte el entonces Representante Ismael Aldana, quien finalmente figurara como beneficiario de algunos de los dineros del auxilio.

2.- Documentalmente se ha establecido que el imputado señor Ismael Aldana Vivas se desempeñó como Representante a la Cámara por la Circunscripción electoral del Chocó para el período de 1990 a 1994, tomando posesión de su cargo el día 20 de julio de 1990, pero luego de haber registrado dos interrupciones, la más extensa entre el 10 de octubre de 1990 y el 10 de junio de 1991, se vio afectado con la revocatoria de su mandato dispuesta por la Asamblea Nacional Constituyente que en los artículos 1 y 3 transitorios de la actual Carta Política previó la convocatoria a elecciones generales del congreso para el 27 de octubre de 1991, disponiendo que los hasta entonces congresistas entrarían en receso y no podrían "ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del presidente de la república", cesando definitivamente a partir del 10 de diciembre siguiente cuando asumirían hasta culminar el período pendiente, quienes ganaran aquellas elecciones.

3.- En cuanto a la asignación y pago del auxilio queda también establecido que siendo aquel acogido por la iniciativa del Representante ALDANA, solo se hizo efectivo en el mes de diciembre de 1991, luego de la posesión de los nuevos integrantes de Senado y Cámara, valga decir que cuando el doctor Aldana había hecho dejación definitiva de su cargo, época en la cual vino a darse a esos dineros la ejecución que critica la Procuraduría.

4.- Por otra parte, la documentación traída desde un inicio acredita que FUNDESCOM no era una simple "sociedad de papel" como lo insinuara la Procuraduría, sino una Fundación formalmente constituida desde el año de 1984 en que se le otorgó personería jurídica por la Gobernación del Chocó mediante Resolución 013 de enero 4, haciendo parte de este expediente sus estatutos y copia de numerosas actas de sus sesiones, relacionadas precisamente con la programación de las obras materia de cuestionamiento, lo mismo que varias constancias atinentes con la ejecución y entrega de parte de esos trabajos ya a partir del año de 1992.

5- También se han recibido mediante comisionado plurales testimonios ilustrativos sobre la existencia y real funcionamiento de la Fundación, el cumplimiento de sus objetivos, la realización de algunas de las obras programadas con los auxilios materia de investigación, y aún agregado copias de su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1990, e inclusive duplicados de las providencias inhibitorias de marzo 11 de 1994 (Ponencia del Magistrado doctor Jorge Carreño Luengas) y mayo 13 del mismo año (Magistrado Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz), por los que vino a saberse que otros parlamentarios del Departamento del Chocó también habían apoyado a FUSDECOM, como fue el caso de los doctores Ivan Silvano Lozano Osorio y Jorge Tadeo Lozano Osorio.

Entre los deponentes citados por el comisionado vale la pena evocar a Fermín Palacios de Mosquera, Dagoberto González y Jesús Emilio Delgado Rosero quienes insisten en la realización de las obras y aclaran frente al informe de la Procuraduría, que cuando esa visita se cumplió todavía no se habían logrado entregar en su integridad los trabajos, situación que a juicio del último de los nombrados se superó ante la Contraloría a satisfacción, y en el mismo sentido ante la Fiscalía Novena de Chocó en el año de 1995.

Otros exponentes como el doctor Primo Tolentino Arias Ledezma, ex-Director de FUNDESCOM aseguraron que el doctor Aldana Vivas no había pertenecido a las directivas de esa entidad, aún cuando sí había sido de sus fundadores, remitiéndose a la década de 1970, y otros como Alberto Arce, Baudilio Palacios, Moisés Suárez, Juan Pedro Rovira y Orlando Sánchez Perera, además de aludir a ese mismo hecho, reiteraron sobre el funcionamiento de la Fundación y la ejecución por parte de dicha entidad de auxilios provenientes tanto del Estado como de organizaciones privadas, tal el caso de la Fundación Ospina Pérez, siempre con aplicación a obras de interés social, siendo agregada documentación alusiva a la integración de la Junta, la vigencia de la personería jurídica hacia el año de 1991, y el recibo de algunas de las obras financiadas con los dineros del auxilio -folios 293 a 305-.

Sobre la intervención del doctor Aldana relacionada con la obtención de auxilios declararon Mariluz Valois y Cecilia Romaña para informar que cuando se necesitaba la ejecución de obras se le hacían conocer al parlamentario las necesidades de la comunidad, y éste colaboraba en la consecución de recursos, y para respaldo de este aserto aparecen en copia actas de la Junta Directiva de marzo y abril 5 de 1991 en las que asiste el parlamentario para colaborar en la programación de obras y aún suministrarle a la junta alguna información sobre el Desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente (cuaderno 4 de anexos).

Finalmente se cuenta con la versión de Berceña Córdoba quien explica sobre la adquisición de la Droguería del doctor Aldana que por haberle trabajado largos años a los padres del parlamentario sin recibir pago de prestaciones, el doctor Ismael terminó por venderle a menor precio el negocio, pese a lo cual ha continuado colaborándole con el manejo de la contabilidad.

6. También se acredita con el aporte de las actas de sesión de la Junta Directiva de FUNDESCOM, que para el mes de mayo de 1991, y en una época en que el Representante Aldana Vivas se hallaba separado de su curul, la Fundación contrató parte de las obras a realizar con los aportes oficiales, con el doctor Moisés Suárez Vargas.

Pese a que el doctor Suárez actuó allí a nombre propio, se ha establecido que era también para ese entonces representante de la empresa



FERHINTO INGENIEROS LIMITADA, la misma a cuya cuenta ingresaron hacia 1992 los dineros por concepto del pago de las obras. Haciendo parte del expediente las actas de constitución y modificación de la citada compañía, de ellas se sabe sobre la vinculación del doctor Aldana Vivas como su accionista mayoritario, y ese es hecho que lleva a sugerir que la contratación se dio en realidad con la sociedad y no con Suárez, lo que iría en contra del régimen de inhabilidades e incompatibilidades que cobijaba al congresista, pues la operancia de ese impedimento se prolongaba dos años después del retiro efectivo de la separación del congresista.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Los hechos que se le imputan al ex-parlamentario doctor Ismael de Jesús Aldana Vivas apuntan a la posible comisión de los delitos de peculado y celebración indebida de contratos por violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

El primero, porque a pesar de las cuentas rendidas por FUSDECOM ante las Visitadoras de la Procuraduría, se habría detectado que en parte las sumas del auxilio oficial fueron a parar a la Farmacia San Francisco, que había sido propiedad del parlamentario imputado, luego vendida por menos precio a la señora Berceлина Córdoba Velásquez, sin descartar alguna irregularidad en los pagos a la sociedad FERHINTO, bajo el supuesto de que las obras no se ejecutaron en su integridad.

El segundo, porque a pesar de haberse desempeñado como Congresista, y en esa calidad haber gestado un auxilio parlamentario, el Ex-Representante doctor Aldana Vivas terminaba contratando con la FUSDECOM como beneficiaria, a través de una sociedad limitada de la cual era para ese entonces socio mayoritario, lo que de entrada parece contrario al mandato del artículo 7o. de la ley 30 de 1978, según el cual,

"Ningún congresista, ni su cónyuge, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni las sociedades distintas de las anónimas con acciones inscritas en bolsa, en las que el congresista, su cónyuge o sus parientes dentro de los grados citados, tengan conjunta o separadamente el diez por ciento o más de su capital social, pueden recibir remuneración por ningún concepto, ni celebrar contratos con las entidades beneficiadas con las apropiaciones de que trata esta Ley..."

"...La anterior prohibición se extiende por los dos años siguientes al vencimiento del período para el cual haya sido elegido el congresista o a la aceptación de su renuncia."

2.- Ahora bien, como el tema concreto que aquí ocupa a la Sala es el relacionado con la competencia que le asiste para proseguir con el conoci-

miento de este asunto -dado que el imputado se separó definitivamente del Congreso desde el mes de diciembre de 1991-, lo que resultaba forzoso es precisar si "las conductas punibles" imputadas "guardan relación con las funciones desempeñadas" como parlamentario, pues es esa la condición impuesta en el parágrafo del artículo 235 constitucional para que el fuero se prolongue ante esta colegiatura.

2.1.- Frente al punible de peculado, esta inquietud obliga a recordar como criterio reiterado de la Colegiatura, la necesidad de distinguir entre la labor parlamentaria concurrida a la asignación de aquellas partidas entonces autorizadas por la Constitución de 1886 y reglamentada, entre otras, por las leyes 26 de 1977, 30 de 1978, 14 de 1987, 55 de 1988, 61 de 1989 y 46 de 1990 y la gestión a cargo de las entidades beneficiarias, lo que ha llevado a precisar en repetidas decisiones, que una era la actividad parlamentaria cumplida a cargo de los miembros de las Comisiones Cuartas de Presupuesto de Senado y Cámara, como de los Parlamentarios individualmente considerados que agotaban su participación con la inclusión de esos auxilios en la ley de presupuesto y otra bien diferente y autónoma la de las

"... Juntas de Acción Comunal, las personas jurídicas sin ánimo de lucro o las entidades favorecidas..." -las que a partir de la presentación de sus respectivas cuentas de cobro- "... ingresaban a su patrimonio los dineros provenientes de los aportes, para darles las destinaciones específicas previstas en los correspondientes programas de desarrollo o planes de inversión, y sobre ellas recaía la obligación jurídica de llevar a cabo, conforme a la ley y al programa o plan, la ejecución de dicho gasto.

"De esta manera es apenas obvio que por regla general (que no es predicable por ejemplo de los denominados fondos circulatorios cuyo régimen y dinámica de gastos son diversos y sobre los cuales se pronunció la Sala, entre otras, en decisión de junio 29 de 1994 M.P. Dr. Calvele Rangel) la desviación de éstos dineros en beneficio de los particulares componentes de las Juntas Directivas o de terceros ajenos al programa de inversión, constituiría ilicitud de peculado por extensión (art. 138 del C.P.) y la intervención ilícita de los Parlamentarios en esta clase de conductas (hayan o no actuado en el proceso de definición y decreto del gasto), en principio implicaría imputación como determinadores o partícipes de un hecho punible que ya resultaba ajeno a su función y que por ello perdía vínculo causal con su actividad como Congresista.

"Miradas las cosas desde esa perspectiva, el comportamiento a investigar envuelve delito común y no funcional; y la separación del cargo del respectivo Congresista, conduce a la pérdida del fuero en los términos del parágrafo del artículo 235 de la Constitución.

"Sobre este aspecto se pronunció la Sala en la decisión citada:

"...Ahora bien. En relación con el otorgamiento y cobro de los auxilios por parte del CEDES, la única intervención del Representante investigado

consistió en sugerir a la entidad como beneficiaria, pero una vez aprobadas las ayudas, éstas ingresaron al patrimonio de esa persona jurídica, de modo que el control total sobre su utilización lo asumieron el representante legal y demás directivos. Este es un hecho indiscutible, hasta el punto de que se puede afirmar, que si alguna parte del dinero de los auxilios cobrados fue girado ilícitamente a favor del doctor morales, ello tuvo que ocurrir con la intervención necesaria de funcionarios con poder de disposición.

"En otras palabras, una cosa es sugerir a una persona jurídica como beneficiaria de un auxilio del Estado, y otra el uso correcto o incorrecto que sus directivos den al dinero recibido por ese concepto. En el caso concreto que nos ocupa, la investigación ha permitido recaudar serios elementos de juicio sobre manejo irregular de los auxilios otorgados al CENTRO DE ESTUDIOS DE SANTANDER, hechos que darían lugar a un peculado por extensión en el cual aparece comprometido el doctor Norberto Morales Ballesteros, pero no en su función de Congresista sino de tercero vinculado muy de cerca a esa entidad." (cfr. auto de abril 30/96, Magistrado Ponente doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Stendo ello así, ha de insistirse en que en la actividad cumplida por el ex-Representante doctor Aldana Vivas solo se prueba su visita a una de las sesiones de la Junta Directiva de FUSDECOM en el mes de marzo de 1991 -fecha en que ni siquiera ejercía funciones congresales, de las que se había separado en el mes de octubre de 1990 (folio 267 del cuaderno principal de la Procuraduría)- y en que se enteró sobre las necesidades de la comunidad por la que había sido elegido, para precisar con la entidad las obras requeridas -lo que cabía dentro de la previsión del artículo 30. de la ley 30 de 1978, que en su literal b) encargaba a los congresistas la función de "identificar dentro de la circunscripción electoral por la que fueron elegidos, las entidades y los proyectos merecedores de la ayuda financiera de la Nación, conforme a los objetivos señalados en la presente ley".

Pero de allí en adelante consta que las partidas solo se autorizaron para después de realizadas las elecciones del mes de octubre de 1991, siendo pagadas hacia el mes de diciembre de ese año, cuando ya el parlamentario había dejado de serlo, de donde surge no solamente que el manejo íntegro de aquel auxilio había quedado a la responsabilidad exclusiva de FUSDECOM, sino además, que ya el doctor aldana carecía de cualquier oportunidad de incidir en ellas ejerciendo su función o cargo de Representante.

De este modo, y sin que pueda ubicarse de las plurales pruebas recogidas un nexo que ate el ejercicio de la función congresal con el ulterior abuso que haya podido realizarse por las directivas de FUSDECOM respecto de la aplicación última de los dineros oficiales recibidos, conclúyese

que la virtual apropiación indebida de los dineros del Estado se habría dado en la modalidad de peculado por extensión, bajo la responsabilidad primera de las directivas de la Fundación, y sin que en su ocurrencia hubiese mediado injerencia funcional por parte del parlamentario señor Aldana Vivas, lo que implica que la definición de su conducta como eventual participe en este pumple tendrá que ser resuelta por la Fiscalía General de la Nación y no por parte de la Corte.

2.2. Podría pensarse que al lado de la conducta anterior se diera un eventual delito de celebración indebida de contratos por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, bajo el supuesto de que el pactado entre FUSDECOM y el doctor Moisés Suárez Vargas a la postre generó un depósito por parte del contratista a favor de la empresa FERHINTO INGENIERIA LIMITADA en la cual tenía intereses el doctor ALDANA, dentro del entendido de una posible transgresión al artículo 7o. de la ley 30 de 1978.

Sin embargo, es lo real que el artículo 144 del Código Penal trae como sujeto activo de esa conducta al servidor público que en ejercicio de sus funciones interviene en la tramitación, celebración o aprobación de un contrato con violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades, presupuesto que por ninguna parte se presenta, en cuanto en este caso ni el contratante ni el contratista del aludido pacto tenían la condición de funcionarios, y mucho menos para el caso del doctor Aldana, quien, ni siquiera de haber intervenido por interpuesta persona, cumplía aquí una intervención oficial.

Así, entonces, se hace notorio que aún respecto de esa adicional conducta (independientemente de su posible trascendencia administrativa), tampoco asiste a la Corte competencia para seguir en el conocimiento de este asunto, debiendo en su defecto remitir el expediente a la Unidad de Fiscalía del Chocó, lugar de ocurrencia de los hechos.

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

#### RESUELVE

Primero: **ABSTENERSE** de proseguir con el conocimiento de la presente instrucción, y

Segundo: **REMITIR** por competencia las diligencias con destino a Unidad de Fiscalía Delegada de Quibdó para lo de su cargo.

Cópiese, 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, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## EXTRADICION/ NACIONALIDAD

*Es de advertir que la Constitución Política vigente hasta 1991, precisaba en su artículo 90., que «La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el exterior, y podrá recobrase con arreglo a las leyes». Siendo esta disposición constitucional la que regla al momento de optar (...) por adquirir carta de naturaleza como venezolano, es de rigor entender que por mandato constitucional perdió desde entonces su condición de nacional colombiano, sin que esta pueda entenderse recuperada por la sola vigencia de la nueva Carta Constitucional, ni la sola manifestación del interesado de acogerse a la doble nacionalidad.*

*En efecto, no escapa a la Corte que la norma Constitucional vigente consagra el principio de la doble nacionalidad, y que ello induce a que quien ahora adquiera carta de naturaleza en país extranjero, lo haga sin desprenderse de la de su país de origen. No obstante, es diferente la situación para quien con anterioridad hubiese ya perdido su nacionalidad como colombiano, porque readquirirla supone un trámite administrativo que así lo determine y formalice.*

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

Magistrado Ponente Dr.: Juan Manuel Torres Fresneda

Aprobado Acta No. 138

Proceso: 11509

### VISTOS

Procede la Corte emitir concepto en relación con la solicitud de extradición del ciudadano venezolano Adolfo Romero Gómez, cuya entrega solicita a las autoridades nacionales el Gobierno de los Estados Unidos de América a través de su Embajada en Santafé de Bogotá.



## ANTECEDENTES

1. Al señor Adolfo Romero Gómez se le requiere para que comparezca en juicio ante la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de La Florida, por violaciones federales de narcóticos, conforme a los cargos formulados en la Acusación 94-0099-CR-HIGHSMITH emitida por el Gran Jurado ante la mencionada Corte el 4 de marzo de 1994 y cuyas circunstancias aparecen relacionadas así:

"Los hechos del caso indican que Romero-Gómez y otras personas fueron responsables de coordinar un despacho de cocaína desde Colombia, pasando por Venezuela, y cuyo destino final era los Estados Unidos. En diciembre de 1990, la policía venezolana (DISIP) infiltró un grupo de traficantes que llevaba cocaína desde Colombia a los Estados Unidos, vía Venezuela. Coordinando con el Servicio de Aduana de los Estados Unidos en Miami, los agentes venezolanos encubiertos se reunieron con Romero-Gómez y con otras personas en numerosas ocasiones para negociar el despacho de la cocaína. Después de las negociaciones, Romero Gómez y otras personas, les entregaron a los agentes encubiertos 450 kilogramos de cocaína. La cocaína fue transportada a los Estados Unidos de conformidad con lo acordado y fue distribuida a los representantes del grupo en Miami. Una vez entregada la cocaína, las personas que la recibieron fueron detenidas, enjuiciadas y condenadas por tráfico de cocaína".

Los cargos por los que la Corte para el Distrito Sur de Florida formaliza el enjuiciamiento se concretan a las siguientes infracciones:

"- Cargo I. Concierto para poseer con la intención de distribuir cocaína, en Violación del Título 21, Sección 846 del Código de los Estados Unidos; y,

"- Cargo II. Posesión con la intención de distribuir cocaína, en Violación del Título 21, Sección 841 (a) (1) del Código de los Estados Unidos."

2. El Gobierno de los Estados Unidos de América a través de su Embajada en esta ciudad cursó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia Nota Verbal con solicitud de captura para fines de extradición de Adolfo Romero Gómez, la que luego formalizó con la número 115 de febrero 15 de 1996, mereciendo el trámite de rigor ante la Cancillería y la Fiscalía General de la Nación.

Con base en este pedido, el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a su homólogo de Justicia y del Derecho el oficio 002082 manifestando "que por no existir convenio aplicable al caso es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal", completándose la documentación mediante el anexo de la traducción oficial de los respectivos pedimentos, normas y antecedentes sobre prueba.

3. Rituado el trámite previsto en el artículo 556 del C. de P. Penal, el 3 de junio de 1996 se resolvió sobre las pruebas impetradas por la defensa,



disponiendo la práctica de algunas de oficio encaminadas a confirmar la identidad del solicitado.

Vencido el término anterior, el señor defensor del retenido presentó su alegación de fondo solicitando a la Colegiatura que emita concepto negativo, ya que "... nuestro patrocinado es colombiano, hijo de padres también colombianos, que es casado con respetable dama colombiana, de este matrimonio hay una hija colombiana, que siempre ha tenido su domicilio en Colombia y que, a pesar de haber adquirido la nacionalidad venezolana, en 1974, NUNCA RENUNCIÓ A SU NACIONALIDAD DE ORIGEN, o sea la colombiana, por lo cual hemos venido sosteniendo que nunca perdió su nacionalidad". Agrega que Romero ha solicitado la expedición de su cédula de ciudadanía, obteniendo un documento provisional entregado por la Registraduría Nacional del Estado Civil y tramitado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores su pretensión para la recuperación de la ciudadanía, la cual fue resuelta adversamente por la Cancillería y contra ella ha interpuesto recursos de reposición y apelación (Cfr. fl. 13 del Cd. #2), petición ésta que "... Romero hizo en Medellín, ante la Gobernación de Antioquia, Oficina Jurídica, para Recuperar su nacionalidad, fue el doce de febrero de este año, cinco días antes de que la Honorable Embajada de los Estados Unidos hubiere perfeccionado, esto es FORMALIZADO, la petición de extradición...".

En síntesis, la propuesta radica la pertinencia del concepto desfavorable en que el Artículo 35 de la Constitución Política, "PROHIBE LA EXTRADICION DE LOS COLOMBIANOS POR NACIMIENTO", calidad que ostenta Romero Gomez, pues éste nunca perdió su condición de colombiano por nacimiento, ni existe constancia de que haya renunciado a su nacionalidad, lo que además se prueba porque si la Registraduría le expidió cédula de ciudadanía, así esta sea provisional, ella "le confiere el status de ciudadano colombiano, con todos sus derechos civiles y políticos ... y la ciudadanía influye de manera decisiva en la nacionalidad", asegurando además que Romero jamás perdió su domicilio en Colombia, a pesar de haber adquirido la nacionalidad venezolana, pues "... el domicilio civil no se muda por el hecho de residir un individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzosamente CONSERVANDO SU FAMILIA y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior", dado que bien puede una persona tener al mismo tiempo diversos domicilios.

Varlando luego la óptica de su alegato, también propone que "LA PETICION QUE ENVIARON (sic) LOS ESTADOS UNIDOS AL SOLICITAR LA EXTRADICION DE ADOLFO ROMERO GOMEZ, NO LLENA LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY PROCEDIMENTAL COLOMBIANA, PARA SU CONSESION (sic).", por lo que "no existe el Acto, Decreto del Juez, la Resolución Judicial que sea o equivalga al acto de enjuiciamiento (Resolución de Acusación) y con esa falla no se puede acceder a la misma.", "Por otro lado -agrega-, el Ministerio de Relaciones Exteriores, no dió cumpli-

miento al artículo 552 de C.P.P. en cuanto que no expresó, ni envió su concepto en tal norma requerido, en donde ha debido expresarle con un concepto, a la Honorable Corte, si es del caso proceder con sugestión (sic) a convenios internacionales, o si se debe orar (sic) de acuerdo con las normas del C.P.P. ...". Finalmente invoca el principio del *in dubio pro reo* y resulta que las fallas descritas reportan una violación al debido proceso.

En nuevo memorial que dice adicional del comentado, invoca además el defensor la llamada doctrina Suárez para afirmar que desde inicios de este siglo la tesis de Colombia sobre la materia se inclina por admitir que quien perdió su nacionalidad puede recuperarla con la sola expresión de esa voluntad, cual es el caso de su representado, a quien se debe reconocer sin otro trámite y como derecho fundamental su calidad de nacional colombiano.

Por su parte, mediante escrito que remite directamente el solicitado señor Romero Gomez, afirma que es su deseo aclarar los hechos que motivaron la petición de los Estados Unidos, para lo cual objeta las consideraciones de las autoridades judiciales requirentes en tanto lo involucran en la llamada "OPERACION NORTE", precisando que efectivamente "fue detenido, juzgado, absuelto y puesto en libertad. Por el Juzgado N° 2do. Superior Penal", para lo cual aporta copia de algunas decisiones de las autoridades judiciales venezolanas.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Contrario a cuanto sostiene la defensa, de modo expreso se ha dicho por el Ministerio de Relaciones Exteriores al dar impulso a la solicitud en trámite, que entre los Gobiernos de Colombia y de los Estados Unidos de América no existe tratado de extradición vigente, lo que conduce a que el presente concepto se cifa a las exigencias que para el caso previene el Código de Procedimiento Penal, por lo que el análisis de viabilidad de la entrega se ha de circunscribir al esclarecimiento de las siguientes condiciones:

a) La identificación plena del capturado como la persona requerida, lo que obliga a precisar que no se trate de un nacional colombiano por nacimiento, pues para éstos la Constitución Política prohíbe la extradición en su artículo 35:

b) Como requisito de procedimiento, que en el exterior se haya proferido resolución de acusación o su equivalente en contra del solicitado y

c) Que exista doble incriminación, lo que equivale cotejar que la conducta por la cual se requiere la extradición se halle penada tanto en el país requirente como en la legislación colombiana, que no constituya delito político o de opinión, y que la pena prevista, por su naturaleza y extensión se corresponda con los topes que el derecho nacional exige.

Dentro de ese orden se analiza:

#### I. IDENTIFICACION DEL REQUERIDO

Está demostrada a suficiencia la identidad del solicitante señor Adolfo Romero Gomez, sobre la cual no existe siquiera de su parte el menor reparo, lo que equivale a reconocer que el aprehendido es ciertamente la misma persona cuya entrega reclama formalmente el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Sin embargo, como el retenido aduce su nacionalidad colombiana con miras a enervar la entrega bajo el amparo constitucional del artículo 35 superior, se hace necesario precisar que tanto documental como pericialmente se halla establecido que Adolfo Romero Gomez nació en Cali el 26 de diciembre de 1934, hijo de Isidoro y de Andrea (cfr. Registro eclesiástico de Nacimiento al folio 288), que estudio en establecimientos educativos del país, y que prestó sus servicios a la Fuerza Aérea Colombiana.

No empuce, resulta del mismo modo incuestionable que con posterioridad a esos hechos tramitó y obtuvo la nacionalidad venezolana, recibiendo primero cédula de identidad en el vecino país como se prueba con la Gaceta de 20 de Marzo de 1970 anexa al expediente (cfr. fl. 36, Cd. #1), en donde consta que "manifestó su voluntad de ser venezolano" y solicitó la expedición del respectivo documento de identidad, y ulteriormente el pasaporte 010428 de julio 24 de 1993 que Adolfo Romero Gomez presentó al ser aprehendido y que le ha servido para identificarse como ciudadano de Venezuela (nacido allí, dice el documento, el 26-12-34, y allí residenciado de modo permanente), y para obtener su visa de turista ante las autoridades de Extranjería del D.A.S.. También reafirma la adquisición y vigencia de la nacionalidad venezolana el trámite que ha venido intentando luego de su retención, ante la Cancillería Colombiana, para recuperar su nacionalidad de origen.

Por otro aspecto, es de advertir que la Constitución Política vigente hasta 1991, precisaba en su artículo 90., que "La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el exterior, y podrá recobrase con arreglo a las leyes". Siendo esta disposición constitucional la que regía al momento de optar Adolfo Romero Gómez por adquirir carta de naturaleza como venezolano, es de rigor entender que por mandato constitucional perdió desde entonces su condición de nacional colombiano, sin que esta pueda entenderse recuperada por la sola vigencia de la nueva Carta Constitucional, ni la sola manifestación del interesado de acogerse a la doble nacionalidad.

En efecto, no escapa a la Corte que la norma Constitucional vigente consagra el principio de la doble nacionalidad, y que ello induce a que quien ahora adquiere carta de naturaleza en país extranjero, lo haga sin

desprenderse de la de su país de origen. No obstante, es diferente la situación para quien con anterioridad hubiese ya perdido su nacionalidad como colombiano, porque readquirirla supone un trámite administrativo que así lo determine y formalice, trámite que Romero Gomez ha intentado, pero sin que en ello le haya asistido hasta ahora éxito alguno.

Téngase en cuenta que sobre este particular existe disposición legal expresa (artículo 25 de la Ley 43 de 1993), lo que ha llevado ya a la Corte a sostener desde el concepto emitido el 17 de junio 17 de 1993 en la radicación 8190, con ponencia del Magistrado Dr. Dídimo Paéz Velandia, que,

"La Constitución prohíbe la extradición de "colombianos por nacimiento" (art.35), en el claro entendimiento de proteger el derecho fundamental de la nacionalidad por ser personalísimo, luego la prohibición no está protegiendo escuetamente a quien ha nacido en Colombia -el *ius soli* es apenas un factor determinante de la nacionalidad-, sino a quien "sea nacional colombiano por nacimiento" y obviamente quien renunció o renuncié a la nacionalidad no tiene esa calidad. Tan cierta es esta afirmación que, como se vió, la propia Carta y la Ley son las que permiten "recuperar" la nacionalidad cuando se haya renunciado a ella - y recuperar es volver a poseer lo que no se tenía".

Tan claro es lo anterior así, que aún el propio requerido señor Adolfo Romero recurrió al trámite pertinente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitando la recuperación de su nacionalidad como colombiano, como también se hace indiscutible que por razones contenidas en la Resolución 2307 de 1996, su pretensión le fué negada, siendo advertido por la defensa que dicho acto se encuentra recurrido, lo que no obsta para sostener como verdad sabida que mientras la advertida situación no cambie, se ha de tener al retenido únicamente como ciudadano venezolano, pues la disposición constitucional bajo la cual la adquirió hacía excluyente su calidad de nacional colombiano, sin que para ello fuese necesaria expresamente su renuncia.

Pero es más: con miras a responder la invocación que la defensa hace de la llamada doctrina Suárez al proponer que basta la sola invocación de su voluntad de readquirir la calidad de colombiano para que quien haya perdido esa nacionalidad vuelva a tenerla, se ha de tener presente que hoy la ley se ha encargado de regular expresamente dicho evento, lo que impide zanjar el caso por la vía de las interpretaciones doctrinarias, con las que no podría eludirse el mandato expreso del constituyente: "Los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley" (artículo 230 constitucional). Esa ley, como lo dijo ya la Corte al denegar la práctica de algunas pruebas, no es otra que la 43 de 1993, cuyo artículo 25 dispone que los nacionales por nacimiento o por adopción que hubiesen perdido su calidad de colombianos "como consecuencia de la aplica-

ción del artículo 90. de la Constitución anterior ... podrán recuperarla, formulando una solicitud en tal sentido ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, los Consulados de Colombia o ante las Gobernaciones...". Para el caso que se analiza, ni la Constitución ni la ley le privan su derecho al reclamante. Solo que sometida su petición al trámite debido, se tiene ya un pronunciamiento adverso del funcionario competente, y a esa decisión tendrá la Sala que atenerse, sin que la ley le autorice diferir la emisión de su concepto a las results de los recursos interpuestos.

De todo lo anterior emerge de modo inequívoco, que la persona solicitada no tiene en la actualidad la calidad de nacional colombiano, y como tal es pasible del trámite y la entrega en extradición, en cuanto se ha ubicado fuera del amparo previsto en el artículo 35 constitucional.

## II. - EQUIVALENCIA DE LAS DECISIONES

Concurre igualmente, a juicio de la Sala, la equivalencia de la decisión proferida por el Tribunal de los Estados Unidos de América - Distrito Sur de la Florida, con la resolución acusatoria prevista en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal.

Esta exigencia de ley se ha de tener por satisfecha, en cuanto obran autenticadas y en traducción con los avales del Ministerio de Relaciones Exteriores el texto sucinto que concreta dentro de la causa 94-99-Pen-HIGHSMITH, la formulación de dos cargos en su enunciación fáctica y jurídica acompañados de la transcripción de las disposiciones vulneradas, y además el señalamiento de la persona comprometida con la infracción, a la cual cobija el enjuiciamiento, la que coincide con el solicitado en extradición bajo el nombre de Adolfo Romero Gómez, alias "Cristóbal". También allí aparece señalado el lugar de ocurrencia de los hechos, su fecha y el nombre del acusado, mientras que complementariamente se adjunta una declaración jurada de respaldo a la solicitud de extradición, rendida por el Fiscal Asistente de los Estados Unidos en la Fiscalía del Distrito Sur de la Florida, Guy A. Lewis y por el Agente Especial para el Servicio de la Aduana de los Estados Unidos, Carlos Maza, certificando la existencia de las pruebas que sustentan la actuación y comprometen al requerido, lo que despeja cualquier duda sobre la paridad debida entre el procedimiento foráneo advertido y la resolución de acusación del sistema nacional colombiano, particularmente en el entendido de que se trata de una equivalencia de condiciones y no de una identidad o paralelismo de formas.

Esta circunstancia responde la pretensión del apoderado quien las echa de menos, sin percatarse que obran en el correspondiente anexo, dentro del cual, complementando el texto mismo de la providencia, el cual precisa que al señor Romero Gómez se le hace una "acusación por parte del Gran Jurado", las propias autoridades requirentes coinciden en afir-



mar que procesalmente esa acusación se halla equiparada a la resolución acusatoria del derecho colombiano.

### III. LA DOBLE INCRIMINACIÓN Y LA PENA EXIGIBLE

Las varias incriminaciones por las cuales se requiere el señor Romero Gómez para que comparezca en juicio ante la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida lo son por violaciones a las leyes federales de narcóticos y no por delitos políticos ni de opinión, y son las contenidas en la acusación de marzo 4 de 1994, suscrita por el Presidente del Gran Jurado.

Así, entonces, los pregonados cargos se concretan como constitutivos de los delitos de concierto para poseer con la intención de distribuir cocaína, en violación del Título 21, Secciones 846 y 841(a) del Código de los Estados Unidos el cual prevé para los responsables una sanción entre 10 años de encarcelación y cadena perpetua, y posesión con el intento de distribuir una sustancia controlada de la Tabla II, que contiene una cantidad perceptible de cocaína en violación del Título 21, Sección 841(a) y Título 18, Sección 2, del citado código, con idéntica perspectiva de pena, los que responden a la misma relación de "hechos del caso" atrás transcrita.

Todos estos hechos, relacionados con el tráfico de sustancias estupefacientes, guardan la debida correspondencia en la legislación penal colombiana que igualmente los describe y reprime tanto en las distintas modalidades de producción, conservación y tráfico, como en la del concierto para realización de cualquiera de estas conductas, sancionándolas con penas de prisión de 4 a 12 y de 6 a 12 años, además de multa (Cfr. ley 30 de 1986, arts. 33, 38-3 y 44), lo que implica, que por la naturaleza del delito y de la pena y la extensión de ésta se satisface el requerimiento de la doble incriminación, para que el imputado pueda ser sujeto pasivo de la extradición, (Cfr. C. de P. P., artículo 549-E).

En efecto, el Cargo I (Concierto para poseer con la intención de distribuir cocaína) y Cargo II (Posesión con la intención de distribuir cocaína), son modalidades que guardan precisa consonancia con las conductas específicas a que aluden, primero el artículo 44 de la citada ley 30 de 1986 (concordante con el 38-3 *ibidem*), según el cual "Cuando se obre en concierto para delinquir con el fin de realizar algunas de las conductas descritas en los artículos antes citados, la pena será por ese solo hecho, de seis (6) a doce (12) años de prisión y multa...", y el segundo, con el artículo 33, inciso primero *ibidem*, en cuanto se refiere al comportamiento de quien "sin permiso de autoridad competente ...introduzca al país así sea en tránsito, o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia..." en cuyo caso la sanción base será la de prisión de cuatro (4) a doce (12) años, y multa, siendo advertible



que al existir razón para el incremento previsto en el artículo 38 del Estatuto, en gracia de la cantidad de sustancia traficada, el mínimo de prisión se eleva a ocho años.

En síntesis, infiérese de lo analizado el lleno de los requisitos previstos en el Capítulo III del Título 1º, Libro V del C. de Procedimiento Penal, lo cual inclina a la Corte a emitir concepto favorable a la solicitud de extradición en curso, no sin que previamente se le responda a la defensa respecto de la invocación que hace de un virtual doble juzgamiento basado en una absolución anterior proferida en Venezuela en favor de Romero Gómez, que si el reclamo apunta a la previsión contenida en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, esa decisión concierne al estudio del Gobierno nacional, y no a la Corte, pero además, que el caso definido en la ley es el de la existencia "en Colombia" de una investigación o juicio por el mismo delito que sea motivo de la entrega, y no como aquí ocurre, aquel en que el segundo juicio se adelanta en territorio extranjero.

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

#### RESUELVE

CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano naturalizado en Venezuela, señor Adolfo Romero Gomez, también conocido con el alias de "Cristóbal", a quien se solicita por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Comuníquese a la Fiscalía General de la Nación, y déjese al detenido a órdenes del Ministerio de Justicia y del Derecho, al cual se remitirá el presente concepto.

Cópiase, 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, Didiina Pérez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## PERJUICIOS-Cuantía

El artículo 221 del Código de Procedimiento Penal que trata de la cuantía para recurrir, dispone que cuando el recurso de casación tenga por único objetivo la referencia a la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia de condena, deberá fundamentarse en las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponda al delito o delitos cometidos.

Es sabido que cada persona perjudicada por el hecho punible, y cada heredero o sucesor, es titular de su derecho personal, de manera independiente e individualizada de los derechos de los demás, así se hayan constituido simultáneamente en parte civil, a través de una misma demanda y un mismo apoderado y aunque éste abogue conjuntamente en representación de los intereses de todos y en procura colectiva de la reparación.

Así lo tiene definido además la Sala de Casación Civil de la Corte:

«Puestas así las cosas y existiendo como en realidad existe en la especie que hoy ocupa la atención de la Sala, un claro supuesto de litisconsorcio voluntario activo, obró con acierto el Tribunal al estimar separadamente, para efectos de calificar la procedibilidad del recurso de casación interpuesto por los cuatro demandantes, la cuantía del interés respecto de cada recurrente como lo pide el primer inciso del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil...

Luego ni la circunstancia de presentarse unificada la personería en cabeza de un mandatario judicial, así como tampoco el que sobre el mérito de las pretensiones de los condóminos demandantes haya de resolverse en una sola sentencia, son factores que a dichas situaciones les hagan perder su individualidad e independencia, de donde se sigue que determinado así el agravio que el fallo de segunda instancia causó a los recurrentes y en vista de la evidencia disponible acerca de este aspecto en los autos..., inevitable es concluir en la improcedencia del recurso extraordinario en cuestión.» (auto de marzo 3/89).

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

Magistrado Ponente: *Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.136 (Sepl. 19/96)

Proceso: 9939

#### VISTOS

Corresponde decidir a la Corte sobre la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos por el defensor del procesado albeiro de Jesus Berrio y la apoderada de la parte civil, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en proceso por el delito de homicidio.

#### HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

La noche del 22 al 23 de noviembre de 1991, Albeiro de Jesus Berrio, empleado de la "Cooperativa de Vigilantes de Antioquia Coopevian", prestaba servicio de vigilancia privada en el centro habitacional "Villas del Vallejuelo" de la ciudad de Medellín, cuando hasta allí llegaron los noctámbulos Miguel Antonio García Tavera y Alfredo Henao Rayo en procura de cigarrillos que obtuvieron del celador, dirigiéndose a sus respectivas moradas.

Pero como García Tavera advirtiera la falta de sus documentos de identificación se regresó a la caseta del vigilante reclamándole por su devolución, lo que éste negó por no tenerlos consigo, suscitándose un cambio de palabras entre ellos, dando como resultado que el vigilante Berrio disparara un "changón" contra García Tavera causándole la muerte de inmediato.

Dos meses después fue oído en indagatoria el sindicado Albeiro de Jesús Berrio, oportunidad en la que manifestó que esa persona intempestivamente llegó a la caseta y tomó el arma por el cañón en ademán de apoderarse de ella, presentándose un forcejeo a consecuencia del cual se disparó la escopeta dando muerte al intruso.

Por los hechos anteriormente reseñados, el Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia de 20 de mayo de 1994, confirmó con algunas modificaciones y adiciones, la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado, condenando al celador Albeiro de Jesús Berrio a la pena principal de diez años de prisión y a la sanción accesorial de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como responsable del delito de homicidio simple en la persona de Miguel Antonio García Tavera.

Igualmente lo condenó a pagar en forma solidaria con Coopevian Ltda., el valor de los perjuicios materiales y morales causados a la esposa e hijas del occiso, declarando que la progenitora y hermanos del difunto, reconocidos también como parte civil "no tienen derecho a percibir indemnización por daños morales porque no son ni directamente perjudicados con la ilicitud, ni tienen la calidad de herederos".

Contra este fallo interpusieron el defensor del procesado y la apoderada de la parte civil recurso extraordinario de casación, que les fue concedido.

Presentadas las respectivas demandas dentro del término legal y surtido el traslado común a las partes no recurrentes para alegar, se remitió el expediente a la Corte para los fines pertinentes.

#### DEMANDAS DE CASACIÓN

I.-El defensor del procesado acogéndose a la causal primera de casación formula como único cargo contra la sentencia impugnada el de ser violatoria, en forma indirecta, de los artículos 323 y 40, ord. 1º del Código Penal por haberse incurrido en error de derecho por falso juicio de convicción, al asignársele al testimonio rendido por el compañero del occiso Alfredo Henao Rayo un valor probatorio que no tiene, desconociéndose la explicación vertida por el sindicado en indagatoria.

Afirma en síntesis el impugnante, que dicho testimonio fue valorado sin sujeción a los criterios previstos en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, teniéndose como veraz y creíble para condenar al acusado, no obstante aparecer demostrado que el deponente también se encontraba "en cuarto grado de alicoramiento", faltó a la verdad en cuanto al número de cigarrillos comprados por la víctima al celador e incurrió en contradicciones e inconsistencias en el relato de las circunstancias de lugar, tiempo y modo que rodearon los hechos investigados: extrañándose que el Tribunal hubiese evaluado dicha declaración como medio idóneo de prueba, solicita casar la sentencia recurrida y absolver al sentenciado.

II.-A su turno, la apoderada de la parte civil apoyada en la misma causal primera de casación del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia impugnada por ser violatoria, en forma directa, del artículo 43 del mencionado estatuto, como primer cargo y, como segundo, del 106 del Código Penal, normas que en su opinión no fueron aplicadas al caso, pidiendo la revocatoria parcial de la sentencia a fin de que se reconozca, en su orden, perjuicios morales en favor de la madre y colaterales del occiso, e incrementar el monto de los perjuicios morales reconocidos en favor de la esposa y las hijas del difunto.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a). La demanda de casación presentada por el defensor del procesado Albeiro de Jesús Derrío no cumple con los requisitos de admisibilidad,

porque a pesar de la ponderación de sus argumentaciones encaminadas a demeritar la credibilidad reconocida al testimonio vertido por el acompañante del occiso, Alfredo Henao Rayo, el desarrollo del único cargo formulado a la sentencia no se compagina con su enunciado y quebranta el postulado de claridad y precisión que debe cumplir el libelo impugnatorio, de acuerdo al artículo 225-3 del Código de Procedimiento Penal.

El actor equivocó la vía del ataque por aducir error de derecho respecto a pruebas no tarifadas, como la testimonial, que no toleran un argumento de falso juicio de convicción y cuya evaluación es deferida al racional arbitrio del juzgador, siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, no pudiendo reprocharse frente a dichos medios de persuasión haberseles dado o desconocido un valor probatorio, que no les ha sido asignado por la ley instrumental vigente.

Por el contrario, si lo que pretendía era atacar la prueba de cargo, considerando que el juzgador al valorarla desconoció los principios de la sana crítica, el camino que ha debido escoger es el del error de hecho, acorde con los señalamientos previstos en el artículo 294 del estatuto procesal penal; pero esa vía no fue la aducida en el libelo impugnatorio, que de esta manera se muestra desenfocado.

De otra parte, debatir y criticar libremente la prueba testimonial - como lo hace el censor - no es el camino adecuado para sustentar una demanda de casación, pero aún si acertara en el método, los planteamientos por él esbozados para restarle fuerza de convicción a la declaración de Henao Rayo, en cuanto señala al celador Berrio como el autor del disparo que segó la vida de su compañero García Tavera y precisa las circunstancias no justificativas ni exculpatorias que rodearon el hecho, chocarían contra los razonamientos del Tribunal, que según cuestiona el impugnante, tuvo dicha declaración como veraz y creíble, actuando en el ámbito válido de su discreción, en providencia que además se encuentra acompañada de la doble presunción de legalidad y acierto.

Por consiguiente, esa falta de precisión de que adolece la demanda, impone su rechazo en los términos del artículo 226 *ibidem*, máxime que tal defecto no podría ser salvado oficiosamente por la Sala en virtud del principio de limitación del recurso.

b). La misma suerte correrá, pero por otro motivo, la demanda de casación presentada por la apoderada de la parte civil, quien se ocupa exclusivamente de criticar la forma como el Tribunal tasó el monto de los perjuicios morales reconocidos a la viuda e hijas del interfecto y los negó a la madre y hermanos del mismo, reclamando que la Corte en sede de casación errunde el presunto yerro y señale "prudencialmente" las cantidades en gramos oro que a cada uno de ellos corresponde por dicho concepto.

Es decir, que la impugnante controvierte únicamente el valor de los *perjuicios morales* decretados en la sentencia de condena objeto de impugnación, solicitando que sean incrementados para unos y reconocidos para otros de sus representados.

El artículo 221 del Código de Procedimiento Penal que trata de la cuantía para recurrir, dispone que cuando el recurso de casación tenga por único objetivo lo referente a la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia de condena, deberá fundamentarse en las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponda al delito o delitos cometidos.

En el caso bajo estudio, con referencia *exclusivamente a los perjuicios morales que son el motivo de su recurso*, la apoderada de la parte civil demandó indemnización por valor de \$7850.000 para cada uno de sus ocho representados, a saber: la esposa del occiso Luz Yenedy Jiménez Echavarría, sus hijas Disneyda Patricia y Sendy Yeline García Jiménez; la mamá María Eva Tavera de García y los cuatro hermanos del extinto, José Fernando, Dora Angélica, Luz Marina y Marleny del Socorro García Tavera.

Esa suma la dedujo a razón de mil gramos oro fino por persona, "a \$7.850.00 el gramo al momento de presentar esta demanda" (septiembre 25 de 1992, fs. 135 y 140); pero hojas antes había expresado que los demandantes "claman por la indemnización más alta permitida por la ley, 1.000 gramos oro-fino (su equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia) para cada uno...", art. 106 del C. Penal" (f. 127).

Ante la sentencia de segunda instancia, que efectuó una cmienda sobre la valuación de los perjuicios y determinó que "los de tipo moral se fijan en 300 gramos del mismo metal para la esposa y de 150 para cada una" de las hijas, pero la madre y los hermanos "no tienen derecho a percibir indemnización por daños morales" (f. 746), la demanda de casación reclama su revocatoria parcial "concediendo perjuicios morales para los colaterales y madre del occiso; y que se aumente... la indemnización por perjuicios morales sufridos por la esposa y las dos hijas del fallecido, cada una hasta el máximo de 1.000 gramos de oro. Cantidad que de acuerdo con la apreciación de la Honorable Corte Suprema de Justicia sea señalada" (f. 780 bis).

Es sabido que cada persona perjudicada por el hecho punible, y cada heredero o sucesor, es titular de su derecho personal, de manera independiente e individualizada de los derechos de los demás, así se hayan constituido simultáneamente en parte civil, a través de una misma demanda y un mismo apoderado y aunque éste abogue conjuntamente en representación de los intereses de todos y en procura colectiva de la reparación.



Así lo tiene definido además la Sala de Casación Civil de la Corte:

"Puestas así las cosas y existiendo como en realidad existe en la especie que hoy ocupa la atención de la Sala, un claro supuesto de litisconsorcio voluntario activo, obró con acierto el Tribunal al esfinar separadamente, para efectos de calificar la procedibilidad del recurso de casación interpuesto por los cuatro demandantes, la cuantía del interés respecto de cada recurrente como lo pide el primer inciso del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil...

Luego ni la circunstancia de presentarse unificada la personería en cabeza de un mandatario judicial, así como tampoco el que sobre el mérito de las pretensiones de los condóminos demandantes haya de resolverse en una sola sentencia, son factores que a dichas situaciones les hagan perder su individualidad e independencia, de donde se sigue que determinado así el agravio que el fallo de segunda instancia causó a los recurrentes y en vista de la evidencia disponible acerca de este aspecto en los autos... inevitable es concluir en la improcedencia del recurso extraordinario en cuestión." (auto de marzo 3/89).

Lo anteriormente expuesto ha sido refrendado en providencias posteriores donde, además de la anterior cita, puede leerse:

"... en cuanto el actor, movido por los evidentes vínculos que sobre el objeto, la causa y los medios de prueba de sus pretensiones, en lugar de formularlas mediante proceso separado, actitud poco práctica con la que habría contrariado paladinamente postulados elementales como el de la economía procesal, decidió acumularlas en una misma demanda, sin que por tal suceso ninguna de ellas hubiese perdido la independencia y la autonomía que las caracteriza...

De allí que resulte incuestionable que el interés de cada una... para recurrir en casación, debe establecerse tomando en consideración el agravio que directamente les hubiere inferido la sentencia recurrida..." (mayo 18/95, exp. 5447, M.P. Dr. Héctor Marín Naranjo; en el mismo sentido e igual ponente, marzo 24/94, exp. 4882).

El valor del gramo oro fino pasó de los \$7.850 referidos en la demanda de constitución de parte civil, a \$12.275,33 el 31 de diciembre de 1993; hasta ese día y desde el 1° de enero de 1994, lapso dentro del cual se profirió la sentencia de segunda instancia y fueron interpuestas las demandas de casación, el valor de la resolución desfavorable (diferencia entre lo solicitado y lo reconocido) para poder recurrir en casación en materia civil, fue de \$27'440.000 (inciso 1° art. 366 C. de P. C., modificado por D.E. 2282/89, y arts. 2° y 3° D. 522/88), que excede a más del doble del equivalente de los mil gramos de oro fino que se aspira para cada uno de los pretensores, cuantía que además es el tope máximo permitido al juez

por el artículo 106 del Código Penal para fijar la indemnización por el daño moral no valorable pecuniariamente.

Como se aprecia, el interés de ninguna de las ocho personas que obran como parte civil demandante, "cuya individualidad no admite conjetura alguna" (C. S. de J. Sala de Casación Civil, providencia de mayo 18/95 antes citada), alcanza la cuantía para recurrir de acuerdo con las normas que regulan la casación civil, aplicables al presente caso en cumplimiento de lo expresamente dispuesto por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

En reciente fallo (septiembre 5/96, casación 11.550, M.P. doctor Ódimo Páez Velandía), esta Sala aclaró la jurisprudencia sobre el procedimiento a seguir cuando la diferencia entre lo solicitado y lo reconocido ("valor actual de la resolución desfavorable", art.366 C. de P. Civil), no satisface la cuantía que se exige si el recurso de casación tiene por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios. En lo que resulta atinente a este proceso, donde la apoderada impugnante se limitó a expresar "...interpongo recurso de casación... que sustentaré en la oportunidad procesal para el caso" (f.772), fue señalado lo siguiente:

"... 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 dió 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."

Frente a lo reseñado, así debe procederse acerca de la demanda presentada por la acusosa apoderada de la parte civil, al no resultar satisfecha la cuantía requerida para recurrir en casación, que de suyo no puede alcanzarse en ningún caso en que se procure el reconocimiento, ni menos el ajuste, de la *indemnización únicamente del daño moral no susceptible de valoración pecuniaria* (art.106 C.P.), aún más distante (si fuere lo aplicable) a partir del 1.º de enero de 1996, cuando la cuantía mínima del interés derivado de la resolución desfavorable al recurrente ascendió a \$38'416.000 y el valor del equivalente en moneda nacional de los mil gramos oro no llega a \$14'000.000.

Debe observarse, finalmente, que la recurrente invocó para ambos cargos "la causal 1a. del artículo 220 del C.P.P." (fs. 789 y 793), lo cual constituye otro incumplimiento a lo dispuesto por el citado artículo 221 del estatuto procesal penal, defecto susceptible de convalidar con la equiparación que pudiera hacerse entre los dos preceptos, si los demás requisitos formales de la demanda se cumplieren, estudio que no es del caso

acometer por no permitirlo el insalvable límite cuantitativo, que impone que esta demanda también deba ser rechazada.

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 defensor del procesado Albeiro de Jesús Berrio y la apoderada de la parte civil contra la sentencia condenatoria objeto de impugnación, y en consecuencia, **DECLARAR DESIERTOS** los recursos por ellos interpuestos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ AUDIENCIA ESPECIAL**

*De la suscitada presentación de la figura de la audiencia especial, ella es ni más ni menos que un acuerdo transaccional, fruto de la negociación que el Estado y el sindicado hacen respecto de casi todos los aspectos propios de una sanción penal, actuación permitida a la Fiscalía General de la Nación, como sujeto procesal, pero vedada al Juez de la República, cuya actuación se limita a la aprobación u objeción del acuerdo únicamente por razones de legalidad, pero sin que pueda intervenir en la negociación propiamente dicha.*

*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

*Aprobado Acta No.139*

*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 convocatoria de audiencia especial en los términos del artículo 37A del Código de Procedimiento Penal.

### **CONSIDERACIONES**

1.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad constitucional de "investigar y juzgar a los miembros del Congreso", según lo manda el ordinal 3° del artículo 235 de la Carta.

2.- Significa lo anterior que en cabeza de la Corte se confunden las facultades de instrucción y juzgamiento, característica esencial del sistema inquisitivo que gobierna el procedimiento aplicable a los Congresistas de la República, en contraposición al acusatorio que rige para los demás sujetos de la acción penal del Estado.

3.- La audiencia especial que define el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, transposición al derecho nacional de una figura propia

del sistema acusatorio anglosajón (*plea bargaining*), supone que entre sindicado y Estado (representado por el Fiscal Delegado) puede llegarse a un acuerdo sobre la tipicidad, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional e incluso sobre la preclusión de comportamientos delictivos sancionados con pena menor respecto de los cuales haya dudas probatorias acerca de su existencia.

La consolidación del acuerdo entre Fiscalía y sindicado, posibilita la participación de un Juez de la República que avalará u objetará el convenio, con fundamento en el cual dictará finalmente sentencia, en la cual reconocerá una rebaja de pena automática de una sexta a una tercera parte para el sindicado, por el solo hecho de acogerse a la audiencia especial.

4.- Como se puede apreciar de la suscitada presentación de la figura de la audiencia especial, ella es ni más ni menos que un acuerdo transaccional, fruto de la negociación que el Estado y el sindicado hacen respecto de casi todos los aspectos propios de una sanción penal, actuación permitida a la Fiscalía General de la Nación, como sujeto procesal, pero vedada al Juez de la República, cuya actuación se limita a la aprobación u objeción del acuerdo únicamente por razones de legalidad, pero sin que pueda intervenir en la negociación propiamente dicha.

5.- En tal consideración, las figuras procesales que impliquen transacciones solo pueden hacerse a través de la Fiscalía General de la Nación: en ningún caso, cualquiera sea el sistema que se adopte, puede involucrar la figura del Juez, de donde se concluye que en un procedimiento donde se confunden las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en un solo funcionario o cuerpo, es de imposible recibo la aplicación de tal figura.

Suficientes las anteriores razones para declarar que en el sistema procesal inquisitivo, bajo el cual se rige este proceso, no tienen cabida los acuerdos transaccionales de beneficios por lo que se negará al sindicado Villarreal Ramos y a su defensor la petición de convocatoria a la audiencia especial del artículo 37A del Código de Procedimiento Penal<sup>1</sup>.

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

#### RESUELVE

1º.- Declarar que en el sistema procesal inquisitivo, bajo el cual se rige este proceso, no tienen cabida los acuerdos transaccionales de beneficios

1 - Contratar decisión en el mismo sentido del 30 de enero de 1998. Radicación No. 10.469. Única instancia. Sindicada María Flor Angélica Izquierdo de Rodríguez. Magistrado Ponente: Didiro Páez Velandía.

y por tanto negar al sindicado Villarreal Ramos y a su defensor la petición de convocatoria a la audiencia especial del artículo 37A del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase

*Carlos E. Mejía Escobar, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Dídimo Páez Velundia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## DELITO POLITICO

Es ahora el artículo 57 de la Ley 104 -no el 56-, en virtud de variación sistemática introducida por la Ley 241 (art. 25), el que habilita a los jueces para dictar cesación de procedimiento en favor de quienes sean procesados por los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración, y los conexos con éstos, siempre y cuando confiesen, y se ajusten a los demás requerimientos formales del título III de la primera ley. Pero el artículo 48, inciso final, de la Ley 104 prevé la exclusión de tal beneficio jurídico en relación con quienes hayan incurrido en "delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sennia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie" (Se ha subrayado.)

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta N° 139

Proceso: 12051

### VISTOS

Se ocupa la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderada especial del procesado Oscar Darío Amaya Castro, en relación con el auto interlocutorio fechado el 10 de enero del año en curso, obra de una Sala de Decisión del Tribunal Nacional, por medio del cual se negó la solicitud de cesación de procedimiento en favor de su asistido, a quien se acusa de un concurso de delitos conformado por dos (2) homicidios con fines terroristas, ambos consumados y agravados; otro injusto de homicidio en el grado de tentativa, también con circunstancias de agravación; daño en bien ajeno y rebelión. Sin embargo, por este último hecho punible si se accedió a la terminación excepcional del proceso (num. 1° y 2°, parte resolutiva). Trátase en este asunto del trámite especial de "Extinción de la acción y de la pena en casos de delitos políticos", regulado en los artículos 48 y siguientes de la Ley 104 de 1993 (diciembre 30), cuya

vigencia temporal de dos (2) años fue prorrogada por virtud de la Ley 241 de 1995 (diciembre 26).

A pesar de la fecha de la decisión y de la prelación que debe otorgársele a esta clase de solicitudes, el proceso sólo fue enviado a la Corte para surtir la alzada el pasado 24 de julio.

#### HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Los acontecimientos delictivos objeto de este proceso pueden presentarse de la siguiente manera:

El día 9 de mayo del año de 1991, aproximadamente las 7:30 horas de la noche, se desplazaba en misión de relevos la patrulla policial marca Nissan Patrol, distinguida con el número 30-304, por la carrera 80 de la ciudad de Medellín y, a inmediaciones de las calles 77 y 78, comprensión del barrio Robledo, fue sorprendida por una fuerte explosión de dinamita, que dejó como resultado fatal el deceso inmediato del agente Alexander Manrique Rojas, el herimiento y posterior muerte -15 de mayo siguiente- del policía conductor Marco Aurelio Jaramillo Castro y el lesionamiento del también policial Carlos Mario Foronda Gaviria; además de los severos destrozos que sufrió el automotor, que lo dejaron inutilizable, y los daños en las edificaciones circunvecinas.

Coincidentalmente, por estar en franquicia, se hallaba en el sector residencial afectado el agente Jaime Ortiz Loalza, quien, alarmado por la fuerte detonación, acudió al lugar y de inmediato detectó a un individuo que abandonaba un predio cercano, tratando de ponerse una camisa encima de la que ya llevaba consigo, hecho indicativo por el cual lo retuvo y es a partir de este momento que el capturado, Oscar Darío Amaya Castro, reconoce su participación en el atentado criminal, en cumplimiento de una operación militar ordenada por sus jefes, pues, según sus expresiones de entonces, él se había integrado recientemente como soldado raso a una célula urbana del grupo subversivo Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, y se hallaba en tareas de observación y aprendizaje, mientras que la explosión la protagonizaba su compañero "Alberto".

Se estableció después que el medio letal era una carga explosiva de cincuenta (50) kilos de dinamita amoniacal, preparada con metralla, y que fue accionada por el sistema de ignición eléctrica con un cable de cien (100) metros de longitud, aproximadamente.

Pues bien, en lo que atañe a los hitos procesales que interesan para la decisión que nos ocupa, la Sala se permite hacer la siguiente reseña:

1. En relación con los hechos que se dejan expuestos, se inició el proceso que culminó con sentencia dictada por un juez regional de la ciudad de Medellín, suscrita el 29 de marzo de 1995, que le impuso al

condenado Amaya Castro la pena principal de trescientos (300) meses de prisión y multa por valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, como reo de los delitos de homicidio con fines terroristas, agravados, dos consumados y otro tentado, rebelión y daño en bien ajeno, de acuerdo con las previsiones de los artículos 29 del Decreto 180 de 1988 y 1° del Decreto 1857 de 1989 - ambos recogidos como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, arts. 4° y 8°, y 370 del Código Penal, respectivamente (fs. 536 y ss).

2. Como la sentencia de primer grado fue apelada tanto por el procesado como por su defensor, proveyó en segunda instancia el Tribunal Nacional, por medio de fallo fechado el 5 de septiembre de la pasada anualidad, decisorio en el cual se confirma la determinación condenatoria de instancia, por los mismos hechos punibles, pero se elevan las penas principales a treinta (30) años de prisión y ciento veinte (120) salarios mínimos legales mensuales, respectivamente (cfr. folios 3 a 19, cuaderno de segunda instancia).

3. Había ocurrido que, por medio de interlocutorio fechado 27 de septiembre del año de 1994, el juez regional de la causa accedió a declarar extinguida la acción penal y consecuentemente ordenó la cesación de procedimiento en favor del procesado Amaya Castro, de acuerdo con los imperativos de la Ley 104 de 1993 (fs. 477 y ss.), decisión que fue adoptada a petición de la apoderada especial que para tales fines constituyó el acusado (fs. 435 y 436). Pero como el fiscal regional que ya fungía de sujeto procesal en la causa no compartió esta forma de terminación excepcional del proceso, acudió ante el superior funcional del juez, por medio del recurso de apelación, fruto de lo cual fue el proferimiento del auto fechado 4 de enero del año en curso, obra del Tribunal Nacional, por medio del cual se revoca la determinación de primera instancia y ordenó que continuara el trámite de la causa ( fs. 517 a 527).

En la decisión del Tribunal Nacional, contraria a la cesación de procedimiento dictada por el juez regional, se exhibieron como argumentos no sólo las carencias de forma para acceder a la solicitud planteada, sino también la imposibilidad de perdonar en relación con los delitos de homicidio y daño en bien ajeno, dado que los mismos, a pesar de estar conexos con la rebelión, fueron "cometidos fuera de combate" y constituían "actos de ferocidad o barbarie", circunstancias que son excluyentes del beneficio jurídico examinado, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 104 de 1993 (fs. 517 a 527).

4. En providencia datada el 10 de enero último, el Tribunal Nacional atendió una nueva solicitud de extinción de la acción penal, en relación con los mismos hechos y a favor del mismo procesado, mas advierte que en esta oportunidad se ha aportado prueba de que el acusado se encuentra incluido en una lista de miembros de la Corriente de Renovación So-

cialista, C. R. S., disidencia del grupo Irregular armado Ejército de Liberación Nacional, E. L. N., célula aquella que está desmovilizada y ha celebrado acuerdos de paz con el Gobierno Nacional, y cuyos partícipes además han expresado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

4.1 El Tribunal declara satisfechos los requisitos formales exigidos por la Ley 104, supuesto que se han aportado sendas certificaciones del Ministerio de Justicia y del Derecho, del negociador y del presidente de la Corriente de Renovación socialista, confirmatorios del acta número 044 del 31 de mayo de 1994, suscritas por los entonces Ministro y Viceministro de Gobierno, en el sentido de que dicha organización subversiva realizó con el Gobierno Nacional convenios de paz, desmovilización y reintegro de sus miembros a la vida civil; que el señor Oscar Darío Amaya Castro, identificado con la cédula de ciudadanía número 98.464.534 expedida en Gómez Plata (Antioquia), es miembro activo de dicha agrupación guerrillera; y que, en cumplimiento de órdenes e instrucciones impartidas por la Comandancia Regional de Antioquia, el procesado había participado en la operación político-militar realizada el 9 de mayo de 1991 en la ciudad de Medellín, cuyos son los resultados que se relacionaron. Además, en el escrito por medio del cual otorga poder especial a la abogada para que pida los beneficios jurídicos en su nombre y representación, el acusado advierte que los hechos que se le imputan tuvieron como impulso su condición de rebelde y el desarrollo de tareas coordinadas por la organización, motivo por el cual espera el reconocimiento de la conexidad de los mismos con el delito de rebelión o su incorporación al complejo de dicho injusto; así como también hace evidente su voluntad de reintegrarse como ciudadano inerte a la sociedad civil.

4.2 La Corporación de primera instancia reconoce que, en medio de la confrontación armada que libran los grupos guerrilleros y los miembros de la fuerza pública del Estado Colombiano, éstos son considerados como "enemigos naturales" por aquéllos; sin embargo, no toda acción violenta desplegada por la subversión ha de quedar cobijada por el trato benigno que dispensa la Ley 104 de 1993, dado que expresamente el inciso final del artículo 48 previene que "... No se aplicará lo dispuesto en este título con relación a (sic) delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie".

Y es que, advierte el Tribunal, "... La utilización de esa bomba de gran poder explosivo (casi 50 kilos de dinamita anorillal adobada con metralleta) en un lugar poblado de la ciudad de Medellín y en horas en que hay flujo de personas por el sector, es sin duda un acto de barbarie, pues se utilizó un medio capaz de causar estragos que no sólo afectó a los policiales que se transportaban en la patrulla, sino que puso en peligro la vida de muchas personas que residían en las edificaciones vecinas y que nada tenían que ver en el conflicto, causando daños en algunos inmuebles".

De modo que, de acuerdo con las apreciaciones de la instancia, no es posible ordenar la cesación de procedimiento en relación con los homicidios, los consumados y el tentado, y el daño en bien ajeno; en cambio sí es procedente el beneficio por razón del delito de rebelión.

4.3 Consecuente con las premisas anteriores, el tribunal de grado decreta la cesación de procedimiento por el delito de rebelión en favor del procesado Amaya Castro, niega la pretensión en lo que atañe a los demás delitos conexos y consecuentemente readecúa la pena impuesta en la sentencia del 5 de septiembre de 1995, para situarla en veintinueve (29) años de prisión y multa equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (fs. 62 a 72, cuaderno Tribunal Nacional).

5. Desde luego que la decisión, por ser desfavorable a los intereses de su patrocinado, no fue del agrado de la apoderada especial, profesional que entonces interpone el recurso de apelación y plantea los siguientes motivos de agravio:

5.1 El Tribunal Nacional desbordó el ámbito de su competencia funcional, de acuerdo con los artículos 206 y 217 del Código de Procedimiento Penal, tanto en el auto que revocó la cesación de procedimiento que antes había proferido el juez regional, como en la sentencia de segundo grado que se produjo con ocasión de un recurso de apelación. Argumenta que, en el caso del interlocutorio de cesación de procedimiento, por "aspectos eminentemente formales de la decisión" y en disfavor del procesado, la segunda instancia lo dejó sin efectos, actitud que constituye una clara irregularidad sustancial; y en lo referente al fallo del *ad quem*, dice la abogada, la intensificación punitiva que se hizo vulnera el "principio fundamental de la *reformatio in pejus*" (entiéndase regla de la prohibición de reformatio in pejus)... "a pesar de que en tal sentido (sic) se advierten infinidad de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia..." (fl. 86).

Aunque la recurrente opina que estos primeros planteamientos pueden orientarse mejor hacia un debate en sede de casación, agrega que ha preferido esgrimirlos ahora en pro de la claridad del acontecer procesal necesaria para sus pedimentos.

5.2 Con el fin de atacar el desdén del Tribunal por la conexidad de los demás hechos punibles con el delito complejo de rebelión, la impugnante hace importantes precisiones y se apoya en refinada y abundante doctrina -con destacadas referencias históricas-, para afirmar que la situación de su protegido no puede evaluarse en el contexto contemporáneamente superado de una guerra convencional, regular o de posiciones, sino en el ámbito de la guerra de guerrillas, irregular o de movimientos, como corresponde al tipo de conflicto interno que vive hoy nuestro país, razón por la cual otra es la realidad y otra debe ser la perspectiva judicial sobre lo



que son los medios y métodos de combate permitidos. Son componentes principales de la guerra irregular *"la guerra de guerrillas, la guerra psicológica en cuanto respecta a todas las fases de la guerra irregular, el sabotaje, la subversión contra los hostiles y la evasión y escape. Estas actividades de resistencia pueden ser completamente abiertas, completamente clandestinas o algo entre estos dos extremos, dependiendo de la efectividad de las medidas adoptadas por el enemigo para contrarrestarlas"* (fl. 89. El resaltado es del memorial de apelación).

5.3 En razón de la disparidad existente entre los grupos armados irregulares y la fuerza pública, en cuanto al número de hombres y el armamento, la sorpresa, la emboscada y las estratagemas se han convertido en elementos centrales de la guerra de guerrillas, métodos a los cuales acude tanto la subversión como las tropas regulares. No se trata pues de dinámicas proscritas sino, por el contrario, toleradas en la guerra irregular, mas si se quiere evitar el repudio por los resultados funestos para la fuerza pública en esta clase de confrontaciones, débese afinar la inteligencia, la preparación y el entrenamiento que conducen a contrarrestar cada vez con mayor eficacia los ataques sorpresivos.

De modo que, como la operación en la cual participó el procesado Amaya Castro tiene las características de la sorpresa, sin duda se adecúa a los métodos, tácticas o principios de la guerra irregular o guerra de guerrillas. Con igual recurrencia a la literatura sobre la materia, la abogada quiere significar que la emboscada y el ataque por sorpresa con armas y explosivos son procedimientos ya ambientados en esa guerra irregular, que no han sido orientados solamente a los carreteables sino también a los convoyes o vehículos con tropa enemiga que transitan por éstos: que se llevan a cabo *"generalmente en trechos abiertos escondiéndose tras arbustos o setos vivos"* (fs. 92 y 93, énfasis del texto); y, finalmente, que éstas *"son tácticas frecuentes en la historia de los conflictos armados en la humanidad y que en tal sentido desde hace más de 33 años se ha venido planteando la necesidad de generar manuales y hacer una instrucción que posibilite resistir o neutralizar estas formas de combate"* (fl. 94).

Como la táctica, en este caso el ataque por sorpresa al automotor en el que se movilizaban los contendientes armados, va de la mano con la estrategia de los grupos insurgentes de acceder al poder con el uso de las armas, no ve la recurrente ausencia de combate o estado de indefensión de las víctimas, precisamente por aquello de la extensión irregular de la guerra y de la prevención y conjura de la sorpresa que concierne exclusivamente y con más eficacia a la fuerza pública, no al enemigo.

5.4 Tras reprochar que al juzgador no le compete definir las tácticas o estratagemas, medios o armas de esta guerra irregular, la impugnadora sostiene que dicho funcionario debe aplicarse a evaluar la conducta de



cara al derecho de los conflictos armados, además porque la confrontación es con el Estado colombiano -incluidas las tres ramas del poder público- y se viene a menos la imparcialidad si el Estado o los jueces definen unilateralmente estos asuntos, que ya los tiene determinados el derecho internacional de los enfrentamientos bélicos, efecto para el cual cita los textos de los artículos 41, 49, 51-2, 52 y 57 del Protocolo Adicional I de Ginebra y de los artículos 3º y 4º, 6º-5 y 13-2 del Protocolo II, una y otra vez, para afirmar que la actuación de su asistido se ajusta perfectamente a lo que ellos regulan; que una persona sólo está fuera de combate en las circunstancias expresamente señaladas en los tres literales del numeral 2º del artículo 41 citado, que no es la situación de los agentes comprometidos; que las minas, armas trampas y otros artefactos -como el utilizado en los hechos que nos ocupan- no están prohibidos de manera absoluta en el derecho de los conflictos armados, sino que lo proscrito es el uso indiscriminado de ellos, de tal manera que se omitan precauciones para no afectar a la población civil o a los bienes civiles o que, por el contrario, con la irradiación fatal de estos efectos sea mayor el daño producido al conglomerado humano ajeno al conflicto o a las cosas de otros, en comparación con la ventaja militar obtenida, todo lo cual se estruja en este asunto porque el procesado y su grupo irregular antes habían desistido temporalmente del atentado, al prever que le podían ocasionar daños a transeúntes o a terceros inocentes.

5.5 Por último, también de manera insistente, la apoderada especial sostiene que si comportamientos como el que se juzga en este proceso, permitido o válido dentro de la guerra, desde las reglas del derecho internacional humanitario o del derecho de los conflictos armados, por pura ideologización se califican como actos terroristas, ello comporta una traba para el proceso de paz y reconciliación. Es con fundamento en estas bien elaboradas consideraciones que la apelante solicita que "la judicatura subsuma dentro del delito de Rebelión los delitos de Homicidio, tentativa de homicidio y daño en bien ajeno por los cuales se profirió sentencia condnatoria..." y, en consecuencia, revoque la parte pertinente del interlocutorio impugnado.

#### LA CORTE CONSIDERA:

1. Si en alguna irregularidad sustancial incurrió el Tribunal Nacional al dictar el auto del 4 de enero de 1995, por el cual revoca la providencia fechada el 27 de septiembre de 1994, obra del juzgado regional de Medellín, por medio de la cual se había reconocido el beneficio de la cesación de procedimiento al procesado Amaya Castro; y si se afectó el debido proceso o algún otro derecho fundamental con el proferimiento de la sentencia del 5 de septiembre de 1995, por medio de la cual la misma Corporación incrementó la pena impuesta en fallo de primera instancia, fechado el 29 de marzo del mismo año; si alguna objeción existe en relación con esta

definida actuación procesal, se repite, es cuestión que no puede ventilarse en el restringido espacio del incidente de beneficios jurídicos, máxime que la apelación se refiere a otra providencia diversa, la del 10 de enero del año en curso, y a ella debe limitarse la revisión de segunda instancia (C. P. P., art. 217).

2. La doctrina tradicional solía distinguir entre derecho de la guerra en sentido estricto o "derecho de La Haya", para referirse a los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, y el "derecho de Ginebra" o derecho internacional humanitario propiamente dicho, cuando aludía a los cuatro (4) Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, el I que protege a las víctimas de los conflictos armados internacionales y el II a las de los conflictos armados internos. Pues bien, en virtud de la "Cláusula Martens" o principio de integración de derecho internacional, según el cual "en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública (preámbulo Protocolo II), y también gracias a los esfuerzos de la doctrina, hoy todos los preceptos de origen convencional o consuetudinario sobre conflictos armados internacionales o no internacionales se han unificado bajo la denominación técnica de "Derecho Internacional Humanitario" que, de acuerdo con afortunada síntesis de la Corte Constitucional, es un ordenamiento que "contiene normas que limitan el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los medios y métodos utilizados en combate, así como disposiciones encaminadas a proteger a las víctimas y a los bienes susceptibles de verse afectados por un conflicto armado" (Sentencia C-374/92, M. P. Dr. Ciro Angarita Barón).

3. De esta primera reflexión se desprende que el objeto de preocupación del derecho internacional humanitario son las víctimas de los conflictos armados y la humanización de los métodos y medios usados por los combatientes, jamás la "permisión" de ciertos procedimientos insidiosos o la utilización de ciertas armas de destrucción colectiva -como lo pregona la impugnante-, que si bien podrían tolerarse limitadamente en ciertos contextos de ventaja militar en los que se enfoca estrictamente el objetivo, sin riesgos para la población civil o los bienes ajenos, no por ello se celebran o se aplauden por la conciencia pública nacional e internacional.

4. Es que del reconocimiento de la guerra o de los conflictos armados como una realidad y, por ende, del altruista propósito de sujetar a los combatientes a unas reglas que limiten sus métodos y medios de acción, con el fin de proteger a la persona humana, no se sigue alegremente que el derecho internacional humanitario legitima la guerra o la existencia de los conflictos armados o de grupos insurrectos o la recurrencia a formas inhumanas de ataque o a potentes instrumentos de desolación por parte de las asociaciones armadas irregulares, porque, a más de reducir los

estragos de las confrontaciones bélicas, dicho ordenamiento, fruto de los pactos internacionales y de la conciencia de la humanidad, apunta estratégicamente a lo que Kant definió elocuentemente como el modo de "hacer la guerra según principios tales que sea siempre posible salir de ese estado natural y entrar en un estado jurídico" ("Principios metafísicos del derecho", pág. 190). Sólo con el compromiso de los enfrentados en el conflicto, tanto los irregulares como la fuerza pública, de humanizar la terrible confrontación bélica, de evitar las crueldades innecesarias en las operaciones militares de uno u otro bando, para que no siga acreciendo el rencor y el deseo de venganza, se conserva la esperanza de la paz en la república y de la reconciliación entre los opositores armados.

5. Desde luego que no se sueña con mundos ideales, sabemos que la construcción jurídica no puede propender por una sociedad sin conflictos -estos pertenecen a la dinámica de su evolución-, pero si se espera que los alzados en armas y las fuerzas armadas contribuyan con su voluntad a la resolución pacífica de esos conflictos. Por ello, como apunta la Corte Constitucional en la revisión constitucional del Protocolo II, "... No se puede entonces excusar, ni ante la comunidad internacional, ni ante el ordenamiento jurídico colombiano, la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex post facto*" (Sentencia C-225/95, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

6. Conviene precisar que Colombia aprobó los cuatro Convenios de Ginebra mediante la Ley 5a. de 1960, el Protocolo Adicional I fue recogido en la Ley 11 de 1992 y el II fue aprobado por la Ley 171 de 1994, instrumentos que fueron declarados exequibles en distintas épocas, lo cual muestra a las claras la vinculación del Estado Colombiano y de sus ciudadanos a tan importantes recursos del derecho internacional humanitario, cuya naturaleza es la que se viene de comentar.

7. Esa naturaleza jurídica del derecho humanitario también tiene derivaciones claras del artículo 3° común de los Convenios de Ginebra, según el cual sus disposiciones "no surtirán efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto", lo cual significa que los Estados conservan su soberanía para someter a los rebeldes al derecho penal interno, principio que también aparece ratificado por el artículo 3° del Protocolo Adicional II, según el cual no pueden invocarse las normas de dicho instrumento para justificar intromisiones extranjeras o "con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos" (Subrayas fuera de texto). En la referida sentencia de constitucionalidad sobre el Protocolo II, con cita del jurista chileno Hernán Montealegre, se reflexiona que "el derecho humanitario

coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza" (hasta aquí el autor invocado). Y continúa la Corte Constitucional, "El Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión y la sedición".

8. Dentro de ese contexto de la potestad de regular soberanamente los conflictos armados internos, que no está interferida por las reglas del derecho internacional humanitario, sin perjuicio de la política de reconciliación pero también sin descuido de mínimos éticos para la protección de la persona humana y de la población civil, surgió la Ley 104 de 1993, vigente desde su promulgación el 30 de diciembre del mismo año, que consagra "instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia" y señala "otras disposiciones", de acuerdo con una política criminal proyectada para dos años a partir de su vigencia, mas fue el propio legislador el que experimentó la necesidad de extender el vigor de estos procedimientos de pacificación, propósito para el cual expidió la Ley 241 de 1995, vigente desde el 14 de febrero de 1996 (diario oficial 42.719), por medio de la cual "se prorroga la vigencia, se modifica y adiciona la ley 104 de 1993".

Significa entonces que está vigente todo el título III de la Ley 104 - aunque con algunas modificaciones-, relacionado con las "causales de extinción de la acción y de la pena", que es el que permite y reglamenta la intervención de los jueces para coadyuvar en la búsqueda de la convivencia pacífica en relación con los conflictos armados internos.

9. Pues bien, es ahora el artículo 57 de la Ley 104 -no el 56-, en virtud de variación sistemática introducida por la Ley 241 (art. 25), el que habilita a los jueces para dictar cesación de procedimiento en favor de quienes sean procesados por los delitos políticos de rebelión, sedición, usonada, conspiración, y los conexos con éstos, siempre y cuando confiesen, y se ajusten a los demás requerimientos formales del título III de la primera ley. Pero el artículo 48, inciso final, de la Ley 104 prevé la exclusión de tal beneficio jurídico en relación con quienes hayan incurrido en "delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie" (Se ha subrayado).

10. El problema que aquí se plantea no es si el delito político de rebelión subsume los delitos comunes estrechamente vinculados con él, que son necesarios para que la acción armada desplegada pueda cumplir los objetivos propuestos de derrocar al gobierno nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. O si tales hechos punibles son conexos o no lo son con el de rebelión. No, podría admitirse

de una vez que los homicidios y daños cometidos por el procesado Oscar Darío Amaya Castro están dentro de la línea de realización material del propósito político propio de su condición de insurgente; pero, en virtud de las connotaciones crueles e inhumanas de estos crímenes, el peticionario queda situado dentro de las prohibiciones del artículo 48, supuesto que se trata de un acto de barbarie.

Son actos de ferocidad o barbarie los que reprueba el derecho internacional humanitario o derecho de gentes, precisamente por evidenciar crueldad innecesaria en los procedimientos y en los medios utilizados, o por comportar hostilidad, padecimientos, atemorización y exposición a daños también innecesarios a los niños, mujeres, personas débiles o impotentes, y en general a la población civil que se afectó con semejante explosión en un populoso barrio de la ciudad de Medellín —así es Robledo—, a una hora en que la concurrencia es mayor porque comienza la noche y terminan las jornadas de trabajo; a una población civil que se compungió con tan aterrorizadora forma alevosa de atacar y darle muerte a un pequeño grupo de policías que, por ir de paso y en misión de relevos, ni siquiera tuvieron la oportunidad de pensar en la más escasa reacción.

En el ámbito de un suburbio de tanta aglomeración humana y en relación con la magra ventaja militar que se pretendía obtener por los insurgentes, de verdad que ese medio explosivo y los daños humanos y materiales ocasionados, aparecen como drásticos y exagerados, señal de prepotencia de los actores irregulares e inequívocamente era previsible para ellos la necesaria intimidación de la comunidad de ese barrio y de la ciudad de Medellín en general, tan sojuzgada y golpeada en esa aciaga época por atentados indiscriminados de la misma índole, cuyo origen ya no le quedaba fácil adivinar a sus confundidos habitantes, quienes, en medio del caos adicional de los desesperados y ligeros informes de los medios de comunicación, ya se resignaban a que provinieran de la subversión o del narcoterrorismo, pues francamente durante ese desventurado período de la vida de esa maltratada ciudad, se igualaron los métodos y los objetivos militares —la policía— de los enemigos armados del régimen.

11. Todo lo anterior para concluir que los actos examinados, por la fuerza disvaliosa y clamorosa del contexto de su realización, sin duda se califican de bárbaros. Ahora bien, si a tales actos se les quiere aplicar la perspectiva del derecho internacional humanitario, como lo propone la impugnante, recuérdese que dicho ordenamiento contentivo de normas de *ius cogens*, antes que "permisiones", contiene ceñidas limitaciones por razones de humanidad y, *a fortiori*, todo comportamiento que exceda sus manifiestas prohibiciones, se tendrá como cruel e inhumano, o tocado de ferocidad o barbarie, en los términos que tradicionalmente han utilizado las leyes sobre beneficios por delitos políticos (C. P., art. 127; Ley 77/89; Decreto 1943/91; y hoy, las Leyes 104/93 y 241/95).



Se confirmará entonces integralmente el auto protestado por la apoderada especial del procesado Amaya Castro. Se aclara a la instancia que, en tratándose estos beneficios jurídicos como política de reconciliación, no existía ningún obstáculo legal para volver sobre la sentencia condenatoria y readecuar la pena en la forma en que lo hizo, pues, si el cambio representaba una evidente condición de favorabilidad, la Ley 07 de 1993 (julio 3) prevé esta clase de situaciones y de autorizaciones para reformar.

Así las cosas, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto fechado el 10 de enero del año en curso, producción del Tribunal Nacional, por el cual se negó la cesación de procedimiento en relación con los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y daño en bien ajeno que se atribuyen al procesado Oscar Darío Amaya Castro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

*Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Didiño Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES

*Sobre la base de la normalidad del sentenciado es que el juez realiza el proceso valorativo de su personalidad, no para reconocer los trastornos que la afectan, sino con el fin de determinar si su modo de ser y de actuar revela que el tiempo transcurrido en prisión es suficiente para dar por concluido el proceso de readaptación social, o si por el contrario, es necesario que cumpla la totalidad de la pena.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., octubre primero (1º) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente, Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

*Aprobado por Acta No. 141*

*Proceso: 11004*

## VISTOS

Inconforme con la decisión del 5 de septiembre del presente año, Jorge Iván Arango García otorgó poder al abogado que en su nombre interpuso y sustentó el recurso de reposición, para solicitarle a la Sala que reconsidere las razones por las que allí se dice que el procesado requiere del cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta para su readaptación social, puesto que, a diferencia de lo expresado, su comportamiento es el de una persona fácilmente adaptable, con predisposición al trabajo, al estudio y que se somete a los reglamentos y la disciplina sin dificultad, como lo demuestran los certificados expedidos por las directivas del centro de reclusión sobre su conducta y por el Departamento de Antioquia sobre las actividades creativas que ha desarrollado (adjunta cinco constancias expedidas por la Secretaría de Educación).

Además, no existe estudio psicológico o psiquiátrico "que permita sostener con fundamento en la ciencia causal explicativa, que la personalidad del sujeto activo de delito, es proclive a delinquir y por demás peligroso para la vida y convivencia social", por lo que la interpretación que se hizo sobrepasa los alcances normativos al no ajustarse a la sistemática científica que orienta el Código Penal cuando establece en el artículo 50, que queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Es decir, por

no haber tenido en cuenta que el proceso valorativo de la personalidad se debe hacer con base en la ciencia y no en un determinado hecho, incurrió la Corte en un reproche puramente objetivo y le dio validez a las tesis del peligrosismo, "desembocando en una decisión distante de la realidad, lo que podría violar el principio de libertad consagrado en la Carta Política, artículo 28, dándole a Arango García tratamiento como si se tratara de un sujeto plurirreincidente, contrario a lo probado en el plenario" y confirmando el comentario del tratadista Eudoro Echeverri Quintana, según el cual Colombia está a la zaga de los movimientos de la nueva criminología y del derecho penal mínimo que propugnan por un mayor bienestar social, por la reducción del número de hechos punibles y el aumento de la tutela de los derechos y garantías humanas que permitan "eliminar al máximo las restricciones de la libertad dejándola solamente para delitos lesivos de la comunidad y para personas plurirreincidentes".

El ordenamiento penal debe ser garantista para poder decir con Von Ihering que "la defensa del derecho es un deber que tenemos con la sociedad". De manera que el proceso valorativo del ser y actuar tiene que hacerse no solamente con base en un hecho punible, sino de acuerdo con los antecedentes y el comportamiento actual del procesado por ser inherente al derecho. Además dentro del plenario no está probado que Arango García hubiera pertenecido a una organización delictiva, de modo que con esa afirmación apriorística la Sala lo vincula más allá de las circunstancias reales.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Es conveniente recordar que por no estar en firme la sentencia condenatoria todo lo relacionado con la libertad condicional ha de entenderse referido a las provisiones del artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal.

Por la providencia recurrida se sabe que Arango García fue condenado a 47 meses de prisión por el delito de hurto calificado, que la sentencia fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior Medellín y que el procesado ya cumplió las dos terceras partes de la pena impuesta, por lo que reúne las exigencias objetivas previstas por el artículo 72 del Código Penal. En lo atinente a la personalidad, como allí se dice, "la indiscutible gravedad del hecho, especialmente por provenir de un grupo concertado de delincuentes del que formaba parte el procesado y por la utilización de un arma de fuego que representa un mayor riesgo para la víctima, en cuanto ya no solamente es su patrimonio el que está en peligro sino su propia vida, hace de la modalidad delictiva utilizada un indicador preciso del grado de descomposición social a que han llegado quienes, además de asociarse para delinquir, están dispuestos a atacar contra la integridad de las personas con tal de lograr el objetivo criminal que se han propues-

to, sin medir las consecuencias de tan nocivo proceder", para significar que su readaptación social requiere del cumplimiento de la totalidad de la pena impuesta.

2.- La forma como ocurrieron los hechos demuestra que no fueron solamente los dos capturados los artífices del apoderamiento. No hay que olvidar que el procesado descendió de un taxi para intimidar a la víctima del hurto con un arma de fuego y que allí viajaban otras tres personas, entre ellas la mujer que le hizo señas de que una llanta de la camioneta "estaba chuzada"; de manera que la actividad delictiva desplegada se muestra como el resultado de una operación táctica en la que cada uno de los partícipes desempeña en el momento preciso y de manera inequívoca el rol que le había sido asignado para el éxito de la acción; proceder que denota la conformación de un grupo experimentado y del cual necesariamente hacía parte el sentenciado, pues de lo contrario y sin ese apoyo no habría podido apoderarse del vehículo en la forma que lo hizo. Luego no es cierto que carezca de fundamento la afirmación de la Sala en cuanto a que Arango formaba parte de una organización delictiva.

Ahora, proponer que el análisis de la personalidad derivado de la previsión del artículo 72 del Código Penal sea exclusivamente aquel de naturaleza científica que realizan los psiquiatras y psicólogos, es pretender o bien que la discusión radica sobre la capacidad del procesado de autodeterminarse, desconociendo el contexto en que se exige dicho requisito o intentar que sea el perito médico quien sustituya al juez en el manejo de la libertad del procesado.

Sobre la base de la normalidad del sentenciado es que el juez realiza el proceso valorativo de su personalidad, no para reconocer los trastornos que la afectan, sino con el fin de determinar si su modo de ser y de actuar revela que el tiempo transcurrido en prisión es suficiente para dar por concluido el proceso de readaptación social, o si por el contrario, es necesario que cumpla la totalidad de la pena. Ello es lo que efectivamente hizo la Corte, y como al realizarlo encontró que el hecho respondía al esquema de comportamiento en grupo, le bastó observar los patrones de interacción para saber que la forma de proceder significó un mayor riesgo para la víctima y que el condicionamiento a que está sometido quien así actúa (en grupo) conlleva la necesidad del cumplimiento total de la pena para poder lograr su readaptación.

Tampoco es cierto que se recurra aquí a una forma de responsabilidad objetiva, toda vez que se tuvo en cuenta la actitud personal del sentenciado y no el solo hecho material aislado. Tampoco se trata de una concepción peligrosista, pues no se está frente a una proyección especulativa de la incidencia del comportamiento dentro de la sociedad, sino de un análisis valorativo concreto e integral de lo ocurrido y del comportamiento individual que en ese entorno realizó el acusado, del cual se infiere la imposibilidad de anticipar su libertad, como ha quedado dicho.

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

RESUELVE

1.-Reconocer personería al abogado Javier Antonio Villanueva Meza para actuar como apoderado de Jorge Iván Arango García en el trámite del presente recurso.

2.-NO REPONER la providencia del 5 de septiembre del presente año mediante la cual le fue negada la libertad provisional solicitada por dicho procesado.

Notifíquese y cúmplase.

*Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Posada, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dálimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## NULIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSOR

*Para la Sala es claro que el reemplazo del abogado de confianza por uno de oficio con el fin de poder dar inicio a la diligencia de audiencia pública, no constituye irregularidad alguna que amerite la declaratoria de la nulidad invocada.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafe de Bogotá, D.C., primero (1º) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. Jorge E. Córdoba Poveda

Aprobado acta No.141

Proceso: 11264

## VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 11 de agosto de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafe de Bogotá condenó al procesado José Gilberto Salamanca Medina a la pena principal de 26 meses de prisión como autor responsable del delito de esclava.

## HECHOS

En preterita oportunidad el Tribunal los reseñó así:

"Conforme con la denuncia que en nombre de su señora madre Leonor Pimiento De Piedra formula la quejosa Martha Giraldo De Trujillo, atendiendo un poder general de aquella recibido, se tiene que ante la Notaria 28 de Bogotá, y a ocho de julio de mil novecientos ochenta y dos, la señora Pimiento De Piedra dió a favor del denunciado en venta un apartamento ubicado en el sector de Banderas de esta capital. El precio pactado fue la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1'200.000.00) para cuya efectividad libró el señor Salamanca un cheque para pago futuro y dió en respaldo hipoteca en favor de la vendedora, sobre tres lotes localizados en la costa atlántica. El denunciante actuaba en representación de la sociedad 'Inversiones Mar Caribe Limitada'".

"Surgió la inconformidad cuando presentado a cobro el respectivo cheque en procura de su efectividad, se descubrió que la cuenta corriente

había sido saldada por Salamanca, obstruyendo así el pago, quedando sin garantías la vendedora ante la pactada hipoteca, porque el procesado se adelantó a ganar su confianza y hacerse entregar la primera copia de la escritura con la excusa de gestionar su registro, acto que nunca cumplió.

"Para mostrarle a la justicia el malicioso proceder del denunciado, se añade aún, que éste tenía conocimiento original de la imposibilidad en que se hallaba la dueña del apartamento para hacerlo entregar, obstruida en proceso de lanzamiento, de manera que comenzó por ofrecer supuestos servicios de abogado para desocupar el inmueble, para luego proponer la compra, con los resultados ya dichos, a los cuales se añade con ulterioridad que el denunciado ha traspasado a un tercero sus derechos sobre el inmueble, de manera que hace todavía más difícil la recuperación por la ofendida, sin haber cancelado jamás el precio acordado"

#### ACTUACIÓN PROCESAL

Presentada la denuncia, el Juzgado 91 de Instrucción Criminal, mediante providencia del 28 de febrero de 1984, abrió la investigación penal y ordenó vincular mediante indagatoria a José Salamanca Medina.

La situación jurídica se le resolvió el día 6 de junio del mismo año, absteniéndose de decretar medida de aseguramiento y, por tanto, se dispuso que siguiera disfrutando de la libertad.

Después de múltiples contingencias procesales, el Juzgado 37 Penal del Circuito de esta ciudad capital, el 11 de agosto de 1988, calificó por segunda vez el mérito del sumario, profiriendo auto de proceder en contra del señor Salamanca, como autor del delito de estafa, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, el día 7 de abril de 1989.

Luego de tramitarse la etapa de juzgamiento, el citado despacho judicial pronunció la sentencia de primera instancia el día 11 de mayo de 1995, condenando al procesado Salamanca Medina a la pena principal de 26 meses de prisión y multa de 4.000 pesos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal, como autor del delito de estafa.

Así mismo, se le condenó a pagar por concepto de perjuicios materiales, el valor equivalente en moneda nacional a mil (1.000) gramos oro.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al desalar el recurso interpuesto concluyó con su confirmación, mediante el suyo que lleva fecha del 11 de agosto de 1995.

#### LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado, al amparo de la causal tercera de casación, presenta un único cargo contra la sentencia de segunda instancia, por cuanto considera que el funcionario judicial que profirió la de primera



instancia era incompetente, "razón por la cual igualmente violó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional".

Empero, en el desarrollo del "cargo único" enunciado, plantea otro, consistente en señalar como un atentado al derecho de defensa que la diligencia de audiencia pública se hubiese surtido con la presencia de un defensor de oficio que no conocía plenamente "tan voluminoso expediente", cuando el de confianza no había renunciado al mandato conferido, ni éste le había sido revocado.

En cuanto al primer reparo, sostiene el libelista que acepta que "el señor Juez 37 Penal del Circuito guardaba competencia para conocer del eventual punible de estafa ... incluso en vigencia del derogado decreto 050 de 1987 que era fijada por la cantidad de salarios mínimos legales vigentes para la fecha de comisión del presunto punible, es decir, allí se contaba la competencia en el funcionario del Circuito, conforme al artículo 73 del C. de P.P. quien conocía de 20 salarios mínimos legales ..." pero que una vez proferido el decreto 2700 de 1991, reformado por la ley 81 de 1993, que aumentó esa cuantía a 50 salarios, "debió enviarse el presente diligenciamiento al señor Juez Penal Municipal (reparto) a efectos que éste siguiera con la correspondiente etapa enjuiciatoria en aras de evitar nulidades, como la que hoy se reclama mediante este recurso extraordinario de casación."

Luego de citar la parte pertinente del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, asevera que el procesado fue juzgado por el delito de estafa "en cuantía de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000.00), suma ésta que no ha sufrido variación alguna por cuanto ella debe mantenerse en virtud de haber recaído supuestamente la conducta en tal cuantía y no en otra distinta o diferente".

Dice que si bien es cierto que en el año de 1982 el salario mínimo era de 87.410 pesos, "también lo es, que el artículo 11 de la ley 81 de 1993 (artículo 73 anterior del C.P.P.) en su numeral 1° establece "...De los procesos por delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía no exceda de 50 salarios mínimos mensuales"...Ello para determinar competencia, en cabeza de los Juzgados Penales Municipales; pero al mismo tiempo es de suma importancia, que se tenga en cuenta que la misma disposición en referencia indica en su inciso segundo ...."La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos al momento de la comisión del hecho".

Arguye que la declaratoria de nulidad "por incompetencia del Juez, debe operar con miras a no quebrantar o desnaturalizar arbitrariamente factores de competencia como lo es la segunda instancia, a más de que el fallo debe ser impartido por el bien llamado Juez Natural, y no por otro diferente, con mayor categoría que para el caso concreto vendría a ser, el

señor Juez Penal Municipal (reparto) y la segunda instancia los Jueces Penales del Circuito (reparto)".

Como normas vulneradas cita los artículos 1º, 220-3 y 304-1 del Código de Procedimiento Penal.

Finaliza, solicitándole a la Corte casar la sentencia impugnada y "se aplique la nulidad de lo actuado por tener esta como efecto ese resultado a partir del acto siguiente a la intervención del perito Kilacuy inclusive....".

#### OPINIÓN DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO

##### EN LO PENAL

Respecto al reproche por falta de competencia, considera el representante del Ministerio Público que no le asiste la razón al recurrente por cuanto que el decreto 2700 de 1991 y la ley 81 de 1993, normas que echaba de menos el casacionista, señalan que los Jueces Penales Municipales tienen competencia para juzgar los delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía no exceda de 50 salarios mínimos legales, "y si el valor de éste, vigente al momento de la comisión del hecho era de \$7.410.00, equivale a decir que para que la competencia del proceso que nos ocupa pudiera ser trasladada a los Jueces Penales Municipales, la cuantía no podría ser superior a \$370.500.00. Entonces mal podría atribuirse la competencia a los mencionados Despachos Judiciales cuando la cuantía en este proceso supera dicha cantidad, pues ésta fue fijada en \$1'200.000.00 como tantas veces se ha señalado.

Más adelante agrega:

"Nótese que a pesar de los planteamientos del recurrente, omitió hacer la conversión del valor del salario mínimo legal vigente para la época de la comisión del hecho, tal y como lo prevé el inciso segundo de la citada normatividad, respecto de la cual exige su aplicación, esto es, el decreto 2700 de 1991 art. 73 y la Ley 81 de 1993 art. 11, con los cincuenta (50) salarios mínimos allí previstos, para que se pueda variar la competencia de los Juzgados Penales del Circuito a los Juzgados Municipales, es decir, no tuvo en cuenta que la cuantía señalada en el proceso en cuestión, supera al límite previsto en la norma".

"Pero sobre todas las reflexiones está la de que el verdadero conocimiento del proceso se fija en la oportunidad de la calificación, la que fue ley del proceso desde septiembre de 1989. En consecuencia, a quien le correspondía la sentencia era quien había calificado el proceso".

En relación al segundo reproche, textualmente el Delegado dijo:

"No sobra advertir, que tampoco le asiste la razón al casacionista respecto a la iniciación de la audiencia pública con defensor de oficio, no

habiendo renunciado el defensor titular y a quien tampoco le fue revocado el poder, para considerar que careció de una adecuada defensa técnica, reproches que formula de manera aislada y sin ningún tipo de desarrollo conceptual, toda vez que dicha situación se presentó en razón a que era evidente la actitud dilatoria de su defensor y debido a que no cumplió con el deber de asistir a su prolijado, lo que motivó la designación de uno de oficio en aras de garantizar el derecho de defensa y con el fin de obtener una pronta y debida justicia, por lo que se puede decir que sí estuvo debidamente asistido de defensa técnica, tal y como lo argumentó el juzgador de primer grado en su oportunidad, cuando se abstuvo de declarar la nulidad impetrada por el defensor de José Gilberto Salamanca Medina, en este sentido".

Por lo expuesto, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Sea lo primero observar, que la demanda está antitécnicamente elaborada, pues aunque formula un "cargo único", al amparo de la causal tercera, por incompetencia del Juez Penal del Circuito, en su desarrollo aduce otro adicional, como es el de violación del derecho de defensa, los que dentro de los postulados de este extraordinario recurso y teniendo en cuenta que poseen fundamentos jurídicos distintos y afectan diferentes garantías procesales, han debido plantearse y desarrollarse separadamente, conforme al principio de autonomía.

Así mismo, confunde la nulidad por falta de competencia con la generada por la vulneración de la garantía del debido proceso, sin percatarse que tanto legal como jurisprudencialmente, han sido claramente distinguidas.

Esta causal, como las demás, está sujeta al rigorismo de la técnica casacional prevista en la ley y desarrollada por la jurisprudencia, ya que el recurso extraordinario no es una tercera instancia que permita un nuevo reexamen de la actuación procesal.

Es verdad que la Corte puede oficiosamente declarar la nulidad, siempre y cuando del estudio de la actuación y con base en el libelo presentado, se advierta que de modo ostensible la irregularidad encontrada lesiona las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Por otra parte, las irregularidades denunciadas tampoco tienen vocación de éxito como para pensar en el quebrantamiento de la sentencia. Veamos:

En cuanto hace relación a la alegada falta de competencia, debe desde ya decirse que no le asiste razón al libelista, por cuanto que le da una peculiar y errónea interpretación al artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, la citada norma, que fija la competencia de los Jueces Penales Municipales, establece que los procesos por los delitos contra el patrimonio económico son de su conocimiento cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales. Empero, el mismo precepto textualmente reza:

"La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho".

Lo anterior lleva a concluir a la Corte que en este proceso que se ha adelantado en contra de José Gilberto Salamanca Medina, por el delito de estafa en cuantía de \$1.200.000,00, la competencia recaía en el Juez Penal del Circuito, teniendo en cuenta el valor del salario mínimo mensual vigente para "el momento de la comisión del hecho".

Así, si advertimos que para el año de 1982, cuando se realizó el reato, el salario mínimo era de siete mil cuatrocientos diez (\$7.410,00) pesos, al multiplicar tal guarismo por 50, tendremos un total de \$370.500, suma muy inferior al \$1.200.000, a que ascendía la cuantía del punible, siendo, por ende, de competencia del Juez Penal del Circuito y no del Municipal, como pretende hacerlo creer el impugnante.

Causa desconcierto a la Sala que el recurrente hubiera transcrito correctamente las normas sobre la competencia, así como el valor del salario mínimo legal en 1982 y que hubiera aceptado que para fijar el quantum de los 50 salarios (hasta dónde se extendía la competencia del Juez Penal Municipal, al entrar en vigencia el decreto 2700 de 1991), había que tener en cuenta su valor al momento de la comisión del hecho y, sin embargo, no hubiera efectuado una elemental multiplicación, cuyo resultado, comparado con el valor del ilícito imputado, hubiera puesto de presente la improcedencia del cargo aducido.

Así las cosas, siendo evidente que no se han transgredido las reglas de la competencia, el cargo está llamado a su improsperidad.

En lo atinente al segundo reproche, por vulneración del derecho de defensa, así mismo está condenado al fracaso, pues además de que con desconocimiento del principio de autonomía lo involucra en el primero, no señala la norma o normas infringidas, ni demuestra cómo el cambio del defensor de confianza por uno de oficio afectó el derecho de defensa e incidió adversamente en la sentencia.

Pero independientemente de tales yerros técnicos, tampoco le asiste razón al recurrente, pues si bien es cierto que la Sala acepta que se debe preferir el defensor de confianza al de oficio, que debe ser la excepción, para una mejor garantía de tal derecho fundamental en un Estado Social y democrático de derecho, también lo es que si citado el abogado nombrado por el procesado, es renuente a comparecer, la administración de Justicia que no puede someterse a dilaciones injustificadas, no debe permitir a los suje-

tos procesales que acudan a maniobras dilatorias que no sólo afectan el derecho del acusado a que se le juzgue en un término prudencial, sino también el de la víctima, que en un sistema constitucional que reconoce que todas las personas gozarán de igual protección por parte de las autoridades, tiene, de igual manera, derecho a una justicia pronta y eficaz.

Para la Sala es claro que el reemplazo del abogado de confianza por uno de oficio con el fin de poder dar inicio a la diligencia de audiencia pública, no constituye irregularidad alguna que amerite la declaratoria de la nulidad invocada.

Sobre este aspecto el Tribunal dijo:

"Al revisar todo lo actuado desde que se inició la causa se observa cómo los defensores (faltando a su ética y dando claro ejemplo de lo que no debe ser un abogado) han entorpecido por diferentes medios el normal desenvolvimiento del asunto. Todo con la clarísima intención de no dejar celebrar la audiencia pública, por lo cual la señora Juez hubo de designar defensor de oficio (también ello ameritó compulsar copias para investigar disciplinariamente a los abogados). Significa esto que nunca el Juzgado desplazó arbitrariamente al defensor nombrado por Salamanca Medina. El *a quo* sencillamente dirigió conforme a derecho la ritualidad; no permitió que la parte sindicada obstaculizara el normal trámite del juicio. Por manera que ninguna irregularidad se observa en la celebración de la audiencia, ni en los mecanismos que adoptó para ponerle fin al proceso (y a las argucias defensivas). Alegar, como lo hacen Salamanca y su defensor, sus propias tretas para apoyar nulidades inexistentes, no tiene fundamento alguno".

En las condiciones precedentemente analizadas y de acuerdo con el Procurador Primero Delegado en lo Penal, se rechazan las pretensiones de la demanda.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que la SALA DE CASACION 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 al Tribunal de origen.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## IMPEDIMENTO/ HABER DICTADO PROVIDENCIA

*Por ninguna parte el artículo 103-6 del C. de P.P. alude a que sea la cónyuge o algún pariente del funcionario que se declara impedido, el que "hubiere participado dentro del proceso". Es que es bien claro que lo de "o sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil", está referido al "inferior que dictó la providencia que se va a revisar".*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., octubre Primero (1) de mil novecientos noventa y seis. (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

*Aprobado: Acta No. 141*

*Proceso: 12046*

### VISTOS

Dentro del presente expediente, adelantado por el presunto delito de corrupción, y en el que es procesado Jorge Iván Polentino Córdoba, se pronuncia la Corte sobre la procedencia del impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Dr. José Rafael Labrador Bultrago, previa la declaración de infundado que del mismo hicieron sus compañeros de Sala, atendiendo las voces de lo dispuesto por el artículo 106 del Código de Procedimiento Penal.

### FUNDAMENTOS DE LA DECLARATORIA DE IMPEDIMENTO

El Dr. Labrador Bultrago, se negó a conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, por cuanto su cónyuge Clara Inés Flórez Santaella "participó dentro del proceso" (art. 103-6 C.P.P.), pues no solo actuó en la instrucción del mismo "en su función de Secretaría Común de la Fiscalía Seccional de Cúcuta, como se aprecia a folios 3, 53, 62, 82, 97 y 106, en las funciones propias a su cargo, sino que puso en conocimiento de la autoridad judicial y específicamente del señor Director



Seccional de Fiscalías Dr. Edilberto Vanegas Olguín -sic-, los hechos delictuales que tuvo conocimiento de uno de los empleados de la Fiscalía, concretamente del señor Jorge Iván Polentino Córdoba quien era su subalterno, habiendo sido junto con el otro funcionario también secretario común, el señor Julio Moreno Peñaloza quienes dieron la noticia criminal y pusieron en actividad la Rama Jurisdiccional para investigar el delito de corrupción que se le atribuía por llamada telefónica, (fl.3), recibida por mi cónyuge como Secretaria Común de la Fiscalía."

#### MOTIVACIÓN DE LA PROVIDENCIA QUE RECHAZÓ EL IMPEDIMENTO

Para los compañeros de Sala del Magistrado que se declaró impedido, hay lugar a rechazarlo por cuanto la posición por él asumida desborda los alcances de la norma invocada como fundamento de la misma, ya que la actuación de su cónyuge durante la fase investigativa no corresponde a aquella que el legislador determina como motivo de separación. La doctora Flórez Santaella accedió al proceso como Secretaria Común, exclusivamente, en desarrollo de actividades orientadas, "unas a la publicidad de las determinaciones que las requirieron como a expedir comunicaciones relacionadas con la situación del encartado para efectos laborales y penales en otro informativo e igualmente fugaces trámites sin incidencia formal en los resultados del proceso".

De otro parte -continúa el Tribunal- la madre de la menor ofendida (su afirma que el empleado del Juzgado Polentino Córdoba, cuando fue a llevar una citación, le tocó las partes nobles a la hija de los dueños de casa), en su declaración expone que a quien ella enteró telefónicamente de lo acontecido fue al señor Julio César Moreno Peñaloza, siendo pues éste quien como servidor público tuvo el primer conocimiento del presunto ilícito y a quien correspondía cumplir con el deber de denunciar impuesto por el artículo 25 del C. de P. P., en su inciso 2o., como así lo hizo en nota que también firmó la señora Flórez Santaella; "por manera que la investigación previa inicialmente hecha obedeció a la intervención directa del citado empleado y para ello carecía de trascendencia la firma de la empleada, esposa del H. Magistrado doctor Labrador Buitrago."

Así, pues, lo a concluirse -sostienen los magistrados- es la improcedencia de la causal de impedimento consignada en el artículo 103-6 del Código de Procedimiento Penal.

#### CONSIDERACIONES

1. La causal alegada (art. 103-6 C.P.P.) por el Magistrado José Rafael Labrador Buitrago, para separarse del conocimiento del presente asunto, es -a todas luces- improcedente. Mas, pese a ello, quiere esta Colegiatura rememorar su jurisprudencia sobre el particular, así:

*"En verdad, emerge claro que toda dicha causal hace referencia al funcionario que le corresponde conocer del asunto en segunda instancia. Por un lado, no queda duda que la 'revisión' de que allí se trata es la que se cumple en dicha función de ad quem, y no, verbigracia, cuando le toca al funcionario, en la misma instancia, resolver sobre una providencia que ha dictado, bien por virtud del recurso de reposición, ora por causa de una revocación 'directa' (respecto de decisiones que no tienen ejecutoria material, como la que atañe a la medida de aseguramiento, a la que resuelve sobre la parte civil, etc.), o bien con motivo de nulidad.*

*De otra parte, seguidamente y de modo disyuntivo, la norma consagra la segunda hipótesis del impedimento así: 'o hubiera participado dentro del proceso', no quedando duda ninguna que ese 'proceso' a que alude es el mismo en el cual, según la primera hipótesis, el funcionario ha dictado la providencia que le corresponde revisar. Este aspecto gramatical de la 'o' disyuntiva, despeja entonces toda incertidumbre, en el sentido de que en esta causal 6a. de impedimento, "la intervención" del funcionario ha debido ser en la primera instancia, si se encuentra aquel en sede de apelación. Con ello ha pretendido el legislador eliminar cualquier sospecha de parcialidad o 'compromiso' en las mencionadas series superiores.*

*En síntesis: 'la intervención' que se comenta, es toda aquella del funcionario diversa de haber dictado la providencia a revisar. No cabe siquiera pensar que en proceso de primera y única instancia cada 'participación' del funcionario entrañe para éste una causal de impedimento.*

*En idéntico sentido se pronunció la Corte en providencia de 20 de agosto último, con ponencia del Magistrado Dr. Ricardo Calvete Rangel. ...". M.P.Dr. Guillermo Duque Ruiz, auto de septiembre 29 de 1992.*

2. Hay dos cosas que llaman poderosamente la atención de la Sala y son:

Primera, que quien realizó los actos en los que se finca el impedimento, fue la señora esposa del Magistrado Labrador Buitrago y, por ninguna parte el artículo 103-6 del C. de P.P. alude a que sea la cónyuge o algún pariente del funcionario que se declara impedido, el que "hubiere participado dentro del proceso". Es que es bien claro que lo de "o sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil", está referido al "inferior que dictó la providencia que se va a revisar", lo que -desde luego- es a todas luces diferente al evento en estudio.

Y, segunda, que los actos que cumplió la señora esposa del Magistrado que se declaró impedido, en su condición de Secretaria Común de la Fiscalía Seccional de Cúcuta no podían ser -y así fue- sino los propios a tal cargo, esto es, que en manera alguna asumía decisiones que comprometieron el criterio del despacho, con lo que resulta imposible pensar que

pudieran darse prejuizgamientos, que es lo que busca evitar la norma, cuando nuevamente haya de conocerse del asunto.

Entendidas así las cosas -que es como deben serlo- deviene en indudable que la causal escogida por el Magistrado como sostén de su declaratoria de impedimento, desborda, rebasa con creces el contenido de la preceptiva impetrada. Y, de ahí, su indiscutible improcedencia.

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

#### RESUELVE

I. Declarar que no le asistió la razón al Dr. José Rafael Labrador Buitrago, cuando decidió separarse del conocimiento del presente proceso.

Cúmplase. Devuélvanse los autos al tribunal de origen.

*Fernando Arboleda Rtpoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gátvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pirilla Pirilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ERROR DE HECHO

*El error manifiesto de hecho, por su naturaleza y características, tiene que ver con la propia tangibilidad de la prueba, tanto respecto a su existencia misma, como en cuanto a la objetividad de su significación probatoria: Luego, no puede en modo alguno originarse un error evidente de hecho en una simple disparidad de criterios en torno a la aptitud demostrativa de la prueba, como tampoco en una visión fragmentaria de los medios de persuasión allegados a un proceso.*

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

*Magistrado Ponente Dr.: Carlos Augusto Gálvez Argote*

*Aprobado Acta No. 142*

*Proceso: 9428*

## VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Manuel Murillo Jolro Castro, contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fechada el 3 de marzo de 1994, por medio de la cual confirmó la proferida en primera instancia por el Juzgado 8o. Penal del Circuito de la misma ciudad el 29 de noviembre de 1993, en la cual se le condenó a la pena principal de 10 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable del delito de homicidio.

## HECHOS

Sucedieron el 25 de diciembre de 1992 pasadas las seis de la mañana, a la altura de la calle 10a. con carrera 2a. de la ciudad de Riohacha, cuando al llegar a este lugar Modesto Rafael Deluque Hernández (a. Barrón), en compañía de su esposa Nancy Remedios Freyle Paz y Elsa Elena Gómez de López, conduciendo su vehículo en estado de ebriedad, golpeó otro automotor que se encontraba estacionado, discutiendo entonces con Alberto José Ricciulli Rojas, conductor de un vehículo estacionado en otro lugar, para enseguida descender del carro y hacer varios disparos al aire.

Sin tener relación alguna con los motivos y circunstancias que llevaron a Deluque a proceder de ese modo, y solamente inquietado por el sonido de las detonaciones, Manuel Murillo Joiro Castro, quien se encontraba en un restaurante del lugar comiendo tortuga en compañía de Juan Carlos Danies Noguera y Jorge Alberto Danies Pana (a. Bobito), salió a la calle portando un arma de fuego en su mano y desafiando al autor de los disparos. Intervinieron entonces, tanto Danies Pana como la mujer de Deluque, con el fin de evitar la confrontación, lográndolo en principio, pues la pareja dio la espalda con el ánimo de abandonar el lugar, siendo en dicho momento que Joiro Castro accionó el arma que portaba, ocasionándole a Deluque heridas que con posterioridad le produjeron la muerte. Sin embargo, este último después de recibir los disparos, pero sin perder aún el sentido, hizo lo propio lesionando igualmente a su agresor y a Danies Pana.

#### SINOPSIS PROCESAL

Por estos hechos avocó conocimiento la Unidad de Fiscalía Previa y Permanente de Riohacha, practicando el levantamiento del cadáver de Deluque Hernández, en el Hospital Nuestra Señora de los Remedios y ordenando por resolución de la misma fecha, la apertura de la investigación penal y la vinculación de Manuel Murillo Joiro Castro y Jorge Danies Pana, quienes fueron puestos a su disposición, el primero en el Cuartel del Primer Distrito de Policía de tal ciudad, y el segundo en el mencionado Hospital sometido a vigilancia, al ser retenidos momentos después de ocurridos los sucesos.

Oído en indagatoria, inicialmente Joiro Castro afirmó haber salido del restaurante al escuchar unos disparos y advertir que sus amigos Jorge Danies y "Juan Carlos" se encontraban en la calle, instante en que, sostiene "le pregunté yo al señor Barón, ey primo qué le pasa", ante lo cual empezó de nuevo a disparar, hiriéndolo en "la barriga" y en el "brazo derecho" lo que le hizo soltar "una pistola 7:65" que tenía en la mano, pudiendo observar además, que Danies también estaba herido, sintiendo nuevos tiros hacia donde estaba a. "Barón", que cree fueron hechos por su otro acompañante.

Ante la Unidad Primera Especializada, rindió declaración Nancy Remedios Freyle Paz afirmando que quien salió "desafiando a mi marido" fue Joiro Castro, al que conoce "porque era vecino de donde yo me críe", y no obstante que tanto ella como a. "Bobito" se interpusieron a la disputa, con positivos resultados, cuando ya se marchaban "Manuel le disparó... mi marido cayó al piso y empezó a disparar". Ninguna duda expresó en el sentido de que el autor de la muerte de Deluque hubiera sido Joiro Castro, sin embargo, también manifestó que "Juan Carlos", a quien según ella le dicen "Gualila", también habría accionado un revólver ríquelado, calibre 38.

A su turno, Elsa Elena Gómez de López, señaló que Deluque llegó disparando su arma al aire, cuando salió un señor de "donde venden tortuga" desafiándolo. En ese momento, dice, a. "Bobito" y "Nancy" se opusieron a la confrontación y cuando ya se marchaban los esposos, se sintieron de nuevo tiros, con los resultados conocidos.

Por resolución del 30 de diciembre de 1992 le fue resuelta la situación jurídica a Joiro Castro, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio.

Hasta el 5 de enero de 1993, fue escuchado en indagatoria Jorge Alberto Danies Pana y dejado en libertad inmediata, como también ocurrió después con Juan Carlos Danies Noguera, a quien también se vinculó por este medio, y respecto de quienes la Fiscalía se abstuvo por resolución del 8 de febrero siguientes de imponerles medida de aseguramiento alguna.

En ampliación de injurada, el 6 de enero de 1993, Joiro Castro aseguró que el día de los hechos, en realidad, portaba un revólver 38 largo de propiedad de la señora Betty Echeverría. Esta arma fue con posterioridad allegada al proceso por su defensor, en memorial fechado el 1 de marzo siguiente, con el fin de ser sometida a los experticios correspondientes.

Precisamente remitidos al Instituto Nacional de Medicina Legal, Laboratorio de Balística, dicho artefacto y los proyectiles recuperados en el cuerpo de la víctima, en uno de ellos, debido a la deformidad que el otro presentaba, logró establecerse que fue disparado con el revólver 38 largo, objeto del estudio comparativo.

Allegada nueva prueba al proceso, principalmente testimonial, una vez cerrada la investigación, su mérito fue calificado el 27 de abril de 1993, con resolución acusatoria en contra de Manuel Murillo Joiro Castro, por el delito de homicidio, decretándose a su vez preclusión de la instrucción en favor de Jorge Alberto Danies Pana y Juan Carlos Danies Noguera. Apelada esta decisión, la misma fue integralmente confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Richacha el 26 de mayo posterior.

Ante solicitud del nuevo apoderado del procesado y encontrando que en verdad la vida de éste podía correr peligro, por auto del 4 de agosto de 1993, esta Corporación decidió cambiar de radicación el proceso remitiéndolo a la ciudad Bucaramanga.

En la etapa del juicio fue practicada nueva prueba testimonial, destacándose la ampliación que de su versión hizo Nancy Remedios Freyle Paz, quien modificó su inicial recuento de los hechos, para sostener en este caso que el homicida de su esposo habría sido "el hijo del doctor Danies Pana, de nombre Juan Carlos Danies" lo que aseguró, "ya yo había declarado en mi declaración anterior que el criminal había sido Juan Carlos".



Ante el Juzgado 80. Penal del Circuito de Bucaramanga y en desarrollo de la audiencia pública, Joiro Castro volvió a su versión inicial sobre la clase de arma que llevaba consigo el día de los hechos, esto es una pistola 7.65, explicando que el relato consignado en el acta de ampliación de indagatoria del 6 de enero de 1.993, nunca fue rendido por él, toda vez que su abogado de entonces le habría hecho firmar unos papeles en blanco.

Culminada dicha diligencia, se dictaron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos relacionados precedentemente.

### LA DEMANDA

#### *Causal Primera*

Con apoyo en esta causal y estimando que la sentencia impugnada es violatoria de normas de derecho sustancial, por vía indirecta, el defensor de Manuel Murillo Joiro Castro acusa la presencia de errores de hecho derivados del desconocimiento de varios medios de prueba, en cuatro cargos que formula, así:

#### *Primer cargo*

Transcribe la inicial versión injurada del procesado, en la cual expresa que el día de los hechos tenía consigo una pistola 7.65, la que ni siquiera accionó pues se le cayó al ser herido en el brazo por el hoy occiso, como también que los disparos que escuchó "por los lados donde estaba Barón", los habría hecho "Juan Carlos".

Precisa enseguida que el fallador desconoció dicha exposición del procesado, al afirmar que él llevaba consigo era un revólver con el cual disparó en dos ocasiones contra Deluque, ya que esto no fue lo sostenido en su injurada. Acusa en tales condiciones como violados, los artículos 334 y 352 del C. de P.P.

Sostiene, finalmente, que de no haberse incurrido en el error de hecho relacionado, Joiro Castro habría sido absuelto.

#### *Segundo cargo*

También habría ignorado el fallador, "las dos declaraciones rendidas por la testigo Nancy Remedios Freyle Paz". Al respecto, reproduce aquellos apartes en que la deponente se refiriere al hecho de haber visto disparando a Juan Carlos Danies, en su primera exposición, como también la segunda, en que directamente sindicó del homicidio de su esposo a ésta persona.

Hecho lo anterior, concluye: "La testigo Nancy Remedios coincide con el procesado Joiro Castro en la afirmación de que éste lo que portaba era una pistola. Y es enfática al afirmar que Juan Carlos Danies disparó contra Barón Deluque con un revólver niquelado.

También la testigo y el procesado son contestes al sostener que Joíro Castro no disparó contra Deluque".

#### *Tercer cargo*

Para el actor, del mismo modo omitió el sentenciador considerar las declaraciones de Elsa Helena Gómez de López, respecto a que Deluque Hernández "estaba bastante tragucado" y de Alberto José Ricciulli Rojas, quien diera cuenta de la conducta de aquél al llegar a la calle del restaurante y de los disparos que produjo al chocar su automóvil con otro. Entiende el actor que a través de sus relatos, se "habría llegado a la conclusión de que la embriaguez de Deluque era plena", es decir, "que tenía obnubilada la conciencia hasta el grado que había perdido el sentido de la realidad", lo que explicaría el porqué disparó contra su amigo Jorge Alberto Danies y Joíro Castro, y lo situaría obviamente como el agresor.

"El error de hecho, culmina, de haber ignorado pruebas legalmente producidas arriba mencionadas (sic) condujo a la violación de los artículos 246, 247, 248 y 254 del Código de Procedimiento Penal, y tal violación propició la condena del procesado Manuel Murillo Joíro Castro, como autor de un homicidio que no cometió, trayendo la consecuencia de que el artículo 323 del Código Penal fue violado por aplicación indebida".

#### *Cuarto cargo*

Sostiene el casacionista que el sentenciador partió de la base de que el revólver entregado por quien en tal momento fuera el defensor del procesado, fue el que produjo las heridas letales del hoy occiso, debido a que esto fue lo afirmado por tal profesional en el memorial que acompañara dicho acto.

Sin embargo, enfatiza, nunca fue remitida a Medicina Legal dicha arma, luego, no fue posible establecer si los disparos que interesaron el cuerpo de Deluque Hernández, fueron producidos con el revólver de propiedad de la señora Betty Echeverría de Danies, ante lo cual "el fallador supuso que el homicidio fue causado por los proyectiles disparados" por tal artefacto.

Agrega a lo anterior, que de conformidad con la versión de Nancy Remedios Freyle, "Juan Carlos" habría accionado un revólver calibre 38, el que nunca fue examinado por Medicina Legal, como tampoco lo fue el de propiedad de la mencionada dama, siendo claro en estas condiciones, que el sentenciador "inventó que las heridas mortales que recibió el occiso Deluque fueron causadas con el revólver" de propiedad de la mencionada señora Echeverría.

Ausente del proceso "el estudio balístico sobre esos dos revólveres", el error de hecho consiste en haber considerado el juzgador que efectivamente el mismo se efectuó, violándose, en consecuencia, el art. 323 del C. P., por aplicación indebida.

*Causal Tercera*

Al amparo de esta causal, acusa el libelista la sentencia de haber sido dictada en un proceso viciado de nulidad.

El cargo es sustentado sobre la base de que quien ejercía la función de defensor de Joiró Castro, fue precisamente "quien lo acusó de ser el autor del homicidio de Modesto Rafael Deluque Hernández".

Explica el casacionista que pese a que el procesado sostuvo en su indagatoria que el día de los hechos portaba una pistola 7.65, fue su defensor quien lo contradijo al decir que en su poder tenía era el revólver calibre 38 de propiedad de Betty Echeverría. De ahí que al ampliar dicha diligencia, hubiera cambiado su versión inicial por esta última.

Sin embargo, recuerda cómo fue el propio Joiró Castro quien negó en la audiencia pública haber concurrido a la Fiscalía Especializada el 6 de enero de 1993 a ampliar su injurada, esto es, que dicha acta habría sido falsificada, lo cual se explica en el hecho de que, según su criterio, tanto éste como la testigo Nancy Freyle Paz, han sostenido que el homicida fue Juan Carlos Danies Noguera, pero al aceptar su representado que en realidad portaba el revólver "38 largo de propiedad de Betty Echeverría de Danies, madrastra de Juan Carlos" y no la pistola, todo conduciría a la absolución de este último y a la condena de aquél.

Califica por ello de "íntimosímil" la actitud del abogado Adanilo Ortiz Griego de entregar al Fiscal investigador dicha arma, diciendo que era la que portaba el procesado, frente a lo cual deja a criterio de la Sala "determinar si debe adelantarse investigación penal" en contra de aquél.

Cita como fundamento legal en que apoya su petición de nulidad, el artículo 304 del C. de P.P., recordando que en el se consagra como tal la violación al derecho de defensa, que el artículo 29 de la Carta Política estatuye como derecho fundamental.

Solicita, finalmente a la Corte que case el fallo impugnado.

**ALEGATO DEL NO RECURRENTE**

En relación con los cargos sustentados en la causal primera de casación, manifiesta el representante de la parte civil que los mismos deben desecharse, pues en su criterio la sentencia fue cuidadosa al momento de relacionar y evaluar los distintos medios probatorios, careciendo de sustento real la afirmada omisión de diversas pruebas en los cargos primero y segundo y resultar absolutamente irrelevante el presentado en tercer lugar, como también, carente por completo de respaldo procesal, el cuarto.

En cuanto a la causal de nulidad aducida, una vez más destacando la confusión argumentativa propia de la demanda, sostiene, ella podría escindirse en dos temas, así: el primero, atinente a la pretendida falsifica-

ción de la indagatoria del procesado, advirtiendo sobre el particular que la propia sentencia se ocupó para desestimar por inadmisibile una estrategia defensiva semejante, en la medida en que sobre la legalidad de dicha diligencia no existe duda alguna.

De otra parte, descarta la anunciada falta de defensa del procesado, pues además de ser una simple afirmación, es evidente, en su criterio, que si se analiza el proceso resulta fácil colegir todo lo contrario. En relación con el resultado del experticio sobre el arma, entiende, esto debe tomarse por "un error táctico", en el enfoque que se le dió a la defensa.

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

##### *Causal Primera*

Analiza el Ministerio Público en su conjunto los tres primeros cargos aducidos con base en esta causal, por entender que todos ellos se refieren a un solo aspecto, cual es el error de hecho por falso juicio de existencia por omisión probatoria.

En tal sentido, rechaza por infundados los reproches, pues en modo alguno corresponde a la realidad que el fallador hubiera omitido considerar la indagatoria inicial del procesado, o las declaraciones de Nancy Remedios Freyle Paz, Elsa Elena Gómez de López y Alberto Ricciulli Rojas.

Evidencia en síntesis propia y en un fragmento de lo considerado por el Tribunal, cuáles fueron los fundamentos que tuvo en cuenta la sentencia para sustentar el juicio de responsabilidad de Joire Castro, destacando en ellos la expresa relación que a la versión injurada y a los testigos echados de menos, se hiciera.

Todo se reduce, en su opinión, a una crítica sobre el análisis y valoración que a los diversos medios hizo el fallador, lo que le lleva a solicitar que estos cargos sean desechados.

Respecto al cuarto cargo, relacionado con un falso juicio de existencia por suposición, al afirmar el Tribunal sin que obrara en el expediente, que el estudio de balística había determinado que los proyectiles encontrados en el cuerpo del occiso fueron disparados con el revólver calibre 38 largo, que el defensor del procesado entregara a la Fiscalía, para el Ministerio Público, esta censura tampoco puede ser acogida.

Al respecto, califica este cargo de infundado, pues basta con consultar los folios 394 y 395 del primer cuaderno original, para evidenciar que dicho dictamen efectivamente fue elaborado por el Laboratorio de Balística del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a solicitud de la Fiscalía, lográndose establecer que uno de los proyectiles cotejados, fue disparado por dicho revólver.

### *Causal Tercera*

El demandante, considera el Procurador Delegado, no señaló en forma clara la clase de nulidad invocada, tampoco sus fundamentos, ni la actuación procesal viciada y menos aún de qué modo la presunta violación de la norma por él mencionada incidió desfavorablemente en las decisiones de la sentencia.

La crítica general a la conducta del profesional que representó los intereses del procesado, carece de significación pues la defensa técnica fue constante y convenientemente garantizada. Precisamente sobre la estrategia de cada defensor para desempeñar su encargo, cita la decisión de esta Sala del 22 de octubre de 1992.

Respecto a la versión del procesado consignada en la ampliación de su indagatoria del día 6 de enero de 1993, en la que sostuvo que el día de los hechos portaba un revólver 38 largo pavonado de propiedad de Betty Echeverría, encuentra que esta diligencia es plenamente válida. Que con posterioridad, su defensor hiciera entrega del mismo, solicitando fuera cotejado con los proyectiles hallados al cuerpo del occiso, con el propósito de demostrar "que no fueron disparados por el arma que tenía mi defendido", según lo manifestó, corresponde precisamente a su deber de defender, pese a que el resultado hubiese sido otro.

Con estas razones, solicita igualmente, que se desestime el cargo de nulidad.

### CONSIDERACIONES

El carácter prioritario que tiene la causal de nulidad, debido a los efectos que le son propios, impone a la Corte, como es bien sabido, avocar su estudio en primer lugar.

### *Causal Tercera*

Fallando a la técnica propia de este extraordinario recurso, tal y como acertadamente lo anota el señor Procurador en su concepto, propone un cargo al defensor de Manuel Murillo Jolro Castro, con respaldo en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., haciendo afirmaciones genéricas y sin fundamentos que las sustenten, basadas simplemente en el hecho de considerar que la sentencia se produjo dentro de un proceso viciado de nulidad por violación al derecho de defensa.

Desconoce el actor que respecto de esta causal, como de todas las demás consagradas en la ley, corresponde a quien la alega demostrar el supuesto jurídico en que se apoya, esto es, cumplir con el mínimo deber de indicar en forma clara y precisa la manera como el vicio se produjo, cuál es su contenido y alcance, de qué modo ha afectado los intereses del procesado, cuál ha sido su incidencia en la sentencia y cuáles son las

razones para considerar que resulta forzosa la extrema decisión de anular lo actuado y a partir de qué momento procesal se amerita hacer dicha declaración.

En efecto, es la falta de concreción en sus razonamientos, lo que impide, en primer lugar, tomar un claro entendimiento de la censura. Así, afirma el actor, como preámbulo del reproche, que fue el anterior apoderado del procesado quien "en vez de cumplir la tarea de defensor, lo acusó de ser el autor del homicidio de Modesto Rafael Deluque Hernández", lo que colige de considerar que a pesar de haber manifestado Joiro Castro en su inicial Injurada, que el día de los hechos portaba una pistola 7.65 y que, quien disparó contra el hoy occiso fue Juan Carlos Danies, al ampliar esta diligencia modificó tal versión para reconocer que en realidad dicha arma era el revólver 38 largo de propiedad de Betty Echeverría.

Podría entenderse, aun cuando el propio actor no lo exprese así, y tampoco define la trascendencia de este hecho ni su incidencia en la sentencia y mucho menos las razones por las cuales el mismo implicaría el desconocimiento del derecho a la defensa, que la crítica a la labor ejercida por su antecesor radica precisamente en que Joiro Castro habría modificado su versión a iniciativa de aquél, estableciéndose posteriormente que el arma homicida fue la que en esta nueva oportunidad aceptó portar el día de autos el procesado.

Stendo ello así, se impone en estas condiciones en primer lugar precisar, que la solicitud para que Joiro Castro ampliara la indagatoria no fue hecha por su abogado de confianza, sino por su antecesor, es decir, por quien le fuera designado de oficio, lo cual es claramente significativo de que antes de la intervención del profesional cuya actividad se critica, en las conversaciones con quien lo asistiera desde su inicial indagatoria, ya se había convenido como actividad que redundaría en el esclarecimiento de los hechos, ampliar su Injurada.

Ahora bien, en dicha diligencia ciertamente el procesado reconoce haber portado el día de los hechos el revólver de propiedad de Betty Echeverría, como que era su escolta, pero niega haberlo accionado contra Deluque Hernández. Sin embargo, resulta claro que el contenido de estas afirmaciones provino de la voluntaria iniciativa de Joiro Castro, mediando el convencimiento por parte del defensor de que su asistido estaba diciendo la verdad.

Lo anterior explica porqué después de la ampliación de la indagatoria y no antes como imprecisamente lo señala el libelista, fue solicitado por la defensa que se allegara al proceso dicho revólver con el fin de ser sometido a "las experticias técnicas de rigor y se determine que los proyectiles extraídos del cuerpo de la Víctima no fueron disparados por el Arma que portaba mi Asistido". Aspecto este último que es reiterado al momento de poner a disposición el artefacto, cuando se insiste acerca de la confronta-



ción técnica entre el revólver y los proyectiles, con el fin de probar "que no fueron disparados por el arma que tenía mi defendido".

Así, contrariamente a lo que expresa el casacionista, fácil es colegir que Jolro Castro inicialmente no solo pretendió engañar a la justicia, sino que posteriormente igual cometido persiguió con su propio defensor de confianza, al punto que fue en virtud del cambio de su versión, que se creó la imprescindible necesidad de traer al proceso el revólver y colocarlo con los proyectiles encontrados en el cuerpo de la víctima. Bajo el supuesto de que podría encaminarse a demostrar la inocencia del procesado la realización de dicha prueba científica, esto es creyendo en lo que el propio Jolro Castro manifestara, fue que se perseveró en su práctica, sin que el resultado de la misma demerita el fundamento que tuvo para solicitarse y muchísimo menos que por no haberle sido favorable pueda calificarse la actividad del abogado como desconocedora del cumplimiento a la función jurídica de la defensa.

Ahora bien, la escueta referencia que el actor hace, respecto a, la insólita afirmación que Jolro Castro hiciera en la audiencia pública, acorde con la cual el acta de ampliación de la indagatoria en que reconociera portar dicha arma fue falsificada, pues su apoderado le habría llevado a la cárcel "unos papeles en blanco" para que firmara, no pasa de ser un inaceptable mecanismo de última hora para denegar la defensa técnica en etapas anteriores del proceso, toda vez que este hecho supondría la participación en dicha conducta de la totalidad de sujetos procesales que en su desarrollo intervinieron (fiscal, apoderado, representante de la parte civil, técnico judicial), lo que resulta verdaderamente infundado.

Finalmente, está claro para la Sala que no puede descalificarse como atentado al derecho de defensa, ni cuestionarse disciplinaria o penalmente la manera como el apoderado del procesado procedió en el caso concreto, pues debe insistirse que si bien el resultado de la prueba pericial solicitada demostró que se trató del arma homicida, no hay duda de que aun siendo adverso a lo pretendido por Jolro Castro, esto se debió a que su abogado confió en la lealtad de éste para con él y creyó en lo que expresara libre de apremio en la ampliación de indagatoria, al reconocer voluntariamente que portaba tal revólver. En estas condiciones, correspondería al defensor si en su criterio existe fundamento para ello, proceder a formular la denuncia correspondiente por la conducta de su antecesor y no invitar a la Corte a hacer pronunciamientos oficiosos al respecto, visto como queda que en criterio de la Sala ningún reproche merece el comportamiento profesional del abogado.

Descartada la vulneración al derecho de defensa, el cargo debe desecharse.

*Causal Primera*

1o. Pese a que el demandante ha presentado de manera independiente cuatro cargos por esta causal, encuentra metodológicamente necesario la Sala responderlos de manera conjunta, en razón a que todos y cada uno merecen, en el orden de la técnica del recurso y de su fundamento, las mismas críticas.

2o. Así, acusa el libelista el fallo impugnado, pues en su sentir "viola normas de derecho sustancial, incurriendo en error de hecho, por violación indirecta al desconocer la existencia de varios medios probatorios". En aparente correspondencia con este enunciado, enseguida señala en acápites separados diversas pruebas que dice haber omitido la sentencia, en los tres primeros, para en el último sostener que el fallo supuso una prueba científica no obrante en el proceso.

3o. A pesar de que no se menciona el precepto que recoge taxativamente las causales de casación, resulta evidente que en este caso el libelista ha acudido al motivo señalado en el cuerpo segundo de la primera causal del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, resultando en consecuencia preciso para la Corte insistir, como la jurisprudencia de esta Sala lo viene reiterando desde hace varias décadas, que cuando se impugna una sentencia por esta vía se trata y si de acusar la presencia de evidentes errores de hecho es el caso, forzoso es no solamente señalar el motivo de la violación, el sentido del error, la forma en que el mismo se presentó y las normas sustanciales quebrantadas, sino además individualizar las pruebas que en concreto han sido ignoradas, supuestas o tergiversadas por el sentenciador, demostrando la incidencia que habrían tenido en la decisión cuestionada, es decir, que de no haber mediado, esta habría sido favorable a los intereses del recurrente.

4o. Esto último significa, que el error manifiesto de hecho, por su naturaleza y características, tiene que ver con la propia tangibilidad de la prueba, tanto respecto a su existencia misma, como en cuanto a la objetividad de su significación probatoria. Luego, no puede en modo alguno originarse un error evidente de hecho en una simple disparidad de criterios en torno a la aptitud demostrativa de la prueba, como tampoco en una visión fragmentaria de los medios de persuasión alegados a un proceso.

5o. En esta oportunidad, como ya se dijo, el libelista acusa la sentencia por presuntos errores de hecho originados en la omisión y suposición probatorias, pero sin reparar en ningún momento sobre el contenido del fallo ni consultar sus motivaciones y muchísimo menos respecto de cuáles fueron los elementos de juicio probatorios en que se fundó la responsabilidad del procesado.

En estas condiciones bien puede sostenerse que resulta francamente inusitado por lo equivocado, como sucede en este caso, pretender impug-

nar una sentencia por error manifiesto de hecho, sin cotejar cuáles han sido los fundamentos del fallo, toda vez que de este modo la diversa referencia a las pruebas, que inexorablemente comprenden esta categoría de ataque, solo puede tener sustento en una valoración probatoria personalísima del casacionista, ajena por completo a la verdaderamente cumplida por el fallador.

Además, como quiera que los distintos reproches no tienen sustento en la realidad, lógicamente el escrito de demanda en relación con la aducida causal primera carece por completo de fundamento, como tampoco por este mismo motivo se logra demostrar cuál sería la incidencia de las distintas pruebas a que se contrac. de no haber mediado los errores de hecho que se imputan a la sentencia.

6o. En efecto, así sucede en el primer cargo, pues allí sostiene el censor que el fallador ignoró la versión inicial del procesado, acorde con la cual el día de los hechos portaba una pistola y no un revólver y en el que además atribuye los disparos letales a Juan Carlos Danies Noguera, pues desconoce esta afirmación que el sentenciador valoró en su integridad, no solamente este aparte de la indagatoria, sino las ampliaciones de esta diligencia posteriormente realizadas y en donde afirmara tener en esa fecha el revólver calibre 38 largo de propiedad de la señora Betty Echeverría, con el cual con posterioridad se estableciera, fue que se dió muerte a Modesto Rafael Deluque Hernández.

Es decir, que el actor ha tomado exclusivamente la afirmación del procesado de ser inocente para reprochar en la no credibilidad de sus afirmaciones por parte del fallador, el presunto error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, lo cual evidentemente no tiene seriedad ni fundamento alguno.

Pero además, tal afirmación es desconocedora de que el juzgador analizó como correspondía, en su conjunto con la restante prueba de diversa índole aportada al proceso, las pretendidas exculpaciones de Joiro Castro, para negarles credibilidad, pues así lo imponían los medios testimoniales, documentales e indiciarios.

7o. Similar es la situación del segundo cargo, en donde se afirma que la ampliación del testimonio de Nancy Remedios Freyle Paz fue también desechado por el juzgador, ya que en él se retractó de la contundente e inequívoca imputación que le hiciera al procesado de haber sido el autor de los disparos que segaron la vida de su compañero, para ahora con la misma aparente seguridad atribuir el hecho a Juan Carlos Danies Noguera.

Tampoco este reproche refleja en mínima condición, el contenido de la sentencia, pues no a poco espacio, la misma se ocupó de la evidente contradicción que se advertía entre uno y otro relato de los sucesos, para descartar por mendaz el segundo de ellos.

De este modo se expresó sobre el particular el Tribunal:

"Así las cosas, la versión de ampliación nueve (9) meses después de Nancy Remedios, con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de acusación y de la decisión que releva de responsabilidad a Juan Carlos, se convierte en burda colaboración a un alibi infirmado en toda su extensión. El lapso que ocupó a la Nancy Remedios para retractarse: la cadena entre la versión de descargos final de Manuel Murillo y esa ampliación de Nancy Remedios, indica ni más ni menos que se trata de una lección aprendida para engañar a la Justicia, tanto más si de sobra conocen que nada puede hacerse penalmente respecto de Daniel Noguera. La ternura con que ya trata al homicida de su concubino, contrasta violentamente con el reproche que le formulara a los cuatro (4) días de ocurridos los hechos; el olvido de que los acompañaba Elsa Elena, reafirma la evaluación de falaz atribuida y si Juan Carlos usó, lo sostiene Nancy Remedios, contra su concubino un revólver 'tiquelado', mientras el artefacto homicida 'es pavoneado', según se demostró, se repite, al examen de balística, la deducción de que altera la verdad se convierte en certeza, fuera de ser comprensible la efectividad de una presión de terceros para proteger intereses con burla a la verdad al cabo de meses, que recién ocurridos los hechos no podía prosperar por el dolor que la embargaba ante la pérdida de su amante: a la par que exótico pretender que todas las autoridades en oscuro conlubernio, tergiversaron su dicho inicial y con olvido de que su firma respalda el acta levantada" (fl. 27 y 28 Cdo. Trib.).

Lo anterior pone en evidencia, que la pretendida omisión probatoria, referida a la ampliación que de su relato hiciera la testigo, igualmente carece de soporte.

8o. En similares condiciones se encuentra la presunta pretermisión de los testimonios rendidos por Elsa Helena Gómez y José Ricciulli Rojas que plantea el actor en el tercer cargo, y con los cuales, sostiene, se habría establecido que Deluque Hernández se encontraba ebrio. Al respecto basta con señalar que aparte de que el propio censor nada hace por explicar su incidencia en el fallo, de un lado es clara su absoluta inocuidad, y del otro, la simple lectura de la sentencia indica claramente que sus explicaciones sobre la manera como sucedieron los hechos si fueron tenidas en cuenta por la sentencia.

En efecto, no fue aspecto de interés para la investigación el hecho de que Deluque Hernández se encontrara en estado de embriaguez el día de los hechos, pues si bien esa situación pudo motivarlo a proceder como lo hizo, accionando su arma de fuego al aire, ninguna relación con dicha circunstancia tuvo que el procesado saliera del establecimiento en que se encontraba para desafiarlo y darle muerte. Por el contrario, si bien no para el propósito que destaca el actor, pues como ya se dijo el hecho de la ingesta alcohólica por parte del hoy occiso no se discutió y debido a su

inanimidad resultó indiferente aun cuando no desconocido, el Tribunal sí tomó en cuenta lo aseverado por tales testigos al momento de elaborar la construcción del que denominara "indicio de oportunidad para delinquir", que como prueba le sirviera igualmente para deducir la responsabilidad de Joiro Castro en la muerte de Deluque Hernández.

En estas condiciones, debe necesariamente colegirse que contrariando la sentencia, este cargo también carece de significación y fundamento.

9o. Finalmente, la presunta suposición probatoria, a que se contrae el cargo cuarto, es también infundada. El actor, sin atender la realidad procesal, asevera que nunca se allegó al proceso el dictamen pericial de balística con base en el cual sostuviera el juzgador que los proyectiles hallados al cadáver fueron disparados por el revólver calibre 38 largo que el anterior defensor del procesado entregara a la Fiscalía.

Sin embargo, para demostrar lo injustificado del ataque, basta simplemente con recordar que al folio 394 y s.s. del c.o.1, obra el oficio 242-93-Rb-Lb fechado el 5 de marzo de 1993, por medio del cual el Laboratorio de Balística del Instituto Nacional de Medicina Legal, al estudiar los proyectiles encontrados en el cuerpo de Deluque Hernández y el Revólver calibre 38 largo, marca Llama, remitido para su pertinente cotejo, concluyó que en uno de ellos, pues la deformidad del otro impidió tal confrontación, pudo comprobarse "muestra de identidad entre patrón e inculpinado, observándose como rasgo notorio una acanaladura sobre uno de sus machos (fotomicrografía), lo anterior es indicativo de que el proyectil fue disparado con el revólver marca Llama, modelo Martal, No. IM 0824 M, calibre 38 largo".

En consecuencia, este cargo, como los anteriores, no puede prosperar.

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,

#### RESUMEN

No Casar el fallo impugnado. En consecuencia, devuélvase el proceso al Tribunal de origen y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll

*Jorge Enrique Córdoba Poveda, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Callego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

## **VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE HECHO**

*Cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial el actor está en la obligación de señalar los preceptos de derecho sustancial que se estiman vulnerados de manera indirecta aunque invocándose error de hecho no hay lugar a la cita de disposición probatoria o procesal alguna, precisamente porque su naturaleza no supone infracción normativa alguna. Pero aún así, no basta con enunciar que se está ante un error de hecho ya que la rigurosa técnica de este recurso extraordinario exige que se demuestre si se trata de un falso juicio de existencia o de identidad y sobre cuál medio de prueba recae. Cuando se alega el de existencia el demandante debe comprobar que el sentenciador omitió tomar en cuenta una prueba o consideró la que materialmente no existe. Cuando el ataque se cumple por error de identidad debe demostrar que el juzgador modificó el contenido fáctico de la prueba, dándole un alcance menor o mayor del que en realidad tiene y de manera tal que vale tanto como haberlo supuesto o eliminado.*

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

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

*Aprobado Acta No. 142 (02-10-96)*

*Proceso: 9538*

### **VISTOS**

El Juzgado 4o. Penal del Circuito de Girardot, el veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), condenó a Noé Rodríguez Roa como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Carlos Arturo Salamanca Pinzón a la pena principal de diez (10) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y al pago en concreto de los perjuicios ocasionados con la infracción. Contra esta determinación formuló recurso de apelación el defensor del procesado y, al desatarse la alzada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por sentencia



de febrero tres (3) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), le impartió integral confirmación.

Se resuelve ahora el recurso de casación interpuesto contra la anterior decisión.

#### HECHOS

A eso de las 11:30 de la noche del 29 de noviembre de mil novecientos noventa y dos (1992), en momentos en que en el Municipio de Viotá, Cundinamarca, se celebraban unas festividades, el señor Carlos Arturo Salamanca Pinzón resultó víctima de dos heridas, una de ellas a la altura del corazón (región medió clavicular izquierda), propinadas con una navaja por Noé Rodríguez Roa, ocasionándole la última de ellas la muerte, cuando era trasladado a un centro asistencial en Girardot.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

La madre del interfecto, Rosalba Pinzón, formuló la denuncia por la muerte de su hijo, ante el Inspector Municipal de Viotá, el mismo día (30 de noviembre de 1992) en que la policía puso a disposición del indicado funcionario a Noé Rodríguez Roa, en informe en el que se precisa que fue capturado cuando huía del lugar de los hechos, después de ocasionar la muerte a Carlos Arturo Salamanca y habiéndosele decomisado el arma homicida, una navaja.

El Inspector remitió lo actuado, por competencia, a la Fiscalía en Girardot y, cumplido el reparto de rigor, le correspondió el asunto a la Fiscalía 289, la que el primero (1o.) de diciembre de mil novecientos noventa y dos (1992) dispuso la apertura de investigación. Se escuchó, obrante ya el acta de levantamiento del cadáver de Salamanca Pinzón y el correspondiente protocolo de necropsia, en indagatoria a Rodríguez Roa y se recepcionaron los testimonios del agente de la policía Ricardo Garzón Barón y de Javier Guevara Castro, Demetrio Antonio Hernández Díaz, Isidro Salamanca, Rosalba Pinzón y Serafín Salamanca Avellaneda. El nueve (9) de diciembre del citado año, se resolvió la situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin lugar a excarcelación, para Rodríguez Noé.

La instrucción continuó, declarando Alfonso Guisa Salamanca, Mauricio Salamanca Jiménez y Rodrigo Salamanca. Y clarificados algunos puntos por la médico legista, se declaró cerrada la investigación. Una vez se recibieron alegatos, se calificó el mérito del sumario (marzo 23/93), con resolución de acusación contra Noé Rodríguez Roa por los hechos punibles de homicidio y lesiones personales cometidos en Carlos Arturo Salamanca Pinzón y Luis Alfonso Guisa Salamanca, respectivamente.

La etapa de la causa la adelantó el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Girardot. Varias pruebas se practicaron antes de la audiencia pública.

que se cumplió los días tres (3), veintitrés (23) de agosto y primero 1o.) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Se profirió, entonces, sentencia con las consecuencias ya señaladas.

Ha de puntualizarse que el fallo de primer grado se inhibió de pronunciarse sobre las lesiones sufridas por Luis Alfonso Guisa Salamanca en vista de que la incapacidad generada fue en definitiva de 15 días. Por ello se estimó procedente romper la unidad procesal y remitir copias de lo pertinente a la Inspección de Policía de Viotá.

La apelación versó sobre la causalidad del homicidio y la insuficiencia probatoria para acreditarla, la preterintencionalidad de la conducta frente a la imputación del hecho como doloso, la reducción de pena por confesión y la tasación de la pena sobre esos tópicos y la prueba de incriminación, versó sobre el fallo de segunda instancia atendiendo al mandato del artículo 34 de la ley 81 de 1993.

#### LA DEMANDA

##### *Primer Cargo*

1. Se invoca como causal de casación la prevista en el numeral 3o. del artículo 320 del C. de P.P. (cuando la sentencia se haya dictado en un juicio violado de nulidad), con base en la cual se formula un solo cargo, consistente en que se quebrantó la unidad del proceso por violación directa de los artículos 87 y 88 *ibidem*.

Se dice que el Tribunal, al confirmar la sentencia de primera instancia, se equivocó doblemente, primero, al ordenar compulsar copias para la investigación de las lesiones de que fue objeto Luis Alfonso Guisa Salamanca y, segundo, al dejar por fuera de esta decisión las lesiones ocasionadas a Mauricio y Rodrigo Salamanca.

Para el censor el argumento de los sentenciadores en cuanto a que procedían así por cuanto se trataba de una contravención especial de policía, no tiene asidero jurídico, ya que se violaron los artículos 87, 88 y 89 del C. de P.P. Se olvidó que las lesiones estaban gobernadas por la conexidad, fenómeno jurídico plasmado en el indicado artículo 87, norma de obligatorio cumplimiento. Se está, pues, ante una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso (arts. 1 y 304-2 del C.P.P. y 29 de la C.P.).

##### *Segundo Cargo*

2. Se ataca, también, la sentencia con fundamento en la causal primera, 'motivo segundo', por ser violatoria de la ley sustancial en forma indirecta, por error manifiesto de hecho al dar por establecido que Noé Rodríguez Roa fue el responsable de la muerte de Carlos Arturo Salamanca y de lesiones en los familiares de éste.

Para el actor los testimonios de los señores Salamanca, que fueron el fundamento de la sentencia, son parcializados, subjetivos e inducen al error; no percibieron directamente los hechos o, si los vieron, los deformaron; ninguno de ellos señala en forma directa a Noé Rodríguez como autor de las lesiones en Carlos Arturo Salamanca.

Isidro Salamanca (fl. 49), para el demandante, narra hipótesis vagas, subjetivas e incoherentes, tratando de buscar un responsable, pero en ningún momento afirma que fue Noé Rodríguez el autor de las heridas a Carlos Arturo. Serafin Salamanca (fl. 85) refiere que todos los contrarios hicieron el amague de sacar cuchillo o navaja, sin embargo esto no lo comenta Isidro; además dice que Noé y otro estaban pegándole a Carlos, cuando salió Mauricio y vio ésto, entró a defender a su pariente y "Carlos ya estaba puñaleado". Cuál de los dos que atacaba a Carlos fue entonces el que lo vulneró, se pregunta el recurrente, si todos estaban armados de navaja. Se destaca que esta declaración cuya parte final señala, que 'no pensó que Carlos estuviera puñaleado', es 'vaga, imprecisa e incongruente'. Que Luis Alfonso Guisa Salamanca (fl. 82) no se dio cuenta de quién fue la persona que lesionó a Carlos; sólo había cuatro muchachos con navaja. (fl. 84) Expresa que cuando salió del lugar donde se bailaba vio a Carlos ya herido y sin embargo después refiere que quien estaba en la cárcel, Noé, fue el autor de la lesión, preguntándose entonces el impugnante el por qué de la imputación y asegurando que se está ante un testimonio subjetivo y de favorecimiento a su primo muerto. Que Rodrigo Salamanca (fl. 90) aduce que cuando se fue a ayudar a su papá Luis Alfonso ya su primo estaba herido; de aquí se concluye que eran más de dos los atacantes de Noé. Y, continúa el actor manifestando que sin embargo, Rodrigo remata su declaración diciendo que el que hirió a Carlos fue el del lunar en la cara, no explicándose la razón de este aserto.

Las pruebas, pues -continúa el casacionista- no han sido valoradas en su real sentido, desechándose de plano la versión del procesado quien manifestó que se defendió de cuatro (4) personas. No es verdad -concluye el casacionista-, como lo aseguró la sentencia, que los testimonios referidos sean imparciales, coherentes, claros, responsivos.

2.1. Se plantea otro cargo por violación indirecta contra la sentencia, consistente en que no se aplicó al caso *sub júdice* el artículo 247 del C. de P.P., siendo que la evidencia procesal "reclama su aplicación", pues la duda ha debido reconocérsele a Noé Rodríguez ya que no existe una sola prueba que categóricamente indique que él fue la persona que causó la lesión mortal a Salamanca Pinzón. En su contra sólo obra la referencia de Mauricio Salamanca en el sentido de que quien hirió a aquél fue 'el tipo del lunar en la nariz'. Y esta señal es perfectamente identificable y reconocible si se tiene en cuenta que el acusado fue capturado instantes después de los sucesos, con la colaboración de los Salamanca, llegando hasta su casa de habitación y reconociéndolo en forma contundente por la

misma. Pero en ningún momento -insiste el recurrente- emerge una sola prueba que ponga en cabeza de Noé Rodríguez la autoría de las lesiones que llevaron a la muerte a Carlos Arturo Salamanca, situación esta que fue ignorada por el sentenciador o mal interpretada. Fue un verdadero error de hecho el no haber analizado la duda que emerge del proceso y que ha debido resolverse en favor del procesado.

La demanda finaliza solicitando se case la sentencia impugnada "y se dé cumplimiento a lo dispuesto por el art. 299 del C. de P.P."

#### CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA EN LO PENAL

1.El cargo de la nulidad. Presentado este dictamen antes de la vigencia de la Ley 228 de 1996, se desarrolla así: Mal puede enrostrarse al sentenciador el quebrantamiento del principio de la 'Unidad Procesal' (art. 88 C.P.P.) por el hecho de haber dispuesto la compulsación de copias para que se investigaran por separado otros hechos punibles, cuando con ello lo que está haciendo es justamente dar cumplimiento al mismo, esto es, que por cada delito se adelante una sola actuación procesal.

Existe legítima ruptura de la unidad procesal cuando, debiéndose investigar y juzgar conjuntamente los comportamientos punibles por razón de la conexidad, la misma ley dispone que se haga en forma separada, como así sucede en los casos delimitados por el art. 90 del C.P.P. y el artículo 18 del D. 800/91, norma esta última que prevé la ruptura "...cuando la contravención se realice en concurso con un delito". Y las lesiones inferidas a Luis Alfonso Guisa Salamanca, le ocasionaron una incapacidad de quince (15) días, esto es, por debajo de los 30 que es el límite para que se esté ante una contravención especial de policía (Ley 23/91). Carecía, pues, de competencia el sentenciador para pronunciarse sobre la contravención y procedió, consecuentemente, de manera acertada cuando dispuso la expedición de copias ante la autoridad de policía correspondiente.

De otra parte, el casacionista es inexacto, cuando afirma que la orden de copias está referida también a las lesiones ocasionadas a Mauricio y Rodrigo Salamanca pues respecto de estos hechos el Fiscal que dictó resolución acusatoria había ordenado que se investigaran por separado.

Los juzgadores si bien dispusieron la compulsación de copias, no dejaron sin efecto, en lo pertinente, la resolución de acusación contra Noé Rodríguez Roa por las lesiones ocasionadas a Luis Alfonso Guisa Salamanca. Solicita, en consecuencia, el Ministerio Público se declare, oficiosamente, la nulidad parcial de aquella pieza procesal y de todas las actuaciones posteriores que durante la etapa de la causa se hubieran surtido en relación con la contravención (arts. 228, 304-1 C.P.P. y 29 inc. 2o. C.N.).

2. Con respecto al primer cargo por infracción indirecta de la ley sustancial por error de hecho que llevó equivocadamente a tener a Noé Rodríguez Roa como autor responsable de la muerte de Carlos Arturo Salamanca, el Ministerio Público luego de señalar algunas fallas técnicas y de precisar lo que debe entenderse por falso juicio de identidad, al que "parece" se contrae la censura, sostiene que el recurrente se apartó de lo que debería ser el objeto de su argumentación ya que en lugar de poner en evidencia el falseamiento que predica por parte del Tribunal de los testimonios cuestionados, presentó fue toda una controversia probatoria, con base en sus personales criterios, lo que no es admisible en esta sede extraordinaria, por prevalecer los razonamientos del juzgador dada la doble presunción de acierto y de veracidad que ampara la sentencia. Así también lo que hizo el censor fue desarrollar un inadmisibles planteamiento propio al error de derecho por falso juicio de convicción.

2.1. Sobre el otro cargo por violación indirecta y, también, por error de hecho, por no haber el sentenciador reconocido la existencia de la duda, sostiene el Procurador Segundo Delegado en lo Penal que se dan serias fallas técnicas. Así, acusar la infracción del artículo 247 del C. de P.P. como si se tratara de un precepto sustancial; también se echa de menos el señalamiento de las pruebas sobre las cuales recayó el error pregonado y la precisión de su sentido, esto es, si por omisión o suposición o distorsión de los elementos de certeza.

Añade la Delegada que al censor se le nota vacilante en cuanto al objeto del reparo, pues de una parte se refiere a que el *ad quem* 'no tuvo en cuenta' la duda que reclama y, de otra, plantea la disyuntiva acerca de que la misma fue mal interpretada, para destacar, finalmente, 'palmaria equivocación atinente a las disposiciones sobre las que funda la invocación de la causal de casación y la decisión del recurso'.

#### SE CONSIDERA

1. El cargo de nulidad presentado con apoyo en el numeral 3o. del artículo 220 del C. de P.P., no se concreta en términos precisos, ya que a la Corte no se le dice -como estaba obligado a hacerlo el censor- hasta dónde se extiende el vicio cuya admisión se reclama. Dicho de otra forma, si esta Sala llegara a admitir que se rompió, ilegalmente, la unidad procesal, ese reconocimiento qué comporta en concreto. Pero, en fin, siendo este un vacío que debió llenar el impugnante, la verdad es que no tiene tanta importancia porque lo verdaderamente trascendental está aquí en que por parte alguna se destruyó, con vulneración de la ley, la unidad investigativa y de juzgamiento.

Veamos:

El sentenciador de primer grado, bajo el acápite de 'Otras determinaciones', en la parte motiva de su provido, señaló: "En relación con el



reato de Lesiones Personales del cual fuera sujeto pasivo el señor Luis Alfonso Guisa Salamanca, y en donde le fueron fijados quince (15) días de incapacidad, el Juzgado se abstendrá en definitiva de pronunciarse toda vez que de acuerdo con el artículo 1o. de la Ley 23 de 1991 este hecho punible pasó a ser una contravención especial de policía. En consecuencia, se compulsarán las copias pertinentes con destino a la Inspección Municipal de Policía de la localidad de Viotá, para que, si es el caso, adelante la investigación correspondiente". Y, en la parte resolutive, numeral 5o., así lo dispuso.

A su turno, el sentenciador de segundo grado, se limitó a confirmar el fallo 'en los puntos objeto de apelación', entre los que no estaba, ciertamente, éste de la compulsa de lo pertinente con respecto a las lesiones ocasionadas a Guisa Salamanca y para su investigación por autoridad policiva competente.

Y en verdad que sí lo era, por el factor territorial, el Inspector Municipal de Policía de la localidad de Viotá, y las autoridades de policía de manera general por lo dispuesto en los artículos primero, numeral 9o. de la Ley 23 de 1991 que determina que la incapacidad que no pase de treinta (30) días como así aconteció con las padecidas por Guisa Salamanca, son de su competencia.

No era obligatorio para el juez, entonces, conocer de las lesiones por el factor de conexidad de delitos y contravenciones. Hubo ruptura de la unidad procesal, pero así lo disponían las normas legales como principio general y tal cual lo admitió la jurisprudencia de la Corte frente al texto de la Ley 23 y el Decreto 800, ambos de 1991.

Otro aspecto del asunto planteado por el censor es el relativo a que el Tribunal dejó por fuera de la decisión de investigación por separado de las lesiones, aquellas ocasionadas a Mauricio y Rodrigo Salamanca, lo que no es cierto, pues no se requería volver sobre el mismo tópico ya que desde la resolución de acusación se había dispuesto que se expidieran copias de las piezas procesales pertinentes en orden a dicha averiguación de manera independiente.

Para el Procurador Segundo Delegado en lo Penal la circunstancia de ser incompetente el Fiscal que profirió la resolución de acusación para cobijar en ella las ocasionadas a Guisa Salamanca, obligaba al sentenciador a no limitarse a ordenar su investigación por separado, sino a dejar también sin efecto la mencionada decisión en cuanto a este concreto aspecto atañe.

No exige en estos casos la ley, de manera necesaria, anular toda la actuación dado que bien puede el fallador (308.5) acudir a cualquier remedio procesal para subsanar una irregularidad y fue a esa vía alternativa a la que se acudió: Rompió la unidad, en todo lo que tenía que ver con



las lesiones aludidas, y remitió las copias pertinentes dejando en manos del funcionario competente la posibilidad de las decisiones a que hubiera lugar.

La Delegada propone que la Corte case parcialmente la sentencia, declarando la nulidad parcial de la resolución de acusación y de la actuación subsiguiente en cuanto corresponde a Guisa Salamanca. Pero es que a diferencia del caso que se recoge en algunas jurisprudencias, aquí ninguna de las sentencias condenó por la contravención como sí sucedió en ellas y, al contrario, expresamente se abstuvo de hacerlo, disponiendo como era de ley la expedición de copias para la investigación por la autoridad competente. Luego en el evento *sub judice* la providencia impugnada no contiene ningún vicio, de donde mal podría resultar quebrada, así fuera parcialmente.

Sería un contrasentido que estando el hecho de las lesiones personales desprendido formalmente del proceso, para su decisión separada por el entonces competente, se reviviera lo referente al mismo, en sede de casación con el fin de invalidarlo.

La acusación, frente al hecho punible de lesiones devino en ineficaz por el rompimiento de la unidad. No hace parte del objeto procesal del trámite, ni del contenido material de la sentencia que se revisa. Por ello no procede decisión de la Corte sobre el punto pues ya hace parte de otro proceso y está sometido a otra competencia.

2. Ciertamente, cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial el actor está en la obligación de señalar los preceptos de derecho sustancial que se estiman vulnerados de manera indirecta aunque invocándose error de hecho no hay lugar a la cita de disposición probatoria o procesal alguna, precisamente porque su naturaleza no supone infracción normativa alguna. Pero aún así, no basta con enunciar que se está ante un error de hecho ya que la rigurosa técnica de este recurso extraordinario exige que se demuestre si se trata de un falso juicio de existencia o de identidad y sobre cuál medio de prueba recae. Cuando se alega el de existencia el demandante debe comprobar que el sentenciador omitió tomar en cuenta una prueba o consideró la que materialmente no existe. Cuando el ataque se cumple por error de identidad debe demostrar que el juzgador modificó el contenido fáctico de la prueba, dándole un alcance menor o mayor del que en realidad tiene y de manera tal que vale tanto como haberlo supuesto o eliminado.

Así, pues, y dado que el censor menciona una errónea interpretación probatoria, al parecer alude a un falso juicio de identidad. Empero, no es ese el planteamiento que desarrolla, ya que en manera alguna demuestra que el sentenciador hubiera colocado la prueba manifestando lo que objetivamente no dice y, al contrario, reduce lo suyo a una crítica a lo que cree fue la estimativa del juzgador, al tiempo que le enfrenta su personalísima

evaluación de las probanzas, haciendo derivar su exposición a un presunto falso juicio de convicción que, lo primero, no es atacable por la vía del error de hecho y, lo segundo -ya en gracia de discusión-, ante la ausencia generalizada de una tarifa legal probatoria, tampoco lo sería por la sonda del error de derecho.

En hipótesis así como a la que reduce las cosas el demandante, se ha sostenido que su estimativa particularísima en materia probatoria, mal puede derrojar las conclusiones de la sentencia ya que ella goza de la doble presunción de acierto y de legalidad.

Convicno, además, señalar lo siguiente: para el sentenciador de primer grado el hecho le era atribuible a Noé Rodríguez Roa porque éste aceptó haberle propinado la lesión que lo llevó a la muerte, lo que se corrobora con prueba documental y pericial, así como con los testimonios de Isidro Salamanca, Serafín Salamanca, Luis Guisa Salamanca, Mauricio Salamanca y Rodrigo Salamanca. También, muy brevemente dígase que se rebasó la legítima defensa alegada porque no se demostró agresión por parte de la víctima y así su construcción jurídica se cae por su base igual que la de un pretendido homicidio preterintencional que plantea la defensa porque la punzada de autos fue propinada en forma letal con arma propia para causar la muerte y con intención de producirla, deducida racional y suficientemente de un análisis crítico, extenso y ponderado en ambas instancias.

Es del caso recordar que, para el Tribunal, los testigos declararon lo que vieron, cada quien apartes de los hechos y, unidas sus versiones, es como se puede reconstruir en gran parte la verdad de lo acontecido. La familiaridad que los unía a Carlos Arturo Salamanca Pinzón los colocaba como interesados en que se castigara al verdadero culpable. Sus narraciones fueron lógicas y coherentes entre sí y con los demás, en los aspectos sustanciales. Y si algunos se atreven a hacer aseveraciones tales como 'el que mató a Carlos fue Noé o todos estaban armados', ello es producto de una conclusión posterior, de una deducción particular, expresada en sana lógica, sin ánimo vindicativo y con el mejor deseo de acertar.

Y, prosigue la segunda instancia, señalando que el análisis en conjunto que realizó de la prueba, dejó sin piso la mención de Noé Rodríguez en su indagatoria y en la audiencia pública de que su intención no fue la de matar sino tan solo lesionar. Se extiende en la demostración de este aserto, para referir después que "...No hay lugar a la reducción de pena por confesión pues de la lectura cuidadosa de la injurada se desprende que Noé Rodríguez aceptó haber sacado 'una navajita pequeñita' para defenderse, mas en momento alguno concretó contra quien lo hizo. La finalidad de la confesión al prever la reducción de la pena en los casos de confesión, no fue otra que la de facilitar a la jurisdicción la investigación con una exposición franca de parte del sindicado, evitando así el desgaste del Juez

en la controversia probatoria. Mas aquí eso no pasó, véase la falta de precisión del indagado en asumir su responsabilidad, esta sola pieza procesal causa incertidumbre y no permite basar sobre ella la ilicitud de su comportamiento, ni la imputación de la culpabilidad, si se tiene en cuenta que pretende la justificación de sus actos, amparado en la invocación de una legítima defensa. Se demandó del instructor la recolección de otra serie de pruebas, la indagatoria no allanó el camino investigativo sino que lo entrabó, se exigió del calificador el estudio del conjunto del caudal probatorio para poder desvirtuar la pretendida justificante y en esta forma, definitivamente, no puede accederse al descuento de pena. Y en segundo lugar, aunque se llegare a considerar que las exculpaciones del procesado encierran una confesión trascendental para el esclarecimiento de lo ocurrido, no puede reconocerse el atenuante, toda vez que los actos homicidas fueron objeto de la percepción de varios presenciales, más exactamente de sus familiares, quienes si bien no observaron el momento mismo en que fue propinada la herida letal, sí vieron al occiso peleando con Noé y luego caído en el piso, tanto así que al emprender la huida Noé, lo persiguieron y finalmente los agentes del orden al requisarlo le hallaron el arma ensangrentada al igual que sus vestimentas, en otras palabras, se individualizó al autor y la ley para el reconocimiento de la reducción de pena en la confesión impone la salvedad de la flagrancia en la comisión del reato."

Es, pues, harto curioso, que el censor limite lo suyo a criticar una presentación probatoria del juzgador que en rigor no se dio. Obsérvese bien que éste coloca al sentenciador diciendo que los testigos vieron el momento en que Noé Rodríguez Roa le propinó la mortal puñalada a Carlos Arturo Salamanca Pinzón, lo que no es en manera alguna cierto. Basta leer los planteamientos de la segunda instancia para que, diáfananamente, se vea que sostiene exactamente todo lo contrario.

Entonces, quien está subjetivizando la realidad procesal es el recurrente y no la sentencia impugnada.

3. Se sostiene en la demanda que se infringió, también en forma indirecta, el artículo 247 del C. de P. Penal. Pues bien, a las falencias de carácter técnico que se le derivaron al cargo anterior y que también corren para éste, habría que añadir - como lo dice la Delegada - el de que se señala una norma de carácter eminentemente procedimental -probatorio como si fuera un precepto sustancial. Además agrega la Procuraduría:

"... De otra parte se echa de menos el señalamiento de las pruebas sobre las cuales hubiere recaído el error de hecho pregonado por el impugnante, lo que aunado a la falta de precisión de su scrutiny; esto es, si por falso juicio de existencia -por omisión o suposición o de identidad por distorsión de los elementos de certeza de los que se pudiere concluir la demostración de la duda razonable, llevan definitivamente al fracaso de la acusación".

Vuelve el censor sobre aquello de que en el proceso no obra una sola prueba que indique en forma categórica que Noé Rodríguez Roa fue la persona que causó la lesión mortal a Carlos Arturo Salamanca, confundiendo la prueba directa con la indirecta. Que, solamente, Mauricio Salamanca fue quien dijo que el que **hirió** a Carlos fue el tipo del lunar en la nariz. Y, curiosamente, se acepta que ésta es una señal bien característica y que por ella Noé era perfectamente identificable, más cuando fue capturado instantes después de los hechos. Así planteadas las cosas por el actor, concluye que se está ante un error de hecho "al no haber reconocido la duda que emerge en el proceso y que ha debido resolverse a favor del procesado".

En verdad que no es nada claro el desarrollo del cargo. La presentación que del mismo se realiza es muy recortada y no prueba absolutamente nada. Constituye solamente un insistir sobre puntos de vista ya planteados, sin ninguna eficacia, en el anterior cargo. Para nada vale decir que no hay prueba directa sobre el momento en que Noé Rodríguez le propinó la puñalada mortal a Salamanca Pinzón, si el sentenciador de segundo grado nunca aseveró tal cosa. Y no basta con decir que la duda 'resultó con bastante demostración', sino que se requiere comprobar que ello es verdaderamente cierto y de manera manifiesta. Aquí no valen meros enunciados sino que se exigen palmarias comprobaciones de que el sentenciador ignoró la existencia de una duda razonable originada en el haz de pruebas recaudadas. Como ello no se hizo es obvio que la sentencia se mantiene.

Los cargos no prosperan.

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

#### RESUELVE

No casa el fallo recurrido.

Cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Alvaro Estawa Ayala, Confez.*

*Patricia Salazar Cuallar, Secretaria.*

## PRUEBA/ SANA CRITICA/ NULIDAD

*Cierto es que las normas procesales que regulan la forma de incorporación de una prueba al proceso deben cumplirse con estrictez, pero su desconocimiento no siempre determina la ineficacia del medio irregularmente aportado. Habrá de examinarse, en cada caso, si la exigencia normativa es condición esencial de validez del medio probatorio y si los fines buscados con la formalidad omitida se obtuvieron a pesar de su inobservancia.*

*La disposición contenida en el artículo 252 del Decreto 050 de 1987, relativa a que ninguna prueba puede ser apreciada si no cumple las condiciones de aducción allí previstas, se entendió referida a los medios de convicción o diligencias en los cuales la formalidad es presupuesto de validez de los mismos, como la inspección judicial (art. 263), las peritaciones (art. 273), o los allanamientos (art. 368), en cuyos casos, por su especificidad necesitan de manera regular de un auto particularizado que los ordene y delimite, pero no a la generalidad de las pruebas, como equivocadamente lo ha entendido el censor (Cfr. Sent. mayo 22/91. Mag. Pte. Dr. Edgar Saavedra Rojas, no publicada).*

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

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

*Aprobado acta No. 142*

*Proceso: 9685*

*Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de abril de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca condenó al procesado Juan Eduardo Hernández Reyes a la pena principal de 2 años de prisión, al encontrarlo responsable del delito de concusión.*

## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

*Mediante Resolución No. 046 de 22 de septiembre de 1988, la Procuraduría General de la Nación, Oficina Seccional de Girardot, acusó*



disciplinariamente al señor Juan Eduardo Hernández Reyes, en su calidad de Secretario del Juzgado Cuarto Penal Municipal de esa ciudad, y ordenó "compulsar copias de las piezas procesales pertinentes con destino a la justicia ordinaria a fin de que se investigue por ésta la posible violación a la ley penal" (fls.23 a 31 del cd.1 y 19 a 26 del cd.3).

Refiere la acusación disciplinaria que en los primeros días del mes de febrero de 1987, el Secretario del Juzgado Cuarto Penal Municipal de Girardot, señor Juan Eduardo Hernández Reyes, citó mediante telegramas Nos.322 y 323 al señor Wilson Rivera López, sindicado de estafa dentro del proceso No.3054, en el cual figura como denunciante la señora María Blanca Sabogal, para exigirle que cancelara la obligación contraída con ella si no quería tener problemas con la justicia, encontrándose el proceso archivado en virtud del auto de 16 de diciembre de 1986, mediante el cual se cesó procedimiento por inexistencia de delito.

En acatamiento a la orden impartida en la citada Resolución No.046, el Secretario de la Oficina Seccional de la Procuraduría remitió al Juzgado de Instrucción Criminal Reparto de Girardot, con oficio No.1107 de septiembre 27 de 1988 (fls.31), copias de las siguientes piezas del proceso disciplinario: a) Auto de apertura de la investigación de marzo 3 de 1987. b) Declaración de Maritza Gutiérrez Bustos, Sustanciadora del Juzgado Cuarto Penal Municipal de Girardot. c) Declaración de María Enith Vargas López, Escribiente Grado IV del citado Juzgado. d) Telegramas 322 y 323 de febrero 2 de 1987. e) Acta de la inspección judicial practicada en la Secretaría del Juzgado Cuarto Penal Municipal. f) Declaración de Belinda Nieto Calcedo, Secretario del Juzgado Tercero Penal Municipal; y, g) Testimonios de Wilson Rivera López y María Blanca Sabogal (fls.1 a 31-1).

Con fundamento en estas pruebas, el Juzgado instructor abrió investigación por auto de 22 de diciembre de 1988, escuchó en indagatoria al imputado Juan Eduardo Hernández Reyes y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de concusión (fls.37, 53, 58, y 83). Esta decisión sería después revocada por el instructor mediante auto de 10 de enero de 1990 (fls.6 del cd.2).

En su injurada, el procesado sostiene que citó a Wilson Rivera López para que cumpliera las presentaciones que le fueron impuestas al rendir indagatoria, sin saber que el proceso se encontraba archivado. Cuando compareció, le pidió a la escribiente María Enith Vargas López que lo avisara, desconociendo de qué manera lo hizo. Lo cierto es que nada le dijeron sobre el archivo, razón por la cual, cuando Rivera López se le acercó de nuevo, lo exhortó a que cumpliera las presentaciones, sin exigirle nada para él ni para terceros. El compareciente se limitó a comentarle algunos problemas personales y a preguntarle sobre las consecuencias jurídicas de un eventual acuerdo con la denunciante, habiéndole



constestado que un arreglo podría favorecerlo, pero que esta manifestación debían hacerla por escrito (fls.53 y 58).

En el proceso disciplinario, Wilson Rivera López declaró que Hernández Reyes le propuso cancelar la deuda a la señora María Blanca Sabogal en cuotas mensuales de diez mil pesos, si no quería tener problemas con el Juzgado, y que ese fue el compromiso que adquirió con el Secretario, obligándose a efectuar el primer pago el 28 de febrero, pero como se le presentaron inconvenientes personales, no fue posible cumplir el compromiso. El dinero debía ser entregado a la señora María Blanca Sabogal (fls.18 y ss).

Al declarar dentro de este proceso, Rivera López sostuvo que en ningún momento el Secretario del Juzgado le propuso la cancelación de la deuda a la denunciante, ni lo amenazó, y que por lo visto el Juez lo malentendió, puesto que lo del pago en cuotas surgió por iniciativa suya, no porque el Secretario se lo hubiera pedido (fls.94 y ss).

María Enith Vargas López, Escribiente Grado IV, en la declaración rendida en el proceso disciplinario, cuenta que a petición de Juan Eduardo, atendió al señor Wilson Rivera López el día que se presentó al Juzgado llevando dos telegramas de citación con la firma del Secretario. Al constatar en los libros radicadores que el proceso se encontraba archivado, lo comentó con Maritza Gutiérrez Bustos, quien decidió entregarle los telegramas a Juan Eduardo para que lo atendiera. No sabe de qué hablaron, pero asegura que éste decía algo así como que "a final de mes", sin saber a qué se refería (fls. 5 cd.1). En términos idénticos declaró dentro del proceso penal (fls. 52-1).

Maritza Gutiérrez Bustos, Sustanciadora del Juzgado, sostiene que se enteró del incidente porque la señora María Enith le comentó lo que estaba sucediendo, y que al dirigirse a la Secretaría pudo verificar que Juan Eduardo estaba dialogando con Wilson Rivera López, pero que no sabe de qué hablaban, ni por qué motivo fue citado al Juzgado. Solamente está enterada del comentario hecho por su compañera María Enith sobre una posible exhortación al denunciante para que cancelara el dinero antes del 28 de ese mes de febrero (fls.3 cd.1). Dentro del proceso penal, la testigo mantuvo su versión (fls.49-1).

En la etapa del sumario se recibieron también los testimonios de Rodrigo Belancurt Carrizosa (Notificador del Juzgado) y María Blanca Sabogal, y se practicó inspección judicial en los libros de presentaciones y radicadores del Juzgado Cuarto Penal Municipal de Girardot, al igual que en el proceso No.3054, seguido contra Wilson Rivera López (fls.74, 78 y 70 del cuaderno No.1).

Cerrada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria por el delito de concusión, y se profirió nuevamente medida de aseguramiento

de detención preventiva en contra del procesado (fls.53 -3), decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca por auto de 31 de octubre de 1991 (fls.59 cd.del Tribunal).

Rituada la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot, mediante sentencia de septiembre 24 de 1993, condenó a Juan Eduardo Hernández Reyes a la pena principal de dos (2) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un (1) año, de conformidad con los cargos que le fueron formulados en la resolución acusatoria (fls. 226 y ss. ed. 3).

Apelado este pronunciamiento por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el suyo de 25 de abril de 1994, que recurrió en casación el primero de los nombrados, lo confirmó en todas sus partes (fls.157 y ss. ed. Tribunal).

#### LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, dos cargos, uno principal y otro subsidiario, presenta el actor contra la sentencia impugnada.

##### *Cargo Primero*

Violación indirecta del artículo 140 del Código Penal, por falsos juicios de legalidad en la apreciación del testimonio rendido en el proceso disciplinario por Wilson Rivera López.

Sostiene que esta prueba no debió ser tenida en cuenta por el juzgador al proferir el fallo, por no haber sido allegada al proceso penal en la forma prevista en el artículo 252 del estatuto procedimental de 1987 (entonces vigente), norma que fue malinterpretada por el Tribunal, al considerar, equivocadamente, que la expresión "con base en el material probatorio que precede", utilizada por el juez instructor en el auto de apertura del sumario, equivale al auto de admisión, requerido por el citado artículo 252 para que la prueba sea legítima.

Transcribe el auto de apertura de investigación para señalar que el instructor dispuso la práctica de algunas pruebas, pero no ordenó tener en cuenta la prueba trasladada, como erróneamente lo quiere hacer ver el Tribunal, al precisar que la frase transcrita "equivale en su significado y alcance al auto echado de menos por el recurrente, toda vez que claramente traduce su aducción al proceso: hallándose justificado, además, su proferimiento conjunto con el decreto de apertura investigativa por razones de economía procesal" (fls.205 cd. Tribunal).

Si se repasa la afirmación del Tribunal, de que "los artículos 252 y 174 del Decreto 050 de 1987 (...) regulan la situación objeto de cuestionamiento", no queda ninguna duda que al dictarse la sentencia impugnada el *ad quem* conocía tales reglas de procedimiento.

Sin embargo, el Tribunal no captó el perentorio mandato de la norma, que señala el mecanismo de aducción de una prueba cualquiera al proceso, inclusive la trasladada, y que exige "que su admisión u orden de practicarse sean expresas y precisas y a través de un auto que indique su conducencia" (fl. 208).

Agrega que "si el Juez instructor no decretó la prueba trasladada, consistente, en este caso, en una declaración rendida en un proceso administrativo, seguramente fue porque prefirió citar personalmente al señor declarante, como en efecto posteriormente lo hizo, para que rindiera su versión directamente frente a la justicia penal, o por alguna otra consideración que ahora no es del caso averiguar" (fl. 208 *ibidem*).

Sostiene que el error del Tribunal hiere la precisa y rigurosa gramática de nuestro idioma e implicó que se tuviera en cuenta una prueba que no se allegó al proceso en la forma legalmente prevista, violándose así los más sagrados principios de convivencia social.

Este error, determinó a su vez que se produjese una sentencia condenatoria, en vez de absolutoria, con violación del artículo 140 del Código Penal, conclusión a la cual se llega si se tiene en cuenta que la inexistente prueba trasladada es la piedra angular del análisis probatorio determinante de la condena de su cliente.

Pide que se case la sentencia recurrida y se profiera una absolutoria en la cual se le dé al testimonio de Wilson Rivera López su valor real.

#### *Cargo Segundo*

Subsidiariamente, el censor acusa el fallo impugnado de ser violatorio de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 140 del Código Penal, determinada por un error de hecho en la apreciación de la prueba trasladada.

Sostiene que las copias remitidas por la Procuraduría no cumplen las exigencias del artículo 256 del Decreto 050 de 1987, puesto que no están autenticadas por el Procurador Seccional, sino por el Secretario, razón por la cual no se las podía apreciar, sin violar este precepto.

Como el Tribunal no se percató de ello, queda claro que el error cometido es de hecho, concretamente por no haber visto que no estaban debidamente autenticadas. Y como este error, generó la indebida aplicación del artículo 140 del Código Penal, la sentencia debe casarse para que en su lugar se dicte una absolutoria, con fundamento en el material probatorio legítimamente allegado al proceso.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que los reproches a los cuales se contrae la demanda devienen inaceptables y que la sentencia, por tanto, no debe casarse.

En relación con el primer cargo, sostiene que si bien es cierto el Juzgado instructor dispuso la apertura del sumario con fundamento en las copias remitidas por la Procuraduría Seccional, sin proferir un auto independiente de admisión de esas pruebas como lo señala el actor, no lo es menos que las mismas fueron aducidas, no de hecho, sino en virtud de un proveído que lo ordenaba, y en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 25 del estatuto procesal.

Esto, cumple, en su opinión, con la exigencia de adecuación y legalidad de la pruebas "que hacen parte del informe público del hecho punible, que no requieren mayores formalidades para su incorporación al acervo probatorio. Además, ello le da la publicidad y conocimiento de la documentación anexa a lo informado, con lo que se llenan las condiciones de incorporación legal, publicidad y posibilidad de su controversia procesal" (fls. 12 rd. Corte).

Además, al procesado se le ofreció la oportunidad de conocer la prueba, y de controvertirla, lo cual hizo en forma amplia, garantizándose de esta manera su publicidad y contradicción. En momento alguno, le fueron negadas o limitadas estas garantías constitucionales.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que al proceso fueron aportadas después copias de las resoluciones Nos. 051 de septiembre 21 de 1987 y 016 de septiembre 22 de 1988 (fls. 4 y 12 del cuaderno No. 3), autenticadas por el Titular de la Procuraduría Provincial de Girardot, en las cuales se hace el resumen y análisis de la declaración de Wilson Rivera López, resultando así innegable la legalidad de la prueba trasladada.

No es cierto, tampoco, como lo sostiene el actor, que la declaración de Wilson Rivera López, objeto del reproche, haya sido el fundamento de la condena, porque el plenario informa de otros elementos de juicio que fueron analizados y valorados por los juzgadores, según se desprende del contenido de algunos apartes del fallo impugnado, los cuales transcribe.

Y si los juzgadores desecharon la versión de Wilson Rivera López en el proceso penal, bien podían hacerlo, por encontrarse facultados legalmente para formar su convencimiento de manera libre y racional, limitados solamente por la constitución, la ley y los principios de la sana crítica, los cuales no desconocieron.

A continuación, asume el estudio del cargo subsidiario para sostener que adolece de yerros técnico conceptuales, puesto que el casacionista prosigue la inicial alegación sobre la ilegalidad de la prueba trasladada, y lo presenta como un error de hecho, sin precisar si de existencia o de identidad. Además, el cargo es confuso, porque técnicamente no es posible alegar, respecto de una misma prueba, que el juzgador la desconoció existiendo, y al mismo tiempo argumentar que es inexistente por ser ilegal.

De todas maneras, el supuesto error alegado no se presenta, porque las fotocopias donde aparece el testimonio de Rivera López, fueron trasladadas a la investigación penal con el lleno de los requisitos de autenticidad exigidos por la ley procesal civil, y de otro lado se cumplieron las exigencias para introducirla al proceso penal. Dice que de acuerdo con el artículo 254.1 del Código de Procedimiento Civil, las copias tienen el mismo valor probatorio del original, cuando han sido autorizadas por Notario, Director de Oficina Administrativa o de Policía, o Secretario de Oficina Judicial, previa orden del Juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada, y que para este caso, si bien las copias fueron autenticadas por el Secretario de la Procuraduría Seccional, ello obedeció a la orden emitida mediante resolución No.046, por el Procurador Seccional, y el envío se hizo con oficio No.759 de 24 de mayo de 1990, el cual aparece suscrito por el Jefe de la Oficina (fls.7 del cuaderno de la Corte).

#### SE CONSIDERA

##### *Cargo Principal:*

Ineficacia probatoria del testimonio rendido por Wilson Rivera López dentro de un proceso disciplinario, por no haber sido incorporado a la investigación penal con el lleno de las formalidades establecidas en el artículo 252 del Decreto 050 de 1987, Código de rito con el cual se abrió la investigación en este asunto y se llevó a cabo la actividad probatoria que el censor cuestiona.

No obstante que la formulación de esta censura dentro del marco del error de derecho por falso juicio de legalidad sería correcta, debe decirse que su desarrollo es incompleto, puesto que el censor se limita a plantear la existencia del yerro, sin demostrar su trascendencia en la decisión de condena. Esta exigencia, como se sabe, surge de la circunstancia de que no todo error judicial, sino solo el determinante de una sentencia contraria al ordenamiento jurídico, es relevante en sede de casación. De allí la necesidad de acreditar su relación con la sentencia impugnada.

En tratándose de un error de derecho por falso juicio de legalidad, este requerimiento se cumple haciendo una nueva valoración de los elementos de prueba analizados en la sentencia, con exclusión del medio ilegalmente apreciado, o inclusión del indebidamente desestimado, según cada caso, en procura de demostrar que las conclusiones del fallo habrían sido sustancialmente distintas de no haberse presentado el yerro denunciado.

Esta exigencia es eludida por el demandante con el argumento que la declaración de Wilson Rivera López fue piedra angular de la decisión de condena, apreciación que aunque se diera por tenerla como cierta, no lo exoneraba de la obligación de analizar los restantes elementos de juicio tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia para arribar al fallo



impugnado, única forma de poder demostrar que, sin dicha prueba, no sería jurídicamente posible mantenerlo en el sentido en que fue proferido.

La evidencia, por demás elocuente, es que el testimonio de Wilson Rivera López no fue el único elemento de convicción tenido en cuenta por los juzgadores de instancia para afirmar la responsabilidad del procesado. Así se encuentra establecido en los siguientes apartes de la sentencia del Tribunal:

"También se allegaron al proceso copias de los telegramas Nos.322 y 323 dirigidos al señor Wilson Rivera el 2 de febrero de 1987 a distintas direcciones de la localidad de Girardot (carrera 7a No.22-99 y carrera 14 No.21-20), requiriéndolo a comparecer al Juzgado con el fin de practicar diligencia en el proceso adelantado en su contra, advirtiéndole en uno de ellos que el incumplimiento le acarrearía drástica sanción. El procesado admitió haber elaborado las citaciones a iniciativa propia.

"Quedó igualmente comprobado, a través de diligencia de inspección, que para la época del requerimiento el proceso seguido a Wilson Rivera se encontraba archivado, en virtud del auto de cesación de procedimiento proferido el 16 de diciembre de 1986, de lo cual aparece constancia en el libro radicador, y que las presentaciones periódicas impuestas a Wilson Rivera López después de rendir indagatoria el 30 de septiembre de 1986, perdieron vigencia a raíz del auto, fechado el 3 de diciembre del mismo año, mediante el cual el juzgado se abstuvo de proferirle medida de aseguramiento.

(...)

"... el error al cual atribuyó la citación está completamente desvirtuado, quedando al descubierto su oculto propósito concusionario. Al efecto basta con significar que:

"1. El libro de control de presentaciones solo registra como dirección de Wilson Rivera la carrera 14 No.21-20 de Girardot (fls.104-1), y los telegramas fueron dirigidos no solo a aquella dirección, sino también a la carrera 17 No.22-99 de Girardot, de la cual no aparece constancia en el proceso de acuerdo a la certificación del juzgado que obra a folios 50 del cuaderno No.2; luego, el empeño que puso en su localización superó las limitaciones trazadas por la experiencia judicial.

"2. Se opone también a las reglas de la experiencia que un empleado pueda recordar el incidente de un proceso con lujo de detalles, como nombre del denunciante, objeto del mismo, cantidad del dinero adeudado, imposición de presentaciones, etc., pero no actuaciones más recientes que inclusive avaló como secretario -actividad que dijo desempeñar con suma eficiencia-, como los autos a través de los cuales el juzgado se abs



tuvo de proferir medida de aseguramiento y decretó la cesación de procedimiento; como también que se aventurara a hacer imposiciones al compareciente sin conocer el estado del proceso, pues lo común y corriente es lo que hizo una de las empleadas: consultar el libro radicador en el cual, como se anotó, constaba la anotación pertinente.

"3. Las propias manifestaciones del procesado en el sentido de haberse limitado a ilusirar al señor Wilson Rivera López sobre las ventajas de efectuar el pago, cuando éste le expresó tal deseo, terminan por robustecer el contenido ilícito de su proceder. No tiene sentido que un requerimiento con el único fin de exhortar al cumplimiento de unas presentaciones termine sin firma del libro destinado a su asentamiento (fs.104-1) y con la firme promesa del ciudadano de que pagará la deuda. Es que, las penurias por las que en ese momento pasaba el señor Rivera, restaban posibilidad a una libre y voluntaria iniciativa de su parte" (fs.167, 168, 169 y 170 del cuaderno del Tribunal).

Al margen de esta inconsistencia técnica, de suyo suficiente para destimar la censura, si se aceptara la existencia de la informalidad denunciada habría que concluir que no tiene las implicaciones probatorias señaladas en la demanda.

Cierto es que las normas procesales que regulan la forma de incorporación de una prueba al proceso deben cumplirse con estrictez, pero su desconocimiento no siempre determina la ineficacia del medio irregularmente aportado. Habrá de examinarse, en cada caso, si la exigencia normativa es condición esencial de validez del medio probatorio y si los fines buscados con la formalidad omitida se obtuvieron a pesar de su inobservancia.

La disposición contenida en el artículo 252 del Decreto 050 de 1987, relativa a que ninguna prueba puede ser apreciada si no cumple las condiciones de aducción allí previstas, se entendió referida a los medios de convicción o diligencias en los cuales la formalidad es presupuesto de validez de los mismos, como la inspección judicial (art. 263), las peritaciones (art. 273), o los allanamientos (art. 368), en cuyos casos, por su especificidad necesitan de manera regular de un auto particularizado que los ordene y delimite, pero no a la generalidad de las pruebas, como equivocadamente lo ha entendido el censor (Cfr. Sent. mayo 22/91, Mag. Pte. Dr. Edgar Saavedra Rojas, no publicada).

Si, de otro lado, la providencia judicial echada de menos por el impugnante buscaba que las partes tuvieran oportuno conocimiento de la aportación de la prueba trasladada a la actuación procesal, y de su aceptación por el funcionario judicial, para que, a partir de ese momento, pudieran ejercer el derecho de contradicción, es claro que esta finalidad se cumplió en el caso *sub judice*, como se desprende de la actividad que en este sentido y en forma amplia desarrollaron el procesado y su defensor, alrededor de las pruebas que fueron objeto de traslado.

De todas maneras, lo que definitivamente deja sin piso el reproche, es que no es cierto que las copias de la averiguación disciplinaria enviadas por la Procuraduría Seccional, dentro de las que se cuenta el testimonio de Wilson Rivera López, hayan sido incorporadas al proceso sin auto que las admita, pues fue precisamente con fundamento en ellas, que la investigación se inició. Veamos:

"Con base en el material probatorio que precede, ordénase la apertura de la investigación, en consecuencia, se declara abierta la etapa instructiva y para la clarificación del hecho, practíquense las siguientes diligencias" (fs. 37-11).

Si hasta ese momento las únicas pruebas recibidas eran las copias provenientes de la Procuraduría Seccional, es claro que al apoyarse en ellas para abrir la investigación, el instructor las estaba admitiendo como medios de prueba, con toda la eficacia probatoria que a ellas correspondía, pues de no haber sido así, esta decisión no podía haberse producido.

En materia penal, no existe norma alguna que exija el empleo de determinadas expresiones gramaticales como condición de validez de un acto procesal, pues no es el lenguaje utilizado, sino lo expresado a través suyo, el aspecto determinante de la legalidad, en cuanto se ajuste al procedimiento y haya cumplido los fines útiles para los cuales estaba destinado.

Por lo demás, los sujetos procesales, incluido el sindicado y su defensor, entendieron desde un comienzo que las referidas copias hacían parte del acervo probatorio, pues no de otra manera se explica que desde los albores de la investigación se ocuparan de analizar y controvertir el testimonio de Rivera López, como ya antes se dejó sentado.

En estas condiciones, no era necesario poner en conocimiento de las partes la prueba trasladada en la forma prevista en el artículo 179 del Código de 1987, es decir mediante auto de sustanciación notificable, por cuanto los fines de publicidad y controversia se habían cumplido, y por esta vía el derecho de defensa, pues ya se vio cómo en el presente caso, las partes hicieron uso del derecho de contradicción en sus manifestaciones más notables, sin limitación alguna, a lo largo de toda la actuación procesal y aún en esta sede, lo que pone en evidencia el conocimiento que tenían de su existencia, a tal punto que el propio casacionista estimó que no debía ser objeto de su alegación; por eso, tal vez, dejó de referirlo.

No prospera la censura.

#### *Cargo Subsidiario*

Para el demandante, el juzgador incurrió en error de hecho, al no haber advertido que las copias del proceso disciplinario trasladadas a la investigación penal, se encuentran autenticadas por un funcionario dis-

tinto del que legalmente corresponde, según se infiere del contenido de los artículos 236 del Decreto 057 de 1987 y 254.1 del Código de Procedimiento Civil.

Los desaciertos de orden técnico jurídico en la presentación de la censura así concebida y su deficiente sustentación, son manifiestos. Para empezar, dígase que el error de este modo planteado, de llegar a existir, no sería de hecho sino de derecho, y que el casacionista, al igual que en el cargo anterior, reitera la omisión en demostrar la incidencia que tendría en la parte dispositiva del fallo.

Los errores de apreciación probatoria, llamados de hecho, se presentan cuando el juzgador omite apreciar una prueba que obra materialmente en el proceso, o supone una que físicamente no existe, o pone a decir al medio lo que objetivamente no dice. En los dos primeros casos, el error será de existencia; en el último, de identidad.

Ninguna de estas hipótesis corresponde a la situación planteada por el casacionista, la cual está referida al incumplimiento de las formalidades legales en la aducción al proceso de la prueba trasladada, es decir, a su validez jurídica, no a su existencia o contenido materiales.

Se incurre, en cambio, en error de derecho, cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, desconoce las normas que regulan su incorporación al proceso, o su valor probatorio, y erran de legalidad o convicción, según se trate, en su orden, de la primera o segunda hipótesis.

Por eso, si el impugnante pretendía la descalificación de la prueba trasladada por considerar que no cumplía el requisito de la autenticación previa, debió encuadrar el reproche dentro del marco de la primera de las modalidades de error mencionadas en precedencia, independientemente que el juzgador inadvertiera la informalidad al apreciar la prueba, o percatándose de ella, decidiera negarle consecuencias jurídicas.

De otro lado, no puede perderse de vista que las copias en mención, además de haber sido ordenadas en auto por el Procurador Seccional y autorizadas con su firma y sello por el Secretario, fueron conocidas por las partes dentro del proceso penal, sin que presentaran reparo alguno a su autenticidad.

No sólo se trata, entonces, de una censura inexamínable por las razones expuestas, sino infundada.

#### Casación oficiosa:

El artículo 140 del Código Penal, señala como pena principal para el delito de concusión, prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

En la sentencia de primera instancia, confirmada en todas sus partes por el *ad quem*, el Juez, al aplicar la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, la dedujo como accesoria, no como principal, contraviendo de esta manera lo dispuesto en el citado artículo 140, y de contra, el principio constitucional de la legalidad de las penas. Por esta razón, de acuerdo con la facultad otorgada por el artículo 228 del estatuto procesal penal, se casará parcialmente la sentencia impugnada, con el fin de corregir este yerro.

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

#### RESUELVE

1) Desestimar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Juan Eduardo Hernández Reyes.

2) Casar Parcialmente, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, para señalar que la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se aplica como principal. En lo demás, el fallo recurrido conserva su validez.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calveit Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dálmio Pérez Velandín, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## PREScripción/ PECULADO

Para resolver sobre la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos de peculado por apropiación por los cuales fue condenado el procesado, es pertinente recordar que sobre el tema propuesto por el impugnante la Corte de tiempo atrás ha hecho las siguientes precisiones:

a) Tanto en la vigencia del anterior Código Penal, en este caso en virtud de criterios jurisprudenciales y doctrinales, como en aplicación del actual, que contiene norma expresa al respecto (artículo 85), la acción penal prescribe separadamente respecto de los varios hechos punibles en un mismo proceso.

b) La norma penal más favorable debe ser aplicada de preferencia aunque sea posterior (retroactividad). A contrario sensu, si la más favorable es la anterior, es ella la que rige el caso (ultraactividad). Artículo 26 de la Constitución Nacional y 60. del Código Penal.

c) Esa aplicación debe ser integral, es decir, en todo lo que se relacione con el evento jurídico que se está resolviendo, sin que sea permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desechar lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear una especie de tercera norma, especial para el caso.

d) Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (artículo 105 del Código Penal anterior y 80 del vigente) se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible de disminución, si se trata de atenuantes. Así lo ha entendido y precisado la jurisprudencia. (Auto de abril 24 de 1981, M. P. Darío Velásquez Gaviria).

La declaratoria de la extinción de la acción penal por prescripción no es una sentencia sino una decisión interlocutoria, así se tome dentro del cuerpo de una sentencia, lo cual indica que no puede ser objeto del recurso de casación.

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

*Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel*

**Aprobado Acta No. 142**

**Proceso: 9557**

### VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Salvador Chaves Solano, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Popayán, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esa misma ciudad en cuanto condenó al aquí recurrente como autor responsable del delito de peculado múltiple, modificándola en el sentido de absolverlo del ilícito de peculado por apropiación de la suma de veinte mil pesos (\$20.000) provenientes de la firma Coldelca, y declarar la prescripción respecto del punible de peculado por la suma de once mil ochocientos pesos (\$11.800); como consecuencia redujo la pena principal de quince (15) a trece (13) meses de prisión, por las apropiaciones en cuantía de cuatro mil ochocientos pesos (\$4.800) provenientes de la firma Acelas; veintidos mil ochocientos pesos (\$22.800) de la firma Carlos y Alvaro Hormaza; y, ocho mil pesos (\$8.000) del constructor Carlos Alberto Erazo.

### I. HECHOS

Fueron resumidos por el Juzgador de primera instancia así:

"De autos se deduce que autoridades administrativas que ejercían vigilancia de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán, en ese entonces a cargo del doctor Salvador Chaves Solano, fueron notificadas de ciertas irregularidades, pudiéndose constatar que algunos dineros recibidos de determinados usuarios, destinados a pago de servicios oficiales, no ingresaban al fisco, porque, presuntamente, el doctor Chaves Solano había acudido al expediente de evitar, en esos casos, el riguroso turno para la expedición de certificados de tradición, apropiándose total o parcialmente de los dineros entregados por los clientes, con claro perjuicio de los intereses pecuniarios del estado.

"Lo cierto es que de esas irregularidades tuvo conocimiento la Procuraduría Regional del Cauca, y uno de sus abogados visitantes, el 28 de enero de 1983, remitió copias de la actuación a la justicia penal, para averiguar si por parte del ex registrador o alguno de sus empleados, había podido cometerse un hecho ilícito.

"Lo cierto es que dentro de tal investigación, las empleadas de esa entidad, María Cristina Velasco de Campo, Libia María Muñoz Fajardo,



Clemencia Estupíñan y Leonor Cortés, formularon directamente cargos contra el ex registrador, consistentes en que éste, indebidamente, violaba los turnos de la expedición de certificados de tradición y recibía de manos de los usuarios cheques o dineros en efectivo, que no ingresaban a las arcas del estado, como pudo comprobarse con prueba testimonial, documental y de inspección judicial.

"Debe aclararse que los hechos delictuosos investigados ocurrieron durante los años 1977, 1978 y 1979, y parte de ellos prescribieron."

## II. ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán abrió la investigación, a la cual vinculó mediante indagatoria a salvador chaves solano, Stella del Socorro Londoño, Libia Mercedes Muñoz, Clemencia Estupíñan, Alvaro Hernán Galvis, Ana Leonor Cortés y María Inés Molina.

Concluida la etapa del sumario, el Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal, en providencia de enero 18 de 1991, calificó el mérito probatorio con resolución de acusación contra el procesado Salvador Chaves Solano por un quíntuple delito de peculado por las siguientes sumas de dinero: \$4.800.00, \$11.800.00, \$22.800.00, \$8.000.00 y \$20.000.00. Decretó la cesación de procedimiento respecto de los demás procesados, así como de los ilícitos de peculado en cuantía menor de \$3.000 por prescripción de la acción penal.

Apelado el auto calificadorio, el Tribunal Superior de Popayán en providencia de noviembre 28 de 1991 lo confirmó.

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán adelantó la etapa del juicio, y luego de practicada la diligencia de audiencia pública dictó sentencia condenatoria contra chaves solano, imponiéndole quince (15) meses de prisión, multa de mil pesos (\$1.000.00) e interdicción de derechos y funciones públicas por un (1) año.

Al resolver la apelación el Tribunal confirmó el fallo con la modificación ya indicada.

## III. LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, el actor ataca el fallo del Tribunal por considerar que fue dictado en juicio viciado de nulidad por dos causas: una severa irregularidad sustancial que vició el debido proceso (art. 304-2 del C.de P.P.), y como consecuencia de ello, la falta de competencia del Juez para el juzgamiento por cuanto la acción penal estaba prescrita cuando éste se inició.

La primera irregularidad radica en que el Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal al dictar la resolución de acusación (§s. 1 y ss. del cuad. #9), manejó el fenómeno de la prescripción aplicando dos legislacio-

nes diferentes y sucesivas, pues para unos hechos de peculado (los de cuantía superior a \$3.000.) aplicó el artículo 80. del Decreto 1858 de 1951, modificadorio del artículo 151 del Código Penal de 1936, y para otros, (los de cuantía superior a la anterior), aplicó el artículo 133 del Código Penal de 1980, produciendo de esta forma una mixtura legal que lo llevó al imposible jurídico de crear una tercera ley que gobernó el juicio sobre el cual se apoyan los fallos de primera y segunda instancia.

El error del juez calificador consistió en creer que favorecía al sindicado al declarar la prescripción de la acción penal con base en el cómputo de la pena máxima de 6 años de prisión que establecía el Decreto 1858 de 1951 para el peculado por apropiación en cuantía que no excediera de tres mil pesos (\$3.000). Si la resolución acusatoria hubiera aplicado en su integridad la legislación anterior a los hechos que se calificaban el 18 de enero de 1991 (il. 1 cuad. #9), se comprendería que se favorecía al sindicado al declarar la prescripción de la acción penal respecto de los hechos indicados. Pero en este caso, se desfavorecía al referir los hechos sobre cuantías superiores a \$3.000.00 a la pena de presidio de 4 a 15 años prevista en el Decreto 1858 de 1951 (ultraactividad de la ley derogada desfavorable).

La solución correcta es la siguiente: "Al momento de la calificación de la sumaria se debieron referir a la totalidad de los hechos investigados al tipo penal descrito en el artículo 133 del Código Penal de 1980, el cual conmina con una pena de prisión de 2 a 10-años el peculado por aplicación (sic) cuya cuantía no exceda de \$500.000.00 ( inciso 1o.) y con pena de prisión de 4 a 15 años si la cuantía excede esa cifra".

"En la forma indicada, tanto los hechos inferiores a \$3.000.00 como aquellos que llegaron a los \$20.000.00 habrían encontrado adecuación típica en el inciso 1o. del artículo 133 del Código Penal de 1980. Por consiguiente, el régimen de prescripción de la acción penal no habría sido el referido a la pena prevista en el Decreto 1858 de 1951, sino el relativo al Código Penal de 1980."

"En consecuencia: Los hechos calificados en este proceso no prescriben en 6 años (menores de \$3.000.00), ni otros en 15 años (mayores de \$3.000.00), según las penas máximas previstas en el Decreto 1858 de 1951 para el peculado por apropiación, sino que todos esos hechos prescriben en 10 años, conforme al inciso 1o. del artículo 133 del Código Penal de 1980, en armonía con el artículo 80 del mismo Estatuto, debido a que la totalidad de esos hechos están contemplados con precisión en el inciso citado, porque ninguno excede la cuantía de \$500.000.00".

Cuando el juez recogió normas del Decreto 1858 y al mismo tiempo aplicó el Código penal de 1980, produjo la llamada tercera ley que lo convirtió en legislador de facto, con lo que afectó el debido proceso garantiza-

do en el artículo 29 de la Constitución y tutelado mediante la causal de nulidad del numeral 2o. del artículo 304 del estatuto procesal.

La ausencia de competencia para el juzgamiento surge de la irregularidad sustancial anotada, en razón de que estando prescrita la acción penal según el artículo 133 del Código Penal, en armonía con el art. 80 *ibidem*, es decir habiendo transcurrido más de 10 años para el momento en que se calificó el mérito del sumario -enero 18 de 1991- y más aún, para cuando la resolución de acusación quedó ejecutoriada -noviembre 28 de 1991- (fl. 163 cuad.#9), no se podía aplicar el art. 82 del mismo estatuto que elevó en una tercera parte el término de prescripción para los delitos cometidos por empleado oficial, por hallarse proscrita la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable, conforme a los arts. 29 de la C.N., 1o. y 10o. del C.de P.P.

Es evidente que la creación de la "tercera ley" condujo a aplicar en forma retroactiva una norma desfavorable anterior a los hechos con severo agravio del debido proceso, situación que determinó que no se reconociera la prescripción respecto de todos los hechos, que en su concepto ya se había consolidado para cuando fueron calificados, razón por la cual el juicio se adelantó sin competencia, por lo que solicita se declare la nulidad de la actuación a partir de la resolución de acusación.

#### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que no le asiste razón al demandante en el fundamento de la censura, porque los argumentos que de manera habilidosa se orientan a demostrar la aplicación de la "Ley Tercia" por parte del instructor que calificó el mérito del sumario, al declarar en esa oportunidad la prescripción respecto de unos hechos punibles de peculado por apropiación y no de otros, no dejan de ser solísticos y por tanto no logran su cometido, en tanto desconocen el actor conceptos fundamentales -incluso precisados por el mismo Tribunal- en cuanto a la connotación jurídico-legal del concurso sucesivo y homogéneo de hechos punibles por el cual se atribuyeron las conductas ilícitas al procesado, y respecto de la real significación de la garantía de la favorabilidad.

Frente a la temática planteada por el casacionista es conveniente aclarar, como en su oportunidad y en extenso tuvo a bien hacerlo el ad-quem, cual es en realidad la concepción de la "Ley Tercia", de cuyos apartes resultan de importancia:

"...No son lícitos los reenvíos de una a otra ley en procura de las disposiciones más favorables; elegida una ley, ésta es aplicada en su integridad, en todo su régimen" (Sebastián Soler, fl. 255 cuad. #9)".

"Por último, interesa dejar bien sentado que para hallar la solución más favorable para el delincuente no es posible combinar varias leyes; es

decir, que no es dable dividir la ley antigua y la nueva en varias partes para aplicar al acusado las disposiciones más benignas de la una y de la otra al mismo tiempo, sino que, debiendo hacer uso el juez de la ley más benigna, no puede darse al reo un trato jurídico que, por ser derivado de las dos, no es propio de la ley nueva ni de la antigua. Lo contrario sería autorizar al magistrado para crear una tercera ley -con disposiciones de la precedente y de la posterior- ...En suma: ha de aplicarse la ley más favorable, en su conjunto, aunque en algún extremo contenga disposiciones más rigurosas porque no puede hacerse la condición del acusado mejor de lo que autorizan una u otra de las dos legislaciones...' (Luis Jiménez de Asúa, fl. 226 cuad. 9)".

"En el tránsito de leyes punitivas, de consiguiente el juez ha de valorar cuál de ellas es la más favorable al acusado para aplicarla en su integridad, pues se dice que al mezclar 'disposiciones' de las varias leyes, estaría creando una tercera ley...a diferencia de otros países, no existe en el derecho colombiano prohibición alguna que impida combinar en un fallo conceptos completos favorables de las varias leyes en tránsito, pero, claro está, tomando en su integridad cada uno de ellos. De no darse esta concomitancia de disposiciones totales benignas, al menos se estaría violando el cánón constitucional de la favorabilidad cuando se trate de leyes complejas o plurimatemáticas..."

"En este sentido, de consiguiente, 'ley' no significa cuerpo legal, estatuto, código, sino disposición completa o regla unitaria sobre un asunto determinado, norma referente a un particular instituto o a una específica figura jurídica...ley es en realidad, un concepto complejo, que tanto abarca un solo precepto, como un conjunto unificado u orgánico de normas, cada una de las cuales es, sin lugar a dudas, también ley..." (Juan Fernández Carrasquilla, fl. 228 cuad. #9)".

De los conceptos doctrinarios traídos a colación por el fallador de segunda instancia se derivan las siguientes conclusiones: que la problemática de la llamada "Ley Tercia" se refiere en esencia al tema de favorabilidad, y que avocándose éste por el aspecto concreto del tránsito de leyes, no se autoriza, frente a los ordenamientos jurídicos y particularmente en el nuestro, la creación de una tercera ley formada de la aplicación de disposiciones diversas que correspondan a las leyes sucesivas en el tiempo cuando éstas integren una regulación compleja, una regla unitaria, un particular instituto o una específica figura jurídica, entendiendo el fenómeno en el sentido más liberal y amplio planteado por el último de los mencionados doctrinantes, dado que estricto sensu y de manera general se exige que la ley más benigna se aplique en su conjunto, en su integridad, "aunque en algún extremo concreto contenga disposiciones más rigurosas porque no puede hacerse la condición del acusado mejor de lo que autorizan una y otra de las dos legislaciones".

Trasladados estos conceptos al caso que nos ocupa, impera aclarar que los delitos de peculado investigados y juzgados por los que se dedujo responsabilidad a Salvador Chaves Solano, lo fueron en concurso de hechos punibles, en su específica calidad de sucesivo y homogéneo.

En consecuencia, desde este punto de vista y al tenor de lo estatuido en el art. 105 de la Ley 95/36 como lo entendió la jurisprudencia (auto de 3 de mayo/55. LXXX, 497), la palabra restrictiva contenida en esta norma, en buena lógica sugiere que "cuando son ellas -las acciones penales- diversas por ser también varios hechos delictivos, hay que independizarlas", y el artículo 85 del D. 100/80, "la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos".

Luego para efectos de la prescripción aneja al problema de la favorabilidad en el asunto *sub lite*, y por mandato legal, cada conducta criminosa debía examinarse independientemente, como en efecto lo hizo el funcionario calificador, lo que determinaba que respecto de unos hechos punibles se pudiera predicar la favorabilidad, mientras otros escaparan definitivamente de este concepto.

"En la medida en que el art. 3o. del Decreto 1858/51, modificatorio del art. 151 de la Ley 95 de 1936 bajo cuyo imperio acaecieron los hechos (1977-1980), establecía un régimen diferencial entre los delitos de peculado por apropiación o uso indebido cuyo valor del objeto material no pasare de la suma de \$3.000.00, irrogando a estos una pena de prisión de 2 a 6 años, y aquellos en los que el monto de lo apropiado o indebidamente usado superare dicho valor al prescribir para éstos últimos pena de presidio de 4 a 15 años, y el artículo 133 del Decreto 100 de 1980 al amparo del cual se calificó el mérito del sumario (18 de enero/91) y se juzgaron los reatos, hasta ese momento -dado que posteriormente fue modificado por el art. 2o. de la Ley 43/82 señalando pena de prisión de 4 a 15 años cuando el valor de lo apropiado pasare de \$500.000.00-, fijaba para todas las infracciones de peculado por apropiación sanción de prisión de 2 a 10 años, se podía hablar de favorabilidad únicamente en relación con aquellos punibles contra la Administración Pública de cuantía inferior a \$3.000.00."

"Pues indiscutiblemente la confrontación de leyes que marcaban el tránsito de legislación para cuando se produjo el pliego procesatorio, una de ellas resultaba más benigna para efectos de la prescripción entrantándose de los delitos de peculado de valor inferior a \$3.000.00, ya que a la luz del artículo 3o. del D. 1858/51 la sanción máxima establecida para estos punibles era de 6 años, término más que agotado desde 1980 -fecha de la última ilicitud por dicho monto- hasta el 18 de enero/91 cuando se profirió el calificadorio, o mejor, hasta el 28 de noviembre/91 cuando fue confirmado por el superior. (fl. 236 cuad. #9), mientras que al amparo del D. 100/80 no hubiera procedido a declarar



la prescripción de esos mismos delitos, dado que para la fecha en que quedó ejecutoriada la citada resolución -28 de nov./91- no había transcurrido el término correspondiente establecido en este estatuto según lo previsto en sus arts. 133, en armonía con el art. 82; esto es 13 años y 3 meses, con lo que se explica que el funcionario calificador haya tratado el problema de la favorabilidad y aplicación del D. 1858 como lo hizo, únicamente en relación con las conductas punibles que no superaban el valor de \$3.000.00."

Situación diferente comportaba, y de hecho comporta, el cuestionamiento de la prescripción y consiguientemente de la supuesta favorabilidad, en lo que atañe a los comportamientos punibles cuya cuantía superaba dicha cifra de \$3.000.00, sin exceder en ningún caso de \$500.000.00, realizados en el transcurso de los años 1978 y 1979 y a los que se contrae la resolución acusatoria, puesto que a finente a estas ilicitudes para cuando se calificó la investigación e incluso cobró ejecutoria esta decisión, no habían transcurrido los términos prescriptivos señalados en los ordenamientos en tránsito.

Si al amparo de ninguno de los regímenes se podía hablar de prescripción, tampoco cabe tratar el tema de la favorabilidad en referencia a dicho fenómeno, ni en consecuencia son de recibo los planteamientos del actor so pretexto de demostrar una irregularidad sustancial que en su concepto socava las bases del juzgamiento.

Lo único que hizo el juzgador fue aplicar el principio de favorabilidad en relación con aquellos punibles en los cuales era dable predicarla por la particular regulación que de ellos hacía una de las leyes que sucedieron en el tiempo. Y respecto de los demás, en atención a que el término prescriptivo por mandato de la ley corría independientemente, sin que se hubiera cumplido a la luz de ninguna de las dos legislaciones en tránsito, optó por aplicar la ley vigente al momento del juzgamiento como era lo debido al no poderse hablar de favorabilidad de una fuente a otra en punto de prescripción de las acciones penales a que se contrajo la resolución acusatoria.

Para el Ministerio Público no son de recibo los argumentos del actor en cuanto a la aplicación del artículo 133 del Decreto 100 de 1980 con exclusión del artículo 82 del mismo estatuto, porque en tratándose de una específica figura jurídica como lo es el fenómeno de la prescripción a cuya regulación compleja concurren entre otros los artículos antes citados para el caso de autos, no sería posible desnaturalizar el instituto de la prescripción sólo parcialmente, so pretexto de hallar el favor ref. Pero como claramente se dejó sentado, no puede hablarse de este principio fundamental en relación con el caso *sub examine*, pues ningún respaldo lógico jurídico tiene la aplicación parcial de la ley en la forma como lo demanda el libelista.



De otro lado, llama la atención el hecho de que el Tribunal en la sentencia impugnada, al revisar el fallo de primera instancia, hubiese declarado la prescripción del delito de peculado por el cual se acusa a Chaves Solano por la apropiación de la suma de \$11.000.00 representado en cheque del 14 de julio de 1978 proveniente de la firma "Acetas", y cuyo cobro fue verificado el 20 de marzo de 1979, por estimar que desde esta última fecha a la sentencia, "han transcurrido 14 años, 10 meses y varios días, tiempo suficiente de prescripción", pues si se tiene en cuenta que este concreto hecho punible quedó comprendido dentro de la resolución acusatoria proferida el 18 de enero de 1991, confirmada por el Tribunal mediante provido de noviembre 28 de 1991, a partir del momento en que cobró ejecutoria el pliego de cargos el lapso prescriptivo para este delito y los demás a que se contrajo la resolución acusatoria quedó interrumpido, empezando a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80 del Decreto 100 de 1980, conforme a lo estipulado por el artículo 84 *ibidem*.

Si para cuando se produjo la resolución de acusación no se había cumplido el término ordinario de prescripción para dicha infracción, esto es, 13 años 3 meses, y desde la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación -noviembre 28 de 1991- hasta aquella en que se produjo el fallo de segundo grado -febrero 24 de 1994- tampoco alcanzó a transcurrir la mitad de dicho término, esto es 6 años 7 meses y 15 días, no podía declararse la prescripción de esa conducta punible como equivocadamente lo hizo el sentenciador *ad quem*.

Con el mismo criterio hubiese tenido que declarar la prescripción de los otros peculados por los cuales decidió confirmar la condena, pues la fecha de su realización es concomitante o incluso anterior a la del delito por el cual asumió la comentada determinación contenida en el num. 2o. de la parte resolutive del fallo recurrido, que en tales condiciones atenta contra el debido proceso consagrado en los artículos 29 de la C.N. y 1o. del C. de P.P., repercutiendo además en el principio de la legalidad de la pena, pues es indudable que por virtud de esta modificación al fallo revisado el *ad-quem* redujo la sanción principal a que había sido condenado el procesado, lo que determina la vulneración de las garantías fundamentales establecidas en favor de todos los sujetos procesales.

En consecuencia, procede la casación parcial de la sentencia impugnada, para dejar sin ningún efecto ni valor la declaración de prescripción a que se ha hecho referencia, a fin de que la Corte proceda a los ajustes punitivos a que haya lugar, de conformidad con las facultades oficiosas que le asisten según lo preceptuado en el artículo 228 del C. de P.P.

En concepto de la Delegada deberán rechazarse los cargos contenidos en la demanda, y sugiere a la Corte la casación parcial y oficiosa de la sentencia impugnada, en la forma y términos que se dejaron consignados.

## V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o. Para resolver sobre la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos de peculado por apropiación por los cuales fue condenado el procesado, es pertinente recordar que sobre el tema propuesto por el impugnante la Corte de tiempo atrás ha hecho las siguientes precisiones:

"a) Tanto en la vigencia del anterior Código Penal, en este caso en virtud de criterios jurisprudenciales y doctrinales, como en aplicación del actual, que contiene norma expresa al respecto (artículo 85), la acción penal prescribe separadamente respecto de los varios hechos punibles en un mismo proceso.

"b) La norma penal más favorable debe ser aplicada de preferencia aunque sea posterior (retroactividad). A contrario sensu, si la más favorable es la anterior, es ella la que rige el caso (ultraactividad). Artículo 26 de la Constitución Nacional y 6o. del Código Penal.

"c) Esa aplicación debe ser integral, esto es, en todo lo que se relacione con el evento jurídico que se está resolviendo, sin que sea permitido tomar de cada una de las normas en comparación lo que favorece y desecharlo que perjudica, pues ello equivaldría a crear una especie de tercera norma, especial para el caso.

"d) Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (artículo 105 del Código Penal anterior y 80 del vigente) se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible de disminución, si se trata de atenuantes. Así lo ha entendido y precisado la jurisprudencia". (Auto de abril 24 de 1981, M. P. Darío Velásquez Gaviria).

2o. Sobre esas bases se procede a analizar si la acción penal respecto de los delitos por los cuales se condenó al procesado puede tenerse por prescrita, aplicando en primer lugar las disposiciones del Código Penal anterior así:

a) Teniendo en cuenta que la cuantía es superior a tres mil pesos (\$3.000.), el máximo de la pena sería de quince años de presidio (Decreto 1858 de 1931, artículo 3o.), disminuida en un (1) día por haberse reintegrado el dinero apropiado después de iniciarse la investigación, pero antes de dictarse la sentencia de primera instancia (Inciso 2o. del artículo 3o. del Decreto 1858).

Así las cosas, la prescripción de la acción penal para cada uno de los peculados operaría en un término de quince (15) años menos un día, contados desde su consumación. Como el término de prescripción se in-

terminó por la ejecutoria del auto de proceder el 28 de noviembre de 1991 (fs. 163 a 239 C.#9), es evidente que para esa fecha aún no había operado el fenómeno prescriptivo, pues los punibles por los cuales finalmente se le condenó se cometieron en 1979. A partir de entonces empezó a correr de nuevo el término por un período de igual duración (artículos 105 y 107 del Código Penal anterior), que a la fecha solo lleva cuatro (4) años y nueve (9) meses.

Si se hubiera considerado el delito como continuado, el término prescriptivo sería aún mayor, pues los quince años se aumentarían en la mitad en virtud de lo dispuesto por el artículo 32 del Código Penal de 1936 que consagraba esa figura.

b) Análisis de la prescripción frente al Código Penal de 1980.

Las tres apropiaciones fueron tenidas como un concurso material homogéneo y sucesivo, de modo que la acción prescribe respecto de cada una de ellas en forma independiente, de acuerdo con lo que ordena el artículo 85 *ibidem*.

De esta forma, y para los efectos que se han venido analizando, el máximo de la pena para cada uno de esos tres hechos delictivos es de diez años de prisión (artículo 133 del Código Penal), aumentada en tres (3) años cuatro (4) meses por ser delitos cometidos dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones (art. 82 del C. P.), disminuida en un (1) día por el reintegro efectuado antes de la sentencia de segunda instancia (artículo 139, inciso 2o. del C. P.)

Esto significa que la prescripción operaría en trece (13) años tres (3) meses veintinueve (29) días, los cuales aún no habían transcurrido cuando quedó ejecutoriado el pliego de cargos, y de ahí a la fecha no ha pasado la mitad del término anterior (art. 84 C. P.), lo que indica con toda claridad que la acción penal sigue vigente, en consecuencia no le asiste razón al demandante en su pretensión.

Cabe destacar que la crítica que el impugnante hace al Tribunal sobre el supuesto empleo de una "tercera ley", es justamente el error en que él incurre, pues aspira a que se regule lo relacionado con la prescripción de la acción con las normas del Código Penal de 1980, pero sin aplicación de lo dispuesto en el artículo 82, creando de esa manera un tratamiento prescriptivo que no corresponde ni al del anterior estatuto ni al actual.

En armonía con lo dicho el cargo será desestimado.

3o. Petición del Procurador Delegado

Como se dejó reseñado, considera el Ministerio Público que el Tribunal se equivocó al declarar en el fallo recurrido la prescripción de la acción por el peculado por apropiación de la suma de once mil ochocientos pesos (\$11.800.), en cheque proveniente de la firma "Acetas", cuyo cobro

fue verificado el 20 de marzo de 1979, pues no habían transcurrido los términos señalados para que operara este fenómeno.

Aduce que esta determinación del fallador de segundo grado atenta contra el debido proceso -arts. 29 C.N. y lo. C. de P.P.- repercutiendo además en el principio de legalidad de la pena, pues por virtud de esta modificación al fallo revisado el juzgador ad-quem redujo la sanción principal a que había sido condenado el procesado.

Lo primero que hay que decir es que la declaratoria de la extinción de la acción penal por prescripción no es una sentencia sino una decisión interlocutoria, así se tome dentro del cuerpo de una sentencia, lo cual indica que no puede ser objeto del recurso de casación.

Ahora bien, aunque el fallador de segundo grado incurrió en el error que plantea el Ministerio Público al declarar la prescripción de un delito sin haber transcurrido los términos de ley señalados para que operara ese fenómeno, la Sala no puede entrar a corregir dicho error, toda vez que tal decisión hizo tránsito a cosa juzgada, y solo eventualmente podría ser atacada mediante el recurso de revisión, por las causales previstas en los numerales 4o. y 5o. tal como lo señala el último inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Al declarar el ad quem la prescripción de la acción penal por el peculado en comento, ello significa que se abstuvo de dictar sentencia por ese punible, luego mal haría la Corte en pronunciarse en casación sobre él, y no hay ningún motivo para casar parcialmente el fallo dictado por los otros hechos, pues así haya sido una decisión errada, en nada afectó el debido proceso de los que llegaron a sentencia de segundo grado.

Pero además, no es válido que se señale que hubo violación del principio de legalidad de la pena, pues está se fijó dentro de los parámetros que correspondían de acuerdo con el concurso objeto de la sentencia, y como uno de los delitos se excluyó de ella, era lógico que se efectuara la disminución correspondiente.

Atender la solicitud de la Delegada implicaría, además de los yerros procesales anotados, desconocer indebidamente la prohibición de la reformatio in pejus, pues siendo recurrente único se le agravaría la pena adicionándole la condena por un delito cuya acción se declaró prescrita, y que por lo mismo no fue objeto de la sentencia de segunda instancia.

Por las razones anotadas no comparte la Sala los motivos que expone el Procurador para reclamar una invalidación oficiosa y parcial del fallo, pues esa determinación modificaría la sentencia objeto de casación, así sí, con violación del debido proceso.

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

## RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Cálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos F. Mejía Escobar, Dádimio Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA

*Por expreso mandato del artículo 29 de la Carta Política todo procesado debe gozar de una defensa técnica y adecuada durante el sumario y el juicio, que le garantice el correcto acceso a la justicia y que sus derechos no se verán conculcados.*

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

Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta No.142 (oct. 2/96).

Proceso: 9994

### VISTOS

Ha sido recurrida en casación por el defensor de la procesada Sandra Patricia Gonzalez Rios, la sentencia de 23 de junio de 1994 mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó la dictada por el Juzgado 51 Penal del Circuito de esta ciudad, que la condenó como responsable del delito de homicidio.

### HECHOS

La tarde del 6 de agosto de 1993 Gerardo Antonio Páez Sánchez llegó a la habitación 309 que ocupaba en el hotel Manzales del centro de esta ciudad capital (carrera 16 No. 14-76), permitió subir a un hombre y una mujer y pasados quince minutos esta pareja abandonó apresurada el cuarto, encontrándose tirado en el piso el cuerpo de aquél, con varias heridas causadas con arma cortopunzante.

Inquilinos del hotel y circunstantes, rápidamente enterados de lo ocurrido, emprendieron la persecución de la pareja, dando captura cuerdas más adelante a Sandra Patricia González Ríos dentro de un montañitas, quien "se notaba en efectos de alcohol o droga" (f. 62) y presentaba también varias heridas producidas con arma cortopunzante, las que obligaron su internación en el hospital San Juan de Dios, a cuyo ingreso le detectaron "aliento alcohólico" (f. 43).



## TRÁMITE PROCESAL

Correspondió a la Fiscalía Décima, del Grupo Cuatro de la Unidad Primera de Investigación Previa y Permanente de Santa Fe de Bogotá, iniciar la investigación oyendo en indagatoria a la sindicada Sandra Patricia González Ríos, oportunidad en la que fue asistida por abogado titulado, designado como defensor de oficio "para esta diligencia", en la cual negó su participación en los hechos (fs. 20 y ss.), explicando que sorpresivamente fue atacada a cuchilladas por una mujer y dos muchachos, en momentos en que compraba unos cigarrillos.

La Fiscalía Noventa y Nueve delegada de la Unidad Segunda de Vida, definió la situación jurídica de la procesada el 13 de agosto de 1993, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, notificada personalmente a la sindicada y al agente del Ministerio Público (fs. 38 y 36 v.).

Practicadas otras diligencias, sin que conste actividad alguna de defensor, el 29 de octubre del mismo año se clausuró el ciclo instructivo mediante providencia que también le fue notificada personalmente a ella y al agente del Ministerio Público (fs. 113 y 112 v.), procediéndose el 3 de diciembre siguiente por la misma Fiscalía a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio simple, disponiéndose continuar en el cuaderno de copias la investigación para lograr la identificación del hombre que acompañaba a la joven González Ríos; enjuiciamiento no impugnado por la encausada ni por el Ministerio Público (fs. 118 y Ss. *ibidem*).

En firme el pliego de cargos pasó el proceso a conocimiento del Juzgado 51 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, corriéndose traslado del mismo a partir del 13 de enero de 1994 a los sujetos procesales, por el término y para los fines previstos en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal (f. 135).

El 20 de enero de 1994 un defensor público presenta y se le reconoce por el Juzgado un poder que Sandra Patricia González había suscrito al parecer desde el 21 de octubre del año anterior; poco después un abogado diferente presenta otro poder de la procesada y ese mismo día (enero 31 / 94) se le reconoce como defensor.

Realizada la audiencia pública después de dos intentos fallidos por inasistencia del defensor, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia el 12 de abril de 1994, condenando a la acusada Sandra Patricia González Ríos a la pena principal de 25 años y un mes de prisión, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de diez años y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de este Distrito, mediante el que es objeto del recurso de casación.

## DEMANDA DE CASACIÓN

Conferido nuevo poder a defensor diferente, éste presenta demanda en donde, tras efectuar un recuento sobre los hechos, la actuación procesal y las pruebas del proceso, se apoya en la causal tercera de casación para pedir se case la sentencia impugnada y declarar la nulidad de la actuación a partir del auto de cierre de la investigación inclusive, lo mismo que la libertad provisional de su asistida, por considerar que se ha incurrido en flagrante violación del derecho a la defensa y desconocimiento del debido proceso, basándose para ello en las razones que la Corte sintetiza de la siguiente manera:

Sandra Patricia González Ríos fue juzgada y condenada como autora del delito de homicidio sin haber contado con defensor que abogara en su favor, pues el nombrado de oficio para que la asistiera durante la indagatoria lo fue únicamente para dicha diligencia y el que intervino durante el debate de audiencia ni siquiera protestó la petición de condena hecha por la Fiscalía con base en el testimonio de una persona que no declaró.

Afirma que su representada no contó durante la etapa de sumario con asesor profesional que la enterara de los cargos formulados y la ilustrara respecto a las alternativas defensivas que se le presentaban para hacer frente al proceso y obtener ventajas procesales como causales eximentes o atenuantes de su responsabilidad, o alegar siquiera un estado de inimputabilidad habida cuenta de las manifestaciones que dio de encontrarse drogada al momento de su captura.

Esa falta de asistencia técnica la privó del derecho a solicitar pruebas, controvertir las alegadas, presentar alegatos contra las decisiones judiciales que le fueron adversas o plantear la existencia de nulidades, como también a ser informada que confesando el delito tenía derecho a rebaja de pena o a sentencia anticipada, poniendo de presente en forma por demás reiterativa, que concluida la diligencia de indagatoria, de ahí en adelante hasta la calificación del mérito del sumario, la ausencia de defensor fue total lo que explica el abandono a que fue sometida.

Dicha situación no mejoró durante la etapa del juicio, comenzando porque no se le notificó el pliego de cargos al defensor y si bien es cierto que designó como tal a un abogado contratado por la Defensoría Pública, éste se desentendió del asunto guardando el poder durante tres meses (f. 137 cdno. inicial).

Posteriormente, Sandra Patricia González Ríos otorgó nuevo poder a otro abogado, de quien dice que se limitó a intervenir durante la audiencia pública y apelar de la sentencia de primera instancia, pero no desarrolló otra actividad defensiva ni puede interpretarse su silencio como táctica porque faltaban muchas pruebas por practicar. La actividad desplegada por este abogado "en la etapa del juicio no sana per se las falencias de la instructiva" (f. 63 Cdno. Trib.).

Agrega que la Fiscalía tampoco cumplió con el deber de investigar lo favorable como lo desfavorable a la sindicada, haciendo alusión a las posibilidades defensivas que pudieron explotarse y a la aclaración de dudas, como aquella de identificar plenamente al sujeto conocido como "Víctor N." o el "Paisa", que acompañaba a la acusada la tarde de autos.

De la anterior reseña deduce el impugnante la carencia de defensa técnica de la procesada, generadora de nulidad de rango constitucional y legal (artículos 29 de la Constitución Nacional, 1º y 304 del C. de P.P.), la cual debe ser declarada a partir del auto que cerró la investigación.

El cargo por adicional violación al debido proceso lo hace consistir, en síntesis, en haberse ordenado irregularmente la ruptura de la unidad procesal, para investigar por separado la posible participación en el hecho del sujeto distinguido como el "Paisa", sin examinar si dicha decisión lesionaba garantías fundamentales de Sandra Patricia; además, por no haberse investigado los motivos determinantes del delito ni las circunstancias que lo rodearon, tales como el origen de las heridas que presentaba la sindicada al momento de su captura y el grado de intoxicación que la perturbaba, que podía incidir en su estado mental, pues sus captores y los policiales que se presentaron al montañías afirman que daba muestras de encontrarse "drogada".

Agrega el censor que las resoluciones de cierre de la investigación y acusatoria no fueron notificadas personalmente al defensor, por lo que no adquirieron ejecutoria, lo que impedía pasar de la etapa de sumario a la del juicio y al proferimiento de sentencia.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, que representa al Ministerio Público ante la Corte, examina en forma conjunta los reproches a la sentencia impugnada por considerar que tienen en común la falta de defensa técnica de la procesada Sandra Patricia González Ríos, identificándose con los planteamientos del impugnante para concluir sugiriendo que se case la sentencia, se declare la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de la investigación y se ordene la libertad provisional de la acusada porque, a su juicio, resulta comprobada su absoluta indefensión, decisión invalidante que encuentra apoyo en el artículo 29 de la Carta Política, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reciente jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º.- Frente a la incontrastable evidencia que emerge del proceso, no cabe duda que asiste razón al demandante que reclama la nulidad de la actuación por carencia de defensa técnica de la procesada Sandra Patricia González Ríos, como al Ministerio Público que coadyuva dicho pedimento por el mismo motivo.

Efectivamente, una atenta revisión del expediente enseña que a partir de la indagatoria rendida por la sindicada el 9 de agosto de 1993, diligencia para la cual fue designado defensor de oficio el abogado Félix Augusto Niño Niño, hasta el día de la celebración de la audiencia pública, la inculpada careció de quien efectivamente ejerciera como defensor, lo que indica a las claras que durante la etapa de sumario exceptuada la indagatoria, y parte importante del juicio, no contó con la asistencia y asesoría de un profesional del derecho que, como bien anotan impugnante y Procuraduría Delegada, solicitara la práctica de pruebas, contravirtiera las practicadas (por cierto insuficiente y deficientemente), presentara alegaciones en su favor, interpusiera recursos contra decisiones que le fueran desfavorables, planteara nulidades, o por lo menos, le indicara las opciones legales que tenía para aminorar los rigores de la imputación.

Durante ese largo trecho del proceso la sindicada rindió indagatoria, recibió las notificaciones y otorgó los poderes, pero no formuló solicitudes, ni realizó gestión alguna en su propia defensa, lo que tampoco hicieron los funcionarios judiciales ni el Ministerio Público, lo cual demuestra además la carencia de defensa material, entendida como la actividad efectivamente desarrollada en su favor.

Menos puede pensarse que contó con defensa formal por habérsele designado defensor de oficio para la indagatoria, puesto que la Fiscalía arbitrariamente circunscribió dicho nombramiento "para esta diligencia", no obstante que la indagada manifestó no tener a quien nombrar como defensor y pese a que el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal advierte en forma perentoria que dicho nombramiento se entenderá hasta la finalización del proceso.

Debió en tal evento la Fiscalía proceder de inmediato a designarle nuevo defensor si daba por limitado el nombramiento recaído en el abogado circunstante, o requerirlo en la forma prevista en el inciso 2º del artículo 147 *ibidem*, para que ejerciera o desempeñara el cargo de defensor, como pareció entenderlo tardíamente; pero no podía de ninguna manera dejar huérfana de defensa a la sindicada.

De modo pues que pruebas tan importantes como los testimonios rendidos por Nubia Esperanza Carranza y Félix Medellín Muñoz, así como los de los agentes de la Policía Nacional Camilo Alfredo Bustamante Londoño y José Argemiro Santana Pachón, tenidos como soporte probatorio desde la medida de aseguramiento y la resolución de acusación proferidas contra Sandra Patricia González Ríos, obraron en autos sin que esta contara con defensor que las conociera y pudiera controvertirlas, eventualmente para que no quedaran en el insuficiente interrogatorio que evidencian.

Cabe apreciar, en este momento, la observación del señor Procurador Delegado:

"La ausencia de defensor fue total a través de la etapa investigativa y se manifiesta de múltiples maneras: en la falta de notificación personal de la providencia que le definió la situación jurídica a la procesada; en el silencio de quien debería actuar como defensor, en la solicitud y práctica de pruebas; en la no presentación de alegato alguno a favor de la inculpada; en la falta de citación para la notificación -y ausencia de ésta- de la resolución por medio de la cual se declaró cerrada la investigación; en la no presentación de alegatos de conclusión e incluso, en la presentación tardía -ante el Juez Penal del Circuito- de un memorial-poder que la imputada había suscrito el veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y tres, cuando aún no se había decretado el cierre de la investigación".

La omisión de la Fiscalía, al no proveer de oportuna y efectiva defensa a la procesada durante la instrucción estando obligada a ello, conlleva evidente perjuicio contra ese derecho inalienable a la asistencia de un letrado durante la investigación y en el juzgamiento, durante el cual tampoco fue apropiada la defensa, pues si bien es cierto que medió otorgamiento de representación al abogado Sergio Roberto Malías Camargo, adscrito a la Defensoría Pública (f. 137), éste demoró tres meses en presentar el poder y una vez reconocido (enero 20/94) no realizó gestión alguna en favor de su representada, pues poco después la procesada designa al doctor Alfredo Nigrinis Consuegra (f. 141), quien intervino dentro de la audiencia y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

La ausencia de defensor resulta palpable frente a la superficialidad de la investigación adelantada, no solamente por los eventuales resultados de descargo que se ocultan de menos y quizá hubieran podido lograrse con la activa y diligente participación de un abogado, sino para el debido esclarecimiento integral acerca de lo sucedido.

En síntesis, por expreso mandato del artículo 29 de la Carta Política todo procesado debe gozar de una defensa técnica y adecuada durante el sumario y el juicio, que le garantice el correcto acceso a la justicia y que sus derechos no se verán conculcados; en el presente caso, es palmar que la ausencia de defensa técnica durante gran parte del desarrollo procesal, afectó de manera real y concreta ese derecho, como también el debido proceso particularmente por ausencia de postulación y contradicción, garantías fundamentales de Sandra Patricia González Ríos como sindicada. No existiendo otra manera de subsanar tal falla, se decretará la nulidad de la actuación a partir de la providencia que clausuró la etapa instructiva, para que reabierta ésta pueda complementarse de manera apropiada, como reclama el recurrente y verifica el Procurador Delegado.

Prospera la impugnación.

2°.- Ahora bien, debe aclararse que parte de las razones aducidas para desarrollar el reproche por violación al debido proceso son convergentes



con lo anteriormente expuesto, y otras, como lo relativo a la ruptura de la unidad procesal para identificar e investigar por separado la conducta del copartícipe o la falta de notificación personal de la resolución acusatoria, al defensor por haberlo sido a la procesada detenida, no generan nulidad por mandato de los artículos 88, inciso 2°, y 440, inciso 3°, del Código de Procedimiento Penal, aspectos en los cuales coincide la Procuraduría.

El funcionario de primera instancia sí debe constatar, si lo ordenado en el numeral segundo de la resolución de acusación se cumplió ("En el cuaderno de copias se continuará la investigación a fin de lograr la plena identificación del sujeto que se señala, acompañaba a la aquí sindicada en (sic) seis de agosto del año en curso y que ingresara en su compañía a la habitación de Gerardo Antonio Pérez Sánchez, determinando su grado de participación en el homicidio"), pues en el expediente que fue remitido a esta Corte aparece incluido un cuaderno de copias al carbón.

3°. - Como la inculpada lleva privada de la libertad en forma continua un lapso superior a ciento veinte (120) días sin haberse calificado válidamente el mérito del sumario, se le concederá la libertad provisional en los términos del artículo 415 4 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el 55 de la ley 81 de 1993, previa suscripción de la diligencia de compromiso frente a las obligaciones previstas en el artículo 419 *ibidem* y constitución de caución prendaria a órdenes de la Unidad Segunda de Delitos contra la Vida de Santa Fe de Bogotá, por valor de trescientos mil pesos (\$300.000), suma que se fija procurando comprometer la comparecencia de la excarcelada a la restauración del proceso y considerando la gravedad del delito, pero sin desatender su posible estrechez económica (art. 393 inc. 3° C. de P.P.).

Para formalizar lo anterior, se librará comisión al Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, en donde se encuentra actualmente la detenida (cárcel del Distrito Judicial).

4°. - Finalmente, se aprecia que el señor Procurador Delegado efectuó la siguiente consideración:

"Adicionalmente, como la violación de la garantía fundamental deviene de la negligente actitud del funcionario instructor y de los abogados de signados para la defensa de la inculpada (Félix Augusto Niño Niño y Sergio Roberto Matías Camargo), quienes faltando a sus deberes legales no permitieron el ejercicio de esta garantía fundamental de la procesada, se solicitará a la Sala de Casación Penal de la Corte la expedición de copias a fin de que las autoridades correspondientes adelanten, si fuere procedente, las investigaciones disciplinarias del caso."

Con la salvedad de que el doctor Félix Augusto Niño Niño fue nombrado en la indagatoria "de oficio y para esta diligencia" (l. 20 cdno. inicial) y así pudo entenderse relevado después de ella, siendo la Fiscalía la que no



cumplió con las disposiciones antes referidas, tiene fundamento lo solicitado por el Ministerio Público y se procederá en consecuencia, librando dos juegos de copias de esta providencia y de las piezas procesales que corresponda, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para que se adelanten las correspondientes averiguaciones, por una parte en cuanto a la defensa omitida, y por otra en lo referente a los servidores públicos.

Asimismo se hará para información de la Defensoría del Pueblo, acerca del tiempo transcurrido sin que el abogado Sergio Roberto Matías Camargo presentara el poder conferido por la procesada (f. 137 ib.).

#### DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

1º).- CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

2º).- DECRETAR la Nulidad del proceso a partir, inclusive, de la providencia que declaró cerrada la investigación, debiendo rendirse las diligencias a la Fiscalía que designe el Jefe de la Unidad Segunda de Delitos contra la Vida de Santafé de Bogotá para que restablezca la actuación.

3º).-ORDENAR la Libertad Provisional de la detenida Sandra Patricia González Ríos, previa constitución de caución prendaria por valor de trescientos mil pesos (\$300.000) a favor de la mencionada Unidad y suscripción de la correspondiente diligencia de compromiso, para cuya realización se comisiona al Juez 1º Penal del Circuito de Neiva.

Cumplido lo anterior, librese a su favor boleta de libertad a la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva, siempre que no sea solicitada por otra autoridad, por cuenta de diferente proceso.

4º).-COMPULSAR copias de lo pertinente, con el destino y para los fines indicados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiense, notifíquese y devuélvase al despacho correspondiente.

Cúmplase:

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## FLAGRANCIA/ CAPTURA/ NULIDAD

*Frente a una retención irregular tenía primeramente el imputado la posibilidad de reclamar de modo directo su libertad ante el funcionario del conoimiento, como además la de intentar por sí o por interpuesta persona ante otro juez el reconocimiento del habeas corpus, con lo que hubiera logrado el restablecimiento de su derecho, en el momento mismo de padecer su violación.*

*Mas, lo que no se puede dar por aceptado, es que aquella irregularidad en la captura pueda constituir causal de nulidad, por cuanto ésta, sea que se alegue en las instancias, ora como motivo de la casación, siempre se supedita a las exigencias del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.*

*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D. C., lres (3) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

*Aprobado Acta No.142 (Octubre 2/96)*

*Proceso: 9354*

## VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Parmenio Arnulfo Sierra González contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja el 2 de diciembre de 1993, mediante la cual confirmó el fallo condenatorio de primer grado emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Chiquinquirá, por el delito de homicidio en José de Jesús González Espitia, reduciendo la pena principal impuesta a diez años, confirmando la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, el pago de los perjuicios ocasionados con la infracción y la denegación del subrogado del artículo 68 del Código Penal.

## ANTECEDENTES

1. El domingo 3 de enero de 1993 se cumplieron en la zona urbana del Municipio de Pauna las exequias e inhumación de una menor, luego de

las cuales el joven Parmenio de Jesús Sierra González se dedicó a la ingestión de bebidas embriagantes. Ya avanzada la tarde y cuando varios de los asistentes salieron de regreso a sus viviendas, a la altura de una cantina localizada en Puerto Chayanes, vereda de Ibama de la misma jurisdicción, José de Jesús González aprovechó para brindarle a sus acompañantes una cerveza, invitación que Sierra rechazó de manera soez, respondiéndole con amenazas de muerte a José de Jesús mientras le disparaba con una escopeta.

Herido con el impacto, González se retiró en busca de protección, siendo hallado más tarde y conducido en procura de atención médica, sin que a pesar de la brindada lograra evitarse su deceso, ocurrido el martes siguiente.

2. Un día después del fallecimiento de José de Jesús González se produjo la captura de Parmenio Sierra (individuo conocido con el alias de "Caramuñeca"), quien quedó a disposición del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, Unidad de Chiquinquirá, dependencia que dispuso algunas actuaciones para luego remitirlas junto con el capturado a la Unidad Seccional de Fiscalías por competencia.

De allí en adelante avocó la instrucción la Fiscalía 22, a cuyo cargo estuvo la apertura del sumario y la práctica y allegamiento de diferentes diligencias encaminadas a su perfeccionamiento, entre ellas la indagatoria y su ampliación, donde el imputado estuvo asistido por un defensor de confianza; las declaraciones de quienes tuvieron conocimiento de los hechos; la necropsia y los exámenes siquiatricos del procesado, con cuyo apoyo se prolió primero medida de aseguramiento de detención el 13 de enero de 1993, y el 10 de mayo siguiente resolución acusatoria en contra de parmenio Arnulfo Sierra González por el delito de homicidio agravado por el numeral 4° del artículo 324 del Código Penal.

La causa quedó a cargo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá. Allí, luego de superarse el periodo probatorio, el 30 de septiembre del mismo año se abrió el debate de la audiencia, dentro del cual se recibió de la declaración de Luis Antonio Parra Mendieta quien presentó una versión de los hechos absolutamente contraria a las evidencias conocidas, atribuyendo al fallecido la posesión de la escopeta, y a un supuesto incidente en que los oponentes estuvieron "marraniando" -decir por la posesión del arma, la ocurrencia del accidente, pues cuando José de Jesús soltó la escopeta "... Parmenio se fue de para atrás y al irse de para atrás, la escopeta pegó contra el piso y salió el tiro y José de Jesús cogió nuevamente la escopeta y se fue carretera abajo...". Llegado el turno de las alegaciones, el Fiscal 22 Seccional de Chiquinquirá impetró la declaratoria de responsabilidad por homicidio agravado y la condena adicional en lo civil, mientras que la defensa propugnó por un fallo absolutorio, pues a su juicio el acusado es un sujeto imputable, las pruebas de

cargos resultaban inválidas por provenir su recaudo del Jefe de la Unidad del Cuerpo Técnico de Investigación. El Procurador Provincial no compareció al debate.

Tras estimar que los vicios alegados por la defensa no existían, profirió el Juzgado la sentencia del 13 de octubre de 1993 en que declaró la responsabilidad del acusado y como consecuencia le tasó la pena principal en diez años y ocho meses de prisión, luego de correjar la aplicabilidad de los artículos 324-4 del Código Penal y 299 del Código de Procedimiento Penal, denegando la condena de ejecución condicional, e imponiendo la pena de interdicción y la condena al resarcimiento de los daños civiles.

Inconforme con la anterior determinación, el defensor interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Tunja, pero la Colegiatura avaló el criterio del *a quo* al profirir su fallo de diciembre 2 de 1993, modificando apenas el *quantum* de la pena de prisión para reducirlo a diez años, señalando que no era de recibo la agravante deducida, pero tampoco la atenuación fundada en una inexistente confesión.

#### LA DEMANDA

Propone el recurrente dos cargos en contra de la sentencia de segundo grado, el primero con fundamento en la causal tercera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y el segundo con base en la causal primera, en cuanto el Tribunal incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, al atenerse a pruebas irregularmente aportadas.

En el cargo primero acusa la demanda una violación del artículo 28 de la Carta, numeral 1°, en cuanto fija como garantía fundamental del ciudadano el derecho a no ser reducido a prisión o arresto, ni detenido, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con la sola excepción de los casos de flagrancia, que no era la característica del presente, pues en él la autoridad policial, con la sola información de la denuncia, capturó a Parmentio Armulfo Sierra "tres (3) días después de acaecidos los hechos", sin que mediara tampoco orden de autoridad, ni un requerimiento público de aprehensión.

Tal transgresión constitucional no resulta subsanable en modo alguno, salvo el decreto de nulidad que implora, a consecuencia del cual tendría que concederse la libertad al imputado, pues es de tal naturaleza y gravedad la irregularidad plasmada, que el artículo 383 del procedimiento penal dispone la inmediata libertad del capturado.

Como fundamento adicional de esta pretensión se invoca el numeral 3° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, al reafirmar que el fallo se profirió en un juicio afectado de nulidad.

En el segundo cargo se plantea la violación indirecta de la ley sustancial, por incurrir el sentenciador en un error de derecho al apreciar como prueba fundamental de responsabilidad una irregularmente aportada, como lo fue la versión rendida por Sierra González ante el Cuerpo Técnico de Investigaciones de Chiquinquirá.

Dicha versión se recibió sin la asistencia de un abogado titulado, y en pleno desconocimiento de la garantía suprallegal del debido proceso, lo que la hace nula de pleno derecho y por lo mismo, inexistente.

Añade que al disponer el recaudo de esta versión no se estaba ante una situación de captura en flagrancia, ni respondiendo a una petición voluntaria del imputado. Lo primero, porque la retención operó tres días después de ocurrido el hecho, y sin que el imputado llevara consigo objetos, instrumentos o huellas indicativas de que acababa de delinquir, tampoco era perseguido por autoridad, ni se trató de una captura públicamente requerida. Si lo segundo, porque no hubo una espontánea manifestación en el sentido de querer dar explicaciones, sino que en auto de enero 8 de 1993 "se ordenó", contrariando así los supuestos previstos en el artículo 322, inciso 2°, del Código de Procedimiento Penal, lo que conlleva a sostener que esa versión es nula de pleno derecho y, por lo tanto inexistente, al ser recepcionada por un funcionario incompetente para hacerlo.

Cuando el Tribunal apreció este medio ilegalmente producido, violó por aplicación indebida el citado artículo 322, como también el artículo 247, incurriendo en un error que lo condujo "...a aplicar indebidamente el artículo 323 del Código Penal, y dejar de aplicar los artículos 250 del Código de Procedimiento Penal, en la parte que dispone que el Juez no admitirá las pruebas que hayan sido obtenidas ilegalmente para determinar responsabilidad; e igualmente dicho error lo determinó a dejar de aplicar los artículos 246, 314 y 445 parte final del Código de Procedimiento Penal". La apreciación ilegal de dicha prueba, remata, determinó a dar por demostrada, sin estarlo, la autoría en la muerte de González Espitia, inaplicando, el artículo 40-1 del C. Penal o, en subsidio, los artículos 37 y 397 del mismo texto penal y, "en consecuencia el artículo 68 del Código Penal, norma esta también dejada de aplicar por el error de derecho cometido por el Honorable Magistrado de segunda instancia".

La consecuente petición apunta a que la Corte case la sentencia recurrida "... para que en sede de instancia ... provea lo que en derecho corresponda".

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR

Considera el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que los cargos deben ser desestimados, y como consecuencia, la sentencia impugnada se ha de mantener en firme.

Primeramente y en relación con el vicio aducido, el Ministerio Público critica el contenido de la demanda tanto en la proposición del cargo como en su demostración, ya que genéricamente se limita a enunciar la causal de casación, pero omite demostrar la nulidad que alega.

Elude el casacionista señalar la directa relevancia de la irregular captura sobre el fallo de condena, pero si bien merece censurar el procedimiento realizado, hubiera bastado con invocar el *habeas corpus* en desarrollo del artículo 30 de la Constitución para lograr la efectividad de la libertad conculcada, sin que de ello surja afectación o vicio de la prueba arrimada al proceso, demostrativa de la responsabilidad penal de Sierra González, ni que las decisiones y actos procesales se vicien todos de nulidad como lo da a entender el casacionista.

Por lo demás, una vez aprehendido el procesado, se le dejó en tiempo ante el fiscal, este recepcionó su injurada y resolvió sobre su situación provisional, se practicaron pruebas, hubo oportunidad para impugnar las decisiones, por manera que no se ve cómo la irregular captura pudo afectar la validez de lo actuado.

En relación con el segundo cargo, tampoco ve la Delegada la posibilidad de su acogida, luego de destacar lo que enseguida se analiza:

a) El libelista hace caso omiso del acta en que se le impusieron al procesado sus derechos, siendo allí donde expresó su voluntad de rendir una versión espontánea, para tratar de demostrar que tal diligencia se recaudó sin competencia, mientras añade que en su criterio "...al obrar en el expediente una especie de auto en el cual el Jefe del Cuerpo Técnico ordenó recibirla y al ser este proferido el 8 de enero de 1993 y la versión recepcionada el día inmediatamente anterior, ninguna otra explicación distinta a la falsedad puede sobrevenir". La contradicción en la fecha es evidente. Empero, ella carece de consecuencias procesales, si se vislumbra ser fruto de un simple lapsus o descuido, y si tal auto no es necesario en la actuación.

b) La inasistencia de abogado en la versión, conlleva a juicio del Delegado la improsperidad de la censura, pues si bien los artículos 161 y 322 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto admitían como excepción el recaudo de la versión libre y espontánea sin la asistencia de un letrado, fueron objeto de declaratoria de inconstitucionalidad por la Corte Constitucional (Sentencia C-150 de abril 22/93), lo cierto es que esa declaratoria fue posterior a la actuación del cuerpo técnico de investigación en este asunto (enero 7/93), y para entonces ese Organismo estaba facultado para ejercer funciones de policía judicial.

De ello concluye que la vigencia de los artículos 161 y 322 del Código de Procedimiento Penal, sin la inconstitucionalidad parvial posteriormente declarada, hacían válido el procedimiento adoptado, y por lo mismo, la



versión espontánea "sí podía ser valorada en los fallos de instancia". De todos modos, esa versión no fue el fundamento único de la sentencia de condena, como que el Juzgado y el Tribunal aprecian situaciones diferentes, y pues el primero corroboró la versión espontánea con las declaraciones de Rosa Della Espitia de González madre del occiso, y las de Luis Antonio Parra y José Edilson González, amén de la propia Injurada de Sierra, y el Tribunal halló certeza de la responsabilidad en los testimonios de Parra, Flaminio Sierra y la señora de González.

Significa lo anterior que el casacionista no probó lo determinante que la prueba ilegal pudo ser en la construcción de la sentencia demandada, lo que conduce su pretensión hacia el fracaso, pues la "demostración del vicio *in procedendo* obliga a desquiciar el aspecto fáctico de la sentencia, para que se pueda llegar a la conclusión de que si no se hubiera valorado la prueba viciada, la decisión impugnada necesariamente sería diferente".

La Delegada critica ya para terminar, la contradicción en que incurre el impugnante al señalar al mismo tiempo que las normas violadas lo fueron por aplicación indebida generada en error de derecho, pero también por falta de aplicación del artículo 40-1 del C. P., lo que implica un planteamiento de inculpabilidad, incompatible con el que le subsigue de la culpa (artículos 37 y 329), como también con el 68 relacionado con la condena de ejecución condicional.

Por último solicita que se compulse copia para investigar la infracción al Decreto 3664/86, por porte ilegítimo de arma de defensa personal, sobre el cual se interrogó al sindicado en su ampliación de indagatoria, sin que en el decurso de la investigación se profundice a ese respecto.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Tiene razón el libelista cuando se queja en el cargo primero de la demanda sobre la forma irregular como las autoridades de policía procedieron en el caso que se examina a ejecutar la aprehensión del imputado, mas no así respecto de las consecuencias que de aquella irregularidad pretende derivadas.

Es evidente que al consagrar el artículo 28 de la Carta Política la garantía fundamental de que "Toda persona es libre", supeditó dentro del principio de la división de poderes los casos de reducción a detención prisión o arresto, a la forzosa e insustituible expedición de un "mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

De manera complementaria y por vía de excepción, el artículo 32 del mismo ordenamiento superior autoriza el aprehendimiento físico y la conducción ante los jueces del delincuente sorprendido en flagrancia, captura que en este caso podrán realizar los particulares, cuando no los agen-

les de la autoridad, facultándose a estos últimos para penetrar aun en el domicilio del delincuente si al verse éste perseguido se refugiase en él, e inclusive a ingresar en domicilio ajeno, si hasta allí penetra el perseguido; caso en el cual procederá el previo requerimiento del morador.

Coherentes con estas invariables reglas, tanto el Código de Procedimiento Penal -artículos 370 y ss.-, como el Código Nacional de Policía -artículos 56 y siguientes- regulan el modo de proceder tanto en los casos de flagrancia (y cuasiflagrancia) como en aquellos en que la norma general es la que rige, diferenciando las varias hipótesis y trámites bajo los cuales opera la reserva judicial, o bien la llamada detención preventiva administrativa, autorizada para aquellos precisos y taxativos casos en que se faculta a las autoridades de policía para que puedan cumplir con sus funciones constitucionales.

Correlativamente, y para que esta garantía constitucional de libertad mantenga toda su vigencia y efectividad, la propia Carta establece el mecanismo ágil y oportuno del *habeas corpus* -artículo 30-, para que la persona aprehendida que creyere estarlo ilegalmente lo invoque por sí o por interpuesta persona ante cualquier autoridad judicial, mercediendo respuesta en un lapso no superior a las treinta y seis horas, mecanismo al cual la ley añade una serie de términos y controles encaminados a prevenir abusos y excesos, como emana de las disposiciones de los artículos 377, 379, 380 y 383 del Código de Procedimiento Penal, que extienden sus advertencias a los funcionarios encargados de realizar la aprehensión, de definir la situación del retenido, y de someterlo al régimen de internado.

Para el caso de la especie, se ha resaltado ya que durante el desarrollo de los hechos -cncro 3 de 1993-, nadie privó de su libertad a Parmenio Armulfo Sierra ni lo condujo ante las autoridades, lo que le permitió desplazarse de allí a su libre arbitrio. Vendrían luego las actividades de el auxilio a la víctima, su conducción a un centro asistencial y su deceso, de modo que la aprehensión del imputado solo corrió a cargo de la Policía días después de sucedido el hecho -cncro 6-, lo que descarta situaciones de flagrancia o de cuasiflagrancia, pero además la previa intervención del funcionario judicial que hubiese expedido orden escrita para el aprehendimiento, orden que los agentes tampoco tomaron la precaución de solicitar antes de proceder por propia iniciativa a la ya tardía conducción del sospechoso.

Desde este punto de vista, resulta incontestable el reparo que hace la defensa, cuando reprocha que la aprehensión material del implicado se realizó con un flagrante desconocimiento de sus garantías constitucionales, lo que de antemano obliga a impulsar la averiguación respecto de quienes protagonizaron el abuso.

No empecé este reconocimiento, es lo cierto que esa sola irregularidad, ni enerva ni el adelantamiento del proceso, dado que éste no pende de la indispensable comparecencia del inculcado, ni hallaba entonces o ahora en la nulidad la solución para el restablecimiento del derecho, pues como ha quedado dicho, frente a una retención irregular tenía primeramente el imputado la posibilidad de reclamar de modo directo su libertad ante el funcionario del conocimiento, como demás la de intentar por sí o por interpuesta persona ante otro juez el reconocimiento del *habeas corpus*, con lo que hubiera logrado el restablecimiento de su derecho, en el momento mismo de padecer su violación.

Mas, lo que no se puede dar por aceptado, es que aquella irregularidad en la captura pueda constituir causal de nulidad, por cuanto ésta, sea que se alegue en las instancias, ora como motivo de la casación, siempre se supedita a las exigencias del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, que para el caso no coinciden, pues mientras que el precepto exige a quien la alegue que entre a demostrar de la sustancialidad de ese defecto, y que él carezca de otro medio procesal para subsanarlo, de estos dos aspectos se desentiende la demanda.

Si lo primero, ya advirtió el Ministerio Público que el censor no indicó de qué manera la irregularidad adquiere la entidad de sustancial para que irremediablemente afecte el debido proceso o constituya una violación al derecho de defensa, y en cuanto a la existencia de otro remedio procesal se ha dicho que ante captura irregular quedaba al retenido la oportunidad legal de agenciar los correctivos, sea al interior del proceso mismo, ora acudiendo al *habeas corpus*, todo lo cual se desestimó en oportunidad, siendo lo cierto que con prontitud el retenido fue puesto a disposición del funcionario competente, vinculado en debida forma y resuelta su situación jurídica provisional con respeto por las garantías debidas, lo que indica que desde entonces y hasta ahora, pudo hacer Parmenio Arnulfo Sierra un amplio y efectivo uso de su derecho de defensa.

Es más: aun al margen de la incompleta formulación de la censura, se hace forzoso precisar, por evidente, que de la sujeción o no del acto de la captura no se derivan para el procedimiento secuencias preclusivas que hagan depender la validez del trámite seguido, al punto que aún en contumacia podrían adelantarse válidamente la instrucción y el juicio, lo que hace resaltar la inocuidad de la nulidad pedida, pues ni precisa la defensa cuál pueda ser la actuación viciada que deba ser repuesta, ni ella existe por no haber sido afectado el principio de caducidad, en la medida en que no interpuesto el *habeas corpus* cuando mediaba una situación de hecho que podía habilitar para su reconocimiento, no es ya posible interponerlo, definida en derecho la situación del implicado; como tampoco el principio de trascendencia, en cuanto pese a la existencia del defecto y el reprochable proceder de las autoridades policivas, de su solo reconocimiento no

emergen repercusiones que vicien la actuación seguida con posterioridad al mismo dentro del presente asunto, siendo evidente que ya ninguna disposición habilita para retrotraer la actuación al tiempo en que se hizo operante la captura, ni con hacerlo se causa beneficio alguno a la legalidad de la actuación ni al procesado.

El cargo, por lo expresado, no prospera.

En cuanto atañe con la causal primera de casación que el censor invoca en el cargo segundo de la demanda, es pertinente iniciar por prohibir los reparos que a la falta de técnica endereza el Procurador a la demanda, pues es notoria la desatención que el censor demuestra al promover, como se indica en la parte final de su escrito, al interior del mismo cargo y bajo idéntico análisis sobre la prueba, el reconocimiento de una falta de aplicación de los artículos 40, numeral primero, 37, 329 y 68 del Código Penal.

Lo anterior, por cuanto se hace ilógico frente a su clara incompatibilidad, que a un mismo tiempo se pretenda el reconocimiento de una causal de inculpabilidad, la adecuación de la conducta al homicidio culposo y no al doloso, y el reconocimiento de la condena de ejecución condicional, pues no podría a la vez entrar a proferirse una sentencia de absolución y de condena, en relación con un mismo individuo, y respecto del mismo cargo de homicidio. Si el casacionista tenía la intención de formular cargos subsidiarios, era su obligación la de indicarlo claramente, pero a la vez la de desarrollar en forma independiente cada una de estas alternativas en capítulo aparte, respetando la autonomía de las causales y de su fundamento, pues es de ver que la condena de ejecución condicional (artículo 68), supone un fallo adverso, y por lo mismo se hace incompatible con ella el reconocimiento de la fuerza mayor o del caso fortuito como causal de inculpabilidad.

No obstante, ni aun teniendo ese enunciado final a modo de accidental o involuntario yerro, podría abrirse paso la violación indirecta que precedentemente el libelista desarrolla, porque ni el anunciado error se halla presente, ni aún de darse, tendría la trascendencia requerida para variar en su sentido el fallo recurrido.

Propone, en efecto, el recurrente, por la vía de la violación indirecta de la ley (aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 40-1 *ibidem*), la ocurrencia de un error de derecho, en cuanto aprecia el Tribunal una "prueba irregularmente aportada al proceso", y con ello determina la decisión adversa al acusado.

Este defecto se da, según explica, porque la aducción de la versión libre y espontánea rendida por el procesado ante las autoridades de Policía que lo retuvieron, es ilegal e inexistente, al recaudarse con violación de la garantía de defensa, pues quien la rinde no la había solicitado, ni en su recibo se le asistió de abogado titulado.

Mirando el expediente, fácil se observa que la versión libre rendida por Parmenio Arnulfo Sierra lo fue el 7 de enero de 1993 ante la Policía Judicial en Chiquinquirá -folios 12 y ss.-. Y pese a los reparos defensivos, es también lo real, que un folio antes se eleva acta de diligencia de imposición de sus derechos como capturado, en cuyo texto, suscrito por el implicado, se lee que "desea rendir versión espontánea sobre los hechos, para lo cual se designará defensor de oficio...".

Sin que ese texto se tache como falso, ha de tenerse como libre, voluntaria y de iniciativa de Sierra González la versión rendida, sin que al caso interese que en el folio 10 se lea un auto de fecha enero 8 disponiendo la práctica de varias diligencias, una de ellas "versión libre y espontánea", pues si en la fecha se incurrió en un lapso, el hecho resulta intrascendente frente al contenido del acta de enteramiento de derechos, pero sí el auto se produjo un día después de escuchado el aprehendido, ello tampoco resulta relevante, en cuanto era la ley la que autorizaba oírlo, y así, en efecto, el acto se cumplía.

Que en el curso de la exposición no asistió a Parmenio Sierra un abogado titulado, es sí un hecho que tiene su respaldo, porque al inicio de la versión se apunja que como que no contaba con defensor de su confianza, se le designaría uno "... de oficio, cargo que recae en el doctor, se corrige, el señor Pedro Hernando Rozo Parra, con C. U. 19.332.404 de Bogotá, es farmacéuta".

Sucede, sin embargo, que en la fecha en que se llevó a cabo el acto reclamado, la norma aplicable (artículo 322 del Código de Procedimiento Penal) no había sido declarada aún inexecutable, en cuanto el pronunciamiento de la Corte Constitucional que la declaró parcialmente contraria a la Constitución solo se dio meses más tarde (abril 22 de 1993), ni mucho menos se habían retirado del ordenamiento jurídico los artículos 148 del Código de Procedimiento Penal, ni 34 del Decreto 196 de 1991.

Siendo ello así, dichos proceptos ameritaban su presunción de exequibilidad, aun respecto de la autorización que daban para habilitar como defensores durante la indagatoria a los ciudadanos honorables, a falta de abogado inscrito.

Pero aún admitiendo, siquiera por vía de discusión que la versión libre rendida por el procesado ante la Policía Judicial resultaba por esa causa inexistente (artículos 314 y 161 del Código de Procedimiento Penal, surge de bulto la inviabilidad del cargo formulado, en cuanto la defensa centra con exclusividad su ataque en una sola prueba, para restarle toda validez, sin reparar en que los falladores fijan la solidez de su certeza en otros medios diferentes, que por no haber sido objeto de reproche siguen sirviendo como asidero suficiente para el sostenimiento de la sentencia de condena.



Tal conclusión se muestra cuando el Tribunal sostiene, luego de desechar en instancia idéntico reparo propuesto ya por la defensa, que ni siquiera la admisión del hecho por parte del procesado ante la Policía Judicial resultaba única prueba de autoría, porque en el mismo sentido habían declarado José Edilson González Espitia y Della Espitia de González, quienes oyeron de boca del lesionado la explicación sobre la forma como ocurrieron los sucesos, que no era otra distinta a la secuencia que de éstos se recoge en el encabezamiento de este fallo.

Así se argumenta, en efecto, en la segunda instancia, al resaltar que la versión primera de Sierra no constituía única incriminación para él adversa:

"...por una parte, aparece concordante con el relato que sobre los hechos habría hecho la víctima según la declaración de José Edilson González Espitia (fl.25) quien pone en boca de su hermano lo siguiente:

"...Me dijo que él habían ofrecido una cerveza y la respuesta había sido gonorreca hijueputa lo voy a matar a usted y lo disparó en ese momento..."

Relato que es traído también a los autos por la señora Della Espitia González, "...Y encontré a mi hijo recargado contra unas piedras y ahí fue cuando él me contó cómo había sido me dijo fue Parmento "Caremuñeca" porque le ofrecí una cerveza me hizo el tiro y yo salí corriendo..."(fl.43).

Sin duda alguna, estas personas tuvieron oportunidad de oír de labios de la víctima el relato acerca de lo que había ocurrido. Pues bien, esa narración está básicamente en acuerdo con lo dicho en la versión de Parmento Arnulfo Sierra González. Este no es un hecho casual, no es algo que por azar haya ocurrido. Eso de que por distintos medios de información, la versión de la víctima por una parte y la del acusado por la otra, se llegue a la misma conclusión sobre el desarrollo del suceso es algo absolutamente importante. Más aún, una y otra de estas narraciones coinciden con lo que posteriormente admite el procesado es decir que tuvo que ver en los hechos, coincide también con lo que se supo, en el medio, y con la declaración del testigo Luis Antonio Parra Mendieta. En efecto, aunque este da una versión distinta sobre el desenvolvimiento concreto del suceso, de todas formas señala a González Espitia como quien tenía la escopeta en el momento en que se produjo el disparo."

A lo anterior añadiría el *ad quem* otras consideraciones para desestimar la acomodaticia versión rendida por el acusado en su injurada, pero ni a ella ni a las tres versiones testimoniales enunciadas se refirió el impugnante, lo que implica, como queda dicho, que agregada a los vicios de técnica que ofrece este segundo cargo, la demanda dejó incólumes asideros suficientes en el fallo adverso, que no toleran la cassación que de él se pide de la Sala.



La demanda no prospera.

Para el evento de no haber sido aun expedidas las copias pertinentes, tendrán que atenderse por la Secretaría las que reclama el Ministerio Público para investigación aparte de la posible infracción al Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente, y con ellas las que impone la irregular captura del procesado.

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

#### RESUELVE

NO CASAR el fallo recurrido por el defensor del procesado Parmerito Arnulfo Sierra González,

Expídanse las copias previstas en la parte considerativa.

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

*Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando Arboleda Rtpoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Vetandín, Nilson Pinilla Pinilla, Fabio Aristizábal Hoyos Conjuez.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **JUEZ/ FISCAL/ COLISION DE COMPETENCIA**

*Lo insólito, por decir lo menos, es el argumento que expone el juzgado de Itagüí para dejar de continuar actuando en este proceso, la opinión de un sector judicial de dicho Distrito respecto a la obligatoriedad de la calificación dada por los Fiscales en la resolución acusatoria, pues eso no es lo que dice la ley, como la jurisprudencia unánime de esta Corte lo ha puntualizado invariablemente, al referirse a la competencia del juez en este punto y a la existencia de las nulidades por errónea calificación que constituyen un aspecto que vulnera el debido proceso, lo cual no puede considerarse como una indebida intromisión en las competencias de la Fiscalía porque la calificación para estos fines es provisional y además, porque el director del proceso, y por ende el garante de la legalidad de éste, es el Juez (Sents.oct.26/94 y abril 25/95 M.P. Dr. Calvete Rangel, por ejemplo). Aceptar lo contrario, es generar errores, como el que se pone de relieve en este caso, que demeritan la eficacia de la administración de justicia y entronizan la impunidad.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C. Octubre ocho de mil novecientos noventa y seis.*

*Magistrado ponente: Dr. Dálimo Pérez Velandía*

*Aprobado Acta No.144-Oct.8/96.*

*Proceso: 12257*

De plano decide la Corte el conflicto negativo de competencias trabado entre los juzgados 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y el 2° de la misma especialidad de Itagüí (Antioquia), para conocer de la causa adelantada contra Adriana Arenas Chica por un concurso de delitos de falsedad (arts. 222 y 226 C. P.).

### **ANTECEDENTES INMEDIATOS**

1.- El 17 de junio de 1995, en el aeropuerto internacional José María Córdoba de Rionegro (Ant.), fue capturada Adriana Arenas Chica, cuando se disponía a abordar el vuelo Avianca-022 con destino a New York, utilizando documentos falsos (cédula, pasaporte y visa) a nombre de Doralina Del Carmen Londoño Lopera.

Desde la versión libre inicialmente recepcionada, la imputada admitió haber pagado en Itagüí a un desconocido la suma de ocho millones de pesos por dichos documentos, reconociendo, además, haberle entregado solamente unas fotografías y que la firma estampada como suya en algunos de dichos documentos no fue hecha por ella.

La Fiscalía que inicialmente conoció del caso le definió situación jurídica profiriéndole auto de detención con derecho a libertad provisional, por los delitos de Falsedad material de particular en documento público, en concurso con uso de documento público falso y falsedad personal para la obtención de documento público. Posteriormente el Fiscal de Itagüí calificó el mérito del sumario como un concurso de uso de documento público falso y falsedad personal para la obtención de documento público, remitiendo la actuación al Juez Penal del Circuito correspondiente, el cual después de realizar la audiencia resolvió enviar por comperencia la actuación al de la Capital de la República, correspondiéndole en reparto al 17 de dicha especialidad.

## 2.- Argumentos de los colisionantes:

El juzgado 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá afirmó no ser competente para conocer del proceso porque según los hechos la conducta que se tipifica es la de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso (arts. 220 y 222 del C.P.), actuando como determinadora, al valerse de un tercero para su elaboración con el nombre de otra persona; por lo que concluye que al haber sido en Itagüí donde la imputada canceló la elevada suma de dinero por dichos documentos, corresponde conocer del proceso al Juzgado 2º Penal del Circuito de dicha localidad, al que propone colisión de competencias si no comparte sus razonamientos.

En efecto, al no compartirlos, el citado despacho acepta la colisión y envía la actuación a la Corte, con el argumento que si bien acepta la calificación que hace de la conducta su homólogo de la Capital, en su Distrito Judicial no se acepta mayoritariamente el criterio que permite anular la calificación que hagan los Fiscales porque sería inmiscuirse en sus funciones, y como los delitos por los que se formula la acusación tuvieron ocurrencia en Bogotá, es a un juez de esta jurisdicción territorial al que corresponde conocer de la causa.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Es competente la Corte para dirimir el presente incidente de competencias, en los términos del artículo 68-5 del C. de P. P., pues se trata de un conflicto entre Jueces de distintos Distritos Judiciales respecto de una causa.

2.- Lo primero que debe destacarse es el hecho de compartir ambos funcionarios la calificación jurídica que corresponde dar a este proceso

concurso de delitos de falsedad de particular en documento público agravada por el uso arts. 220 y 222 y el del 226), que en términos generales es la misma que la Fiscalía 30 Seccional de Medellín fijó en el auto que definió la situación jurídica de la sindicada.

La discrepancia radica entonces en que inexplicablemente la Fiscalía que calificó el sumario no dedujo el primero de dichos delitos, sino solamente el segundo en concurso con el uso de documento público falso, calificación que obliga para los jueces y magistrados del Distrito Judicial de Antioquia, por lo que el Juzgado 2° Penal del Circuito de Itagüí no puede desconocer tal realidad.

3.-No cabe duda que de acuerdo con la evidencia procesal y en especial con el dicho de la propia sindicada, Adriana Arenas Chica desde la exposición libre que rindió se ubica como determinadora de un tercero para falsificar un documento público que posteriormente usó, lo cual tipifica ciertamente un delito de falsedad material de particular en documento público agravado por el uso (arts. 220 y 222 inc. 2° del C.P.) en concurso con el de falsedad personal para obtener documento público (la visa), tal como lo aceptan los jueces en conflicto.

Lo insólito, por decir lo menos, es el argumento que expone el juzgado de Itagüí para dejar de continuar actuando en este proceso, la opinión de un sector judicial de dicho Distrito respecto a la obligatoriedad de la calificación dada por los Fiscales en la resolución acusatoria, pues eso no es lo que dice la ley, como la jurisprudencia unánime de esta Corte lo ha puntualizado invariablemente, al referirse a la competencia del juez en este punto y a la existencia de las nulidades por errónea calificación que constituyen un aspecto que vulnera el debido proceso, lo cual no puede considerarse como una indebida intromisión en las competencias de la Fiscalía porque la calificación para estos fines es provisional y además, porque el director del proceso, y por ende el garante de la legalidad de éste, es el Juez (Sent. ocl. 26/94 y abril 25/95 M.P. Dr. Calvete Rangel, por ejemplo). Aceptar lo contrario, es generar errores, como el que se pone de relieve en este caso, que demeritan la eficacia de la administración de justicia y entronizan la impunidad.

Estando clara la conducta atribuible a la procesada, siendo inequívoco el lugar de la comisión del hecho y habiéndose adelantado toda la actuación instructiva por los funcionarios competentes, resulta indiscutible que es al Juez 2° Penal del Circuito de Itagüí (Ant.) a quien corresponde conocer de este proceso y garantizar la legalidad del mismo, según su leal saber y entender. Así se decidirá comunicándole, con copia de este proveído, al Juez 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá.

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

## RESUELVE

DIRIMIR, en favor del Juzgado 17 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el conflicto negativo de competencias suscitado. En consecuencia, remítase inmediatamente la actuación al Juzgado 2º Penal del Circuito de Itagüí (Ant.) para lo de su cargo, por ser el proceso de su competencia.

Entérese de lo aquí decidido, con copia de este provido, al Juez 17 Penal del Circuito colisionante.

Cópiese y cúmplase:

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Pineda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## PREFUDICIALIDAD

*Para que proceda la suspensión de la actuación procesal por razón de la prejudicialidad, es requisito indispensable que el proceso penal se encuentre en la etapa de la instrucción, es decir, que el funcionario judicial no hubiere calificado el mérito probatorio del sumario.*

*"Cuando la cuestión prejudicial al proceso penal es al mismo tiempo elemento configurativo del delito investigado y el juicio civil, laboral o administrativo que pretende resolverla de manera definitiva se hubiese iniciado después de cometido el hecho punible y no antes, el juez penal goza de plena competencia para decidir cuestiones extrapenales atinentes a la tipicidad del hecho, sin necesidad de suspender la calificación del sumario a la espera de una decisión por parte de otra jurisdicción..." (subraya del texto. Sentencia de casación 10 de noviembre de 1992, M.P. Jorge Carreño Luengas, Rad. N° 6484).*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Sanrafaé de Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Jorge Córdoba Poveda.*

*Aprobado acta N° 145*

*Proceso No. 10274*

## Visos

*Resuelve la Corte la solicitud de suspensión del proceso que se adelanta contra César Tulio Villalobos Támara y Arturo Martínez Vergara, conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal.*

## LA PETICIÓN

*Arguye el peticionario que a su defendido Martínez Vergara se le imputó en la resolución de acusación el delito de celebración indebida de contratos, pero que simultáneamente la jurisdicción Contencioso Administrativa adelanta, en segunda instancia, "un proceso de nulidad y restablecimiento del Derecho, del que habrá de desprenderse y determinarse si*



el contrato tachado o faldado por la Jurisdicción Penal de ilícito, se produjo conforme a Derecho o no."

Dice que la Fiscalía en la resolución de acusación dedujo el dolo en el poder que se confirió para la tramitación de un proceso de carácter administrativo, lo que calificó como "embeleco para justificar la entrega de unos honorarios al mandatario".

Así las cosas, el fallo que se profiera en la jurisdicción administrativa va influir en la suerte del proceso penal, "porque dirá si tenían razones o expectativas de serios derechos el departamento de Sucre con aquella demanda o no; además volvería inocua la conducta denunciada de obtenerse un fallo en favor del Departamento...", sin olvidar que la decisión también influiría en la estructura del delito conforme a los cargos imputados.

Por lo anterior, solicita, conforme a lo reglado en el artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, la suspensión de la actuación que se adelanta contra Tulio César Villalobos Támara y Arturo Marlínez Vergara.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cabe precisar que la Fiscalía General de la Nación, mediante resolución del 13 de enero de 1995, acusó a los procesados Arturo Martínez Vergara y Tulio César Villalobos Támara, como presuntos coautores de los delitos de peculado por apropiación y celebración indebida de contratos.

La Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en virtud de la solicitud hecha por el abogado defensor del acusado Martínez Vergara, el pasado 2 de julio expidió la siguiente constancia:

"1. Que en esta Sección cursa un proceso radicado con el N° 10360. Actor: Departamento De Sucre. Apelación sentencia de mayo 12/94, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar. Declaratoria de nulidad del acto administrativo presunto negativo por el cual el Departamento de Bolívar (Secretaría de Servicios Administrativos y/o Caja Departamental de Previsión Social), niega el pago de las cuotas partes pensionales que adeuda al Departamento de Sucre, sobre la carga prestacional que asumió este último en su totalidad con los pensionados y a prorrata del tiempo de servicio aportado por los mismos al Departamento de Bolívar;

"2. Que cumplidos los trámites legales correspondientes, el proceso pasó al Despacho del H. Magistrado Sustanciador Dr. Javier Díaz Bueno el día 10 de marzo de 1995 para fallo y a la fecha no ha sido resuelto...".

El artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la figura jurídica de la prejudicialidad, textualmente señala:

"La competencia del funcionario se extiende a las cuestiones extrapenales que surjan en la actuación penal; pero si son a la vez elementos constitutivos

vos del hecho que se investiga y sobre ellas estuviere pendiente decisión judicial al tiempo de cometerse, no se proferirá auto calificadorio mientras dicha decisión no se haya producido.

"No obstante, si transcurrido un año desde la oportunidad para proferir calificación no se hubieren decidido definitivamente las cuestiones que determinaron la suspensión, se reanudará la actuación".

Planteadas así las cosas, para que proceda la suspensión de la actuación procesal por razón de la prejudicialidad, es requisito indispensable que el proceso penal se encuentre en la etapa de la instrucción, es decir, que el funcionario judicial no hubiere calificado el mérito probatorio del sumario.

Siendo, entonces, evidente que dentro del presente asunto se profirió providencia calificadoria del sumario y que en la actualidad, una vez agotados los trámites establecidos en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra pendiente para fijar fecha y hora para la celebración de la correspondiente audiencia de juzgamiento, lógico es concluir que la solicitud de suspensión del proceso resulta improcedente.

De otra parte, debe reiterarse que "cuando la cuestión prejudicial al proceso penal es al mismo tiempo elemento configurativo del delito investigado y el juicio civil, laboral o administrativo que pretende resolverla de manera definitiva se hubiese iniciado después de cometido el hecho punible y no antes, el juez penal goza de plena competencia para decidir cuestiones extrapenales atinentes a la tipicidad del hecho, sin necesidad de suspender la calificación del sumario a la espera de una decisión por parte de otra jurisdicción..." (subraya del texto, Sentencia de casación 10 de noviembre de 1992, M.P. Jorge Carreño Luengas, Rad. N° 6484).

En fin, por ser improcedente la Sala negará la solicitud elevada por el señor defensor del acusado Arturo Martínez Vergara.

Por lo brevemente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

NEGAR la suspensión de la presente actuación penal adelantada contra los procesados Arturo Martínez Vergara y Tulio César Villalobos Támara, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gállego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Píñilla Píñilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Paulette Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## IMPEDIMENTO/ CUERPO COLEGIADO

*La adopción de una decisión que legalmente corresponde a la Sala de Decisión, por solo uno de los miembros de la misma resulta violatoria del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia habida cuenta que, según esa norma, se requiere para su "deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección".*

*La mayoría de los miembros de la Sala de Decisión conformada por tres (3) Magistrados es obviamente la formada por dos (2) de ellos, por lo que la decisión emitida con el voto de uno solo de los integrantes deviene en ilegal por desconocer la naturaleza colegiada de la misma.*

*En consecuencia, el Magistrado Ponente deberá obrar de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 54 citado y proceder a reintegrar la Sala con Conjuces.*

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

Magistrado Ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar.

Aprobado Acta No. 146

Proceso: 12249

De plano se decidirá sobre el impedimento manifestado por el Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Julio Ojito Palma, que le fue rechazado por el restante Magistrado que integra la Sala ante incapacidad del tercer miembro.

## ANTECEDENTES

Con base en la denuncia formulada por la Superintendencia de Sociedades el 30 de mayo de 1990, el Juzgado 14 Ambulante de Instrucción Criminal de Barranquilla (Atlántico) ordenó la apertura de investigación preliminar el 16 de julio de 1990.

El 4 de octubre de 1990, el mismo Juzgado atrás citado dictó auto cabeza de proceso ordenando vincular mediante indagatoria a los señores

Javier Humberto Mier Jaraba, Guillermo Díaz Valderrama y Víctor Padilla Sandoval.

El 13 de octubre de 1992 se calificó, por primera vez, el mérito sumarial, concluyéndose con la orden de continuar con el adelantamiento de la investigación por no haberse podido demostrar la tipicidad de los ilícitos de Fraude Procesal, Falsedad por Destrucción, Supresión y Ocultamiento de Documento Privado y Falsedad Material de Particular en Documento Público.

Apelada la anterior decisión la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Barranquilla, la revocó mediante la suya del 14 de febrero de 1995 y en su lugar profirió resolución de acusación por los delitos de Falsedad en Documento Privado y Estafa.

Dentro de la actuación procesal se han aceptado como parte civil a las siguientes personas jurídicas:

El 19 de octubre de 1990 se reconoció al Banco de Colombia.

El 6 de diciembre de 1990 se reconoció al Banco Gaudero.

El 28 de diciembre de 1990 se reconoció al Banco Unión Colombiano, al Banco Internacional de Colombia (hoy Citibank) y a la Financiera Colpatría S.A.

El 31 de diciembre de 1990 se reconoció al Banco de Crédito.

El 31 de enero de 1991 se reconoció al Banco Colpatría, al Banco del Comercio, al Banco del Estado y al Instituto Colombiano de Fomento Industrial (IFI).

La etapa del juicio se inició con la declaratoria de nulidad decretada por el Juzgado 9º Penal del Circuito de Barranquilla, a partir de la resolución de cierre de la investigación, inclusive.

Recurrida por el apoderado del Citibank (parte civil), la nulidad declarada por el Juzgado fue revocada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla conformada entre otros por el Magistrado Ojito Palma, mediante auto del 31 de agosto de 1995.

El 7 de febrero de 1996, se denegaron algunas pruebas solicitadas por los sujetos procesales, lo que originó la interposición del recurso de apelación por parte del defensor del sindicado Víctor Camilo Padilla Sandoval.

El 22 de abril de 1996, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla resolvió el recurso absteniéndose de conocerlo por falta de sustentación.

Devueltas nuevamente las diligencias al Juzgado, este continuó con el trámite del asunto hasta culminar con la sentencia del 3 de junio de 1996,

por medio de la cual se absolvió a los sindicados de los cargos que les habían sido formulados en la resolución de acusación.

Apelada la decisión por las diferentes personas que actúan como Parte Civil, se remitió la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial, al Despacho del Magistrado Julio Ojito Palma, para que actuara como ponente, ante incapacidad del doctor Luis Peñaranda Slegmann quien lo venía haciendo como tal. (folio 18, cuaderno 18)

En su despacho las diligencias, el doctor Julio Ojito Palma se declaró impedido con fundamento en la causal señalada en el ordinal 2° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, advirtiendo que uno de los sujetos procesales es el Citibank, establecimiento bancario del que actualmente es deudor, vínculo que considera le impide actuar imparcialmente, para probarlo adjunto copia de una certificación del mencionado banco fechada el 23 de febrero de 1996 (folios 19 y 20 del cuaderno original No. 18).

El restante integrante de la Sala de Decisión, doctor Rodrigo Jabba Navarro, rechazó el impedimento en cuestión por considerar que no se cumple la causal alegada por el impedido, por no establecerse una relación "intuitu-personae" entre el sujeto procesal y el funcionario judicial.

Respaldo su criterio en similar pronunciamiento del Magistrado que ahora se declara impedido, que encontró eco en esta Sala de Casación mediante decisión del 7 de abril de 1995.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Sería del caso resolver sobre la declaratoria del impedimento manifestado por el doctor Julio Ojito Palma, de no advertirse la forma irregular como fue adoptada la decisión de rechazo del impedimento en el Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla.

2.- La decisión que rechazó el impedimento manifestado por el doctor Ojito Palma fue proferida por uno sólo de los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión, pues conformada originalmente por tres, la declaratoria de impedimento de uno (Ojito) y la incapacidad por 30 días de otro (Peñaranda Slegmann), dejó como único Magistrado al doctor Jabba Navarro quien finalmente decidió.

3.- La adopción de una decisión que legalmente corresponde a la Sala de Decisión, por solo uno de los miembros de la misma resulta violatoria de los artículos 182 del Código de Procedimiento Penal y del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia habida cuenta que, según esa norma, se requiere para su "deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección", o de la "mayoría absoluta de los votos".

4.- La mayoría de los miembros de la Sala de Decisión conformada por tres (3) Magistrados es obviamente la formada por dos (2) de ellos, por lo

que la decisión emitida con el voto de uno solo de los integrantes deviene en ilegal por desconocer la naturaleza colegiada de la misma.

5.- En consecuencia, el Magistrado Ponente deberá obrar de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 54 citado y proceder a reintegrar la Sala con Conjuces.

6.- Corolario de lo anterior será que la Corte se abstenga de conocer del impedimento del doctor Ojito Palma y ordene la devolución de las diligencias para que la actuación se rehaga conforme al mandato de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

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

#### RESUELVE

ABSTENERSE de conocer del impedimento manifestado por el Doctor Julio Antonio Ojito Palma, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Comuníquese y Cúmplase

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## COMPETENCIA-Cuantía/ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO

*Es un hecho que la conducta investigada se realizó antes de la vigencia del Decreto 2700 de 1991 y que para esa época los Jueces Municipales conocían de delitos contra el patrimonio económico hasta por cuantía de 20 salarios mínimos legales, como también es cierto que a partir de dicho decreto la citada cuantía se incrementó frente a hechos que no excedieran de 50 salarios mínimos mensuales, todo ello sin perjuicio de lo que en su momento dispuso la ley 23 de 1991 frente a las contravenciones especiales.*

*Según lo anterior, si la cuantía del delito por el que se enjuicó y condenó al señor (...) hubiese sido de 900.000 pesos, habría sido evidente que con la puesta en vigencia del C. de P. Penal - Julio 1 de 1992 - el Fiscal Seccional habría perdido facultad para proferir resolución acusatoria o preclusión y el respectivo Juez del Circuito habría carecido de competencia para adelantar y culminar el juicio.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

*Aprobado Acta No. 123 (22-08-96)*

*Proceso No. 9349*

### Vistos

Decide la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Hernando Cucanchón López contra la sentencia proferida en su contra por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria en lo fundamental de la dictada por el Juzgado 54 Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo halló responsable de un delito de estafa.

La Corporación varió la sanción principal impuesta, la cual redujo de dieciséis (16) a doce (12) meses de prisión. Lo propio hizo con la pena de multa disminuyéndola de un mil cuatrocientos pesos (\$1.400.00) a un mil pesos (\$1.000.00). Dejó en firme la condena a pagar trescientos dieciséis

(316) gramos oro por los perjuicios material y morales causados con la infracción y la concesión de la condena de ejecución condicional.

### HECHOS

Tuvieron ocurrencia en esta ciudad el 19 de julio de 1990 día en que Hernando Cucanchón López suscribió promesa de compraventa con Rodrigo Bernal López en la que el primero se comprometió a transferir al segundo el derecho de dominio sobre el apartamento 411 de la calle 82 B # 96-14 del barrio Bachué, por valor de \$3.500.000, acordando como fecha para la entrega de dicho inmueble el 16 de noviembre del citado año. Para tal efecto el señor Bernal López entregó al vendedor la suma de \$900.000,00, de los cuales dió \$500.000 al firmar la promesa, a título de arras, dos contados de \$100.000, cada uno y otro por \$200.000, dinero que éste último que se entregó como adelanto con el "pretendido" fin de cubrir unas cuotas que se adeudaban al Instituto de Crédito Territorial (hoy Inurbe), lo cual jamás ocurrió. Todo ello se produjo no empecé el procesado en ningún momento tuvo propiedad sobre el inmueble, aunque sí lo ocupó durante catorce meses al cabo de los cuales fue despojado de su tenencia por prosperar proceso de lanzamiento en su contra, trámite que se adelantaba precisamente cuando prometió vender a Bernal.

Los propietarios del inmueble eran en realidad Jorge Alejandro Agamez Robles y Yubi Lucia Panneso Robledo, quienes lo habían adquirido del Incredital y lo enajenaron finalmente a Raúl Cano. En la promesa de venta respectiva (cuyas firmas se autenticaron en Noviembre 11 de 1989) se había hecho constar la anulación de una promesa de venta anterior, hecha en favor de un Jairo Vicente Castillo. De éste Jairo Castillo dijo haber adquirido el condenado Cucanchón López.

Para demostrarlo aportó un "contrato de permuta" en fotocopia autenticada de fotocopia, donde no aparece acreditada la genuinidad de la firma del supuesto "promitente vendedor" Castillo, y al que los falladores de grado restaron toda importancia.

### ACTUACIÓN PROCESAL

La Sala acoge la síntesis realizada por la Delegada:

*"Con base en la denuncia formulada por Rodrigo Bernal ante la Unidad Judicial de San Fernando, el Juzgado 123 de Instrucción Criminal de Bogotá dispuso la práctica de diligencias preliminares, para posteriormente iniciar formal investigación penal, a la cual fue vinculado mediante indagatoria Hernando Cucanchón López, contra quien el Fiscal 173 de esta ciudad dictó medida de aseguramiento de caución prendaria por el delito de estufa, mediante resolución de fecha 23 de febrero de 1993 y luego de clausurada la investigación lo acusó por el referido delito.*

*Ejecutoriada la resolución de acusación, fue remiido el expediente a los Juzgados Penales del Circuito, correspondiendo su conocimiento al cincuenta y cuatro. Este despacho adelantó todo el trámite del juicio y mediante fallo del once de octubre de 1993, condenó al acusado en la forma ya expuesta con antelación, decisión ésta que oportunamente apelada, fue reformada por el Tribunal Superior de Distrito en los términos señalados en precedencia, por medio de la sentencia del 30 de noviembre de 1993".*

La resolución de acusación fué proferida el 27 de mayo de 1993. Durante el juicio, la defensa solicitó algunas pruebas, oportunamente denegadas por el juez de la instancia.

#### LA DEMANDA

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación el recurrente eleva los siguientes reproches:

##### Primerero:

Considera que la sentencia es violatoria de normas de derecho sustancial proveniente de un error en la apreciación de pruebas, dado que no existe probanza suficiente que permita predicar la inducción en error producida por el procesado en detrimento de los intereses de la víctima. Coloca como fundamento de su aserto similares planteamientos a los presentados en las instancias cuya base primordial es calificar el asunto materia de estudio como de índole civil exclusivamente.

Se refiere, entonces; al incumplimiento de la víctima en lo atinente al precio -ya que sólo sufragó una parte de él (\$900.000.00) y de la validez del contrato celebrado entre su patrocinado y el sujeto pasivo de la infracción por haberse plasmado en un modelo prediseñado que no reúne los requisitos legales. Su alcance -asevera- es el de una cesión de derechos surgidos en el litigio dado que su objetivo era la venta del evento incierto de una liti, acción perfectamente legal.

También alude a la buena fe del imputado. Como ella no sólo debe presumirse por ley, de igual manera surge diáfana del contrato pues allí se encuentran plasmadas la totalidad de las características y atributos del bien objeto de él. Incluso, aún suponiendo que el contrato fuere perfecto, lo que prometió vender el implicado fue "...una calidad litigiosa, la cual no fue simulada ni ocultada, y, por el contrario, las partes del negocio jurídico, a su manera, y de acuerdo con sus conocimientos, la dejaron consignada en el respectivo documento."

Por consiguiente, respecto de un contrato viciado de nulidad y objeto de incumplimiento, no puede existir estafa alguna. Menos aún se encuentra prueba que señale a su defendido elaborando trampas para obtener el aprovechamiento.

Además, resulta un desacierto de la sentencia considerar como materialización del engaño y, por ende, de la inducción en error, el contrato nulo o la tenencia del bien por el encartado. Ello no fue provocado por su poderdante pues se había producido con anterioridad a la negociación. Tampoco es de este tenor pactar la fecha para firmar la escritura dentro de un contrato nulo, así como asegurar, sin respaldo probatorio alguno, que la víctima entregó dinero adicional a Cucanchón.

Finaliza su escrito llamando la atención respecto de su defendido no sólo por no poseer las características propias del estafador sino también por carecer sus actos de una finalidad ilícita pues su negativa a pagar cuotas atrasadas al Instituto de Crédito Territorial son indicativas de su incapacidad económica, de su buena fe y de un hecho por el cual no tenía obligación alguna por no haber sido objeto de contrato.

#### *Causal Tercera:*

La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad ya que la cuantía de lo defraudado, esto es, el dinero entregado por la víctima al procesado señalan como funcionarios competentes a los jueces municipales y no a los del Circuito, pues los novecientos mil pesos (\$900.000.00) implican la asignación a los primeros del conocimiento del asunto merced al factor funcional.

De otro lado, el relato de los hechos que proporcionara Cucanchón al proceso debe tenerse como confesión y, por ende, es manifiesta su indivisibilidad. De allí se colige que solamente la buena fe de su patrocinado le impidió el saldo de las arras pactadas, "...actuación que suspende la ejecución del pretendido ilícito hasta el momento en que recibió el segundo abono de las arras convenidas y no terminadas de pagar. Esta suma de dinero no alcanza a ser suficiente para atribuir la competencia a los Juzgados Penales del Circuito."

Luego, después de advertir que los documentos aportados al proceso son plena prueba, asegura que en ellos se establece que:

*"...Castillo prometió a Cucanchón: que Cucanchón prometió vender a Bernal; que Yubhy Panesso y Jorge Agamez, prometieron vender a un tercero pero (como se desprende de esa promesa de venta) ya habían negociado con Castillo, el mismo que vendió a Cucanchón, según constancia que reposa en la parte final del documento firmado entre Agamez y Cano, ya comenlado. Es decir señores Magistrados: Hernando Cucanchón sí tenía el derecho sobre su apartamento; no engañó a nadie y si no ha resarcido los daños, bien lo dijo, es porque cuando localizaba a Bernal, éste no quiso recibir el reintegro en la misma forma y plazos en que entregó los dineros."*

Por todo lo anterior solicita se declare la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se produjo la irregularidad: en subsidio, dictar la sentencia de absolución, revocando la sentencia impugnada.

## CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL

Examina en primer término y de manera exclusiva el cargo presentado al amparo de la causal tercera de casación, atendiendo a la lógica del recurso y porque, como se verá, encuentra que el mismo prospera.

Fíase a destacar imprecisiones del actor - como la de acudir al concepto de competencia funcional para identificar un problema de competencia por el factor de la cuantía - encuentra que la nulidad invocada indica de manera comprensible el hecho en que se fundamenta pues se alega que dado el monto de la defraudación (900.000 pesos) era un Juez Municipal y no uno del Circuito quien debió conocer del proceso.

Luego de señalar que la cuantía, en delitos contra el patrimonio económico, reviste singular importancia porque con base en ella no solo se determina la competencia sino además la indemnización de perjuicios y la dosificación de la pena. Expresa que el examen del expediente evidencia que denunciante y procesado celebraron un contrato de promesa de venta por valor de tres millones quinientos mil pesos, de los cuales el comprador pagó novecientos mil únicamente "antes de descubrirse sumido en el error de creer que le cumpliría con la tradición del dominio y la entrega de inmueble, pues comprobó que en verdad el procesado no era su titular y que sobre el bien recaía gravamen (patrimonio de familia) que imposibilitaban su transferencia".

Que como de los aludidos valores fueron los 900.000 pesos aquellos correspondientes a la prestación o disposición patrimonial que la víctima realizó en favor del implicado, quien correlativamente los obtuvo como provecho ilícito, dicha suma constituye el elemento estructurante del delito y el factor para establecer la cuantía de la estafa. No así los tres millones quinientos mil pesos "porque esta suma no fué de la que se lucró ilícitamente el autor del delito con detrimento del patrimonio de la víctima".

Agrega la Procuraduría Delegada que un criterio diferente propendería a cuantificar el monto de la defraudación con base en supuestos inexistentes y, por lo mismo, "fomentadores de decisiones injustas, ya que una adecuada tasación de la cuantía en los casos en que el perjudicado bajo la gravedad del juramento no lo haya hecho, o cuando el valor que él exprese suscite confusión y el perito no la clarifique (art.295 C.P.P.), debe reflejar el daño patrimonial que sufre la víctima y que, en igual medida, beneficia ilícitamente al estafador".

Como la denuncia ante la Policía Judicial señala como cuantía de la estafa la suma de 900.000 pesos, a dicha cantidad se circunscribe la cuantía, siendo el mismo el valor que debe tenerse en cuenta para establecer cuál es el funcionario competente para adelantar el juzgamiento. Y como el valor del salario mínimo legal para 1990 -época de los hechos- era



de 41.025 pesos, los 20 salarios mínimos de ese entonces arrojaban la suma de 820.500 pesos, tope hasta el cual llegaba la competencia de los jueces municipales.

Sin embargo con la entrada en vigor del C.P.P. de 1991 (Decreto 2700, que entró a regir el primero de julio de 1992) dicha cuantía se incrementó hasta 50 salarios mínimos mensuales, con lo que la competencia de los jueces municipales llegaba, para hechos cometidos en dicha época, hasta 2.050.250 pesos, evidentemente superior a la suma materia del ilícito acá juzgado, siendo evidente, entonces, el vicio de actividad señalado por el impugnante y la sanción de nulidad prevista en el art. 304.1 del C.P.P., por lo que debe declararse ella "dejando en firme la resolución de acusación" excepto en el numeral que ordena remitir la actuación a los Jueces Penales del Circuito para que, en su lugar, se envíe a los Jueces Penales Municipales de esta ciudad.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

##### 1. Frente a la causal tercera de casación.

No considera la Corte que las peticiones del censor y de la Procuraduría Delegada en lo Penal estén llamadas a prosperar frente a la presunta incompetencia del fallador.

Es un hecho que la conducta investigada se realizó antes de la vigencia del Decreto 2700 de 1991 y que para esa época los Jueces Municipales conocían de delitos contra el patrimonio económico hasta por cuantía de 20 salarios mínimos legales, como también es cierto que a partir de dicho decreto la aludida cuantía se incrementó frente a hechos que no excedieran de 50 salarios mínimos mensuales, todo ello sin perjuicio de lo que en su momento dispuso la ley 23 de 1991 frente a las contravenciones especiales.

Según lo anterior, si la cuantía del delito por el que se enjuició y condenó al señor Cucanchón López hubiese sido de 900.000 pesos, habría sido evidente que con la puesta en vigencia del C. de P. Penal - Julio 1 de 1992 - el Fiscal Seccional habría perdido facultad para proferir resolución acusatoria o preclusión y el respectivo Juez del Circuito habría carecido de competencia para adelantar y culminar el juicio.

Sin embargo la imputación formulada en el pliego acusatorio, con todo y no ser un modelo de detalle frente a todos los pormenores normativos que regían el proceso de subsunción, señaló :

*"Se tiene entonces, con fundamento en la prueba documental traída, - escritura pública y contrato de permuta - que Cucanchón López prometió en venta un bien que al parecer no le pertenecía, utilizando para ello manobras engañosas que surtieron efecto en la voluntad de Bernal López, por lo que se desprendió de la suma de NOVECIENTOS MIL PESOS M/CTE*



(S 900.000.00) , obligándose con antelación como resultado del efecto de la conducta reprochable del sindicado, a pagar la suma de TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (83.500.000) como precio de la venta del bien que fraudulentamente se le ofrecía. Es criterio del despacho, que la conducta se adecúa plenamente a la tipificada por el legislador en el art. 356 del C. Penal."

No hay por qué considerar pues que el cargo se formuló por Estafa en suma de novecientos mil pesos, ni que esa sea la cuantía determinante de la competencia cuando se tiene sabido que el señor Bernal López se obligó por la suma de tres millones quinientos mil pesos al suscribir la promesa de venta, incorporando con ello un débito por dicha cantidad a su patrimonio, de modo que así no se estaba ni ante un daño potencial , ni ante una simple expectativa, concepto éste que en general doctrina y jurisprudencia aceptan. Así, por ejemplo, MEZGER:

*"(el perjuicio) es lógicamente, la disminución del conjunto de valores económicos correspondientes a la persona, lo cual puede producirse tanto mediante una disminución del activo, como mediante un aumento del pasivo. Más brevemente: el perjuicio patrimonial es la disminución del patrimonio en conjunto" (Cua de Barrera Domínguez; Delitos contra los intereses económicos particulares)*

De la misma manera ha de entenderse el concepto del verbo rector del tipo penal, obtener provecho ilícito, frente al bien jurídico tutelado, la incorporación del crédito por la suma aludida al patrimonio del procesado Cucanón López, es decir, del derecho a que el obligado dé, haga o deje de hacer la prestación jurídica de dicho valor, consuma el delito y determina su monto. Cosa distinta es que el agotamiento del ilícito se haya verificado sobre toda la prestación o sólo sobre parte de ella, como aquí ocurrió frente a los novecientos mil pesos. Pero, se repite, ello ya tendrá que ver con otros fenómenos como los relativos a la etapa del agotamiento, al restablecimiento del derecho y a la obligación de indemnizar, que son puntos no identificables ni coincidentes siempre con la consumación o perfeccionamiento del hecho punible y con su cuantificación. No tiene cabida, entonces, la aspiración de que se anule el proceso por incompetencia del juzgador.

## 2. Frente a la causal primera de casación.

Abundante en argumentos y raciocinios, la demanda en éste lógico no está llamada a prosperar como quiera que no cumple con las exigencias técnicas que se imponen en su alegación y demostración.

Básicamente el casacionista retoma los alegatos que en las instancias produjo, reconduciendo la discusión hacia la naturaleza meramente civil del negocio jurídico, a lo que considera los "errores doctrinarios" de la sentencia, a su personal interpretación de que lo sucedido fue el simple

incumplimiento de una obligación por parte de su defendido, a la ausencia de dolo y la diferenciación entre el denominado dolo civil y el dolo penal, a la validez del acto jurídico de venta de cosa ajena, a la nulidad del contrato celebrado entre los sujetos de la relación jurídica sustancial y a la ausencia de engaño o de mise en scene.

Lo que no encuentra la Sala, frente a esa carga de argumentos y consideraciones, es que el libelo haya precisado, detallado y demostrado, el haber incurrido el sentenciador en uno o varios errores de hecho o de derecho sobre las probanzas que construyen la sentencia y cómo, prescindiéndose de esos elementos probatorios, el juicio de valor inequívocamente habría de desembocar en un fallo diferente al emitido por cuanto el *factum* subsumido en la norma que consagra la tipicidad de estafa, era otro y no el efectivamente considerado por las instancias.

Alejado así de la técnica que rige el recurso, y no siendo posible a la Corte reemplazar al actor para depurar su impugnación, corregirla o complementarla, el fracaso de la demanda se impone y así habrá de declararse.

Consecuencia de lo anterior, la Sala Penal de la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

NO CASAR EL FALLO IMPUGNADO.

Cumplase Y Devuélvase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel Jorge Córdoba Foveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Whanda Fernández León, Conjuez.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY**

*En la violación directa, todo cuestionamiento probatorio se hulla fuera de lugar, porque el error jurídico que se critica estriba en la aplicación de la norma o su falta de aplicación, o su interpretación por el juez, pero indefectiblemente, aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, por efecto de la errata selección de la normatividad sustancial llamada a regir el caso o de la equivocada interpretación de su contenido o alcance jurídico; contrariamente a lo que ocurre en la violación indirecta, en la que el error del sentenciador que da pie a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de un precepto sustancial, se origina en los aspectos probatorios, en los que necesariamente ha de recaer de inicio, la crítica del casacionista, diferencias jurídicas éstas de índole conceptual, que hacen inconciliable la alegación conjunta y desde un mismo punto de vista, de la violación directa y el cuestionamiento de aspectos probatorios del fallo impugnado.*

**Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., octubre diez de mil novecientos noventa y seis.**

**Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Pérez Velandía**

**Aprobado Acta No.146**

**Proceso No. 12279.**

Examina la Corte el aspecto formal de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 3 de mayo del presente año, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante la cual se condena a Pedro David Tojancé Pérez en calidad de coautor responsable del delito de Falsedad ideológica en documento público.

### **ANTECEDENTES**

1o. - Por Acuerdo número 19 de 1984 el Concejo Municipal de Sogamoso y con cargo a la vigencia fiscal del año de 1985, aprobó un auxilio de ciento cincuenta mil pesos para la construcción del alcantarillado del barrio

El Oriente de esa ciudad, que fue cancelado previo el diligenciamiento de la documentación correspondiente, con cheque girado a favor de la firma "Distribuidora Super", que fue endosado a favor de José Tito Rojas; sin embargo, como pasados varios días la obra no se había realizado, los representantes de la zona comunal favorecida formularon el reclamo y se supo entonces, que para la obra no se había recibido la tubería y que la firma beneficiaria del referido cheque ni siquiera existía.

2o.- A la investigación fueron vinculados varios empleados públicos, entre ellos, Pedro David Tojancé Pérez, Oficial de Hacienda, adscrito a la Alcaldía Municipal y un particular, de los cuales, dos fueron comprometidos en juicio según auto de proceder fechado el 26 de julio de 1988 que cobró ejecutoria el 21 de febrero de 1990 (fl. 484 cd.ppl. I), como coautores de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, uno como cómplice y, uno como autor de peculado culposo.

En el decurso procesal se declaró la prescripción de la acción por el delito de peculado respecto de todos los implicados y, para el cómplice también por la falsedad (fls. 632, 647 y 707 cd.ppl. I); de tal manera, la sentencia se profirió únicamente respecto del mencionado Tojancé Pérez y de Olga Lucía Maldonado, ambos empleados públicos para la época de los hechos, a quienes, surtido el juicio, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, condena en primera instancia en calidad de coautores del delito contra la fe pública, siendo esta determinación confirmada por el Tribunal Superior del Distrito al revisarla por apelación.

3o.- Inconforme la defensa con el fallo de segundo grado, interpuso el recurso de casación que sustenta con la demanda cuyo aspecto formal, conforme a lo previsto en el artículo 226 del C. de P.P., revisa ahora la Corte.

#### LA DEMANDA

Con fundamento en la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P. el señor defensor recurrente acusa la sentencia de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial, específicamente del artículo 219 del C.P., por aplicación indebida, en razón a que en el proceso no se demostró que hubiera cometido el delito que se le atribuye, en ejercicio de sus funciones de empleado público.

Explica que no aparece prueba de que "en el acto de su nombramiento" se le hubieran atribuido funciones específicas; que para la época de los hechos "no existía manual de funciones, en el cual se determinarían cuáles eran las funciones específicas del Oficial de Hacienda", que era el cargo que su poderdante desempeñaba; que tales funciones, siendo de carácter legal, debían estar contenidas en un "decreto o manual de funciones"; que la inexistencia de dicho manual de funciones se demostró con el testimonio de Néstor Raúl Fagua, Secretario de Gobierno, de todo

lo cual infiere que el Tribunal incurrió en la indebida aplicación del artículo 219 del C.P. porque el procesado "no actuó en ejercicio de sus funciones" como lo exige esta disposición legal.

De tal manera, concluye, la conducta agotada por el sentenciado "pudo configurar un tipo penal diferente, contemplado en otra norma sustancial, que en realidad subsuma o contemple" su comportamiento.

Avanzando en su exposición recuerda que según el artículo 20 de la C. N. de 1886, vigente para la época de los hechos responsabilizaba a los empleados públicos por infracción a la Constitución y las leyes en ejercicio de sus funciones; que los artículos 26 de la misma codificación superior y el 29 de la actual permiten el juzgamiento solo conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y que las funciones de Tojancé no estaban contempladas en norma escrita anterior a los hechos de su juzgamiento. Después de explicar que el ordenador del gasto en el municipio era el Alcalde y por delegación suya el Secretario de Hacienda si lo hubiere y que este no era el cargo que ocupaba su procurado, sin embargo de lo cual en el fallo se afirmó que sus funciones eran las previstas en el artículo 625 del Código Fiscal de Boyacá que regía para 1985.

Al razonar así el Tribunal violó el derecho de defensa del procesado "pues no dio la oportunidad de controvertir esta apreciación; toda vez que introdujo de esta manera un elemento nuevo, no debatido a través del proceso."

Luego de nuevas reiteraciones esenciales y de citas doctrinarias respecto de la necesidad de la prueba de la comisión del hecho punible en ejercicio de las funciones legales, reafirma su convicción de que el artículo 219 del C.P. fue transgredido por el Tribunal en forma directa, a lo cual añade una extensa relación de otros dispositivos legales que estima violados, a saber, los artículos 20 y 26 de la C.N. de 1886, los 6 y 29 de la C.N. actual, los 1, 2, 3 y 7 del C.P., y, el 13 de la Ley 153 de 1887.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Graves e insalvables son las inconsistencias de orden formal que presenta el escrito de demanda, y que de entrada, hacen imperativo su rechazo y la declaratoria de deserción del recurso, como así se decidirá, en efecto:

Lo primero que aparece es la falta de claridad al conceptualizar como violación directa de la ley sustancial, artículo 219 del C.P., la aplicación de esta norma por el fallador, con lo cual se hace manifiesta la aceptación de la prueba considerada en la sentencia impugnada y las conclusiones que respecto de ella aparecen consignadas allí, pues, como reiterativa y constantemente lo han establecido la jurisprudencia de esta Sala y la doctrina, en la violación directa, todo cuestionamiento probatorio se halla

fuera de lugar, porque el error jurídico que se critica estriba en la aplicación de la norma o su falta de aplicación, o su interpretación por el juez, pero indefectiblemente, aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, por efecto de la errada selección de la normatividad sustancial llamada a regir el caso o de la equivocada interpretación de su contenido o alcance jurídico; contrariamente a lo que ocurre en la violación indirecta, en la que el error del sentenciador que da pie a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de un precepto sustancial, se origina en los aspectos probatorios, en los que necesariamente ha de recaer de inicio, la crítica del casacionista, diferencias jurídicas éstas de índole conceptual, que hacen inconciliable la alegación conjunta y desde un mismo punto de vista, de la violación directa y el cuestionamiento de aspectos probatorios del fallo impugnado.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el actor afirma que la violación del artículo 219 del C.P. fue directa, pero al exponer las razones de su dicho se concentra en cuestionamientos básicos de índole probatoria, aduciendo repetidamente que en el proceso no aparece prueba de las funciones atribuidas a su poderdante en el cargo oficial que desempeñaba para la época de los hechos, o que las que tuviera fueron las referidas en la sentencia; pues no existía manual de funciones de ese cargo, ni sus funciones estaban contenidas en un ordenamiento legal allegado al proceso.

Reflexionando de esta manera, el casacionista critica la objetividad probatoria examinada por el Tribunal y las conclusiones a que éste arribó para sostener la imputación base de la condena, esto es, incursiona por el ámbito de la violación indirecta de la ley sustancial no obstante reiterar que lo que hubo fue una violación directa, suprimiendo de esta manera la claridad y precisión que el juicio jurídico a la sentencia demandada exige, el artículo 225 del C. de P.P. en su numeral 3o., como supuesto de viabilidad del recurso extraordinario.

Esta inconsistencia de por sí suficiente para la adopción de la decisión anunciada, no es sin embargo la única ni la más grave que afecta la demanda.

El actor, sin incluir una censura diferente a la basada en la causal 1a. mencionada afirma, de una parte, que el Tribunal incurrió en violación del derecho de defensa de su procurado por avasallarle la oportunidad "de controvertir" la prueba sobre las funciones que le atribuyó para imputarle el delito propio de empleado oficial y de otra, que la conducta de su poderdante "pudo configurar un tipo penal diferente, contemplado en otra norma sustancial", - yerro alegables exclusivamente a través de la causal 3a. de casación -, razonamientos con los cuales hace una mixtura de dos causales incompatibles entre sí, que deben proponerse separadamente, a voces del artículo 225, numeral 4o., con lo que introduce un nuevo



elemento de confusión a la demanda, que no puede ser soslayado frente a la palmar advertencia del último aparte de esta norma, igualmente valdero en relación con el primer segmento del discurso impugnatorio.

La redacción del escrito, pues, no da pie, como se advirtió, a la viabilidad del recurso, pues las fallas formales que exhibe no pueden ser ignoradas por la Corte o soslayadas con interpretaciones legales innecesarias.

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

#### RESUELVE

**RECHAZAR IN LIMINE** la demanda de casación presentada en este proceso; por consiguiente, *Declarar Destierro* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que condena a Pedro David Tojancá Pérez en calidad de coautor del delito de falsedad ideológica en documento público. En firme. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calveta Rangé, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Píntula Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **COLISION DE COMPETENCIA/ FISCALIA**

*El artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal al cual se aliene el remitente, le da a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento "De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales: entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República."*

*De ese contexto normativo que no alteró el inciso segundo del artículo 16 de la ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, se deduce con toda nitidez que la facultad de la Sala de Casación Penal para dirimir colisiones de competencia se encuentra limitada a los incidentes que se susciten exclusivamente en la etapa acusatoria, pues es en ella donde el conocimiento corresponde a los jueces y tribunales, por lo que quedan excluidas las actuaciones que surjan en la etapa de instrucción, dado que ellas están a cargo de la Fiscalía, de tal manera que los conflictos de esa índole que puedan surgir entre fiscales, tendrán que dirimirse en principio al interior de esa entidad, de conformidad con las atribuciones que la ley le otorga en los artículos 123, 124 y 125 del Código de Procedimiento Penal.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Aprobado Acta No.145 (octubre 9/96)*

*Proceso No. 12294*

### **VISTOS**

De la Fiscalía Regional, Unidad de Terrorismo de Santafé de Bogotá se han recibido las presentes diligencias con invocación del artículo 68-5 del Código de Procedimiento Penal y a fin de que la Sala se pronuncie en relación con un conflicto de competencia suscitado años atrás entre un Juzgado de Instrucción Criminal y uno Especializado de esta misma ciudad.

## ANTECEDENTES

1. El legajo de copias recibido en la secretaría de la Sala se remite a una averiguación iniciada el 2 de enero de 1988 por el extinto Juzgado Segundo Especializado de Bogotá, con el propósito de establecer la posible comisión de un delito de terrorismo sucedido en la noche del 30 de diciembre de 1987, cuando en un supermercado ubicado en la calle 30 C sur No. 3 - 49 Este, barrio Bello Horizonte de esta capital, de propiedad de la señora María Irene Allaro de Martínez se produjo la explosión de un petardo, hecho que la perjudicada atribuyó a su ex concubinario Pablo Emilio Ramírez Martínez. (Fl. 4).

2. El 23 de mayo siguiente, el Juzgado Especializado declaró que la competencia para conocer de este asunto no le correspondía, por lo que resolvió remitirle el expediente a los jueces penales del circuito, al estimar que el hecho se adecuaba al delito de daño en bien ajeno y no al de terrorismo, proponiendo desde entonces colisión negativa de competencia al despacho de esa jerarquía al cual le fuera adjudicado el proceso por reparto. (Folios 71 a 74).

Como el proponente se equivocara respecto del destinatario del incidente, ocasionando que la actuación fuera devuelta, mediante auto del 30 de junio (folio 81) se vio impuesto a remitirla al reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal.

3. Recibido el asunto en el Juzgado 39 de Instrucción Criminal, este prosiguió con la actividad instructiva hasta 26 de diciembre de 1989, cuando, al resolver una petición del apoderado de la parte civil, decidió trabar el conflicto de competencia anunciado por el Juzgado Segundo Especializado, de tal manera que también se declaró sin competencia para proseguir la actuación y dispuso enviar el expediente al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá para que dirimiera el incidente.

4. El 9 de octubre de 1991 (folio 143), se clausuró la investigación. Sin embargo, después de transcurrido un año y de asumir la Fiscalía el conocimiento de los asuntos a cargo de los Juzgados de Instrucción, la Unidad Sexta de Patrimonio Público y Privado mediante auto del 26 de noviembre de 1992 (folio 149), volvió la actuación a la etapa instructiva considerando que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá no había resuelto aún el conflicto de competencia.

5. El 17 de marzo de 1995 (folio 175), sin que la situación variara, se ordenó remitir el expediente a la Unidad de Fiscalía Regional "por competencia".

6. La Unidad de Terrorismo de la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá, avocó entonces el conocimiento del proceso, dispuso la práctica de pruebas, e infructuosamente trató de establecer el paradero del cuaderno original de la actuación.

7. Posteriormente, en proveído del 22 de agosto de 1996, la misma Unidad de terrorismo adoptó la siguiente determinación:

*"Como quiera que los asuntos que conocían los desaparecidos Juzgados Especializados pasaron al conocimiento de los Juzgados de Orden Público y éstos a su vez a las Fiscalías Regionales, y aún persiste el conflicto planteado sin dirimir, ordénase remitir la actuación procesal para ante la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Penal, de conformidad con el numeral 5o. Del artículo 68 del C.P.P. para lo pertinente".*

#### CONSIDERACIONES

1. El artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal al cual se atiene el remitente, le da a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento "De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales: entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República."

2. De ese contexto normativo que no alteró el inciso segundo del artículo 16 de la ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, se deduce con toda nitidez que la facultad de la Sala de Casación Penal para dirimir colisiones de competencia se encuentra limitada a los incidentes que se susciten exclusivamente en la etapa acusatoria, pues es en ella donde el conocimiento corresponde a los jueces y tribunales, por lo que quedan excluidas las actuaciones que surjan en la etapa de instrucción, dado que ellas están a cargo de la Fiscalía, de tal manera que los conflictos de esa índole que puedan surgir entre fiscales, tendrán que dirimirse en principio al interior de esa entidad, de conformidad con las atribuciones que la ley le otorga en los artículos 123, 124 y 125 del Código de Procedimiento Penal.

3.-En el asunto que ocupa ahora la atención de la Sala, se hace evidente, en primer lugar, que el envío de la actuación original al Tribunal Superior de Bogotá para que dirimiera inicialmente el asunto, se constituye en primer motivo que inhibe la proposición de un nuevo incidente sobre idéntico motivo, lo que equivale a decir que la actividad preferente tendrá que ser la de la localización diligente y exhaustiva de aquellas piezas procesales, a fin de determinar si la colisión ya fue resuelta, si en ese caso el expediente se remitió a alguno de los funcionarios en conflicto o a un tercer despacho, y si en su defecto la actuación se extravió, determinar sobre la copia de la decisión del superior de qué manera había sido definido el asunto, pues solo en la hipótesis de que la pérdida del legajo se hubiese dado antes del pronunciamiento, sería viable reponer la actuación intentando de nuevo la solución del conflicto. Pero aún en ese último caso, tampoco la competencia para dirimir la colisión negativa sería de

esta Sala, en cuanto a ella no se le ha dado sobre este aspecto una competencia residual que la autorice a pronunciarse.

En síntesis, ningún motivo actual habilita para el pronunciamiento de ésta Sala especializada en relación con el conflicto suscitado, por lo que la actuación regresará a la oficina de origen, sin un pronunciamiento de fondo.

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

#### RESUELVE

ABSTENERSE de efectuar pronunciamiento alguno en este asunto, por falta de competencia.

Cópiase y devuélvase a la oficina de origen.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## CAMBIO DE RADICACION

*De conformidad con el numeral 8° del artículo 68 del C. de P. Penal, es competente la Corte Suprema de Justicia para conocer de las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un Distrito Judicial a otro, durante la etapa del juzgamiento.*

*El incidente en cuestión, constitutivo de una excepción legal al factor territorial determinante de la competencia en materia penal, afianza su finalidad y procedencia en el Art. 83 de la codificación adjetiva, en el sentido de que puede 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.*

*Cualquiera de estos factores exógenos, externos al juzgador y que rodean el ambiente territorial donde debe ventilarse la fase del juicio, tiene la entidad suficiente, previa demostración, para disponer el cambio de radicación del proceso hacia otro entorno ausente del obstáculo.*

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

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

*Aprobado Acta No. 145 (09-10-96)*

*Proceso No. 12317.*

## VISTOS

El Dr. Juan Carlos Gutiérrez C., en condición de Fiscal Regional Especial de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y sujeto procesal dentro del juicio que se adelanta en contra de Jorge Eduardo Martínez Bocanegra por homicidio múltiple agravado, solicita a la Corte el cambio de radicación del proceso a otro Distrito Judicial diferente al de Sinccejo, en cuya jurisdicción se viene adelantando aquel por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre).



## ANTECEDENTES

Mediante Resolución No. 015 de febrero 2 de 1996, el Director Nacional de Fiscalías asignó a la Unidad Nacional de Derechos Humanos la investigación relacionada con la desaparición de Jerson González Arroyo, acaecida en Sincelajo el 20 de noviembre de 1992, siendo hallados en la finca "Potosí", municipio de Sincé (Sucre), los cadáveres de dos personas no identificadas y los restos óseos de una tercera, ninguno de los cuales corresponde al desaparecido.

A la investigación, en calidad de coautor, fue vinculado Jorge Eduardo Martínez Bocanegra, en cuya contra el citado Fiscal profirió resolución de acusación por el delito de Homicidio agravado, en concurso homogéneo, providencia que se halla debidamente ejecutoriada, encontrándose el proceso en la fase del juicio que actualmente adelanta el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre).

Aduce el peticionario que la independencia del funcionario judicial y el sometimiento al imperio de la ley (Arts. 228 y 230 de la C. N.), pueden verse entorpecidas por las intrigas, amenazas o presiones de sectores poderosos e influyentes en la búsqueda de una decisión favorable; para estas circunstancias extraprocesales, el legislador ha previsto el cambio de radicación, instrumento procesal que busca evitar que las decisiones judiciales se vean permeadas por factores ajenos a la equidad, independencia e imparcialidad, como ocurre en la caso a estudio. En efecto, reseña el Fiscal las siguientes circunstancias:

a. Existencia de grupos paramilitares en el Departamento de Sucre, que actúan con la colaboración de algunos miembros de los organismos de seguridad del Estado, impidiendo el normal desarrollo de las investigaciones iniciadas en su contra, mediante acciones directas hacia los servidores públicos de la Rama Judicial.

b. Al procesado Martínez Bocanegra también se le adelanta proceso penal por el delito de conformación ilegal de grupos paramilitares y homicidio, investigación en la cual el testigo presencial de los hechos que delató a los autores, tuvo que abandonar su residencia y la región ante el grave peligro en que estaba su vida.

c. Existen dentro del proceso concretas referencias a la estrecha relación personal entre Martínez Bocanegra y agentes del Departamento Administrativo de Seguridad "D.A.S."; el señor Tercero Rafael Barrios, testigo presencial de los hechos, en su declaración adujo que la actividad delictuosa se realizó con el concurso de agentes adscritos a aquel organismo del Estado, "quienes hicieron presencia en compañía del sindicado y de las víctimas en la finca 'Potosí'". Estos elementos procesales permiten inferir que los partícipes del hecho delictivo conforman una organización de justicia privada, operante en Sincelajo y municipios vecinos, "ca-

paz de poner en riesgo la seguridad de los funcionarios judiciales que conocen del caso, así como la de los testigos de los hechos”.

d. También existen lazos de amistad entre altos oficiales de la Policía Nacional y la familia del procesado, llegando al extremo de que el señor Roberto Martínez Contró, padre del acusado, afirmó que el Comandante del F-2 de la Policía, les informó que en su residencia se practicaría una diligencia de allanamiento y registro en la búsqueda de armas con destino a los grupos paramilitares. Se aprecia así la imposibilidad del juez de la causa para acudir a los organismos con funciones de policía judicial para la práctica de pruebas, porque aquellos no garantizan la imparcialidad requerida.

e. Igualmente, resulta preocupante que la Doctora Luz Mila Santis Martínez, funcionaria de la Fiscalía Seccional de Sincelejo, sea prima hermana del sindicado Martínez Montenegro y quien, según declaración del Mayor de la Policía Héctor Murcia Zapata, también dio aviso a sus parientes del allanamiento a llevarse a efecto en su residencia; sobre esta circunstancia, existe una grabación telefónica de la conversación sostenida entre el sindicado y, al parecer, la citada doctora, cuya transcripción obra en el proceso. A la petición, anexa el sujeto procesal documentos tendientes a probar cada una de las reseñadas circunstancias.

Todos esos factores externos de perturbación, impiden un juzgamiento imparcial por parte del funcionario que viene conociendo del proceso y no garantizan las condiciones para que se desarrolle en forma normal y sin traumatismos, solicitando el Fiscal a la Corte, de conformidad con el Art. 86 del C. de P. Penal, disponga el cambio de radicación, señalando un Distrito Judicial diferente que “garantice el imponderable desarrollo de la investigación”, sugiriendo su radicación en Santafé de Bogotá, en consideración a garantías de seguridad y la presencia en ésta de los sujetos procesales, especialmente el acusado, su defensor y hasta el mismo Despacho Fiscal.

#### CONSIDERA LA CORTE

De conformidad con el numeral 8° del artículo 68 del C. de P. Penal, es competente la Corte Suprema de Justicia para conocer de las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un Distrito Judicial a otro, durante la etapa del juzgamiento.

El incidente en cuestión, constitutivo de una excepción legal al factor territorial determinante de la competencia en materia penal, afina su finalidad y procedencia en el Art. 83 de la codificación adjetiva, en el sentido de que puede 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.

Cualquiera de estos factores exógenos, externos al juzgador y que rodean el ambiente territorial donde debe ventilarse la fase del juicio, tiene la entidad suficiente, previa demostración, para disponer el cambio de radicación del proceso hacia otro entorno ausente del obstáculo.

La imparcialidad e independencia de la administración de justicia, es precisamente la causal en que se apuntala el Fiscal que actúa como sujeto procesal, para solicitar el cambio de radicación del proceso, quien con argumentos serios y acompañamiento de pruebas, hacen plausible sustraer aquel no sólo del territorio donde tiene competencia el Juez Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre), sino del ámbito espacial del Distrito Judicial de Sincelejo, a fin de que el juzgamiento sea realizado en diferente Distrito Judicial, donde se garantice una absoluta imparcialidad e independencia de la Administración de Justicia.

En efecto, los factores reseñados por el Fiscal constituyen serias circunstancias de perturbación que permiten fundamentar concluir que en este caso en el Distrito Judicial de Sincelejo (Sucre), la justicia puede no estar en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia, resultando fácil colegir que sobre el titular del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (y cualquiera otro del Distrito) puede influirse la imparcialidad en el juzgamiento de Jorge Martínez Bocanegra, ante las potenciales amenazas, intrigas o presiones que pueda recibir de grupos paramilitares e, inclusive, de la propia familia de aquel, personalmente o a través de terceras personas.

Los lazos de amistad de Martínez Bocanegra con miembros de los organismos de seguridad del Estado, la investigación que en su contra igualmente se le adelanta por presunta conformación ilícita de grupos paramilitares, la efectiva existencia de éstos en el Departamento de Sucre, el marcado interés en el proceso por su prima Luz Mila Santis Martínez, funcionaria de la Fiscalía Seccional, para mantenerlo informado de ciertas medidas judiciales a practicar en su contra, hacen conveniente autorizar el cambio de radicación solicitado con sólidos fundamentos por el Fiscal Regional Especial de la Unidad Nacional de Derechos Humanos, quien en calidad de instructor y calificador del proceso tiene suficiente conocimiento de las condiciones anormales y traumáticas existentes en la región con relación al juzgamiento de Martínez Bocanegra y que no garanticen la cabal imparcialidad e independencia de la Administración de Justicia.

Será acogida la petición del sujeto procesal y, en consecuencia, dispondrá la Corte el cambio de radicación del proceso adelantado contra Jorge Martínez Bocanegra del Distrito Judicial de Sincelejo (Sucre) al de Santafé de Bogotá D.C., a fin de que por parte del Juez Penal del Circuito (Reparto) de esta capital, se prosiga la fase del juicio hasta su terminación.

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

RESUELVE

1. DISPONER EL CAMBIO DE RADICACION del proceso penal que en contra de Jorge Martínez Bocanegra se adelanta por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre), por el concurso homogéneo de Homicidio Agravado.

2. Para que continúe y culmine la etapa del juicio adelantado en detrimento del citado Martínez Bocanegra, fijase el Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., específicamente el Juzgado Penal del Circuito de esta capital, que por reparto corresponda.

3. Ejecutoriada esta providencia, por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé (Sucre), remítase la actuación al Despacho indicado.

Cópiese, 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, Dídimo Páez Velandita, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **ACCION DE REVISION/ PRUEBA FALSA**

*La causal invocada por el accionante, textualmente prescribe que habrá lugar a la revisión:*

*"5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión fundamentó en prueba falsa" (resulta la Sala).*

*Quiere lo anterior decir, que no es suficiente para que opere por esta vía el desconocimiento de la cosa juzgada, con la sola afirmación del demandante de haberse producido el fallo con la utilización de una prueba falsa, sino que efectivamente se ha de demostrar que media declaración judicial respecto de la falsedad de ese medio probatorio que además, tenía que ser determinante para inclinar el sentido del fallo proferido.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Aprobado Acta No. 145 (octubre 9/96)*

*Proceso No. 12087*

### **VISTOS**

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión que a nombre del condenado William Reyes Murillo, intenta su apoderado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Valledupar el 18 de abril de 1996.

### **ANTECEDENTES**

1. Al señor William Reyes Murillo, se le juzgó como infractor al artículo 33 de la Ley 30 de 1988, y mediante fallo de febrero 7 del corriente año se le declaró penalmente responsable, en calidad de autor material de la infracción citada, fijándole como pena principal la de 18 meses de prisión y multa por el equivalente a dos salarios mínimos mensuales, a la vez que se le benefició con la condena de ejecución condicional, según fallo profe-

rido por el Juez Único Penal del Circuito de Aguachica. Recurrido el fallo por el Fiscal 20 Seccional Delegado de esa ciudad, desató el recurso el Tribunal Superior de Valledupar, confirmando la condena pero incrementando la pena principal a cuatro años de prisión y multa por diez salarios mínimos mensuales, lo que significó la revocación del subrogado concedido en la primera instancia.

2. En firme la sentencia anterior, el rematado intenta mediante apoderado la acción de revisión, argumentando que ella procede por haberse incurrido en la causal 5a. del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, ya que el fallo se sustentó en "prueba falsa, o errónea interpretación de la misma" por lo que solicita "que se declare sin valor la sentencia motivo de la acción y se dicte la providencia que corresponda".

La fundamentación de la causal en lo pertinente enfrenta las consideraciones del Tribunal con el criterio del demandante en la forma que sigue:

a.- Para el Tribunal:

*"...A folio 27 del cuaderno original encontramos el acta levantada a raíz de la diligencia de inspección judicial pesaje y prueba de campo en sustancias encontradas, en donde hace una relación de los materiales con los resultados obtenidos; practicada por el investigador judicial de nombre Rigoberto Estarda Pacheco; puestas tres bolsas plásticas a su disposición se encontró en la primera una sustancia sólida en polvo color habano y olor característico con peso neto de 478,8 gramos. En la segunda bolsa se encontró una sustancia en polvo de color blanco con un peso neto de 478,8 gramos. En la segunda bolsa se encontró una sustancia en polvo de color blanco, con un peso neto 64,4 gramos. En la tercera bolsa se encontró una sustancia sólida pastosa con un peso neto de 16,6 gramos. sometidas todas estas sustancias a la prueba de campo, resultaron positivas todas, concluyendo en el análisis que "las sustancias analizadas arrojan un resultado positivo para la identificación preliminar de cocaína y derivados." Subrayado del actor.Y,*

b.- Para el demandante:

*"...en todos los experticios llevados a cabo durante el proceso, la sustancia pastosa con apariencia de ser pasta de coca, resultó positiva para cocaína y sus derivados y así ustedes lo podrán constatar al examinar los experticios de peritos en esa materia, ver folios 27, 28, 66 del cuaderno original, pruebas que anexo.*

De los dos polvos, el café claro y el de color blanco, el que resultó negativo para cocaína y sus derivados fue el de color café y éste tenía un peso de 478,8, por lo tanto quedan el polvo blanco con un peso de 64,4 gramos y la sustancia pastosa con peso neto de 16,6 gramos que dan un total de 81,0 gramos netos, por lo tanto se deben declarar sin valor la sentencia



*motivo de la acción, y debe quedar vigente la inpuesta por el señor juez de la causa y además se le debe conceder las prerrogativas de condena de ejecución condicional a mi representado William Reyes Murillo."*

Lo anterior, por cuanto la experticia de Medicina Legal precisa como

*"CONCLUSION:1) A la muestra de polvo color café claro NO SE LE DETECTARON COCAINA, OPLACEOS NI BICARBONATOSXX2) La muestra de polvo blanco CONTIENE COCAINA EN PEQUEÑA CANTIDAD Y OTRA SUSTANCIA TIPO LIDOCAINA.XX3) La muestra de sólido amarillento CONTIENE COCAINAXXXXXXXXXXXXXX..."*

De donde el actor concluye en que :

*"... el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar-Sala Penal de decisiones cometió un error, que ustedes en su sabiduría pueden corregir y así, dejar vigente la sentencia de primera instancia del señor juez penal del Circuito de Aguachica (Cesar), con todas las prerrogativas de que gozaba mi defendido."*

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda de revisión que se ofrece como motivo de análisis no se atiene ni a las causales ni a las exigencias que para su admisibilidad consigna el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, lo que conducirá la Sala a su inadmisión conforme pasa a sustentarse a explicarse:

La causal invocada por el accionante, textualmente prescribe que habrá lugar a la revisión:

*"5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión fundamentó en prueba falsa" (resalta la Sala).*

Quiere lo anterior decir, que no es suficiente para que opere por esta vía el desconocimiento de la cosa juzgada, con la sola afirmación del demandante de haberse producido el fallo con la utilización de una prueba falsa, sino que efectivamente se ha de demostrar que media declaración judicial respecto de la falsedad de ese medio probatorio que además, tenía que ser determinante para inclinar el sentido del fallo proferido.

Dentro del caso que es materia de estudio, lo que se hace evidente en primer lugar es que la inconformidad del libelista no radica en el hecho de que se hubiese producido en el proceso de origen alguna prueba falsa que haya servido de base para la decisión de fondo, sino que todo el motivo de su discrepancia se explicita frente a la estimación que el Tribunal hiciera de los medios demostrativos allegados, y muy particularmente de los resultados de la diligencia de inspección, y de las pruebas periciales de campo y de laboratorio.

Luego contrada la discrepancia en un posible error de hecho porque el funcionario hubiese distorsionado el contenido objetivo de la prueba, lo que a la defensa le correspondía intentar, solo que en tiempo y dentro de las exigencias técnicas legalmente previstas, era un recurso extraordinario de casación, sobre la proposición de la causal primera, cuerpo segundo, acusando la existencia de un error de hecho por falso juicio de identidad.

Precluida esa oportunidad, y en firme los fallos de instancia, no le era posible al recurrente variar a voluntad la vía de la impugnación para intentar entonces la acción de revisión como equivocadamente ha procedido, pues cada uno de estos medios tiene sus propias causales, motivos, oportunidad y objeto marcadamente diferentes, de modo que no se constituye la revisión en una alternativa o medio subsidiario del recurso extraordinario, ni es posible confundir con tal propósito la prueba falsa con la prueba falsamente interpretada, como reiterativamente lo ha sostenido la Sala al precisar que una prueba es falsa

*"... cuando no corresponde a la realidad del hecho que con ella se pretende demostrar, cuando la verdad se niega, imita, supone, calla, oculta o suprime; si lo que ocurre es que de su examen no surge ostensible la certeza de lo que en verdad sucedió en el mundo de la naturaleza, no ya de falsedad puede hablarse sino, tal vez, de falta de consistencia y, por ende, de credibilidad" (Autos de feb. 6/80 Mag. Pte. Dr. Alfonso Reyes Echandía y set. 23/92, Mag. Pte. Dr. Dídimo Pérez Velandía, entre otros).*

Pues:

*"No es lo mismo prueba falsa que prueba falsamente interpretada, porque mientras la primera lleva en sí misma la negación, total o parcial de la verdad, la segunda es la verdad mal entendida por el exégeta" (Auto de diciembre 15/95, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll).*

Si lo que en realidad quería el accionante, era acudir a la causal 5a. de revisión que invoca, le era imperioso alegar y demostrar su ocurrencia, ciñéndose a las exigencias del precepto transcrito, valga decir que demostrando con prueba calificada (providencia en firme), la falsedad de la prueba que dio sustento al fallo que ataca.

La demanda que se examina no acompaña ese insustituible medio probatorio, mas, ni siquiera se aproxima a encaminar la alegación dentro de los motivos de la causal que invoca, porque prefiere remitirlos a un supuesto error al interior de la sentencia, y ello a las claras significa que se desentendió de la exigencia formal ineludible prevista en los numerales 3 y 4 del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, lo que de anticipado inclina a su desestimación formal, en cuanto así obliga a proceder el inciso segundo del artículo 235 *ibidem*.

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

## RESUELVO

PRIMERO: Reconocer personería al abogado Benjamín Alfredo Barrios Leal como apoderado del condenado William Reyes Murillo, en los términos y para los efectos que indica el memorial poder adjunto, y

SEGUNDO: Inadmitir la demanda de revisión presentada a nombre del procesado William Reyes Murillo, de la cual trata la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Amílal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## DEBIDO PROCESO/ TÉRMINO

Es innegable que a partir de la Constitución Política de 1991, se elevó a rango superior el principio de que el derecho a un debido proceso, lo es además «sin dilaciones injustificadas» artículo 29. Pero sin intentar menospreciar en los más mínimo esta garantía, es igualmente de recibo afirmar que no toda demora en la adopción de una determinación, ni toda prolongación de la actuación más allá de los términos legalmente establecidos, puede constituir violación a ese derecho del procesado, porque la transgresión no emana de la sola y objetiva dilación, sino tan solo de aquellas que puedan ser «injustificadas», y ello conduce a la necesidad de analizar al lado de la entidad de la demora, las causas que la hayan generado, sea que radiquen en obstrucción indebida de las partes, falta de colaboración de los auxiliares de la justicia, en razones nada infrecuentes de congestión en los despachos judiciales, o en la complejidad misma del asunto o el volumen del expediente y piezas procesales objeto de valoración.

Por esta causa, una primera dificultad asoma cuando no pueda conocerse con la debida exactitud y certeza, si en realidad la dilación puede calificarse de justificada, o si ella le resulta atribuible con exclusividad a la desidia o falta de diligencia del Estado a través de sus representantes.

Pero además, es de observar que por lo general las consecuencias de la tardanza en el trámite del proceso se encuentran reguladas, sin que de esa normatividad trascienda la consecuencia que se propone en la demanda, y que como queda visto, no asomaría a un resultado práctico ni provechoso a la justicia ni a los intervinientes procesales. Así, por vía de ejemplo, es de observar que la primera y más rotunda consecuencia de la inactividad del Estado se orienta hacia la prescripción de la acción penal, sea porque no se actuó oportunamente, ora porque a pesar del impulso del proceso, éste se extendió por fuera del límite que se indica en los artículos 79 y siguientes del Código Penal.

Otra secuela vierte sus beneficios sobre la libertad del procesado, cuando el sumario no se alcanzó a calificar en tiempo, cuando se

*excedió el plazo para realización de la audiencia, o bien porque se rebasó en detención el tiempo de la pena si no al menos el requerido para la libertad condicional.*

*Cierto también, que para el funcionario, otros efectos de la demora podrían significarle una sanción penal o una disciplinaria, mientras que para el caso del perjudicado, puede aspirar a un resarcimiento patrimonial a cargo del Estado. Pero otra clase de alcances para ese incumplimiento no se siguen, porque al contrario de otras legislaciones, la Colombiana no ha consagrado la recomendación judicial de un indulto integral o limitado a modo de contraprestación en caso de significativas dilaciones, como tampoco la alternativa de una reducción de pena, que son algunas de las fórmulas foráneas introducidas para equilibrar, sin renunciar al ejercicio de la acción penal, aquellos casos en que el transcurso prologado del tiempo entre la ocurrencia del hecho y la efectividad de la sanción, harían a esta excesiva o desproporcionada, frente a la rehabilitación que en el entretanto hubiese alcanzado el reo.*

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

Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado por Acta No.146 (octubre 10/96)

Proceso No. 9079

#### VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Claudio Guillermo García Barrios en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá que revocó el fallo absolutorio del Juzgado Treinta y cuatro Penal de ese Circuito y lo condenó a 60 meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, y al pago de los perjuicios materiales y morales lasados en 150 y 300 gramos oro, respectivamente, por el delito de homicidio en grado de tentativa.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. A eso de las siete y media de la noche del 9 de noviembre de 1989 un Agente de la Policía que se desplazaba en motocicleta por la vía Cota-Suba atendió el llamado de la mujer Luisa Fernanda Nieto Vásquez, quien se hallaba herida a la orilla de la carretera, y sobre su situación explicó haber sido agredida por Claudio Guillermo García Barrios. El Agente llevó a la lesionada a la Clínica Juan N. Corpas para que le prestaron asistencia médica.

Según el relato de la víctima, esa tarde su novio y causante de su embarazo la había invitado a salir, llevándola hasta una tienda del Barrio "Nicolás de Federmán" donde le pidió que se tomará algo que acababa de preparar y que tenía la apariencia de la "greda". Luisa Fernanda se deslizo del contenido del vaso, y de allí salieron con destino a Cota, donde supuestamente localizarían a un médico. Sin embargo, al poco tiempo regresaron, y cuando estaban a unos cinco kilómetros del pueblo, García se detuvo aduciendo falla de aire en una llanta, pero cuando la ofendida descendió del vehículo para tratar de ayudarlo, su novio se le abalanzó, la ató con una cuerda por el cuello tratando de ahogarla, procediendo a someterla a golpes de puño, de pie y punzadas, hasta que su enamorada perdió el conocimiento, logrando apenas percibir cuando Claudio Guillermo, luego de haberle tomado el pulso, se retiraba de allí en el carro.

2.- Inició la investigación el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, vinculando mediante indagatoria a García Barrios para enseguida entrar a decretarle medida de aseguramiento de detención preventiva el 21 de febrero de 1990. Perfeccionada más tarde la instrucción, el 23 de mayo del mismo año se declaró cerrada esa fase del proceso, entrando a proferirse la calificación con cesación de procedimiento.

No obstante, el Tribunal, al pronunciarse sobre el recurso de alzada interpuesto por el apoderado de la parte civil, revocó la decisión adoptada y en su lugar dispuso la reapertura de la investigación, etapa que culminó a cargo del mismo juzgado con resolución acusatoria del 2 de abril de 1992, por el delito de tentativa de homicidio agravado. Apelada esta vez la calificación por la defensa, mereció su confirmación por vía e instancia según providencia del 30 de junio de 1992, que solo introdujo como modificación la supresión de la agravante inicialmente deducida de la sevicia.

Correspondió al Juzgado Treinta y cuatro Penal del Circuito de Bogotá adelantar la etapa de juzgamiento y su culminación mediante sentencia absolutoria del 24 de junio de 1993, que motivó la inconformidad conjunta del señor apoderado de la parte civil y del representante del Ministerio Público. En esta ocasión el Tribunal desataría la instancia de la manra ya advertida, fallo de agosto 26 de 1993 que se recurre ahora en casación, a iniciativa del señor defensor del sentenciado.

#### LA DEMANDA

El primer cargo de los tres que formula el casacionista, se halla destinado a demostrar la existencia de una irregularidad que con apoyo en la causal tercera de casación, daría lugar para invalidar lo actuado a partir del auto que inadmitió el cierre de la etapa de reapertura sumarial solicitada por vencimiento del término para perfeccionarla, en cuanto que al hacerlo, el instructor desatendió la ley, entrando a disponer por auto del



18 de noviembre de 1991 la práctica del segundo dictamen del siquiatra que desde hacía más de un año se había ordenado por el superior.

De este modo, un término que por mandato legal no se podía exceder del de un año, resultó ampliado oficiosamente por el juez de instrucción mediante un auto de "cúmplase", sin que resulte de recibo lo expresado al responder la petición de nulidad hecha entonces, argumentando que la irregularidad no era sustancial ni afectaba el debido proceso o el derecho de defensa, porque la sola pretermisión de términos se hacía "en aras de establecer la verdad", tesis reafirmada por el Tribunal pese a reconocer la falta de diligencia del *a quo* en la práctica de pruebas destinadas al esclarecimiento de los hechos, al punto de motivar la expedición de copias a la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial.

Se duele porque mientras para las partes los términos establecidos en la ley son perentorios y preclusivos, los funcionarios que incurren en excesos, tienen una variadísima gama de razones para exculpar su incumplimiento, hasta el extremo que en este caso, los instructores se dedicaron con "envidiable aplicación" a minimizar los efectos de sus equivocaciones. Sin embargo, agrega el casacionista, por fortuna la Corte, como entidad ajena a estos procedimientos se constituye en última esperanza de la debida aplicación del derecho y de la vigencia de la ley sin consideraciones personales que desnaturalicen sus efectos.

Para apoyo de su solicitud transcribe apartes de una sentencia de la Corte Constitucional proferida el 7 de septiembre de 1992, expedida en sede de tutela y relacionada con el debido proceso, derecho que considera violado a su representado al no haberse decretado el oportuno cierre de la investigación, porque de ese modo "a través de la prolongación indebida del término de reapertura se permitió la aducción de una prueba definitiva en su contra, tanto que a la postre determinó su condena, cuando él tenía derecho a que se le juzgara sin consideración al segundo reconocimiento ya que al momento de vencerse el año de reapertura ni siquiera se había ordenado enviar a siquiatría forense el expediente".

De conformidad con los artículos 169 y 473 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso, para que el término de reapertura pudiera prorrogarse se hacía necesario que el plazo estuviera en curso, que obra la petición de parte, que fuera posible extenderlo más allá del tiempo previsto por causa grave y justificada, y que el funcionario tuviera competencia, pero ya ésta la había perdido al superarse el año autorizado, luego tan solo procedía cerrar, correr traslado y calificar de fondo, lo que no se hizo.

Las disculpas del instructor para inadmitir la violación del debido proceso por la ausencia de las partes en la práctica de pruebas decretadas de oficio, se apartan de la realidad, pues ello no es causal para el aplazamiento de las diligencias; además, durante el año de reapertura, lo único

que hizo el funcionario fue emitir el auto de obediencia, y fijar fecha para la recepción de dos declaraciones, una de ellas ya recepcionada, pero que se insistía por no comparecer el defensor que la solicitaba, por lo que el Fiscal debió recordar que su decreto provenía del Tribunal y que de tiempo atrás debía haberse evacuado.

No obstante, sería el Fiscal ante el Tribunal el que asumiría la defensa del juez negligente, argumentando que la violación del plazo establecido ni transgredía el debido proceso ni el derecho de defensa, ya que en general, los términos se incumplían, sea por exceso de trabajo, ora por culpa de las partes, o como en este caso, por congestión en las entidades auxiliares de la administración de justicia. Excusa que para el censor no es cierta, porque el término del instructor venció, sin que se hubiese solicitado aún el examen del psiquiatra.

Para el Tribunal, las pruebas practicadas por fuera del término no afectan los derechos invocados, pues, a pesar de categóricos y legales, los plazos no constituyen aspecto sustancial del debido proceso, cuando en muchas ocasiones su inobservancia obedece a "causas no gobernables por el mismo juez". Pero ni el juzgador identifica alguna de esas causas, ni hay razón para que con una explicación tan vaga se ratifique la negativa de la nulidad, reconociendo apenas la comisión de una posible falta a la disciplina.

Quérase o no, las normas de procedimiento son de forzosa observancia por mandato de los artículos 29 de la Constitución, 1o. del Código adjetivo Penal y 6o. del Procedimiento Civil que las considera de orden público y de obligatorio cumplimiento, y es por ello que el término de reapertura no resultaba simplemente formal, lo que indica que a partir del 17 de octubre de 1991 el instructor no tenía alternativa distinta a la de cerrar la investigación, siendo ello tan cierto que en la Ley 81 de 1993 se precisa que vencido el término para calificar, la única actuación que se hace procedente es la de la valoración de fondo, lo que demuestra que el plazo de reapertura era inviolable.

Tampoco es válida la excusa del tiempo invertido en tramitar recursos interpuestos, ya que el único ritual en ese tiempo fue el de apelación a iniciativa de la parte civil, reconocido en el efecto devolutivo. Sin embargo, el instructor "no volvió a mover una sola hoja mientras se surtía la alzada". Menos aún, puede aceptarse que el término venció por falta de disponibilidad del Instituto de Medicina Legal o por renuencia de la víctima, si en el plazo legal el funcionario no procuró el examen que había ordenado el Tribunal.

El Tribunal en su sentencia dice que no se da ilegalidad en la aducción de prueba, ni se vislumbra nulidad alguna, pese a su recaudo extemporáneo, "por haber sido decretada con anterioridad a tal vencimiento", pero con ello olvida el contenido del artículo 246 del Código de Procedi-

miento Penal, según el cual la oportunidad lo es para el decreto de la prueba, pero también para su aducción.

Por todo lo anterior insiste en que se dio la violación de los artículos 29 de la Constitución, 169 y 473 del Código de Procedimiento Penal, de tal manera que teniendo el procesado derecho a ser juzgado con las pruebas legalmente aportadas al proceso, se condenó con base en una que ingresó por fuera de la oportunidad prevista en la ley, la que de acuerdo con lo establecido por el inciso final del citado artículo de la Carta Fundamental "Es nula de pleno derecho" y afecta en tal sentido afecta el debido proceso, dando lugar a la nulidad prevista en el ordinal 2o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo cargo se propone de forma subsidiaria, con base en la causal primera de casación, por cuanto el juzgador, al conferir valor probatorio a un medio ilegalmente aducido, incurrió en violación de una norma sustancial (artículo 246. *ibidem*) por error de derecho.

Volviendo, entonces, a la misma argumentación del cargo precedente, insiste en que el Tribunal dispuso la reapertura de la investigación el 17 de octubre de 1990 "por el término señalado en el artículo 25 del Decreto 1861 de 1989", y que agotado ese plazo la defensa solicitó la clausura de la investigación, la que se denegó para insistir sobre la práctica del segundo reconocimiento, allegado al proceso cuatro meses después (febrero 10 de 1992), y estimado pese a su extemporaneidad.

El término, a pesar de ser preclusivo y perentorio, fue prolongado sin que las partes lo solicitaran, y ello indica que la prueba practicada en esa prórroga resulta ilegal y nula de pleno derecho, de conformidad con lo dispuesto por el inciso final del artículo 29 de la Constitución, configurándose la causal aducida, en caso de no prosperar la anteriormente alegada.

El tercer cargo, también propuesto de manera subsidiaria, acusa la sentencia con base en la causal primera de casación, tras estimarla violatoria de una norma sustancial por error de hecho dado por la tergiversación de los distintos medios probatorios, haciéndoles producir efectos opuestos a los que se derivan de su contenido.

Para el actor resulta evidente la falta de objetividad, cuando en forma absurda reprocha a la defensa por no impugnar la sentencia absolutoria, habida cuenta que la pericia de psiquiatría era su fundamento, como si contrariar los fines de la defensa tuviera algún sentido. También critica que un órgano colegiado le atribuya a la defensa una supuesta posición ambigua por no tachar de ilegal la prueba que beneficia al procesado, y sí cuando lo afecta, ignorando el contenido de los artículos 354, 355 y el especialmente el 468 del Procedimiento, el primero de los cuales difiere del 473 al no establecer como preclusivo el término fijado, máxime si no hay sindicado detenido.

El primer yerro de valoración probatoria se da para el censor, al concederle plena credibilidad a las especulaciones de la víctima, con desconocimiento de la sana crítica, descartando que se la haya autoinferido, o de adrede se las hubiese hecho causar por un tercero para inventar la versión suministrada y así perjudicar al procesado, pero sin mencionar la realidad jurídica, científica o probatoria en que se funda tal hipótesis.

En el segundo error incurre al afirmar que la víctima no mintió al atribuirle a García Barrios la autoría, pues eso "implicaría una gran capacidad imaginativa y suficiente inteligencia" y según la peritación médica, de esa capacidad carece Luisa Fernanda. Sin embargo, no es afirmación de los psiquiatras que por no tener un determinado nivel de inteligencia, una persona no pueda urdir historias ajenas a la realidad. Además se olvida el *ad quem* de señalar la fuente científica que le autoriza sus especulaciones.

El tercer desacierto consistió en apartarse de la realidad probatoria para plantear, imaginariamente, la posibilidad de que la víctima hubiera acudido a las hermanas Adriana y Paola con el fin de reforzar la idea de ser vista al salir con el sindicado en su carro. Fantasía del juzgador utilizada para afianzar la idea sobre la culpabilidad del acusado.

Un cuarto desacierto acusa al casacionista porque a su juicio el Tribunal excluyó todos los demás medios probatorios excepto la versión rendida por la víctima, generando perjuicio al procesado al condenarlo con base en una sola prueba, como si no estuviera previsto que éstas deben ser apreciadas en conjunto, lo que vulnera lo preceptuado en los artículos 246, 247 y 254 del estatuto procesal.

Quinto: pese a reconocer la presunción de inocencia prevista en el artículo 29 de la Constitución, al *ad quem* le bastó la sola versión de la ofendida para incriminar al acusado, como si los demás medios de convicción que apuntan a la inocencia carecieran de valor alguno.

El sexto error se dio cuando el juzgador minimizó las mentiras comprobadas de los testigos de cargo, como fue el caso de quien sostuvo que vio a Claudio Guillermo en el momento en que recogía a Luisa Fernanda, o aquellas otras en que se sorprendió a la víctima, pero que el Tribunal supera llamando "intrascendentes", como sucede al decir que estaba en sexto de bachillerato cuando en realidad cursaba en el tercero, mentira para el fallador deriva de la vanidad, o la que el día de los hechos dijo para salir de casa, y que nuevamente el juzgador disculpa considerando que lo esencial estaba en la demostración de haber salido para reunirse con el sindicado. Tolerancia que contrasta con la severidad que se le aplica al acusado, cuya inexactitud se tilda de irreducible, invirtiendo la carga de la prueba, al pretender que sea él quien pruebe que no es el padre biológico del hijo de Luisa Fernanda.

Otra equivocación -la séptima- se da, cuando el *ad quem* se dejar dominar por el prejuicio de culpabilidad de García Barrios, solo porque la víctima lo dice. Con ello se le resta importancia a la inverosímil idea del intento de envenenamiento, con la disculpa de que se trata de apreciaciones subjetivas, como si al fallador le fuera permitido contradecir a la testigo con apreciaciones especulativas; o el valorar de simples conjeturas la inconsistencia de la víctima quien prevenida de un posible intento de envenenamiento, todavía acompaña al acusado tranquilamente hasta Cota, de noche y por la vía que utilizaron, y aun bajarse del carro para colaborarle, cuando la avería era otra mentira.

Es inquietante se considera la descalificación del fallo absolutorio del *a quo*, mediante interrogantes que no podía responder el funcionario, porque ese solo procedimiento no conducía a deducir que la testigo decía la verdad.

Por último se afirma que el Tribunal desfiguró la realidad de los testimonios rendidos por Claudia Stella y Mónica Constanza, los que acreditan que Claudio Guillermo García a esa hora se hallaba en lugar distinto al de la ocurrencia de los hechos, al deducir que la expresión "ocho días antes" da cuenta de las circunstancias en que se encontraba el ocho y no el nueve de noviembre, como si en el lenguaje corriente esa expresión no hiciera referencia al mismo día de la semana anterior, cuestionamiento que en sentir del recurrente solo muestra "un deseo casi delirante" del juzgador para coincidir con el prejuicio firmemente arraigado.

El escrito concluye solicitando que la Corte case la sentencia y en su lugar prospere el fallo de reemplazo, solicitud que luego de ser rendido el concepto del Procurador se insiste, acompañando otro pronunciamiento de la Corte Constitucional relacionado con la perentoriedad de los términos judiciales.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. En opinión del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, carece de razón al casacionista al demandar la nulidad por violación al debido proceso y como consecuencia, del derecho de defensa, por cuanto el vicio *in procedendo* no es generante de la invalidación que se plantea.

En primer lugar, porque en la actual normativa constitucional se encuentra uno de los pilares fundamentales del derecho procesal penal - artículo 228 de la Carta Política- consagratorio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo y la búsqueda preferencial de su efectividad, constituyéndose en "el paradigma de interpretación teleológica y sistemática de las normas que establecen los ritos y las formalidades propias de la investigación y el juzgamiento".



De modo que la secular estrictez de las formas, predominante en otros tiempos, le ha cedido el paso a un nuevo planteamiento que considera, frente a irregularidades sustanciales, que así haya lugar a reproche o al adelantamiento de averiguaciones disciplinarias, no procede el reconocimiento de la nulidad, siempre que aquellas no socaven las bases del procedimiento o se conculque el derecho de defensa, garantías fundamentales establecidas en favor de todos los sujetos procesales por mandato del artículo 20 del Código de Procedimiento Penal.

Debe entenderse por estructura básica del procedimiento la secuencia de fases o etapas correlacionadas: indagación preliminar, investigación, calificación, juzgamiento y sentencia, dentro de las cuales sobresalen otros actos fundamentales, de modo que si aquellas o éstos resultan afectados por algún vicio, dan al traste con el debido proceso.

Frente a esa realidad, el término de reapertura previsto el artículo 473 del Decreto 050 de 1987, excedido por el juez de instrucción en procura de pruebas fundamentales, no se traduce en vulneración del debido proceso o del derecho de defensa, pues el único objetivo previsible era alcanzar la efectividad del derecho material, así fuera en fecha tardía, sin afectar los fundamentos esenciales del procedimiento ni los derechos fundamentales.

En ese sentido resulta oportuno el pronunciamiento de la Sala hecho en sentencia del 10 de mayo de 1991, con ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, algunos de cuyos apartes transcribe la Delegada, para concluir que, en el presente caso, se observaron las etapas y actuaciones fundamentales del debido proceso y la prueba médico psiquiátrica de los folios 413 a 416 no presenta los vicios anunciados por el casacionista, teniendo en cuenta que su práctica y aducción se cumplieron conforme a las regulaciones establecidas en el Título V, Capítulo III del Código de Procedimiento Penal, sin que en su contenido se adviertan irregularidades, por lo que resulta infundada la solicitud de nulidad.

Además, resulta equivocada la demanda encaminada a que la Corte, de prosperar la nulidad, dicte el fallo de reemplazo, cuando lo que técnicamente corresponde -ordinal 2o. del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal-, es señalar el estado en que queda el proceso a partir de la nulidad, y luego ordenar su devolución para que el competente proceda de acuerdo con lo resuelto.

2. En concepto del Procurador Delegado la acusación subsidiaria formulada en el segundo cargo por error de derecho originado en un falso juicio de legalidad (señalamiento omitido por el libelista), al haber conferido valor probatorio al examen psiquiátrico ya rescñado, adolece de defectos en su presentación, pues en tal evento no basta señalar la norma medio de la infracción, sino que es indispensable precisar las disposiciones que finalmente resultaron vulneradas, en este caso, los artículos 323



y 22 del Código Penal, y el sentido de la violación (por exclusión, aplicación indebida o interpretación errónea) que debe ser demostrado.

De todos modos es inculcable el fracaso del reproche por las razones expuestas al analizar el cargo primero, si se tiene en cuenta que la prueba tachada de ilegal no lo era, ni la valoración probatoria que de ésta hizo el juzgador estaba afectada por el pretendido error de derecho.

3. En relación con el tercer cargo encuentra la Delegada similares deficiencias técnicas que en el precedente, mas, sin embargo, deduce que el censor orienta la crítica hacia un falso juicio de identidad, error de hecho que según la Corte tiene ocurrencia cuando el sentenciador tergiversa su contenido fáctico haciéndole producir efectos jurídicos que no se derivan del contexto, y siendo por tal modo esa equivocación tan trascendente, que de no haber mediado, otro hubiera sido el sentido de la determinación asumida.

Mas, no es ese el objeto de demostración en que funda el censor su crítica a los medios de convicción que considera distorsionados, así:

El testimonio de Luisa Fernanda Nieto Vásquez no es el resultado de una trama urdida para perjudicar al procesado y encubrir al verdadero autor del conato de homicidio, puesto que dicha conclusión de la sentencia es la consecuencia lógica y razonable de lo expresado por la víctima en las distintas versiones suministradas, en las que invariablemente señaló a Claudio Guillermo García Barrios como el agresor; y así lo muestran las manifestaciones que escuchó el policía que le prestó auxilio; su progenitor en la clínica donde recibía asistencia, y el juzgador en las ocasiones que la escuchó en el proceso.

Ante ese señalamiento, que en criterio del fallador merece credibilidad de acuerdo con los postulados de la sana crítica, el juicio lógico no puede ser objeto de cuestionamiento en cuanto descarta la invención o trama, menos bajo la óptica del distorsionamiento, porque además de inferirse coherentemente de la declaración, por sí solo el argumento responde las críticas de la defensa, descartando la supuesta mentira de aquélla.

De ahí resultan dos conclusiones claras: la primera que no es cierta la tergiversación del testimonio; y la segunda, que el reproche no es más que el discentimiento del actor con el valor probatorio asignado por el juzgador al testimonio, lo que desnaturaliza la censura dentro del ámbito del error de derecho para tornarla inepta. Además, no se ajusta a la realidad fáctica la afirmación de ser la única prueba en que se funda el fallo de condena, pues basta con repasar el contenido del fallo para verificar que también fueron valoradas las declaraciones de Paola Andrea y Adriana Victoria Puertas López, las experticias médico psiquiátricas de Luisa Fernanda, los testimonios de descargo de Claudia Stella Rodríguez Rubio y Mónica Constanza Boada Gómez y la versión del imputado, surgiendo de su exa-

men conjunto la decisión adversa. Así mismo, es oportuno acotar que en este sentido lo alegado no guarda relación con el yerro aducido.

Es más, la controversia regresa a los debates de instancia donde se habían superado estos aspectos, sin que sea posible revivirla a través del recurso extraordinario, porque para este momento procesal el fallo se encuentra amparado por la doble presunción de acierto y de verdad que impide hacer prevalecer el criterio personal del libelista.

Tampoco se da el anunciado error de hecho en razón de un supuesto falseamiento de la prueba médico psiquiátrica que se le practicó a la ofendida, ya que los rasgos de personalidad histriónica deducidos por el fallador del dictamen del forense, no conducen a dar por establecida la simulación de la versión suministrada. Análisis que en ningún aspecto conlleva distorsión o falseamiento del contenido de la peritación, por lo que el reproche por igual se encamina al fracaso.

Respecto de las declaraciones de Claudia Stella y Mónica Constanza es manifiesto el esfuerzo del actor para mostrar que el sentenciador se refirió a un día que no era el que ellas referían, mas, sin embargo acepta que una de las dos no fue tan precisa, y eso, adicionado al fraccionamiento que de los testimonios hace el censor, descualifica el posible error al no facilitar la apreciación integral, necesaria para confrontar la interpretación realizada por el fallador, en que la Delegada no advierte tergiversación. Y agrega:

"De otra parte, tampoco los apartes cuestionados de su apreciación implican la trascendencia necesaria y suficiente que debe presentar el yerro a efectos de su reconocimiento, como para afirmar que la decisión impugnada no podría subsistir con base en los demás medios de persuasión que contribuyeron a edificarla, palpándose en el fondo tan sólo, la inconformidad del censor, por haberse repudiado en el fallo su valor probatorio con base, fundamentalmente, en lo sintetizado a folios 42, párrafo 2o. del proveído acusado, lo que desde luego, nada aporta a la demostración del presunto falseamiento de estas declaraciones".

En síntesis sugiere la Procuraduría que la Corte no case la sentencia, en vista de las deficiencias técnicas y sustanciales que en la demanda se acusan.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- El cargo de nulidad en sede del recurso extraordinario de casación, no exceptiona para el libelista el deber de su presentación formal en la demanda, ciñéndose a las exigencias del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal. Ello implica que no será suficiente la sola invocación de la causal tercera de casación, ni la aducción de una irregularidad cualquiera sucedida dentro del proceso, sino que se impone precisar dentro de las causales taxativas de nulidad, de cual se trata, entrando a valorar en su

sustancialidad y trascendencia el defecto y precisar su prueba, indicando, además, en qué momento asomó el vicio, y de contera, desde qué estadio la actuación deberá invalidarse, a fin de proceder a su reposición formal y conforme a derecho.

Para el caso que se examina, el recurrente invoca efectivamente la causal tercera de casación, dice también que el defecto consistió en haber excedido el término legal fijado para la reapertura sumarial, y aun añade que con él se desconocieron el debido proceso y el derecho de defensa; pero es lo cierto que antes de precisar cual es la trascendencia de un tal defecto, ni de indicar por consecuencia las actuaciones preclusivas afectadas con el vicio, todas sus reflexiones se centran y reducen a enervar la validez de una prueba recaudada luego de agotado el lapso de reapertura, sin que el *petitum*, siquiera, resulte coherente, por cuanto este no apunta a la invalidación de una parte precisa del proceso, sino al proferimiento de una sentencia de reemplazo, sin aclarar si fue que el vicio se concretó en ese acto.

Pese a que estos defectos resultan suficientes para desestimar el cargo que se asume, la sola posibilidad de que la nulidad se diese, llevando a una declaratoria oficiosa, inclina a precisar, que pese al recaudo del examen médico-psiquiátrico casi cuatro meses después de concluido el término de reapertura, dentro del cual se había ordenado (auto de junio 12 de 1991-folio 326-), esa sola demora no deriva en la invalidez del procedimiento ni en la inoperancia la acción penal, y menos lleva a retrotraer lo actuado -como si la tardanza en sí no hubiese sido suficiente-, para extender aun más y por cuenta de una reposición inoficiosa, la decisión de fondo que se espera.

Es innegable que a partir de la Constitución Política de 1991, se elevó a rango superior el principio de que el derecho a un debido proceso, lo es además "sin dilaciones injustificadas" -artículo 29-. Pero sin intentar menospreciar en los más mínimo esta garantía, es igualmente de recibo afirmar que no toda demora en la adopción de una determinación, ni toda prolongación de la actuación más allá de los términos legalmente establecidos, puede constituir violación a ese derecho del procesado, porque la transgresión no emana de la sola y objetiva dilación, sino tan solo de aquellas que puedan ser "injustificadas", y ello conduce a la necesidad de analizar al lado de la entidad de la demora, las causas que la hayan generado, sea que radiquen en obstrucción indebida de las partes, falta de colaboración de los auxiliares de la justicia, en razones nada infrecuentes de congestión en los despachos judiciales, o en la complejidad misma del asunto o el volumen del expediente y piezas procesales objeto de valoración.

Por esta causa, una primera dificultad asoma cuando no pueda conocerse con la debida exactitud y corteza, si en realidad la dilación puede

calificarse de justificada, o si ella le resulta atribuible con exclusividad a la desidia o falta de diligencia del Estado a través de sus representantes.

Pero además, es de observar que por lo general las consecuencias de la tardanza en el trámite del proceso se encuentran reguladas, sin que de esa normatividad trascienda la consecuencia que se propone en la demanda, y que como queda visto, no asomaría a un resultado práctico ni provechoso a la justicia ni a los intervinientes procesales. Así, por vía de ejemplo, es de observar que la primera y más rotunda consecuencia de la inactividad del Estado se orienta hacia la prescripción de la acción penal, sea porque no se actuó oportunamente, ora porque a pesar del impulso del proceso, éste se extendió por fuera del límite que se indica en los artículos 79 y siguientes del Código Penal.

Otra secuela vierte sus beneficios sobre la libertad del procesado, cuando el sumario no se alcanzó a calificar en tiempo, cuando se excedió el plazo para realización de la audiencia, o bien porque se rebasó en detención el tiempo de la pena si no al menos el requerido para la libertad condicional.

Cierto también, que para el funcionario, otros efectos de la demora podrían significarle una sanción penal o una disciplinaria, mientras que para el caso del perjudicado, puede aspirar a un resarcimiento patrimonial a cargo del Estado. Pero otra clase de alcances para ese incumplimiento no se siguen, porque al contrario de otras legislaciones, la Colombiana no ha consagrado la recomendación judicial de un indulto integral o limitado a modo de contraprestación en caso de significativas dilaciones, como tampoco la alternativa de una reducción de pena, que son algunas de las fórmulas foráneas introducidas para equilibrar, sin renunciar al ejercicio de la acción penal, aquellos casos en que el transcurso prologado del tiempo entre la ocurrencia del hecho y la efectividad de la sanción, harían a esta excesiva o desproporcionada, frente a la rehabilitación que en el entretanto hubiese alcanzado el reo.

No empuce, tampoco puede sostenerse que haya permanecido la jurisprudencia de esta Corte ajena o indolente a la necesidad de sopesar para casos extremos consecuencias de desconocimiento real de algún derecho, u obstrucción de su ejercicio, que ciertamente podrían determinar una invalidación que reconduzca la actividad bajo los cauces garantistas de un debido proceso, como así se dijo en providencia del 10 de mayo de 1991, bajo ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, que es precisamente la que evoca la Procuraduría:

"Es verdad... que el término de instrucción sobrepasó con creces el que manda la ley como ordinario y normal. Su incumplimiento no produce, totalmente, la decadencia de todo lo actuado o parte de lo realizado, mientras no se demuestre una turbia intención en el instructor, para ac-

tuar de ese modo, mientras no se advierta que tal obrar privó a la defensa, a la parte civil o al Ministerio Público, de la posibilidad de intervenir aportando pruebas, controlando diligencias, rebatiendo oportuna y adecuada-mente lo practicado y, en fin, introduciendo los recursos de Ley, no es dable invocar el desconocimiento de un término, de una fórmula de carácter procedimental, para pedir la declaratoria de nulidad. Si se asumiera criterio diferente, la conclusión lógica pero cerradamente dañina y contraria a los fines de la justicia, sería la inexistencia de los procesos, pues estos no dejan de ofrecer, unos más otros menos, desobediencia en cuanto a los términos, debido a la carencia de medios adecuados para cumplir religiosamente con los mismos, o por la ola gigantesca de delincuencia que desde buen tiempo atrás amenaza casi que con disolver las instituciones nacionales... Se estaría sacrificando los fines los fines del procedimiento, considerado en su integridad, a las fórmulas ideadas para objetivos más cuerds y plausibles. Siempre se ha dicho que no procede la nulidad por la nulidad, que no puede extremarse la obediencia ciega y etérea del precepto, ni sacrificar el derecho a la forma o al medio de ejecución...

"Pero es más, el planteamiento del recurrente llevaría al absurdo, vale decir, que una vez incumplido un término, así este desconocimiento no haya inferido perjuicio a nadie y haya permitido, por el contrario, la satisfacción de los derechos procesales fundamentales o de esencia, tendría que pararse allí todo conato de averiguación y juzgamiento y dar por terminado en vista de la traición a los términos, todo amago de prosecución. En efecto, si ahora se tomara la determinación que propugna la impugnación, no podría retrotraerse la actuación, porque lo que sirvió para dar al traste con ella (incumplimiento de términos) seguiría pesando abstractamente sobre el diligenciamiento... Aguzando la observación del censor, tendría que concluirse que tan sustancialmente vicioso fue lo que se hizo en ese entonces, al cumplirse tardíamente la instrucción (unos tres meses de exceso), como lo que ahora podía hacerse a ese respecto, en cuanto a comprobaciones o emisiones de piezas de fondo. Todo estaría, ayer y hoy, por fuera de los términos cuasiesacramentales que se quieren imponer".

Volviendo al caso examinado, debe reconocerse que ni el casacionista acreditó que la demora hubiese privado a la defensa de posibilidades de control del proceso, de aporte o controversia de las pruebas, de la interposición de recursos legales u otra prerrogativa sustancial que comprometa sus garantías y derechos, ni la Sala otea que ello haya sucedido, como tampoco en detrimento de la parte civil o el Ministerio Público. Ello solo conduce a desestimar, por las varias razones advertidas, el cargo de nulidad que se formula.

2.- Sobre el cargo segundo y su enunciado de un falso juicio de legalidad, tiene que avalar la Sala la crítica que la Delegada le hace a la deman-



da, pues limitado a la afirmación de su ocurrencia, el casacionista obvió la indicación de las normas sustanciales supuestamente transgredidas, lo mismo que del sentido de la violación, así que ni siquiera dando por entendido que el defecto se predicaba respecto de los artículos 323 y 22 del Código Penal, logra saberse si la equivocación se dio por aplicación indebida o interpretación errónea.

Se ha limitado el censor a sostener que por su práctica por fuera del término legal previsto, el reconocimiento médico psiquiátrico se constituye en una prueba ilegal, que no podría servir de base a la condena.

Sin embargo, hallándose en el deber ineludible de probarlo, el libelista apenas si afirma pero no acredita que esa sola demora en el recaudo se constituye en razón bastante para la invalidez de la probanza, cuando es lo cierto que ésta se recaudó antes de que se clausurara de nuevo el ciclo instructivo, y que para ello le asistía competencia al funcionario que dirigió su práctica, sin que se observe alguna irregularidad sustancial que haga ilegal o inválida la práctica.

Luego, si la inconformidad emana apenas de la tardanza en el alegamiento de la prueba, debe reconocerse que ni el término se excedió en exceso extremo, ni se acredita que con ello se hubiese impedido o dificultado el conocimiento de esa experticia o las posibilidades de las partes para controvertirla, pero lo que es todavía más indicativo, ni siquiera en el caso de desestimar ese reconocimiento se trataba de un medio probatorio único o insustituible, en cuanto existían otros que de consuno apuntaban a la demostración de lo ocurrido, como fue el caso del demostrado deterioro de la integridad física de la ofendida y de las circunstancias de su hallazgo por parte del agente que la rescató en un sitio despoblado y la condujo en busca de atención hospitalaria, que efectivamente requirió Luisa Fernanda, ni en el caso de la imputación de autoría ella quedaba pendiente de la afirmación procesal de la víctima, pues desde antes de su salida de casa ya se sabía por las hermanas Puertas López de su cita con su enamorado Claudio Guillermo García, lo que ubica particularmente a éste, como último acompañante de la muchacha y en oportunidad y con interés de cometer el hecho.

Siendo ello así, la versión de la víctima apenas si coincidía con los indicios que incriminan al acusado, y como de su desvirtuación no se ocupa el demandante, adviértese como consecuencia la deficiencia e improsperidad de su censura.

3.- Por último, el falso juicio de identidad que se plantea como cargo tercero de la demanda por tergiversación de los medios probatorios, tampoco corresponde a la exigencia técnica que su formulación exige, siendo notoria la derivación del argumento hacia una alegación de errores de derecho por falso juicio de convicción, que por inexistencia de una tarifa probatoria que resultara aplicable, hace además desestimables las con-



suras, como en su oportunidad lo encuentra predicable la Procuraduría Delegada al extrañar lo que en estricto sentido debe ser un reproche como el anunciado.

Para consolidar los términos de esta respuesta, basta con observar que los errores enumerados como primero, segundo, tercero, quinto, sexto y séptimo apuntan en general a las explicaciones que sobre el hecho y su autoría rindiera la ofendida, mas no para demostrar que el juzgador hubiese tergiversado el contenido objetivo de sus versiones procesales, para entrar a vincularla con afirmaciones que la mujer no hizo, sino para objetarle a la sentencia que el juzgador le dio una credibilidad que Luisa Fernanda no merecía, sea porque descartó la posibilidad de que la mujer se hubiese auto-lesionado, ora porque le creyó a pesar de reconocer que había incurrido en afirmaciones mentirosas, también porque omitió citar el fundamento científico que imponía creerle a una persona de tan bajas capacidades como la ofendida, cuando no porque prefirió su aserto frente a los rendidos por otros declarantes.

Como bien puede verse, la inconformidad en este punto se concreta en cuanto la versión de la víctima se considera y tiene como sustento de la inculminación, cuando a juicio de la defensa no merecía crédito alguno, pero una tal proposición carece de ubicación y trascendencia en sede de este recurso extraordinario, tanto porque al interponerlo se han superado los debates demostrativos de instancia en donde operan la inmediación y la controversia de los medios, tras de la cual el juzgador ha culminado su función de análisis de la prueba en su conjunto dentro de las reglas de la sana crítica, como porque en el caso de un apartamiento de la lógica, la ciencia o la experiencia, lo que se da es una deformación material del contenido de la prueba, y en ese caso el ataque debe consolidarse bajo la perspectiva de un falso juicio de identidad.

Si bien es cierto que el censor se aluvo efectivamente esa clase de error en su demanda, también lo es que en su razonamiento último soslaya el deber de demostrarlo, pues no podrían tenerse como acreditación de un falso juicio de identidad afirmaciones como la de decir que a la ofendida no es digna de credibilidad porque mintió respecto del grado de bachillerato que cursaba, o porque acompañó a su enamorado a un sitio apartado, luego de sospechar que intentaba envenenarla, porque estos aspectos y los demás que se formulan, solo atinan a sopesar si la versión es seria y objetiva o por el contrario interesada e imaginativa, y ello en nada se refiere a la deformación o distorsión del testimonio de cargo discutido.

Otro aspecto que se mancha en este cargo es el que apunta a una gratuita y arbitraria desestimación de pruebas beneficiosas para la situación del acusado, bajo la instrucción primero de un falso juicio de existencia o la insistencia en uno de identidad, pero también aquí ellos se quedan a secas enuncrados, y lo que es peor en términos contradictorios.

Ello sucede cuando a pesar de sostener que los medios de favor no fueron apreciados, al mismo tiempo se añade y reconoce que la versión de García Barrios sí se invocó pero para objetarla por inconsistente y bajo una crítica para la cual el juzgador estaba facultado (errores cuarto, quinto y sexto); o cuando se reclama que las versiones de Claudia Stella y Mónica Constanza se distorsionaron cuando de ellas surgía que el acusado no había estado en oportunidad de intervenir en la agresión a Luisa Fernanda Nieto.

Que el procesado no estuvo el día de los hechos con Fernanda Nieto sino en compañía de su novia Claudia Stella Rodríguez Rubio, a la que recogió a eso de las cinco y media de la tarde en la casa de Mónica Constanza Boada Gómez, es un hecho bastante cierto, porque a la pregunta de si se habían visto el 9 de noviembre de 1989, la primera respondió que "posiblemente porque nos veíamos casi seguido", o "casi todos los días", y por su parte la segunda confirmó la frecuencia de los encuentros, y al tomar como referencia el cumpleaños del acusado manifestó: "Me acuerdo de un disgusto que tuvieron fue para el cumpleaños de Claudio una semana antes tal vez del cumpleaños... y duraron disgustados como ocho días que me acuerde", aspecto cronológico que procuró precisar para "... ocho días antes del cumpleaños de él, él cumple años un diez y seis o diez y siete (sic) de noviembre y me acuerdo porque fue ocho días antes".

Pero sucede que expresiones como "casi siempre", "tal vez", "una semana antes", "como ocho días antes", referidos al dieciséis o diecisiete de noviembre, no son afirmaciones categóricas que permitan establecer, con la precisión y claridad que las circunstancias lo exigen, la presencia del sentenciado en el lugar que él ha dicho entre las 05:30 p.m. y las 08:00 p.m. del 9 de noviembre de 1989, y ello sin contar que si según su explicación, después de recoger a su Claudia Stella, estuvo con ella en casa de sus tías, allí no fuera visto por ninguna otra persona.

Las expresiones inciertas e imprecisas de estas declarantes, no habilitaban para entender que ante su desestimación por otras pruebas que las contradecían, pudiesen significar la distorsión o amañada deformación que se pretende.

Los cargos no prosperan.

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

#### RESUELVE

No Casar el fallo impugnado por el defensor del procesado Claudio Guillermo García Barrios.

Cóplese, devuélvase y cúmplase.

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Córdoba Posada, Luis Arnolito Zarazo Outedo -conjuez-, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dámaso Pérez Velundia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## DERECHO DE DEFENSA/ PRUEBAS

*La negativa a practicar pruebas, de forma tal que conlleve un verdadero obstáculo para el ejercicio de la defensa, o la omisión en su recaudo que configure una auténtica trampa por manera censurable en la actividad investigativa, ha dicho la Corte desde antiguo, conduce a la invalidación de lo actuado por desconocimiento al principio de investigación integral y consiguiente violación del derecho a la defensa.*

*También se ha precisado que, no es, desde luego, la falta de acopiar al proceso la totalidad de pruebas solicitadas por la defensa el factor determinante del vicio procesal, sino de aquellas cuya naturaleza sustancial por excluir o atenuar la responsabilidad del procesado, se hacen necesarias en orden a mantener incólume la garantía del contradictorio en el proceso penal.*

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

Magistrado Ponente Dr.: Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado Acta No.148

Proceso: 9372

### VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Procuradora Judicial Penal 171 de Tunja, contra la sentencia del Tribunal Superior de dicha ciudad proferida el 10 de diciembre de 1.993, por medio de la cual confirmó la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Ramiriquí el 31 de agosto del mismo año, en la que se condenó, reconociéndole la rebaja punitiva por confesión, a Rosalía López Jiménez de Cepeda a la pena principal de 7 años de prisión, como responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

### HECHOS

Rosalía López Jiménez y Silvia López Farfán, quienes hasta algunos años atrás eran buenas vecinas y amigas pero que a raíz de la competen-

nia en el negocio de venta de cuajada habían entrado en abiertas discrepancias, insultos y agravios cotidianos, se encontraron el 2 de junio de 1.992 pasadas las cuatro de la tarde por el camino que de Viracachá (Boy.) conduce a la vereda "Centro Alto" del mismo municipio, para luego de los acostumbrados ultrajes, proceder la primera de éstas a disparar en dos ocasiones el revólver que tenía consigo, causándole graves heridas a Silvia López Farfán, que determinaron su muerte horas más tarde en el Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja.

#### SINOPSIS PROCESAL

Con base en el informe presentado por el Comandante de la Subestación de Policía de Viracachá, en el que se da cuenta del fallecimiento de Silvia López en el Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja y se deja a disposición en calidad de retenida a Rosalía López Jiménez, junto con el acta de versión libre y espontánea rendida por ésta ante dicha autoridad y en la cual reconociera haberle efectuado los disparos, además de caracter de salvoconducto el arma empleada, el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de entonces, por auto del 3 de junio de 1.992, abrió la correspondiente investigación penal, ordenando la indagatoria de la imputada, así como también, entre otras pruebas, solicitó al referido Hospital allegar la historia clínica de la occisa.

Una vez vinculada mediante indagatoria, por auto del 10 de junio siguiente fue resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Continuada la instrucción, al proceso se allegó abundante prueba testimonial practicada de oficio y a solicitud de la defensa, así como las actas de levantamiento del cadáver y de necropsia, e igualmente una certificación del Hospital San Rafael en la cual se afirma no encontrar en sus registros de hospitalización y urgencias constancia alguna de haber prestado servicios a Silvia López.

Habiendo correspondido el proceso a la Fiscalía 34 Seccional de Ramiriquí, por resolución del 17 de septiembre del mismo año, negó al defensor de la procesada la solicitud de varias pruebas, tales como las solicitudes de copia de la Historia Clínica perteneciente a Silvia López y al Médico Legista para precisar el significado de "Shock Multisistémico", como también de los órganos de su cuerpo que habrían resultado afectados con el proyectil, al tiempo que decretó el cierre de la investigación. Concedida la alzada al negarse la reposición interpuesta contra esta decisión, fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Tunja.

El mérito de las pruebas se calificó el 29 de octubre de 1.992, con resolución acusatoria en contra de Rosalía López Jiménez, por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas. Apelada esta resolución

fue confirmada por el superior, con la única modificación consistente en considerar que el delito de homicidio era simple.

Cumplida la etapa del juicio, sin que los sujetos procesales solicitaran ni se practicasen pruebas de oficio, se realizó la audiencia pública, proferiéndose la sentencia de primera instancia, la cual una vez apelada por el defensor del procesado, fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior, en los términos anotados en precedencia.

### LA DEMANDA

#### *Causal Tercera*

Con respaldo en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., dos cargos propone la Procuradora Judicial contra la sentencia que impugna, bajo el entendido de que la misma se produjo dentro de un proceso viciado de nulidad, con violación de los artículos 304.2 y 3 *ibidem*, el 29 de la Carta Política y el 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

#### *Primer cargo*

Bajo el título "Nulidad resultante de falta de aducción de pruebas", precisa la demandante el cargo en los siguientes términos:

"1.1.1. Se violó el numeral 2o. art. 304 del C. de P.P., porque no se practicó la prueba consistente en traer a los autos la historia clínica de la occisa, que el instructor ordenó allegar al expediente en el auto cabeza de proceso del fl.3. Luego el defensor literalmente e infructuosamente luchó para que el mismo investigador cumpliera su orden (memoriales de los fls. 183, 202), y de su lucha tan solo obtuvo como respuesta y argumentación, que ya sabía el Fiscal que allegar la prueba no iba a cambiar en nada la situación probatoria y, por ende, la jurídica, de la sindicada. De esta forma se violó el numeral 3o. del art. 304 acabado de mencionar".

Aduce enseguida que haber desechado la prueba con tal argumento constituye un acto de prejuizgamiento. Recuerda además que en su memorial visto al folio 183 c.o., la defensa precisó que era indispensable determinar con la historia clínica; por qué la autopsia detalló extravasación sanguínea de 500 centímetros cúbicos en la cavidad torácica, cuando se afirmó allí mismo que el disparo entró por la cavidad abdominal; también la autopsia afirma que hubo necesidad de extirpar un riñón, pero no fija el curso de la bala y los órganos que afectó; no se estableció cuál fue la atención médico-quirúrgica y de drogas que tuvo la paciente, o si fue descuidada "por ser campesina, o por pereza rutinaria".

Reitera la transgresión del artículo 29 de la C.P., en cuanto al desconocimiento del derecho que la defensa tenía a controvertir la necropsia y reproduce apartes del texto del memorial en referencia, para señalar que si se hubiera allegado la historia clínica y escuchado la declaración de los médicos



que intervinieron a la hoy occisa, se habría podido acreditar si la herida era necesariamente mortal y jurídicamente, a su turno, también habría sido posible establecer la preterintencionalidad en la acción de la sindicada.

Amplía la cita de normas que estima infringidas, a los artículos 250 de la C.P., en cuanto al deber que tenía la Fiscalía de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y el art. 249 del C. de P.P., en lo relativo a la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, para culminar sosteniendo que no existió dicha imparcialidad en este caso, pues no se adujeron la totalidad de pruebas que le fueran favorables a la procesada.

#### *Segundo cargo*

Afirma la censora bajo el título "Nulidad resultante de falta de notificación al Ministerio Público", que el auto por medio del cual se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, no fue notificado personalmente al Ministerio Público -Personero Municipal de Ramiriquí-, con lo cual fueron quebrantados los arts. 29, 31, 228 y 230 de la C.P. y los arts. 131, 135.4, 186 y 188 del C. de P.P.

Recuerda que si bien por decisión del Tribunal se anuló el trámite de notificación de la sentencia de primera instancia, tal decisión "no subsanó el vicio que genera nulidad", consistente en no haber notificado el citado auto al Personero, conforme se expusiera.

#### *Causal Primera*

Con base en la primera causal, párrafo segundo, del art. 220 del C. de P.P., en criterio de la demandante "La sentencia incurre en error en la apreciación de las pruebas que contiene el expediente, por lo cual viola el art. 60 en relación con el art. 323 del Código Penal, ya que deja de conceder la atenuación a que se refiere el art. 60. -intenso dolor por grave e injusta provocación- que está suficientemente probada en el proceso".

Cita como normas violadas, nuevamente el art. 29 de la C.P., y los arts. 180.4 del C. de P.P. a cuyo amparo aduce no solo la falta de reconocimiento de la atenuante referida, sino también al haber descartado la preterintención, igualmente el 445 *ibidem* que obliga al juzgador a absolver las dudas a favor del sindicado y el 247 del mismo ordenamiento, sobre la prueba para condenar.

Sostiene enseguida que la causal aducida resulta igualmente predicable respecto del delito de porte ilegal de armas por el que la procesada también fue condenada, teniéndose como única prueba su confesión, pues se habrían desconocido los arts. 249, 278, 297 y 333 del C. de P.P. y 250 de la C.P..

Volviendo sobre la atenuante del art. 60 del C.P. que la propia Procuradora Judicial solicitara, recuerda que el sentenciador de segunda ins-

tancia con una "genérica y gratuita" afirmación la habría denegado. Para demostrarlo, reproduce un aparte de la sentencia, criticando enseguida que pese a reconocer que existía "grave enemistad" y que la procesada tenía "odio...contra Silvia", fue mediante el "injurídico" argumento de estimar que como tal sentimiento se habría formado lentamente, se excluía la disminuyente por intenso dolor.

Crítica que se hubieran equiparado las ofensas que una y otra se producían, pues se desconoce que las de la hoy occisa superaban notablemente aquellas que le infería la procesada, debiéndose en este aspecto reconocer la diferencia de grado entre ambas.

Califica de "injurídico" y "violatorio del debido proceso a que tiene derecho la procesada", el hecho de que se hubiera descartado la atenuante con el argumento de que dicho sentimiento se habría formado "lentamente", como también por estimar que el mismo era "mutuo", y el considerar, como se lee en la sentencia, que "las dos se odiaban, se agredían".

Crítica igualmente que para el Tribunal la atenuante no concurriría, al tomar como base que Rosalía López fuera armada, pues se pregunta la libelista si "Acaso quien sufre intenso dolor, precisamente por ello, no desea vengarse de quien se lo ha causado?".

Para culminar el "análisis del párrafo del Tribunal" con el que manifiesta su absoluto desacuerdo, asegura que "la clave de este desconocimiento de la atenuante" radica en que la procesada algunas veces respondió a las calumnias y ofensas de la hoy occisa, por lo que se las valoró en un plano de igualdad.

Precisado lo anterior, dice, "Veamos, ahora sí las pruebas para demostrar cómo el Tribunal no las consideró debiendo considerarlas, cómo las observó de reojo, cómo no profundizó en ellas".

Procede entonces la recurrente a enunciar en su contenido las ofensas e imputaciones que, de acuerdo con la propia Rosalía López, a quien califica de "verosímil" y algunos testigos, le habría inferido la hoy occisa, como también sobre la "pésima conducta de Silvia, conducta violenta y procaz, injuriosa y calumniosa", elabora otro enlistado de declaraciones que, asegura, el fallador no tuvo en cuenta, tales como las de María Doris Caro de Barajas, Elvia María Patarroyo Soler, María Nelly Ortega, Rito Ramón Patarroyo Soler, Trinidad Soler Pineda, Segundo de Jesús Sulca Vargas, Isidro Ortega Cepeda, Angélica de Jesús Arias Pedraza y María Magdalena Galindo de Arias.

Agrega la casacionista que tanto el juzgador *a quo* como el *ad quem* habrían así mismo ignorado otras pruebas que "sólo la H. Corte tendrá en cuenta para juzgar adecuadamente a Rosalía", entre las cuales refiere las "demandas" que Ana Cleofe y María Magdalena Patarroyo presentaron separadamente contra Silvia López, por haberlas agredido de palabra y

obra; las lesiones mutuas que la occisa y esta última se produjeron; la denuncia que José del Carmen Rodríguez Patarroyo también incoara contra la hoy occisa y su esposo por lesiones personales.

"Para que se vea cómo esta demanda no pretende parcialización alguna, agrega, ya que el Ministerio Público obra en pro de la sociedad", procede a establecer aquellas "Imputaciones que hiciera Rosalía contra Silvia", para cuyo efecto cita los testimonios de Ruth Consuelo Galindo Benítez, Jeremías Cepeda y el esposo de la occisa José del Carmen Rodríguez Patarroyo, concluyendo, entonces que "Con esto afirmamos que el comportamiento de Rosalía no fue ejemplar o angelical; pero eso sí, estamos seguros, fue mucho menos deplorable que el de Silvia".

Referida ahora nuevamente sobre la negativa del Tribunal "a conceder la atenuante de preterintencionalidad en el homicidio atribuido a Rosalía", considera "que el Tribunal ha violado los arts. 38 y 325 por no haberlos aplicado; y el 323 por aplicarlo indebidamente, todos del Código sustantivo penal".

Afirma sobre el particular y de conformidad con lo expresado por la procesada en su injurada, lo dicho por el esposo de la hoy occisa en su declaración y el testimonio de Teófila Montejo, que una vez fue herida Silvia López, avanzó por sus propios medios llegando hasta la entrada del pueblo a donde cayó. Luego, carece de base probatoria la afirmación del Tribunal para negar la preterintención, según la cual Rosalía López debió auxiliar a aquélla si su intención era solamente herirla.

"Basta lo citado para demostrar a la II. Corte, añade, que el Tribunal incurrió en la causal primera, inciso segundo, art. 220 del C. de P.P., violación de norma sustantiva, como resultado de la mala apreciación de la prueba. Aquí es aún más palpable: va más allá de la mala interpretación: es oposición lo que se da entre la afirmación y exigencia del Tribunal a la sindicada de que hubiera prestado auxilio a la víctima y lo que dice la prueba: no la dejó abandonada, sin ayuda, porque la señora Silvia avanzó por sus propios medios como tres cuadras del sitio donde ocurrieron los hechos".

Solicita finalmente, se decrete la nulidad de acuerdo con las razones expresadas en el cargo primero, o se dicte "nueva sentencia", reconociendo "la atenuante del intenso dolor por grave e injusta provocación y la preterintencionalidad", como también en este último caso "se absuelva a la sindicada, por porte ilegal de armas, ya que se destruye uno de los elementos de la tipicidad por falta de prueba".

#### ALLEGATO DE NO RECURRENTE:

En pleno respaldo con los cargos de nulidad y apreciación errónea de la prueba se manifiesta el defensor de la procesada Rosalía López en su

alegato apreciatorio, lo cual le lleva a solicitar, en consecuencia, que se case el fallo impugnado en los términos consignados en la demanda.

Así, en cuanto al primero de los reproches, destaca que, en efecto, no se averiguó dentro de la presente investigación tanto lo favorable como lo desfavorable a la procesada, por lo que las decisiones de primera y segunda instancia de la Fiscalía, en que le fueron negadas las pruebas solicitadas por la defensa, son violatorias del debido proceso y derecho de defensa. Además, en torno a la misma causal de casación, también se habría vulnerado el debido proceso, al no notificarse personalmente al Ministerio Público la fecha de la celebración de la audiencia pública.

En relación con el segundo cargo, sostiene de una parte, que en el proceso, efectivamente no se demostró la materialidad del ilícito de porte ilegal de armas, por lo que se atiene a los fundamentos que sobre el particular expusiera la demanda.

Al mismo tiempo, señala que la confesión de la procesada es indivisible, por lo que no podía ser objeto de controversia la manera como ella expresa que sucedieron los hechos y la intención que en verdad tuvo al realizarlos. Lo anterior lo lleva a sostener que Rosalía López actuó en estado de dolor intenso, por lo que resultaba "indispensable el reconocimiento" de la atenuante dispuesta en el art. 60 del C.P.

Además, ha debido, por el mismo motivo, esto es la indivisibilidad de la confesión, aceptarse que su intención no era la de matar, ya que ella expresó que lo único pretendido era herir.

Precisamente la sentencia impugnada "hizo una valoración probatorio (sic) equivocada que condujo a conclusiones diversas a las que señala la prueba", por lo que se está frente a la primera causal del art. 220 del C. de P.P.

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

##### *Causal Tercera*

Referido al primer cargo por esta causal propuesto, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, manifiesta que en casación no basta con afirmar la existencia de una nulidad y señalar las supuestas irregularidades que dan lugar a ella, para que con este solo enunciado la demanda "se torne técnicamente apta" para ser estudiada. Enseguida responde, sin embargo, que no cualquier omisión probatoria constituye violación al derecho de defensa, sino aquellas pruebas que por su trascendencia llegaren verdaderamente a afeciar el fallo de condena.

Precisamente, respecto de las pruebas solicitadas por el defensor en la etapa investigativa y que fuera denegadas tanto en primera como segunda instancia, encuentra el Ministerio Público necesario puntualizar que no existe duda alguna en cuanto a que las heridas producidas a la víctima fueron determinantes del resultado homicida, por lo que la historia clíni-

ca que en verdad no fue allegada al proceso, acota "apenas permite una hipótesis conjetural de la demandante, relativa a que pudo ser otra la causa de la muerte". Sobre el tema que motiva la solicitud de nulidad y que encuentra oportuna para denegar sus pretensiones, cita la sentencia del 1 de abril de 1.993, de ésta Sala.

En relación con el segundo cargo, si bien de conformidad con el art. 186 del C. de P.P. el auto que señala fecha y hora para la celebración de la audiencia pública debe notificarse personalmente al Ministerio Público, en criterio del Delegado, el nuevo sistema procesal que pone en cabeza de la Fiscalía el deber de sostener la acusación, con sujeción a la ley y a las pruebas en cuanto se favorezca al procesado, permiten afirmar que la ausencia de dicha notificación, constituye una simple irregularidad no sustancial, máxime cuando su intervención en el proceso penal es facultativa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 277 de la C.P. y 131 del C. de P.P.

De tal suerte que al no revestir semejante incorrección desconocimiento alguno de los derechos del procesado, como tampoco de la estructura básica del proceso, la misma no puede traer como consecuencia "nulidad de ninguna especie".

#### *Causal primera*

Afirma el Procurador que las características del cargo presentado con base en esta causal son sus fallas técnicas que lo llevan al fracaso.

En efecto, para respaldar este aserto, señala que si bien del desarrollo argumental del cargo se colige que el planteamiento está orientado a edificar una violación indirecta de la ley por error de hecho en la apreciación de las pruebas, no se determinó el falso juicio que genera el reproche, esto es, si de un falso juicio de existencia o identidad, como tampoco, la incidencia que el error tendría en la sentencia.

En realidad, prosigue, a las razones que el fallador consignó para denegar la disminución del art. 60 del C.P. y para descartar la preterintención simplemente la casacionista opone su criterio personal y subjetivo, método que es equivocado si se tiene en cuenta que las sentencias de primer y segundo grado, las cuales se identifican en sus motivaciones y conclusiones, están amparadas por la doble presunción de legalidad y acierto.

Ahora bien, la censura que tiene que ver con la condena por el delito de porte ilegal de armas, que tuvo por sustento exclusivo la confesión de la procesada y que en concepto de la demandante, sería vulnerante del art. 297 del C. de P.P., encuentra el Delegado que en estricto sentido, el reparo no está dirigido contra este particular medio de prueba, sino respecto de aquellas dejadas de practicar para corroborarlo o desmentirlo, por lo que la vía correcta de ataque habría sido la nulidad por quebranto del debido proceso, esto es, "por omisión de la actividad propia de la investigación penal".



Por lo demás, la libelista no plantea defectos de legalidad o jurídicos en la conformación de dicha prueba, luego, no podía censurar la valoración que el juzgador hiciera de ella, toda vez que "La credibilidad que el Juez dió a la confesión bajo los presupuestos de racionalidad y sana crítica no es cuestionable, a menos que arbitrariamente se hubieran eludido los límites de la ciencia, la experiencia y la lógica".

En estas condiciones, el cargo propuesto, en su criterio, no puede ser acogido.

#### CONSIDERACIONES

##### *Causal Tercera*

##### *Primer Cargo*

La negativa a practicar pruebas, de forma tal que conlleve un verdadero obstáculo para el ejercicio de la defensa, o la omisión en su recaudo que configure una auténtica inercia por manera censurable en la actividad investigativa, ha dicho la Corte desde antiguo, conduce a la invalidación de lo actuado por desconocimiento al principio de investigación integral y consiguiente violación del derecho a la defensa.

También se ha precisado que, no es, desde luego, la falta de acopiar al proceso la totalidad de pruebas solicitadas por la defensa el factor determinante del vicio procesal, sino de aquellas cuya naturaleza sustancial por excluir o atenuar la responsabilidad del procesado, se hacen necesarias en orden a mantener incólume la garantía del contradictorio en el proceso penal.

Afirma la libelista en esta censura, que la sentencia es violatoria de los arts. 29 de la C.P. y 304.2 y 3 del C. de P.P., que determinan la nulidad del proceso, por no haberse incorporado algunas pruebas solicitadas por la defensa durante la investigación.

Lo primero que vale la pena destacar, sin que ello de por sí implique una deficiencia en la presentación del reproche que de al traste con el mismo, es que si bien indiscutible resulta que el debido proceso y el derecho de defensa tienen fundamento constitucional, como que a ellos expresamente se refiere el art. 29 en mención, lo correcto en casación es acudir exclusivamente a la norma procesal penal cuando expresamente establece un determinado vicio como causal de nulidad, si se tiene en cuenta la estructura vertical de nuestro ordenamiento jurídico y si además se descarta hoy en día la presencia de motivos para acudir, como en su origen doctrinario y jurisprudencial, a las denominadas nulidades supralegales o constitucionales.

Ahora bien, como sustento al motivo de nulidad alegado y que como se recordará tiene que ver con la negativa a decretar pruebas solicitadas por



la defensa durante la etapa de investigación, específicamente de allegarse al expediente la historia clínica de Silvia López procedente del Hospital San Rafael de la ciudad de Tunja en donde le prestaran los primeros auxilios y escuchar el testimonio del cuerpo de médicos que la intervino, debe recalcar que como acertadamente lo hace el Ministerio Público que el fundamento en que basa la necesidad de su acopio al proceso resulta conjetural, ya que es a través de hipotéticos supuestos que procede a cuestionar el nexo causal existente entre las heridas cuyo origen fuera los disparos hechos por la procesada a la víctima y el resultado muerte, para lo cual acude a realizar varios cuestionamientos acerca del real curso que habría tomado el proyectil en el cuerpo de la víctima, también respecto a cuáles fueron los órganos que afectó e igualmente en cuanto a si la atención médica habría sido la idónea tanto desde el punto de vista profesional como material.

Es evidente, entonces, que la sustentación del cargo en cuanto orientado a demostrar la trascendencia de la prueba cuya práctica fue negada, comporta una considerable base especulativa, dentro de la cual ni siquiera logra explicarse razonadamente cual es el motivo para descartar el carácter mortal de las heridas que Rosalía López Jiménez le ocasionara a la víctima, o en qué reside el convencimiento para estimar que fue la concurrencia de causas diversas lo que condujo a su deceso, este aspecto de importancia vital es suplido con la genérica e insólita afirmación de que la ausencia de dichos elementos conduciría a la "duda por falta de prueba científica", que debió condicionar al fallador a "aplicar la favorabilidad".

Por lo demás, no puede perderse de vista que la petición de pruebas hecha por el defensor en la etapa investigativa fue rechazada en primera instancia por la Fiscalía 34 Seccional de Ramiriquí mediante resolución del 17 de septiembre de 1992 al estimarlas innecesarias (art. 250 C. de P.P.), como también que al ser impugnada esta decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja le brindó respaldo por entender que mediante una valoración de la prueba obrante en el proceso y específicamente de la necropsia a través de la cual "se determina luego de un examen externo e interno del cadáver las heridas que poseía -la víctima-, el número de las mismas y las consecuencias, distinguiéndolas de acuerdo al elemento con que se produzca la lesión y si se trata solamente de lesión por intervención quirúrgica", existía mérito suficiente para proceder a la calificación sumarial.

Y, si bien en esta última decisión se advertía que dentro del juicio "existe la oportunidad y el período suficiente para la práctica de todas y cada una de las pruebas necesarias en el esclarecimiento de los hechos", evidente es, que precisamente por no resultar de trascendente significación las aludidas pruebas no fueron ordenadas de oficio, pero tampoco por parte de la defensa se insistió en su recaudo, pues, como bien lo destacara la Procuradora Judicial que ahora acude en casación, al mo-

mento de alegar para decorrer el traslado de la sentencia de primera instancia, "no nos explicamos por qué el defensor no volvió a solicitar las mismas pruebas en la prolongada etapa del juicio".

**Descartada la violación al derecho de defensa, el cargo debe desecharse.**

#### *Segundo Cargo*

El argumento para sustentar la nulidad en este ataque, reside en el hecho de no haberle sido notificado personalmente al Ministerio Público - Personero Municipal de Ramiriquí-, sino por estado, el auto del 9 de junio de 1993 por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de dicha localidad, señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, sin habérsele brindado la oportunidad de participar en el rito oral.

De acuerdo con los principios que orientan la declaratoria de las nulidades en nuestro Estatuto Procesal Penal (art. 308), quien alegue una nulidad le corresponde demostrar que la irregularidad sustancial en que se funda, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

En el presente caso, salvo la enunciación del cargo en cuanto que a través de él se trasluce la objetiva circunstancia de haberse omitido la notificación personal al Ministerio Público que ordena el art. 188 del C. de P.P., del auto en que se fijó fecha para la audiencia pública, absolutamente ningún argumento exhibe la censura que permita conocer el motivo por el cual dicho descuido aparea una condición invalidante del proceso, es decir, que el reproche fue abandonado en su simple enunciado, sin explicar su trascendencia, contenido y alcance.

No obstante esta deficiencia técnica en la presentación y demostración del cargo, imperativo es precisar que si bien es cierto que de conformidad con la citada disposición, en armonía con el art. 186 del mismo Estatuto Procesal, debió notificarse al Ministerio Público el auto por medio del cual se señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, con el fin de enterarlo sobre la celebración de este acto procesal, para que fuera éste quien decidiera, bajo su responsabilidad, si asistía o no al mismo en los términos del num. 4 del art. 135 *ibidem*, también lo es que esta omisión no genera fatalmente nulidad por cuanto de conformidad con lo normado por el art. 452 *eiusdem*, el Ministerio Público no figura entre los sujetos procesales que obligatoriamente deben concurrir al debate público para darle validez, mas aun cuando le asiste la posibilidad de recurrir del fallo, en el evento en que se encuentre inconforme con el mismo.

**El cargo debe desestimarse.**

#### *Causal Primera*

Razón asiste al Ministerio Público cuando advierte que debido a las fallas de orden técnico que el cargo formulado con base en esta causal ostenta, conducen inexorablemente a su rechazo.

Para comenzar, manifiesta la censorsa que acude a la primera causal de casación, párrafo segundo, que contempla el art. 220 del C. de P.P., pues en su sentir la sentencia impugnada incurrió en errores en la apreciación de las pruebas.

En seguida, sin concretar el sentido de la violación y la especie del error elegido, ni su incidencia en la sentencia, señala como preceptos vulnerados, los arts. 38, 60 en relación con el 323 y 325 del C.P., como también los arts. 180.4, 245, 247, 249., 278, 297, 333 y 445 del C. de P.P., y el art. 29 de la Carta Política, expresando su inconformidad con el fallo por no haberse otorgado a la procesada la atenuante de intenso dolor por grave e injusta provocación, también la errada calificación de los hechos, ya que en su criterio ellos tipificaban el delito de homicidio preterintencional y no el simplemente voluntario, e igualmente, haberse admitido como prueba única de responsabilidad por el delito de porte ilegal de arma, la confesión de Rosalía López Jiménez.

Así planteado el reproche, y siendo evidente que simultáneamente la demandante ha esbozado sin hacer distinción alguna y dentro de un mismo cargo, diversos ataques que en razón a su naturaleza y alcance debieron presentarse de modo independiente, además de mencionar reiteradamente el art. 29 de la Carta Política lo que ya de por sí trae confusión a la censura, notable resulta en su elaboración el desconocimiento de la técnica que gobierna la casación y que informa precisamente que cuando se alegan temas de contenido diverso y a través de los cuales se pretende por parte de la Corte distintas alternativas de solución, corresponde a un correcto planteamiento la necesidad de que los mismos sean formulados de manera autónoma.

Ahora bien, calificar de "afirmación genérica y gratuita", las motivaciones expuestas por el juzgador o controvertir su criterio de considerar que si bien el sentimiento de enemistad entre las protagonistas de los hechos era mutuo y su agresividad constante, el hecho de haber esperado la procesada a su víctima provista del arma para hacerle los disparos, para efectos de negar la disminuyente del art. 60 del C.P., porque en criterio de la libelista su aplicación era "pertinente", sitúa la problemática en el plano de la simple oposición de criterios que no es admisible entratándose del recurso extraordinario, como que los fallos están amparados en esta sede por la doble presunción de acierto y legalidad.

De otra parte, el parangón que establece la censorsa entre las que denomina "graves imputaciones" que recíprocamente se hicieron la procesada y su víctima a través del tiempo, y que rastrea mediante una muy minuciosa lectura de las diversas declaraciones aportadas al proceso, para colegir que si bien Rosalía López Jiménez también obró de ese modo y su comportamiento "no fue ejemplar o angelical", pero sí "mucho menos deplorable que el de Silvia", acusando al sentenciador de haber ignorado la

mayoría de tales testimonios, en el único esfuerzo y logro por acercarse mínimamente a la definición del sentido del error acusado, no pasa de ser otra manera de oponerse a las conclusiones del fallador para negar la disminución del art. 60 del C.P.

En efecto, obviamente debe descartarse la pretendida omisión probatoria que este alegato auspicia, pues al contrario de lo que afirma la censora, el Tribunal nunca desapercibió la grave enemistad que se había fraguado entre Rosalía López Jiménez y Silvia López y que se recoge en la prueba testimonial a que alude la actora, pues expresa mención de dicha circunstancia hizo en la sentencia, es decir que concretamente si valoró este hecho en relación con los demás elementos probatorios allegados para descartar la atenuante en comento.

Ahora bien, la referencia a la negativa del Tribunal para considerar que el hecho punible correspondía a un delito de homicidio preterintencional y no voluntario, que atribuye a una "mala apreciación de la prueba", que "va más allá de la mala interpretación", sin fijar exactamente cuál es el origen del error acusado, si derivado de la suposición, tergiversación u omisión probatoria, como el alegato desarraigado por completo del recurso extraordinario y que aspira a la absolución de la procesada por el delito de porte ilegal de armas, pues en su criterio "se destruye uno de los elementos de la tipicidad", en el insólito entendido de que la confesión no sirve como medio de prueba, por no corresponder en estricto sentido a cargos técnico-jurídicos propios del recurso extraordinario, no procede, de acuerdo con el principio de limitación que gobierna este recurso, respuesta alguna.

El fracaso del cargo es ostensible.

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.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Callego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dámaso Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Freñeda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **FALESDAD EN DOCUMENTO PUBLICO/ DELITO PLURIOFENSIVO/ REPARTO**

1.- Cabe precisar que en la legislación penal colombiana el interés tutelado con la norma aplicada es la fe pública, no entendida como un concepto abstracto, sino como protección a la confianza que la colectividad deposita en la capacidad probatoria de los documentos públicos, lo cual es esencial para que exista un adecuado tráfico jurídico que facilite las relaciones entre los consociados.

2.- La diligencia de reparto es un trámite administrativo que existe a nivel judicial para controlar la equitativa distribución del trabajo, y un factor más que contribuye a garantizar la imparcialidad del que resulte encargado de resolver o de elaborar la ponencia como ocurre en las corporaciones. No es un acto informal sino solemne, en el sentido de que se desarrolla en un día previamente acordado para ese fin, agotando un procedimiento, con la intervención de un servidor público que lo preside, y dejando constancia en el documento que para tal efecto se elabora.

De esta forma, no hay duda de la capacidad probatoria de los documentos en los que queda consignada esa operación, los cuales sirven para dar fe del agotamiento del mecanismo administrativo adoptado para el reparto.

3.- Es importante aclarar que la circunstancia de que el delito de falsedad en documentos se clasifiquen doctrinariamente como pluriofensivo, no significa que para su consumación en casos concretos deba necesariamente lesionar bienes jurídicos distintos a la fe pública, que fue precisamente el que el legislador colombiano estimó de mayor importancia para efectos de su ubicación en el Código.

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

Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta No.148

Proceso: 8879

## VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Misael Castelblanco Beltrán y Octavio Parada Pulido, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se les impuso pena de cuarenta y dos (42) meses de prisión a cada uno, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, como responsables del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

## I. HECHOS Y ACUACIÓN PROCESAL

Dentro de un proceso por enriquecimiento ilícito contra Fabio Espejo Pardo, el Juzgado Ciento Dos de Instrucción Criminal profirió un auto absteniéndose de dictarle medida de aseguramiento, el cual fue apelado, razón por la que el expediente fue remitido a la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá para el correspondiente reparto, diligencia que se efectuó el 26 de octubre de 1990, correspondiéndole el conocimiento del asunto al Magistrado número 25.

El 22 de noviembre siguiente, el Fiscal 5º Superior, Pedro Manuel Ayala, comunicó al Presidente de la Sala Penal, que habiendo acudido a la Secretaría de la Corporación, allí le informaron que el recurso interpuesto en el proceso contra Espejo Pardo ingresaría ese día para decisión al despacho del Magistrado Alvaro González Pimiento, pero ocurría que dicho funcionario no era el número 25, a quien según el acta correspondiente se le había repartido.

Ante la situación denunciada por el Fiscal se inició una investigación disciplinaria, que terminó con la destitución de los empleados Misael Raúl Castelblanco, oficial mayor de la Secretaría, y Octavio Parada Pulido, escribiente primero de la misma dependencia, así con la compulsación de copias para adelantar averiguación penal.

Al Juzgado Noventa y Seis de Instrucción Criminal correspondió la instrucción, a la cual fueron vinculados mediante indagatoria Castelblanco Beltrán y Parada Pulido, contra quienes dictó medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos responsables del punible de falsedad material de empleado oficial en documento público, decisión que fue confirmada por el superior al resolver el recurso de apelación.

Perfeccionada en lo posible la investigación, se calificó su mérito en proveído de mayo 9 de 1991, convocando a juicio a los acriminados por el delito por el cual se les ordenó detención. Esta determinación fue recurrida y posteriormente confirmada por el Tribunal en decisión de febrero 26 de 1992.



El trámite del juicio fue adelantado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, y agotada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria contra los dos acusados como responsables del punible de falsedad material de empleado oficial en documento público, por lo cual les impuso cuarenta y dos (42) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad.

El Tribunal Superior conoció nuevamente por vía de apelación, y oídas las alegaciones correspondientes le impartió confirmación integral al fallo.

## II. LA DEMANDA

1. Demanda a nombre de Misael Raúl Castelblanco Beltrán.

El defensor presenta dos cargos contra la sentencia así:

a) Violación indirecta de la ley sustancial por manifiesto error de hecho.

La demostración parte de recordar que contra su defendido y el otro acusado se tuvo en cuenta el indicio de oportunidad para delinquir, en razón a que ellos eran los encargados de hacer las radicaciones, esto es, anotar el historial de cada asunto, y conforme al dictamen pericial, para hacer el abono de un expediente a un magistrado no se requería la clave especial que manejaba el presidente, sencillamente con entrar al programa, que era su labor diaria, estaban en posibilidad de hacer las anotaciones falsas o verdaderas que tuvieran en mente.

Contra esta argumentación el recurrente sostiene, que la defensa demostró que el día que según el llamamiento a juicio se allanó el computador, entre las 12 m. y las 2 p.m., Misael Raúl fue a almorzar a su residencia situada en el Barrio La Victoria al sur de la ciudad.

Además, el indicio de oportunidad para delinquir no es grave sino contingente, y está sometido a la posibilidad de comprobar con más o menos precisión el momento de la consumación del ilícito y que no existen más personas aptas para cometerlo. De acuerdo con la declaración de Danilo Valero Huertas, empleado encargado de sacar los expedientes de la oficina donde estaba instalado el computador, en dos oportunidades para poder cumplir con su labor ingresó a dicha dependencia por encima del archivador que la separa de la secretaría, inseguridad que quedó demostrada con la inspección judicial practicada en ese recinto.

Luego de afirmar que un solo indicio no es bastante para establecer de manera cierta un hecho y de citar parte de una jurisprudencia de la Corte sobre la integración de los indicios, se refiere a que la Fiscal en la audiencia de juzgamiento manifestó que Octavio Parada permanecía de doce a una de la tarde en la oficina, lo que podría comprometerlo como único

autor del ilícito. Esta prueba, a su juicio, no fue analizada por el Tribunal en la sentencia, no obstante el memorial que presentó en el que destaca que el *a quo* no hizo de ella ninguna valoración.

Como conclusión agrega: "Al amparo de la causal primera de casación, segundo motivo, prevista en el artículo 226 del anterior Código de Procedimiento Penal, vigente por la época de los hechos, que trata de la violación indirecta de la Ley Sustancial por error de hecho manifiesto en la falta de apreciación de las pruebas, legalmente allegadas al expediente, motivo de impugnación que también está previsto en el artículo 220 del actual Código de Procedimiento Penal, impugnó la sentencia recurrida, por "falso juicio de existencia" en que incurrió el sentenciador de segundo grado.

b) Como segundo motivo de casación plantea la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida, en razón a que el indicio de capacidad para delinquir que se le dedujo al procesado no está debidamente demostrado, en la forma como lo exigen los artículos 29 y 248 de la Constitución Nacional. "Para demostrar la capacidad que tenga un procesado para delinquir, es necesario que se allegue al expediente copia debidamente ejecutoriada de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito intencional o culposo".

Pasando a otro tema, el impugnante dice que el delito de falsedad electrónica no está descrito como punible en el Código Penal, luego la adaptación que de esa figura hizo el Tribunal en la sentencia pugna con el principio de legalidad. Se quebrantó en forma directa el artículo 7° al considerar que la conducta del implicado constituía delito de falsedad documental.

Luego de transcribir parte del fallo, aduce que los razonamientos del *ad quem* conducen a que se salió de los parámetros que gobiernan el delito de falsedad material, cuando solamente se trataba de una falta disciplinaria.

El artículo 218 del Código Penal no contempla el delito de falsedad cometido en medios electromagnéticos, como si lo contempla el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil. Tomar como soporte una norma de la legislación civil para deducir responsabilidad penal, constituye violación a la prohibición de analogía del artículo 7° *ibidem*.

A continuación asevera que la defensa a lo largo del proceso ha querido demostrar que se trata de una falsedad inocua, tesis que encuentra respaldo en la obra del doctor Romero Soto. Sin profundizar en el tema, a renglón seguido vuelve a cuestionar que el Tribunal hubiera tenido en cuenta el indicio de capacidad para delinquir, sin advertir que únicamente las sentencias constituyen antecedentes penales y contravencionales.

Estima que hubo falta de aplicación de los artículos 29 y 248 de la Constitución Política, y falta de aplicación de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º y 8º del Código Penal.

La petición es que se case la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva al acusado Misael Raúl Castelblanco Beltrán.

2º. Demanda a nombre de Octavio Parada Pulido.

El libelista formula un único cargo por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 218 del Código Penal, en concordancia con el 255 y el 1º *ibidem*, por haberse concluido que se tipificaba un reato de falsedad en documento público, cuando se está en presencia de una conducta atípica.

La fundamentación se inicia con la afirmación de que para que se configure la falsedad en documento público es necesario que se produzca un daño real o potencial al derecho. "Tal perjuicio debe, necesariamente, ser analizado a la luz o con referencia al objeto jurídico que se tutela a través de la norma infringida, y para que se dé no basta la afectación real o potencial de la fe pública, sino que por ser tal punible pluriofensivo, es menester que se lesionen bienes jurídicos diferentes a ella, lo que no ocurre en el caso en comento".

En la falsedad documentaria el interés jurídico tutelado no es el genérico de la fe pública, pues aunque en el título se conservó esa denominación, desde el proyecto de 1974 se le despojó del sentido abstracto que se le venía dando, y se concretó en la noción de "tráfico jurídico" y más específicamente en el llamado "tráfico jurídico probatorio", lo que significa que no es la simple alteración de la verdad lo que constituye falsedad, sino solo aquella que tiene influencia en el campo del derecho, especialmente en cuanto dice relación a demostrar el nacimiento, modificación o extinción de derechos o pretensiones jurídicas, como sostienen el tratadista Romero Soto.

Al exigir la ley que la conducta recaiga sobre un documento que pueda servir de prueba, dispone que para que el delito se configure debe afectar su poder probatorio, y por consiguiente el bien tutelado es la fe pública, pero no considerada en sí misma sino en relación a la capacidad para demostrar una relación jurídica.

La única relación que resulta de los documentos a que se refiere el proceso es establecer qué magistrado debe ser ponente de un asunto, "y tal relación no es jurídica, no es atinente al tráfico jurídico, no es trascendente en el mundo del derecho y, por lo mismo, ese documento alterado no estaba destinado a demostrar el nacimiento, modificación o extinción de un derecho, siendo, por lo mismo, atípica la conducta".

Es intrascendente jurídicamente que un negocio lo sustancie tal o cual magistrado, pues se suponen igualmente idóneos, honestos e impar-

ciales. Ningún efecto real o siquiera potencial causa que un expediente, por indebido reparto o falta del mismo, sea conocido por uno u otro magistrado.

"Tal cambio podrá ser moralmente reprochable y disciplinariamente sancionable, por deslealtad con la administración, como efectivamente ocurrió, pues no hay duda de que se viola el artículo 9° literal c) del Decreto 1888 de 1989, según el cual son faltas con la administración de justicia: "Prescindir del reparto cuando sea obligatorio hacerlo o tolerar su ejecución en forma irregular".

"Pero la violación del deber jurídico de lealtad de los funcionarios acusados no es la antijuridicidad material exigida por la ley penal, siendo por ende inocua la alteración de la verdad y no tipificándose, por lo tanto, el punible de falsedad en documento público".

La sustentación del recurso termina con la afirmación de que al no haberse vulnerado bienes jurídicos distintos a la fe pública, y ser intrascendente el cambio de magistrado, la alteración de la verdad es inocua, por consiguiente la conducta atípica.

La petición es que se case la sentencia y en su lugar se absuelva al acriminado Octavio Parada Pulido del delito imputado.

### III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Con relación a la primera demanda, esto es, la presentada a nombre de Misael Castelblanco, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que no reúne los requisitos de claridad, precisión, la dialéctica, el sustento jurídico y la demostración de los reproches formulados.

En particular sobre el primer cargo dice que en principio podría entenderse que está dirigido a demostrar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por vía indirecta, por error de hecho en la apreciación fáctica de la prueba indicadora del indicio de oportunidad, sin embargo simultáneamente termina refiriéndose a las conclusiones inferidas. "Indiscriminación ésta que sin discusión sumerge el libelo en una incertidumbre imposible de subsanar".

Al afirmar el censor que con la declaración de Danilo Valero y la inspección judicial practicada a las dependencias en donde se encuentra el computador de reparto se destruye el indicio de oportunidad para delinquir, antepone sus personales consideraciones a las deducciones del fallador, olvidando con ello la prevalencia de estas últimas por la presunción de aciertos y legalidad que las ampara.

Además, asseverando que el Tribunal "ignoró olímpicamente" las alegaciones de la Fiscal 64 en la audiencia pública, catalogando a las mismas de "medio probatorio de singular importancia para los fines de la

defensa del procesado". desconoce que esas intervenciones no son medios de convicción, máxime cuando propenden por la condena que efectivamente se dispuso.

Igualmente advierte que el libelista entremezcla a lo anterior apreciaciones propias del indicio en sí considerado, que tan sólo persiguen resaltar su inconformismo respecto a la inferencia lógica del fallador.

Si se entendiera que la pretensión del censor radica en atacar la inferencia lógica, tal intento se desvanecer, toda vez que sin efectuar la debida formulación de la censura, "no demostró cómo el sentenciador erró en el juicio de adecuación que originó el desvío de esa dialéctica inferencial, lo que termina descartando tal posibilidad de ataque".

Y comprendiendo que es el hecho indicador lo que ataca el recurrente, su argumentación se reduce de inconsistentes razonamientos, además que pretendiendo atacar por falso juicio de existencia, no logra su cometido por cuanto que es claro que las pruebas que señala como omitidas fueron consideradas por el juzgador de instancia, desconociendo así la unidad que conforman las dos sentencias.

Las apreciaciones del Tribunal corresponden en un todo a la realidad fáctica determinada a lo largo del proceso, obteniendo deducciones que son el resultado armónico entre los hechos indicadores y el indicado.

En cuanto a la omisión de la expresión "empleado oficial" en la parte resolutive, no es una circunstancia que configure un error que permita infirmar la condena, pues la sentencia del *ad quem* parte de la base de que las personas que cometieron el delito son empleados oficiales, por ello la confirmó en todas sus partes.

El Segundo cargo, a juicio del Procurador, no puede ser estudiado de fondo, pues habiendo sido formulado por violación directa de la ley sustancial, en su desarrollo se ataca la prueba indiciaria, falla que no puede ser corregida por la Corte.

Adicionalmente rechaza la mención del artículo 29 de la Constitución como norma transgredida, por cuanto ello podría ser el planteamiento de una nulidad por violación del debido proceso, pero tampoco se alía a las exigencias del recurso extraordinario, ya que no fue esa la causal escogida, ni da razones para que se debiera proceder así.

Tampoco acierta en la cita de algunas disposiciones que nada dicen frente al reparo presentado, y en el resumen de la impugnación mezcla la violación directa e indirecta de la ley, desconociendo el imposible técnico que tal postura implica.

2. Sobre la demanda presentada a nombre de Octavio Parada Pulido, el Delegado opina que debe ser desestimada, pues el único cargo que



contiene parte de supuestos jurídicos sobre los cuales no es posible demostrar la infracción de las normas sustanciales aludidas.

En efecto, la acusación la hace residir en el carácter de pluriofensivo del punible de falsedad en documento público, afirmación que le permite exigir no sólo la vulneración de la fe pública, sino de otros bienes jurídicos, los cuales ha debido precisar para comprobar su alegada ausencia de antijuridicidad material.

La alusión al concepto de tráfico jurídico no puede considerarse como suficiente para la demostración de la pluriofensividad propuesta, por cuanto dicho tráfico no puede comprenderse autónomamente, y como un bien sujeto a la protección del ordenamiento positivo, independiente de la fe pública.

En la doctrina actual resulta cierto que la fe pública entendida como "ente abstracto", lejos de cualquier contenido material, no basta para configurar la antijuridicidad del delito de falsedad documental, por lo que ha sido necesario hablar del tráfico jurídico, concepto que comprende no sólo la protección de la formalidad, genuinidad, sino también su fuerza probatoria y demás derechos que por su medio se constituyen y prueban.

De lo anterior se infiere que la incorporación de información falsa a los archivos electromagnéticos del computador de reparto, por parte de los sentenciados, generó la adulteración del documento público, alteración que no sólo afectó la forma, sino la idoneidad probatoria del mismo, con lo que se configura el delito de falsedad.

No es acertada la afirmación del censor sobre la irrelevancia del documento que contiene el reparto adulterado, ya que dicho mecanismo presenta dos facetas de innegable importancia, como son el ser un trámite administrativo que ofrece la equitativa distribución del trabajo, y el garantizar que los procesos sean adjudicados al azar, protegiendo la imparcialidad que caracteriza a la recta administración de justicia.

Finalmente, luego de ahondar sobre el concepto de tráfico jurídico, reitera que no se trata de otro bien jurídico frente a nuestra ley penal, sino que corresponde a un concepto que está vinculado con la capacidad probatoria, ya que dicho en otros términos, lo que se requiere es que el documento sea apto para entrar al tráfico jurídico, y esto sólo es predicable de aquellos documentos con capacidad probatoria.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

##### 1. Demanda a nombre de Misael Castelblanco Beltrán.

a) *Primer cargo*: Violación indirecta de la ley sustancial por manifiesto error de hecho.



A esta censura corresponde demostrar alguna de las siguientes fallas: que el juzgador omitió apreciar una prueba que estaba en el proceso; o que supuso la existencia de una que no obra en las diligencias; o que tergiversó el contenido material de una prueba.

Sin tener en cuenta los parámetros anteriores, el recurrente parte de la afirmación de que el Tribunal dedujo contra su representado el indicio de oportunidad para delinquir, por cuanto él junto con el otro procesado eran los encargados de hacer el historial de cada asunto, y para hacer el abono de un expediente a un magistrado no se requería la clave especial que manejaba el presidente, pues bastaba con entrar al programa, que era una labor diaria, para hacer todo tipo de anotaciones.

Y contra esa inferencia sostiene que está comprobado que el día de los hechos su cliente fue a almorzar al barrio La Victoria; además, que el indicio de oportunidad no es grave sino contingente, pues la inseguridad del sitio donde se encontraba el computador quedó demostrada con la inspección judicial. De otra parte, alude a que la Fiscal Delegada dijo en la audiencia que Octavio Parada Pulido permanecía de doce a una de la tarde en la oficina, hecho que podría comprometerlo como único autor del ilícito, prueba que nunca fue analizada por el Tribunal, incurriendo en un error de hecho por falso juicio de existencia.

Ante lo anterior, fácil es advertir que el censor no realiza la demostración de ningún error de hecho, y que confunde lo que era su deber como demandante con la presentación de un alegato en el que consigna su parecer sobre el mérito probatorio, el cual pretende enfrentar al del sentenciador, sin tener en cuenta que el fallo de segunda instancia está amparado por la doble presunción de acierto y legalidad que solo es posible quebrar con la acreditación de un error trascendente.

El fallo se apoya en dos hechos debidamente probados: uno, que el expediente fue repartido a un Magistrado y luego abonado irregularmente a otro, previa la operación fraudulenta. Y dos, que los únicos que manejaban el computador y estaban encargados de darle a los expedientes los trámites propios del reparto y asignación eran los procesados. Ante la contundencia de estos elementos de juicio carece de sentido limitarse a afirmar que el indicio de oportunidad no es grave, y mucho menos cuando en la sentencia se le da el carácter de necesario, pues de esa manera no se demuestra nada, y por lo mismo no se puede aspirar a que se desconozca la estimación probatoria de instancia, que por cierto aplica estrictamente las reglas de la sana crítica.

La circunstancia de que el lugar donde se encontraba el computador no fuera inaccesible a otras personas en nada demerita la prueba anterior, pues no hay el más mínimo elemento de juicio que indique que alguien diferente a los encausados entró a alterar el reparto, y en cambio sí es claro que era necesario tener el conocimiento que por la labor que

desempeñaban tenían los acriminados, para poder realizar los pasos constitutivos de la conducta punible objeto del proceso.

En la sentencia impugnada no se acepta como hecho cierto que la acción se desarrolló entre las doce del medio día y las dos de la tarde, antes bien, se advierte que no hay prueba que indique la hora en que se ejecutó la operación, de modo que ninguna trascendencia podía dársele al hecho de que Misael Castelblanco hubiera ido o no a almorzar a su casa el 29 de octubre de 1990. En cambio sí está plenamente establecido que los dos implicados laboraron el mencionado día 29, y que estuvieron trabajando en el computador.

Por último, las afirmaciones de la fiscal en la audiencia no son un medio de prueba, de manera que es ilógico aseverar que respecto de las mismas se presentó un falso juicio de existencia. De otra parte, sus palabras no fueron ignoradas por el sentenciador, todo lo contrario, la condena se profirió atendiendo su solicitud de que los dos implicados fueran declarados responsables.

Lo que ocurre es que el defensor cita fuera de contexto unas frases de la intervención de la fiscal en la audiencia pública, para dar la sensación de que ella reconoce que el único autor del ilícito fue Octavio Parada, lo cual es un desconocimiento de la realidad procesal que no habla bien de la seriedad con que el actor debió asumir su misión. La parte pertinente de lo expuesto por la Fiscal es del siguiente tenor:

"El Despacho pudo comprobar que ese día las personas encargadas de manejar la máquina estuvieron operándola: Misael de 8 a.m. a doce m. y Octavio de ocho a.m. a una p.m. No cabe duda de la participación de los dos implicados en el hecho que se les atribuye, pues estos utilizaban el computador de manera mancomunada, esto es, mientras uno proporcionaba la comunicación el otro accionaba el reparto. Los dos podían manobrar el computador a su acomodo sin despertar sospechas de la ilicitud que fraguaban, su labor era la de accionarlo y realizar los trámites relacionados con el reparto lo cual les permitía llevar a cabo con la mayor naturalidad hechos como éste. Como se ve, el señor Octavio Parada Pulido permaneció una hora más tarde en la oficina esto es de doce m. a una de la tarde, hecho que podría comprometerlo como único autor del ilícito, pero si bien es cierto esto, también lo es que Misael Raúl era el encargado de ubicar los procesos de primera vez en un sitio y los de segunda en otro, lo cual era costumbre confiando en esto dice la señorita Olga Lucía Bohórquez omitió colocar el sello de adjudicado que ha debido llevar el proceso en la carátula pues éste fue ubicado en el bloque que no correspondía hecho que también lo compromete por la forma malintencionada con que realizó la operación, la cual considera el Despacho como actuación dolosa. Corolario a lo anterior, los señores Misael Raúl Castelblanco y Octavio Parada Pulido lesionaron la confianza en la administración pú-

blica, la credibilidad de la ciudadanía en sus jueces y en la moral de estos".

En síntesis, el impugnante hace afirmaciones que carecen de fundamento, no dice cuáles son las pruebas que no fueron apreciadas, y le da a la alegación de la fiscal en la audiencia pública el carácter de prueba que realmente no tiene, desconociendo además que no solo no fue ignorada dicha alegación, sino que fue atendida su petición de que se condenara a los dos sindicados.

b) *Segundo cargo.* Textualmente dice el impugnante: "Violó el honorable Tribunal Superior de Bogotá, la ley sustancial en forma directa, en sus artículos (sic.) 218 del Código Penal, por aplicación indebida, norma sustancial inaplicable en este proceso, en razón a que el indicio denominado de la capacidad para delinquir que el Tribunal Superior le dedujo al procesado recurrente, no está debidamente demostrado en el proceso, en la forma como lo exigen los artículos 29 y 248 de la Constitución Nacional y también la jurisprudencia reciente que interpreta dichas normas sustanciales. Para demostrar la capacidad que tenga un procesado para delinquir, es necesario que se allegue al expediente copia debidamente ejecutoriada de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito intencional o culposo. Solo en esta forma se demuestra la capacidad que para delinquir tenga un sujeto vinculado a un delito".

Basta leer la anterior formulación del ataque para darse cuenta que el censor incurre en una contradicción insalvable, pues invoca la violación directa de la ley sustancial y simultáneamente cuestiona la prueba, en la medida en que considera que para establecer la capacidad para delinquir se necesita copia de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

A la falla anterior, suficiente para desestimar la censura, se agrega la mezcla indebida de reparos que hace imposible saber cuál es la verdadera inconformidad del recurrente, ya que no tiene inconveniente en aducir que a una simple falta disciplinaria se le dio el carácter de delito con quebranto de los artículos 1º y 7º del Código Penal, y al mismo tiempo que el Código no contempla el delito de falsedad en documentos en medios electromagnéticos, así como que la falsedad imputada es inocua.

Y para rematar la confusa y antitécnica alegación, termina planteando que se violó el ordinal 1º del artículo 64 del Código Penal, por haber omitido la buena conducta anterior como circunstancia de atenuación punitiva.

Así las cosas, razón le asiste al Procurador Delegado al conceptuar que el cargo no puede ser respondido de fondo, y en consecuencia no tiene posibilidad de prosperar.

2. Demanda a nombre de Octavio Parada Pulido.

Como se dejó reseñado, el único cargo que presenta el censor contra la sentencia es por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 218 del Código Penal, en concordancia con el 225 y el 1º *ibidem*, al considerar que se está ante una conducta atípica por no derivarse de los documentos de reparto una relación jurídica, ni atinente al tráfico jurídico, ni trascendente en el mundo del derecho.

En primer lugar cabe precisar que en la legislación penal colombiana el interés tutelado con la norma aplicada es la fe pública, no entendida como un concepto abstracto, sino como protección a la confianza que la colectividad deposita en la capacidad probatoria de los documentos públicos, lo cual es esencial para que exista un adecuado tráfico jurídico que facilite las relaciones entre los coasociados.

De esta manera, es verdad que la falsificación de un documento que no tiene ninguna capacidad probatoria, especialmente si es privado, es inocua, y en esas condiciones mal podría configurarse el delito, pero lo que no es cierto es que esa sea la situación que se presenta en el caso en estudio como pasa a verse.

La diligencia de reparto es un trámite administrativo que existe a nivel judicial para controlar la equitativa distribución del trabajo, y un factor más que contribuye a garantizar la imparcialidad del que resulte encargado de resolver o de elaborar la ponencia como ocurre en las corporaciones. No es un acto informal sino solemne, en el sentido de que se desarrolla en un día previamente acordado para ese fin, agotando un procedimiento, con la intervención de un servidor público que lo preside, y dejando constancia en el documento que para tal efecto se elabora.

De esta forma, no hay duda de la capacidad probatoria de los documentos en los que queda consignada esa operación, los cuales sirven para dar fe del agolamiento del mecanismo administrativo adoptado para el reparto, el cual es de tal modo importante, que incluso en el caso investigado fue necesario adulterarlo para lograr el propósito de desviar el proceso hacia un Magistrado al cual no le fue sorteado, siendo una alteración de la verdad que no puede calificarse de inocua e intrascendente, sino de grave para la transparencia y el buen funcionamiento del Tribunal, ya que a través de ese delito alguien no identificado logró la escogencia del magistrado ponente para un caso, con una finalidad que gracias a la oportuna intervención del Ministerio Público no pudo lograr plenamente.

Tan importante es esa regla del reparto para la recta administración de justicia, que constituye el primer obstáculo a vencer por quienes pretenden manipular un proceso, de manera que la jurisprudencia ha conocido de muchos casos en donde esa alteración ha servido de alarma para poner en evidencia una actuación irregular, que es justamente lo que ocurrió en este asunto, en donde la falsificación alertó al interesado en el recurso de apelación de que algo oscuro se estaba tejiendo.

De otra parte, independientemente de que el no hacer el reparto o realizarlo en forma irregular sean conductas previstas como faltas disciplinarias, nada impide que si además se infringen normas penales se adelante la actuación correspondiente, y con mayor razón si se trata de una acción diferente, como lo es alterar una diligencia ya cumplida, de modo que este punto tampoco se le puede aceptar al recurrente.

Finalmente, es importante aclarar que la circunstancia de que el delito de falsedad en documentos se clasifiquen doctrinariamente como pluriofensivo, no significa que para consumación en casos concretos deba necesariamente lesionar jurídicos distintos a la fe pública, sino que teóricamente es aceptado que puede afectar varios intereses, entre ellos la fe pública, que fue precisamente el que el legislador colombiano estimó de mayor importancia para efectos de su ubicación en el Código.

En el caso en estudio basta tener en cuenta que los acusados lesionaron el tráfico jurídico propios de la actividad del Tribunal, la buena imagen de la justicia, la confianza en la imparcialidad de los magistrados y en su escogencia por azar etc., pero todo ello se recoge en la afirmación de que la conducta ejecutada violó la fe pública.

Atendiendo a lo dicho, la censura será desestimada.

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

#### RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Delfino Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## CASACION DISCRECIONAL

*El recurso extraordinario de casación por vía excepcional, previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra fallos en asuntos diferentes a los que reúnen los requisitos para acceder a la casación regular, sólo procede en aquellos casos en que la Corte lo considere "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". Para que la aceptación discrecional por esta corporación pueda atenderse, resulta indispensable que el impugnante oportunamente exponga las razones que en su criterio hacen necesario el pronunciamiento superior, pues es obvio que únicamente conociendo tales fundamentos de antemano, podrá resolverse respecto a la procedibilidad de la pretensión.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pirilla Pirilla*

*Aprobado Acta No. 148*

*Proceso: 11282*

### VISTOS

Decidirá la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado Pedro Jacinto Salamanca, contra la sentencia de segunda instancia que lo condenó por el delito de fraude a resolución judicial.

### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El señor Pedro Jacinto Salamanca, Presidente de la División Bogotana de Fútbol, vendió por escritura pública el predio "Las Luces", ubicado en Bosa, D.C., a la señora Yolanda Garzón Barreto, sustrayéndose fraudulentamente al cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, que le había ordenado hacer escritura de parte de dicho inmueble, a favor de la Sociedad Metropolitana de Clubes de Fútbol.



El Tribunal Superior de este Distrito profirió la sentencia motivo de impugnación excepcional, confirmando la dictada el 8 de agosto de 1995 por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó al mencionado Pedro Jacinto Salamanca a la pena principal de seis meses de arresto y dos mil pesos de multa, como autor responsable del delito de fraude a resolución judicial; decisión recurrida en casación por su defensor, por la vía excepcional del inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Ha sido interpuesto el recurso dentro del término legal (durante los quince días siguientes a la última notificación del fallo), contra sentencia de segunda instancia proferida por delito cuya máxima pena privativa de la libertad no llega a seis años, y por parte legitimada para ello (el defensor del procesado), requisitos exigidos para la viabilidad del recurso interpuesto.

Sin embargo, el recurrente no adujo razón alguna, como motivo o pretensión que lo hubiese inducido a acudir a esta vía especialísima de impugnación; simplemente manifiesta su deseo de recurrir en casación con fundamento en la norma citada, solicitando que el proceso fuera remitido a la Corte, "previo el trámite de rigor" (f. 90 Cdn. Tribunal).

El recurso extraordinario de casación por vía excepcional, previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra fallos en asuntos diferentes a los que reúnen los requisitos para acceder a la casación regular, sólo procede en aquellos casos en que la Corte lo considere "necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales". Para que la aceptación discrecional por esta corporación pueda atenderse, resulta indispensable que el impugnante oportunamente exponga las razones que en su criterio hacen necesario el pronunciamiento superior, pues es obvio que únicamente conociendo tales fundamentos de antemano, podrá resolverse respecto a la procedibilidad de la pretensión.

Desconociendo en absoluto la Sala esas razones, como acontece en el presente caso por silencio total del impugnante sobre ellas, no tiene frente a qué verificar la necesidad de su intervención, sea para el desarrollo de la jurisprudencia o para la preservación de algún derecho fundamental.

Por eso, la ausencia de motivación, al menos en lo cardinal, al momento de ser interpuesto el recurso de casación excepcional, hace inadmisibles la pretensión infirmatoria.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

#### RESUELVE

Inadmitir el recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado Pedro Jacinto Salamanca.

Vuelva el proceso al Tribunal de origen.

Cópicse, notifíquese y cúmplase.

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos F. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE EMPLEADO OFICIAL

*Para la legislación colombiana (artículo 148 del Código Penal), el tipo penal de enriquecimiento ilícito contra la administración pública se configura por el incremento patrimonial no justificado del servidor público, obtenido por razón del cargo o de sus funciones, en cuanto el hecho no constituya otro delito, independientemente de su cuantía, que viene a incidir ya en el aspecto punitivo en cuanto a su mayor o menor gravedad.*

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

*Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

*Aprobado Acta No.148.*

*Proceso: 8957*

### VISTOS

El 9 de julio de 1993, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó a Marco Fidel Amariles Valencia a la pena principal de 36 meses de prisión, igual lapso de interdicción de derechos y funciones públicas y multa por valor de dos millones de pesos, imponiéndole como sanción accesoria la pérdida del empleo que desempeñaba en la Aduana Nacional, por hallarlo responsable del delito de enriquecimiento ilícito; decisión recurrida en casación por su defensor.

### HECHOS

La Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, basada en queja presentada el 22 de julio de 1988 por el entonces Representante a la Cámara Luis Jorge Contreras Sosa en la que daba cuenta de ilicitudes denunciadas ante la Comisión Octava de dicha corporación, atribuíbles a empleados de la Dirección General de Aduanas y el Fondo Rotatorio de la misma, adelantó las correspondientes averiguaciones, entre las cuales la relacionada con el enriquecimiento ilícito deducido a Marco Fidel Amariles Valencia, vinculado a la Aduana Nacional desde el

21 de diciembre de 1973, inicialmente en el cargo de Almacenista de las Bodegas de Medellín, quien a partir de 1981 incrementó su patrimonio en más de ochenta y seis millones de pesos (\$87.000.000), representado en bienes inmuebles, vehículos automotores y acciones en diversas sociedades, no obstante que su último sueldo, en 1988, sólo ascendía a \$77.156.

#### TRÁMITE PROCESAL

Correspondió al entonces Juzgado Treinta de Instrucción Criminal de esta ciudad iniciar la investigación con fundamento en las diligencias adelantadas por la Procuraduría General, vinculando mediante indagatoria a Marco Fidel Amariles Valencia respecto de quien se abstuvo de proferir medida de aseguramiento; determinación apelada por el agente del Ministerio Público y revocada por el Tribunal Superior de Bogotá el 3 de mayo de 1991 en el sentido de ordenar su detención preventiva por el delito de enriquecimiento ilícito (fs. 23 y ss. cdno. del T.S.).

Incorporada abundante prueba documental, testimonial y técnica y clausurado el ciclo investigativo, el nombrado Juzgado de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con casación de procedimiento; decisión igualmente apelada y revocada por el Tribunal Superior, dictando en su lugar resolución de acusación en contra de Marco Fidel Amariles Valencia por el punible de enriquecimiento ilícito del artículo 148 del Código Penal, declarando que el acusado no se hacía acreedor al beneficio de libertad provisional (providencia de 27 de marzo de 1992, folios 52 y ss. ib.).

Ritinado el juicio y realizada audiencia pública, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad capital finiquitó la instancia el 15 de febrero de 1993, condenando al procesado a las sanciones ya reseñadas, declarando que no se hacía acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenando compulsar copias de lo pertinente para investigar la conducta de la testigo Gladys Martínez de Pinzón por el posible delito de falso testimonio; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de este Distrito, mediante el que es objeto del recurso de casación.

Surtiéndose el recurso de alzada ante el Tribunal, el defensor del procesado recusó a los magistrados de la correspondiente Sala de Decisión Penal con fundamento en la causal del ordinal 6° del artículo 103 del Decreto 2700 de 1991, por haber tomado decisiones que, según él, los predisponían para resolver; la recusación fue rechazada por los integrantes de la Sala, lo cual obró el respaldo de la Corte en decisión mayoritaria de 15 de abril de 1993 (M.P. doctor Jorge Carreño Luengas).

#### DEMANDA DE CASACIÓN

En el marco de las causales primera y tercera de casación, se formularon sendos cargos a la sentencia impugnada, uno como principal y otro como "accesorio", a saber:

**Cargo Principal:** Violación indirecta de los artículos 148, 2, 3 y 41 del Código Penal, en concordancia con los artículos 254, 274, 279, 294 y 300 del de Procedimiento Penal, por "error en la apreciación de las pruebas" que llevó a los falladores de instancia a mirar unas pocas y dejar de visualizar "la mayor parte de ellas".

En desarrollo de la censura afirma el censor que la prueba tenida en cuenta por los juzgadores para condenar a su representado fue la investigación contable realizada por la Procuraduría General de la Nación, la cual según él adolece de crasos errores como lo reconoce el propio Tribunal, pese a lo cual tuvo que suponer que las escrituras y avalúos catastrales están por debajo de los precios reales, imaginar que Amariles Valencia tuvo que haber figurar valores irrealcs y creer que es imposible obtener dinero con un bajo salario.

Agrega que la sentencia de condena se halla construida endeblemente sobre el desmoronado estudio contable, carente de solidez, de las relaciones numéricas hechas por la Oficina de Investigaciones Especiales y el concepto del Ministerio Público, que solicitó la detención precautelar del sindicado y alude al incremento patrimonial exagerado y a la poca credibilidad reconocida a la testigo Gladys Martínez de Pinzón, mientras que el Juzgado de Instrucción al resolver la situación jurídica del inculcado "sí hizo estudios ciertamente pormenorizados" para concluir que la Procuraduría se equivocaba.

El Tribunal que revocó las decisiones del funcionario instructor para detener y acusar al procesado se remitió a los planteamientos del Ministerio Público sin aducir ninguna argumentación contable; línea de conducta que mantuvo al confirmar la sentencia del Juzgado Penal del Circuito sin fundar su fallo "en aquello perceptible con simple objetividad, sino en la 'inconcebible' diferencia resultado de comparar ingresos por trabajo en aduanas y sumas declaradas".

Expresa que los juzgadores desatendieron las escrituras y los avalúos catastrales de los bienes poseídos por Amariles Valencia por lo que "Al existir la prueba, y dejarla de lado sin fundamento alguno, se incurrió en la sentencia en ostensible error de hecho. Esa plural falta de apreciación del material probatorio señalado constituye error de hecho por falso juicio de existencia. Y el error es tan importante que, como se ha dicho, la prueba básica es la creencia del incremento en razón del dominio sobre tales bienes".

Afirmar, como se hace en la sentencia, que Amariles hizo figurar en las escrituras públicas cifras inferiores a las reales para concluir que los bienes adquiridos por él tenían un mayor valor es incurrir "en otro error de hecho, también por falso juicio de existencia pues se ha limitado a creer, a suponer, a imaginar que el precio de los bienes es otro, superior al demostrado, cuando el expediente nada de ello indica".

Continuando en sus críticas a la sentencia impugnada, adverte el impugnante que ella no contiene ningún análisis que hubiese llevado a los sentenciadores a concluir que el procesado movía en sus cuentas mucho dinero, incompatible con sus ingresos, reprochándole al Tribunal haber repetido el equivocado análisis presentado por el Ministerio Público, el cual por constituir una forma de interpretación del material probatorio, genera error de hecho por falsa interpretación de la prueba, conclusión que emerge, según afirma, de comparar las escuetas exposiciones del informe rendido por la Oficina de Investigaciones Especiales con "las trascendentales relaciones hechas por la defensa, muy especialmente en la diligencia de audiencia pública en segunda instancia".

Muestra su extrañeza porque el Tribunal hubiese prohiado la tacha al testimonio rendido por Gladys Martínez de Pinzón, quien dio en préstamo a Amariles Valencia la suma de siete millones de pesos, no obstante que tal hecho (el mutuo) resulta establecido con la existencia del proceso ejecutivo instaurado por la acreedora contra su deudor, acreditado mediante prueba trasladada, la que al no ser tenida en cuenta por el fallador de segundo grado generó "otro error de hecho por falso juicio de existencia pues estando allí la prueba, la dejó de lado, sin más".

Agrega que tampoco fueron tenidos en consideración múltiples testimonios de personas que bajo la gravedad del juramento afirman que el procesado se desplazaba los fines de semana a la ciudad de Medellín para atender sus asuntos personales y que se trata de "un comerciante de años, juicioso, trabajador, quien se ha dedicado a los pollos, el 'chance', los cerdos, las truchas, es ahorrativo, ha sido profesor y hasta acólito. En otras palabras, copiosa prueba testimonial lo señala como laborioso comerciante que se dedica a muchas cosas incluso desde muy pequeño... Y como los Sres Jueces omitieron el análisis de tales Actas de testimonio, incurrieron en error de hecho por falta de apreciación de medios probatorios existentes en el proceso".

Igualmente ignoraron las manifestaciones de la esposa del sindicado, médica de profesión, de que compartía con su esposo ingresos y gastos y de otras personas que dan fe de la realización de negocios de ganado, graneros y otros, concluyendo el actor:

"En síntesis, Sres Magistrados, ostensibles, palpables errores de hecho por omisión e indiferencia ante prueba existente, y por falta de análisis objetivo-interpretativo, han llevado a una sentencia injusta. Si en verdad con plena objetividad hubiera sido vista la prueba, la decisión necesariamente habría sido otra, es decir, absolutoria... Dicho en otras palabras, si los Sres Magistrados -y la Sra Juez- no se hubieran equivocado sobre toda la prueba, con absoluta seguridad habrían tenido que absolver. Expuesto de otra manera: como incurrieron en errores, condenaron; si no hubieran incurrido en ellos en las formas ya reseñadas, habrían tenido que absolver".



**Cargo Subsidiario:**-Nulidad de la actuación por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, el derecho a la defensa e incidió en la falta de competencia del funcionario judicial, consistente en no haberse declarado impedidos los magistrados del Tribunal que conocieron del proceso en segunda instancia al haber admitido la recusación de que fueron objeto; reparo que el libelista se anticipa a reconocer que debió plantear de primero pero que utiliza como "accesorio" porque su notoriedad fluye del análisis de la causal primera que lleva a la plena convicción sobre la inocencia de su acudido.

En su opinión, los magistrados del Tribunal "que conocieron del proceso en segunda instancia han debido declararse impedidos o admitir la recusación. Desde luego, obtuvieron el respaldo de la Honorable Sala de la Corte. Sin embargo, existiendo una prueba evidente, *a posteriori*, nueva del por qué de las alegaciones de la defensa en aquella ocasión, impónese volver sobre el punto, no por testarudez de un abogado sino por convicción y, sobre todo, ante la presencia de un capital elemento nuevo".

Diciendo respetar los planteamientos de la Corte en la providencia que dirimió la recusación (auto de 15 de abril de 1993), "Incluidas las salvedades y la aclaración", argumenta el recurrente que la Sala del Tribunal que detuvo al sindicado, es la misma que "lo acusó ante ella misma, y que ella misma, por supuesto, lo condenó. Es decir, el trámite para llegar a la condena fue adelantado y guiado por la misma Sala del Tribunal de Bogotá. Todos entendemos, entonces, que el Tribunal no actuó con independencia de sí mismo".

Afirma que pese a lo dicho mayoritariamente por la Corte, constituye motivo de impedimento y recusación de acuerdo con el ordinal 6° del artículo 103 del C. de P.P., el hecho de que la misma Sala que confirmó la condena hubiese participado dentro del proceso, como en el presente caso realizó la Sala del Tribunal Superior de Bogotá con medidas tan importantes y delicadas como el auto de detención y la resolución acusatoria; proceder éste que acusa de contradecir el principio contenido en el artículo 252 de la Constitución Nacional conforme al cual, uno es el organismo que instruye y otro, muy diferente, el que acusa y juzga.

Se refiere luego a los argumentos planteados mayoritariamente por la Corte para rechazar por infundada la recusación presentada por la defensa contra los integrantes de la Sala de Decisión Penal del Tribunal, concluyendo que en su criterio "el proceso está afectado de nulidad, particularmente desde el momento en que la Sala del Tribunal asumió el conocimiento en 2a. instancia de la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito pues lo procedente y legal habría sido declararse impedida por falta de independencia e imparcialidad".

Consecuente con esa argumentación, solicita casar la sentencia impugnada por violación indirecta de la ley sustancial, o "accesoriamente" declarar la nulidad de la actuación por los motivos expuestos.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, examina en orden lógico los cargos formulados a la sentencia, comenzando por el relacionado con la nulidad del proceso, para concluir que ninguno de ellos se abre paso.

Refiriéndose al cargo subsidiario enmarcado dentro de la causal tercera de casación, expresa que la nulidad propuesta por el demandante alude a la "proposición de una nueva recusación al *ad quem*, con base en las mismas circunstancias del incidente inicial", la que fue decidida en su oportunidad procesal mediante providencia de la Corte convertida en ley del proceso "lo que redundó en la imposibilidad de su continua y reiterada alegación".

En cuanto al cargo principal afirma, en síntesis, que los errores de hecho endilgados al Tribunal por falsos juicios de existencia e identidad del acervo probatorio, no tienen dicho carácter por cuanto las pruebas notadas de menos por el censor sí fueron objeto de evaluación en la sentencia de condena, conformada por los fallos de primera y segunda instancia, y no hubo desfiguración o tergiversación del contenido objetivo de otras pruebas, sino razonable y lógica valoración.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Invirtiendo el orden de los cargos formulados a la sentencia impugnada, la Corte, por razones de lógica, examinará en primer término el que tiene que ver con la nulidad del proceso porque de prosperar, resultaría inoficioso ocuparse de objeciones ainentes a la valoración del acervo probatorio.

Cargo Subsidiario: Pretender revivir un incidente de recusación que culminó en las instancias con fuerza concluyente para las partes intervinientes, equivale a plantear en sede de casación una segunda recusación contra los miembros de la Sala de Decisión Penal del Tribunal que finiquitó el proceso, por los mismos motivos del incidente inicial, como afirma la Procuraduría Delegada, lo cual constituye impertinencia que llama a su rechazo.

Dicho planteamiento conduciría al absurdo de que la Corte revisara su propia providencia de 15 de abril de 1993 que dirimió la misma recusación cuyas razones ahora se proponen como nulidad, para cambiar por esta vía la jurisprudencia conforme a la cual, la causal de impedimento o recusación del ordinal 6° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal sobre las hipótesis referidas a actuaciones anteriores dentro del

mismo asunto, no es aplicable al juez de segunda instancia que funcionalmente debe conocer varias veces del mismo proceso, sino al *ad quem* que ha de revisar la providencia acerca de cuyo pronunciamiento haya tenido injerencia en instancias anteriores, ya como juez *a quo*, como auxiliar de la justicia o como agente del Ministerio Público.

De acuerdo a esa orientación jurisprudencial, que ahora se ratifica, no puede entenderse comprometida la imparcialidad e independencia del juzgador, al punto de generar impedimento, por el hecho de que la misma Sala del Tribunal Superior, obrando como juez de segundo grado, se hubiese pronunciado así sea en medida de aseguramiento o resolución de acusación, para el caso dentro de circunstancias de tránsito de legislación.

Los argumentos ahora esgrimidos por el libelista para tratar de variar esta directriz no presentan novedad y el advenimiento de la prueba nueva que robustecería dicho planteamiento, quedó en el simple enunciado, por lo que la decisión cuestionada en el fondo, esto es, la providencia que dirimió el incidente de recusación lejos de afectar garantías fundamentales, vulnerar el debido proceso o limitar el derecho a la defensa, es apenas la activación del mecanismo ideado por el legislador para solucionar conflictos como el que se pretende reabrir.

No prospera el cargo de nulidad.

Cargo Principal: 1).-El escrito impugnatorio constituye una esforzada réplica a los razonamientos del Tribunal que sirven de soporte a la sentencia de condena, pero dista de consolidar el apropiado cuestionamiento de la prueba, encaminado a demostrar el quebranto de las normas sustanciales que menciona. Habiéndose acogido el censor al error de hecho por falso juicio de existencia que supone dar por demostrado un hecho, sin estarlo, o negarlo estando plenamente probado, y a la misma clase de error por falseamiento o tergiversación de su real contenido, la disquisición deriva más bien hacia una confrontación de pareceres con el *ad quem* respecto al mérito probatorio asignado a determinados medios de convicción; disparidad de criterios que no configura error de hecho, ni está erigida en causal de casación.

Es así que mientras para el actor el estudio contable realizado por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General no le merece confiabilidad, por las inconsistencias y yerros que le atribuye, para los falladores de instancia dicha prueba es determinante de que el procesado Marco Fidel Amariles Valencia incrementó en forma injustificada su patrimonio durante los últimos años y, mientras para aquél el testimonio rendido por Gladys Martínez de Pinzón en el sentido de haberle dado en préstamo al sindicato la suma de siete millones de pesos, debe ser tenido como veraz y creíble, para los últimos tal declaración no resulta verosímil y la repudian razonadamente como acomodada, mendaz y orien-

tada a favorecer los intereses de Amariles Valencia, razones que les llevó a ordenar la compulsación de copias para que fuera investigada penalmente.

2).-Los errores de hecho por falso juicio de existencia enrostrados al Tribunal carecen de sustento, como bien afirma la Procuraduría Delegada, pues basta leer con detenimiento la sentencia objeto de impugnación para cerciorarse que las escrituras públicas de los bienes inmuebles de propiedad del sindicado, al igual que los avalúos catastrales sobre los mismos, si fueron apreciados por el sentenciador, aunque no en la forma pretendida por el demandante, sino para concluir que cualquiera fuese su valor "no se compadece de todas maneras esa riqueza con el exiguo salario que devengaba" Amariles Valencia como empleado de la Aduana.

Aquí cabe precisar que para la legislación colombiana (artículo 148 del Código Penal), el tipo penal de enriquecimiento ilícito contra la administración pública se configura por el incremento patrimonial no justificado del servidor público, obtenido por razón del cargo o de sus funciones, en cuanto el hecho no constituya otro delito, independientemente de su cuantía, que viene a incidir ya en el aspecto punitivo en cuanto a su mayor o menor gravedad.

De ahí que lo realmente importante radica en determinar si la adquisición de los bienes de cuestionada obtención, se justifica en fuente pecuniaria lícita, mayor o menor que fuere su valor o la diferencia no explicada honestamente, lo cual atenúa la incidencia de la disparidad entre el valor comercial y los señalamientos catastral y contractual, que la experiencia enseña que no suelen coincidir con el real. Por eso no constituye error de hecho la circunstancia de que el fallador *ad quem* hubiese inferido, mas no supuesto o imaginado, que el valor de los inmuebles contenido en los títulos de dominio, es casi siempre inferior al comercial.

3).-El error de hecho consistente en ignorarse la existencia de la prueba trasladada obrante en autos, esto es, las copias del proceso ejecutivo instaurado por Gladys Martínez de Pinzón contra Marco Fidel Amariles Valencia para el cobro judicial del valor del préstamo (fs. 289 y ss. cdo. 2), es totalmente infundado; así pregona con acierto la Procuraduría Delegada, acogiéndose al principio de la unidad jurídica inescindible predicable entre los fallos convergentes de instancia, siendo de recordar el siguiente pasaje del fallo emitido por el Juzgado:

"En efecto, la dama en mención, dijo en la declaración rendida en este asunto que en 1988 le hizo un préstamo a Marco Fidel por la suma de Cinco Millones De Pesos, dinero éste que ella mantenía en su poder, oculto en diferentes partes de su hogar, lo cual resulta por lo menos insólito e increíble, y ese dinero no fue respaldado por ningún documento, sin embargo, ya en la declaración extraproceso que se anexó al diligenciamiento administrativo, aseguró que su deudor "le hizo una letra de cambio". Dijo

también la declarante que de ese préstamo nadie, ni siquiera su esposo se enteró, pero ocurre que la señora se olvidó que su cónyuge Guillermo Pinzón Prieto ya había rendido declaración extraproceso asegurando que era conocedor de ese dinero. Y como si no fuera suficiente las contradicciones mencionadas, vemos cómo se inició un proceso ejecutivo de la mencionada Gladys Martínez de Pinzón, para el cobro de aquella, al cual se adjuntaron tres letras, cada una por valor de un millón de pesos, en tonces, el préstamo fue por cinco millones? o por tres?, hubo una letra? o dos? o tres?. La conducta de esta testigo, al faltar a la verdad, debe ser investigada y así se dispondrá (fs. 172-173 c.3)".

Para el Tribunal -como recuerda la Procuraduría- no admite duda que "ni los ingresos salariales, ni las actividades comerciales -ampliamente cuestionadas- del sentenciado, le permitirían la adquisición de tan diversos bienes, sea cual fuere el valor que se le dé a los mismos, catastral o comercial".

4).-Por igual razón a la indicada en precedencia, tampoco se configura error de hecho por falso juicio de existencia por haberse omitido o dejado de lado "copiosa prueba testimonial" que señala al acusado como laborioso y próspero comerciante y hombre de negocios porque, contrariamente a lo dicho por el libelista, los testimonios notados de menos sí fueron en verdad examinados y valorados en el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito, como emerge del texto visible a folios 168 y 171, cuaderno 3, uno de cuyos apartes enseña:

"Las explicaciones del procesado no merecen en absoluto credibilidad alguna, al contrario de lo que pretende la defensa, como quiera que analizadas a fondo las declaraciones de quienes han pretendido respaldarlo, se detecta mendacidad en sus afirmaciones, veamos al respecto:

Mientras el acusado sostiene que su considerable fortuna proviene de actividades lícitas llevadas a cabo desde muy joven, pues en sociedad con sus hermanos se iniciaron en el comercio con un granero en Itagüí, sus hermanas dicen que Marco Fidel tuvo ese establecimiento con su hermano Otoniel únicamente y aquél afirma que después de ese negocio montaron una casa de chance, pero sus consanguíneas aseguran que ésta funcionó a la par con el granero, en el mismo local y que allí mismo tenían 'un negocio de Pollos'.

Marco Fidel pretende hacer creer que su fortuna la obtuvo gracias a la unión familiar pero sus hermanas dicen que él siempre fue muy independiente a tal punto que ellas no aciertan a suministrar respuesta acerca de las actividades comerciales que desarrollaba Marco Fidel, es más las mujeres dicen que actualmente ellas subsisten de sus salarios, de donde surge la pregunta: Cómo es que, según lo afirma Marco Fidel su fortuna proviene de actividades realizadas en unión familiar como se lo fomentaron sus padres, él logró amasar tan considerable fortuna y sus hermanos no?...".



5).- Se dice que no fue apreciado el testimonio de la esposa del sindicado en cuanto a que compartían ingresos y gastos; pero de esa manifestación, insularmente considerada, no puede surgir la existencia de un error de hecho con fuerza demostrativa capaz de variar las conclusiones del fallo, fundadas, respecto a la responsabilidad penal de Amariles Valencia, en un concurso de hechos indiciarios que valorados en su conjunto, gravedad y convergencia, llevan necesariamente a la certeza de que en la trayectoria productiva lícita del servidor oficial no aparece justificación de su notorio incremento patrimonial, obtenido sincrónicamente al desempeño de un cargo, dentro de una institución paciente de severos riesgos de corrupción.

En conclusión, no ha logrado demostrar el libelista que las pruebas o los hechos por él relacionados en la demanda, fueron realmente ignorados o marginados del debate probatorio, o desfigurados en su verdadero contenido o sentido, sino que el ataque a la sentencia impugnada giró en torno a una confrontación entre su criterio y el del Tribunal, respaldado éste en argumentos sólidos y en la doble presunción de legalidad y acierto, respecto al aporte demostrativo derivado de los diferentes medios de persuasión, evaluados con respeto a las reglas de la sana crítica. El esfuerzo realizado resulta frustráneo.

No prospera el cargo formulado, en ninguna de sus facetas.

#### DECISIÓN

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

#### RESUELVE

No Casar la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cóptese y devuélvase al despacho de origen. Cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rungel, Jorge E. Córdoba Poveda, Edgar Lombana Trujillo, Conjuéz, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## ESTAFAS

*Atendido el hecho de que el trato celebrado entre los acusados y el denunciante fue de promesa de celebrar una compraventa, vale decir, fue un contrato especial distinto del contrato prometido, contenido de la implícita condición resolutoria de todo contrato prevista en el artículo 1546 del C. C., la objeción de no haber analizado el Tribunal los artículos 1849, 1914 y 1915 del C. C., todos referentes al contrato de compraventa, resulta inconducente para cuestionar el fallo. En lo concerniente al artículo 1602 del C. C. cuya falta de consideración también pregonan, la falta de motivación del reparo impide conocer su fundamento. Estas razones imponen la improsperidad del cargo.*

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

Magistrado Ponente: Dr. Dámaso Pérez Velandía

Aprobado Acta No. 148

Proceso No. 9425

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 22 de octubre de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante la cual, por revocación de la de primera instancia se condena a Víctor Manuel Charris o Charry Bastos y Eduardo Hernández Medina a sendas penas principales de dos (2) años de prisión y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y la de "pérdida de todo empleo público y oficial", en calidad de coautores del delito de estafa en perjuicio patrimonial de Mario J. Gómez.

## HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Son los hechos materia de la sentencia:

El 13 de septiembre de 1988 en la ciudad de Santa Marta el abogado Mario Gómez Gómez suscribió una promesa de compraventa con los señores Víctor Manuel Charry Basto y Eduardo Hernández Medina respecto de un predio rural denominado 'La Macarena' ubicado en la región de

'Ojos de agua' de la comprensión municipal de Aracataca que el primero se comprometía a comprar y los segundos a venderle por el valor de \$14.500.000 pesos, del cual aquél les abonó en semovientes \$12.830.000, acordando que la entrega material del bien se efectuaría por éstos seis días después, que la escritura se firmaría el 15 de noviembre del mismo año y, que en el término de 60 días los promitentes vendedores se comprometían a entregar el predio libre de todo gravamen en 60 días, en especial de un hipoteca contraída con la Caja Agraria, precisando también en la cláusula cuarta:

"lo mismo que totalmente libre de los demás gravámenes como condición o limitación de dominio, como hipoteca, censo, anticreces (sic) usufructo, fideicomiso, pleito pendiente, registro de demanda y patrimonio no embargable. Esto es, los promitentes vendedores se obligan al saneamiento de la venta que prometen, a responder de cualquier gravamen que afectare El Inmueble Vendido Cualquier Acción Real que Contra Él Se Promoviere. Parágrafo: en especial deslindar haciendo la cerca correspondiente los linderos por la parte sur con el señor Víctor Peñaloza Horta cuyo juicio de deslinde y amojonamiento está corriendo en el Juzgado unico Civil del Circuito de Ciénaga, sin embargo los promitentes vendedores se comprometen hablando con los propietarios del terreno buscar soluciones amigables en el término de sesenta días".

Los promitentes vendedores no realizaron el 19 de septiembre de 1988 personalmente la entrega material del inmueble al promitente comprador sino que autorizaron a su administrador, Antonio Palmera Calderón, para que la efectuase, quien la llevó a cabo mostrando parcialmente el predio al promitente comprador y entregándole la casa y su menaje (fls. 45-45v. cd. ppl. 1). Este, que había contratado los servicios del mismo administrador para que continuase frente al predio, al cual había ido varias veces antes de la entrega (fl. 218 cd.ppl.1), fue informado el día de ésta por el vecino Víctor Peñaloza que tendría problemas por linderos (fl. 223-bis cd.ppl.1); y aunque la recibió e introdujo en ella un crecido número de reses (fls. 216v., 225v. cd.ppl.1), suscribió, junto con varios testigos una constancia de incumplimiento en la entrega por parte de los promitentes vendedores (fl. 6 cd.ppl.1).

Tampoco concurren -los promitentes vendedores- a la Notaría a la hora de la fecha acordada para el otorgamiento de la escritura y cuando lo hicieron el promitente comprador les hizo ver los varios incumplimientos a todos los compromisos adquiridos en la promesa, entre otros por la no terminación del pleito de linderos, de lo cual llevó atestación del Juzgado Civil del Circuito de Ciénaga, según constancia suscrita por éste ante el Notario Unico de Aracataca (fls. 7-8 cd. ppl. 1); sin embargo, habían presentado a la Notaría una minuta de escritura en que afirmaban que el predio estaba libre de pleito pendiente (fl. 9 cd. ppl. 1). Además, dispusieron del ganado que el promitente comprador les había entregado "a pesar

de que no se les dio abono de venta ... como promesa de pago en eventual perfeccionamiento de la venta". según precisa en su denuncia el abogado Mario José Gómez. Sintendiéndose éste engañado "para obtener el provecho luego incumpliendo tanto la entrega material convenida como la solución del pleito pendiente", y habiéndose enterado a posteriori que aquéllos tenían la finca "abandonada y con problemas de linderos o sea sin alinderación definida y además ... infestada de guerrillas", los denunció penalmente. (fls. 1-8; 14 cd. ppl. 1).

La investigación fue iniciada el 29 de noviembre de 1988 por el entonces Juzgado 90. I.C. de Ciénaga (fl. 12 cd. ppl. 1) y a ella fueron vinculados mediante indagatoria los dos denunciados, a quienes se les comprometió en juicio por el delito de estafa agravada por el artículo 372 del C.P. en providencia del 3 de mayo de 1991, expedida por el Tribunal Superior del Distrito (fls. 109-116 cd. ppl.2), confirmando la resolución de primera instancia que así lo había dispuesto. (fl. 56 cd. ppl.2).

En el transcurso de la investigación el propio denunciante se constituyó parte civil y demandó la práctica de unas pruebas y el restablecimiento del derecho, a lo que no accedió el entonces juez instructor (fl. 87 cd. ppl. 1); tampoco accedió a reponer el auto de cierre investigativo (fl. 117 cd. ppl. 1), ni aceptó la recusación que el profesional le formuló (fl. 129 cd. ppl. 1). La apelación de la primera de estas decisiones y la negativa a separarse del asunto motivaron la intervención del Tribunal, que optó por revocar aquélla y separarlo del conocimiento (fls. 145-148; 156-158).

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal, el juez al que pasó el asunto comisionó al Juzgado Unico Penal Municipal de Pivijay, jurisdicción en donde se hallaba el ganado que el denunciante había dado a los promitentes vendedores en parte de pago de la negociación -190 cabezas-, para decomisar dichos semovientes y entregárselos al denunciante (fl. 192 cd. ppl. 1). La diligencia se cumplió el 3 de octubre de 1989, sobre 187 animales que eran los que tenía bajo su responsabilidad el administrador de la finca en donde se hallaban -una la reportó como muerta-, más 64 de cría, para un total de 250, valuadas en \$12.470.000, por virtud de una diligencia de secuestro decretada por el Juzgado Unico Civil del Circuito de Fundación, cumpliéndose así el restablecimiento del derecho dispuesto por el Tribunal (fl. 9-10 cd. ppl. 2).

También en cumplimiento de la orden del Tribunal, el juzgado dispuso la práctica de una inspección judicial a la finca "La Macarena" -jurisdicción de Aracataca- (fl. 192 cd. ppl.1) para establecer sus condiciones de toda índole, pero la diligencia no se llevó a cabo porque, habiendo solicitado colaboración de la Policía para el efecto el Juzgado Promiscuo Municipal de Aracataca el 26 de septiembre de 1989, el Sub-comandante de la Esuación de Policía del municipio denegó el 4 de octubre subsiguen-

te esa colaboración aduciendo que para entonces deambulaban en el área grupos guerrilleros y era zona de orden público, por lo que había prohibición superior de destinar agentes a esos menesteres. (fls. 22, 25 y 26 cd. ppl. 2).

A la investigación se allegó constancia del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Santa Marta sobre el curso de un proceso ejecutivo singular promovido por los aquí acusados contra el denunciante, iniciado el 7 de diciembre de 1988 (fl. 197 cd. ppl. 1), dentro del cual éste propuso en marzo de 1989 excepción de contrato no cumplido (fl. 276 cd. ppl. 1).

También se allegó copia de la demanda instaurada el 24 de febrero de 1989 por el aquí denunciante contra los procesados ante el Juzgado Único Civil del Circuito de Fundación (fl. 193 cd. ppl. 1), promoviendo juicio ordinario para la resolución del contrato y solicitando medidas cautelares sobre las reses que él les había dado en parte de pago. A esta demanda, que contestaron los demandados, opusieron además demanda de reconvenición el 16 de marzo de 1989 (fls. 284 y ss. y 280 y ss. cd. ppl. 1).

Cumplido el rito de la causa, el Juzgado Único Penal del Circuito de Ciénaga profirió sentencia absolviendo a los acusados y ordenó la expedición de copias para que se investigase la posible falsedad de unos testimonios (fls. 372-393v. cd. ppl. 3); pero apelada que fue esta decisión por la parte civil, el Tribunal Superior del Distrito la revocó, mediante el fallo que ha sido recurrido en casación por la defensa, señalando como penas las que han quedado referidas en antelación (cd. Tr.).

#### LA DEMANDA

Sostiene el casacionista que la sentencia es violatoria, en forma directa de la ley sustancial al considerar, según precisa:

"... como delito consumado ... la existencia de promesa de contrato de compraventa suscrita el 13 de septiembre de 1988 ... entre los señores ... como vendedores y ... como comprador ... después de haber recorrido la finca ... como lo anotan los declarantes ... ", promesa elaborada por el mismo comprador, que era profesional del derecho y en la que consignó su conocimiento de la existencia de un proceso de deslinde y amojonamiento que él mismo revisó en el Juzgado y cuya definición, por su condición profesional sabía estaba sujeta a las eventualidades propias del trámite de todo asunto judicial, lo que por contraste no podía exigírsele a los vendedores cuyas profesiones son diferentes. Por tal razón el denunciante no podía alegar en su favor:

"... la ignorancia supina de lo que es un proceso, las formas como se ventilan, los recursos que surgen y que los términos o su duración de los procesos no están sometidos a la voluntad de las partes, sino a su desarrollo con todas las incidencias que se presentan".

Añade:

"Es así que si él mismo al elaborar el contrato promesa ... fijó un término de 60 días es él el que pretendió desde un principio no cumplir y engañar a los señores ... y ..., es casi un imposible jurídico, para un jurista que ejerce la profesión considerar que un proceso de deslinde y amojonamiento ... puede terminar en 60 días, cuando ni siquiera el mismo funcionario en que se ventilló dicho proceso pudiera dar seguridad que en 60 días estaría terminado, mucho menos las partes en litigio, máxime cuando el doctor ... desde el mismo momento en que se celebró la negociación, en virtud de la ley en especial el art. 52 del C. P. C. tenía derecho a la intervención adhesiva y litisconsorcial habiendo hecho caso omiso de las facultades que la ley le otorgaba, no obstante ser el propietario del inmueble desde el mismo momento de la firma de la promesa."

Agrega que el Tribunal dio especial significación a la presencia de la guerrilla en la zona de la línea, contra la evidencia probatoria, constituida por las certificaciones allegadas en la audiencia pública provenientes de las comandancias del Ejército y la Policía de esa jurisdicción y, que el artículo 46 del C. de P. P. sanciona a "a quien habiendo ejercido acción civil para procurar el resarcimiento de algunos perjuicios se constituye en parte civil dentro de un proceso penal" y que el denunciante ha venido ejerciendo la acción civil en este proceso.

Al explicar el "Alcance de la impugnación" indica que pretende la absolución de los implicados porque el asunto en debate es de naturaleza civil y no penal, insistiendo en que el denunciante ejercía simultáneamente acciones de ambas clases "quizás buscando un enriquecimiento sin causa y lo demás que se desprende.". Y a manera de concreción del reparo dice acusar la sentencia de haberse proferido:

"... sin mayor análisis de las pruebas aportadas ... habiendo violado una norma sustancial proveniente de error en la apreciación de las pruebas aportadas."

Bajo el título de "El concepto de la violación" cuestiona "varios aspectos" del fallo impugnado, tales los siguientes: a).- La interpretación que hizo el Tribunal del contrato de promesa para deducir que los vendedores ocultaron "las condiciones del inmueble en que pesaba un proceso de deslinde y amojonamiento", desconociendo la cláusula del contrato de promesa de compraventa que textualmente reza:

"En especial deslindar haciendo la cerca correspondiente, los linderos con la parte sur con el señor Víctor Peñolza (sic) Horta cuyo juicio de deslinde y amojonamiento está corriendo en el Juzgado Unico Civil del Circuito de Ciénaga, sin embargo lo (sic) promitentes vendedores se comprometen hablando con los propietarios del terreno buscar soluciones amigables en el término de 60 días."



Siendo así la situación, considera el actor que no existió engaño de parte de los promitentes vendedores al promitente comprador y que éste bien podía adelantar conversaciones con el colindante Peñalosa y que a ello lo autorizaba el artículo 52 del C. de P. C. "y darle información a los vendedores ...", pero nunca lo hizo.

b).- El alcance que confirió a la consideración de que la finca se halla emplazada en zona de guerrilla y que esto "impedía ejercer el dominio" y que por ello se encontraba abandonada de manera que "sus antiguos propietarios no podían llegar a ella."

El Tribunal omitió, además, considerar los testimonios de Antonio Palmeras, Eriberto Rafael Contrado y los deponentes allegados por el procesado Hernández Medina, que eran personas dedicadas a los cultivos en la zona de ubicación de la finca y afirmaron que por el mes de diciembre de 1988 no existía guerrilla en esa región. Agrega que aunque un funcionario judicial dijo no haber podido realizar una inspección judicial en esa zona por problemas de orden público, las manifestaciones de los comandantes del Ejército y la Policía no "redargüidas ni tachadas de falso"-desmienten esa aserción y ameritan la expedición de copias para que se investigue al juez que tal atestación hizo.

c).- La aducida imposibilidad de realizarse una inspección judicial en el predio por un funcionario comisionado "según alguna vaga constancia de que el Orden Público no lo permitía y que por consiguiente no hubo entrega de cuerpo cierto."

En este segmento de la alegación el actor cuestiona la credibilidad que el Tribunal confirió a la certificación rendida por el juez que afirmó no haber podido efectuar una inspección judicial por razones de orden público en la región de la finca, contra la credibilidad que merecían las certificaciones de los Comandantes del Ejército y de la Policía a que alude en el literal "b)" precedente y afirma que los mismos deponentes en ese mismo literal referidos, Antonio Palmera y Eriberto Rafael Contrado desmintieron la presencia de la guerrilla, así como el estado de necesidad del promitente comprador, que "no tenía urgencia de comprar fincas."

ch).- El alcance que concedió a la declaración de Dimas López González y d).- El alcance dado a la declaración del ex-trabajador de éste contratado después por el denunciante, Martín Alonso García.

Ninguno de estos deponentes, a quienes el Tribunal confirió pleno crédito, lo merecían, pues son testigos interesados en pro del denunciante por ser amigos íntimos de éste y clientes frecuentes de uno de sus hoteles en Santa Marta.

Añade que el Tribunal:

"no entró a analizar los aspectos consagrados en los arts. 1915, 1602, 1849 y 1914 y demás concordantes del C. C. así no pudo analizar los



relacionados con el saneamiento de vicios reivindicatorios (sic) como las consagraciones de los contratos de promesa de venta y entre otras cosas solamente se componetió en analizar las declaraciones rendidas en forma acomodaticia últimamente cuando hubo afán de que se practicaran otras pruebas y así se logró que los declarantes Antonio Palmiera Calderón y Eriberto Rafael Conrado trataran de contradecirse en sus declaraciones sinceras, producto de la realidad procesal que rindieran inicialmente el 29 de diciembre de 1988, y si posteriormente por algún interés entran a contradecirse en lo que ya se encuentra plasmado como verdad verdadera, la Ley así lo expone que deben de compulsarse copias para que se investigue el cambio de versión ...".

Agrega que debe investigarse la instauración simultánea de acciones civil y penal en persecución del mismo objetivo, como sucede en el caso presente.

Para finalizar, solicita la casación del fallo de condena recurrido y su reemplazo en esta sede extraordinaria por absolutorio.

#### EL MINISTERIO PÚBLICO

En su concepto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la demanda debe desestimarse debido a las deficiencias de orden técnico en punto del recurso de casación que la afectan, consistentes básicamente en que habiéndose enunciado el cargo como violación directa de la ley sustancial, su demostración se hace con argumentos propios de la violación indirecta, bajo la premisa de la existencia de error en la apreciación de la prueba.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Desde luego, no pasó desapercibida la impropiedad de orden técnico que destaca el Ministerio Público en la redacción de la demanda, proveniente de la afirmación consignada en la presentación del cargo, de que la sentencia es "violatoria de la ley sustancial por infracción directa", y de la sustentación de este aserto con consideraciones propias de la violación indirecta. Sin embargo, visto el contexto de la demanda y la precisión que en desarrollo de la argumentación registra en estos términos: "acusó concretamente la sentencia recurrida en que el Honorable Tribunal ... lejos de confirmar la sentencia del *a quo*, sin mayor análisis de las pruebas ... la ha revocado, habiendo violado una norma sustancial proveniente de error en la apreciación de las pruebas aportadas", así como la total ausencia de conceptualizaciones propias de la violación directa, todo parece indicar que la mención a este tipo de infracción se debió a un error en la confección del texto mecanográfico, que no impide el estudio de lo intrínseco del reclamo, como al efecto se procederá.

En criterio del actor, en el caso a estudio no existe delito de estufa de conformidad con la prueba allegada al proceso y erradamente considera

da por el Tribunal, lo que indica que lo sucedido corresponde al campo del derecho civil y no al del penal.

Afirma en primer término, que el Tribunal omitió considerar el párrafo de la cláusula cuarta del contrato de promesa de compraventa de que da cuenta el proceso, en que los promitentes vendedores, advirtiendo que cursaba un proceso de deslinde y amojonamiento en el Juzgado Único Civil del Circuito de Ciénaga, se comprometieron a buscar una solución amigable al respecto y a deslindar por su parte sur con Víctor Peñaloza el predio que prometían vender al denunciante.

Considera que no hubo engaño por parte de los promitentes vendedores hacia el promitente comprador porque éste, que es abogado litigante y conocedor de sobra de las eventualidades procedimentales de los asuntos que se ventilan ante la jurisdicción, fue informado por ellos de que se tramitaba un proceso de deslinde y amojonamiento con el vecino colindante Víctor Peñaloza y a sabiendas de ello redactó él mismo la promesa del contrato de compraventa consignando en una de sus cláusulas, precisamente en la que según afirma, no fue considerada por el Tribunal en su análisis probatorio, como término para la solución judicial de ese asunto 60 días, agregando como opción de arreglo conversaciones amigables con ese vecino.

Añade, en segundo lugar, que el Tribunal omitió también considerar las certificaciones de los Comandantes de la Policía y del Ejército de la zona de ubicación de la finca de la negociación que afirmaban la inexistencia de presencia guerrillera en esa región para la época a que se contraen los hechos en investigación, dando por probada la existencia de tal situación con una constancia de un funcionario judicial que dijo no haber podido adelantar una inspección para la cual había sido comisionado, por problemas de orden público. Que también omitió considerar en cuanto a este aspecto, las declaraciones de Antonio Palmeras y Eriberto Rafael Conrado y de los testigos citados por el procesado Hernández Medina, que eran personas dedicadas a la agricultura en la región y cuyos dichos son contrarios con las certificaciones antes mencionadas. Este reparo recoge los literales b) -emplazamiento de la finca en zona de guerrilla-, c) -la no realización de una inspección al predio por hallarse en zona de guerrilla-; y, d) -crédito conferido a la declaración de Martín Alonso García sobre el mismo tema- del capítulo "El concepto de la violación" según el orden impreso por el signatario a su escrito.

Finalmente, tampoco consideró el Tribunal la normatividad del Código Civil referente al saneamiento de vicios redhibitorios; y reiterando comentarios del segundo motivo de objeción dice que el sentenciador dio por cierta la presencia de la guerrilla en el área de la finca afirmando que por eso "sus antiguos dueños no podían llegar a ella" y dedicó su atención a los testimonios del ex-Notario Dimas López y de Martín Alonso García,

para dar por estructurado el delito. Añade que el fallador pasó por alto también que el denunciante adelantó acciones tanto civil como penal en persecución de un mismo interés jurídico.

Pues bien. Examinado en detalle el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato de promesa (fl. 26 v. cd. ppl. 1), que es el primero de los motivos de reproche de la demanda, que el defensor afirma no fue considerado por el Tribunal y cuyo texto es bien claro en cuanto el plazo de 60 días se fijó por los promitentes vendedores para procurar el arreglo amistoso con el colindante Víctor Peñaloza, con quien existía pleito pendiente de deslinde y amojonamiento, encuentra la Corte que la sentencia impugnada sí consideró el compromiso adquirido en esa cláusula del contrato.

Así aludió el *ad quem* a ese aspecto:

"En dicho documento los vendedores recibieron en parte el pago (12.830.000.co), representados en ganado, pero en la condición que a la hora de correr la correspondiente escritura debían entregar el predio, libre de todo gravamen, pleito pendiente, linderos y *fijaron un término de 60 días para llegar a un arreglo amigable* con el señor Víctor Peñaloza Horta, con quien existía un pleito pendiente y se comprometieron a hacer entrega material del inmueble el día 19 de Septiembre de 1988, momento en el cual el Dr. Gómez podría a (sic) entrar a explotar y ocupar dicha finca, pero tal evento ocurrió (sic), ni se cumplió como está demostrado en autos y lo que es peor se hizo llegar al plenario Penal la constancia del Notario de Aracataca, quien dio fe de lo ocurrido." (fl. 42 cd. Tr. negrillas fuera de texto).

Mientras que el parágrafo reza:

"En especial deslindar haciendo la cerca correspondiente, los linderos con la parte sur con el señor Víctor Peñaloza (sic) Horta cuyo juicio de deslinde y amojonamiento está corriendo en el Juzgado Único civil del Circuito de Ciénaga, sin embargo lo (sic) promitentes vendedores se comprometen hablando con los propietarios del terreno buscar soluciones amigables en el término de 60 días."

Como lo revelan estos textos, ni los acusados se comprometieron a entregar una solución judicial en el perentorio término de 60 días sobre el asunto de linderos con Víctor Peñaloza -que es lo que en la primera parte de su alegación atribuye el defensor demandante al Tribunal, descalificando sus consideraciones con comentarios sobre la imposibilidad del cumplimiento de compromisos de tal naturaleza ante las eventualidades propias de toda tramitación judicial-, ni el Tribunal cuestiona a los procesados por no haber logrado esa solución judicial.

La recriminación que les hace es por no haber adelantado en ese lapso las conversaciones amigables con el vecino Peñaloza, a que se comprometieron, y por eso hace especial atención de la declaración de Dimas López

González -que para la época de la negociación entre los acusados y el denunciante en este proceso era ya por completo ajeno a todo asunto con ese inmueble-, quien antecedió a los procesados como propietario del predio, pues fue él quien se lo vendió a ellos y, como según el dicho de este ciudadano hubo problema de linderos los procesados lo demandaron, pero el juzgado cognoscente falló exonerándolo a él del problema y advirtiéndole que el litigio debía orientarse era contra el vecino Víctor Peñaloza (fls. 214-215v. cd. ppl. 1).

En torno a este lema -que cobija los literales a) -ocultamiento del asunto del pleito por linderos- y ch) -la declaración de Dimas López- del capítulo de "El concepto de la violación" en el orden establecido para el escrito por el actor, dice el Tribunal -confundiéndole de paso el nombre del predio :

"Está demostrado también en autos que los señores Eduardo Hernández Medina y Víctor Manuel Charrys Baslo le compraron el predio "Tierra Grata" (sic) al señor Dimas López González y a sabiendas de que había perdido un juicio de deslinde y amojonamiento con éste, no tuvieron ningún recato para manifestarle al Dr. Mario Gómez Gómez por escrito, en un documento, que ellos le cumplirían en 60 días de firmada la promesa de venta. Nunca conversaron con ese señor, ni entregaron (sic) en ninguna clase de transacción amigable, sin embargo le fingieron al comprador ... que ellos le harían el saneamiento del predio en lo que se refería a linderos y a la construcción de la cerca y menos tuvieron trato con el señor Víctor Peñaloza, quien al parecer en alguna ocasión le hizo saber al Dr. Mario Gómez que iba a tener problemas de linderos." (fl. 45 cd. Tr.; negrillas fuera de texto).

Así pues, debe admitirse que el Tribunal al considerar en su examen probatorio el parágrafo de la cláusula cuarta del contrato, resulta evidente que incurrió en errónea apreciación de ese elemento de juicio, pues le confirió la interpretación de que con esas conversaciones quedaría solucionado en ese lapso el problema y en favor de los promitentes vendedores a la promesa de adelantar en 60 días unas conversaciones amigables respecto de linderos. Al así interpretar el contenido del texto, terminó distorsionándolo, haciéndole decir lo que no dice y otorgándole al incumplimiento de esas conversaciones relacionadas con el pleito de cuya existencia se dejó constancia en la promesa de contrato, el alcance de maniobra engañosa inductora del error de la estafa.

Ese texto, de ninguna manera establecía que con unas conversaciones amigables terminase súbitamente el delicado y dilatado problema de límites entre los predios y, menos, que el vecino con el que existía el litigio tuviese que acceder a la pretensión de los promitentes vendedores; tampoco garantizaba la terminación del pleito judicial en favor de los aquí procesados, porque no podía obligar al funcionario cognoscente a emitir el fallo en ese sentido y en el plazo señalado para la suscripción de la

escritura. Menos podía tenerse como maniobra engañosa la espera del fallo, mediando como en efecto sucedía, el compromiso de los vendedores "al saneamiento de la venta", incluido en la misma cláusula cuarta del contrato de promesa. La suscripción de la promesa en esas condiciones por el abogado, comerciante y ganadero denunciante, pertenecía al riesgo de la negociación porque el resultado del proceso no se estaba garantizando con el compromiso asumido por los promitentes vendedores en el parágrafo en alusión.

Confiere más magnitud al error evaluativo de la prueba que se menciona, el considerar maniobra engañosa no adelantar los procesados las referidas conversaciones con Dimas López, pues no reparó la Corporación en que en el contrato constaba que el pleito por linderos era con Víctor Peñaloza y que López declaró haber dejado ya de ser dueño del predio del problema porque precisamente fue quien se lo vendió a los procesados, por tanto nada tenían que hablar ellos con él al respecto.

La incidencia de este error de apreciación probatoria del Tribunal es patente en los apartes esenciales de su fallo, en que -debe decirse-, en forma harto desordenada y carente de claridad refiere a los restantes elementos estructurales de la estafa. Dice que "... le fingieron al comprador ... que ellos le harían el saneamiento en lo que se refería a linderos y a la construcción de la cerca", añadiendo que no adelantaron las polimencionadas conversaciones; que nunca le entregaron al denunciante los planos de la finca ... que:

"... hasta ahí no llega la desfachatez de estos señores vendedores, sino que a sabiendas de que no podía (sic) cumplir un contrato solemn, consensual y bilateral que en Colombia no se perfecciona con la entrega de la cosa, sino con la competente inscripción, los vendedores habiendo tramado todos estos hechos, sabiendo de que no podían cumplir el contrato, y urdiendo toda clase de maniobras engañosas tiene el coraje y la arrogancia de demandar al Dr. Mario Gómez por la vía civil ... cuando todos sabemos que el delito genera acción penal y de suyo origina la acción civil, ambas son independientes y se pueden instaurar por la vía que el perjudicado escoja." (fl. 45 cd. Tr., negrillas fuera de texto).

"..."

"Lo que sí resulta de bulto es de que los vendedores sabían que no iban a cumplir la promesa de venta, una vez que recibieron el ganado como parte de pago dispusieron de él como si fuera propio en perjuicio del patrimonio económico del comprador. Se repite y consta ... que el señor Palmeras Calderón Hernando nunca entregó la finca ni se le autorizó para ello y aún más, al comprador nunca lo enteró de los problemas que tenía el predio y le mostró la finca únicamente como fue acordado por patronos y presuntos vendedores ... De tal manera que sí hubo mala fe en engañar al comprador, con hacerle ver lo bueno y esconderle lo malo. En



cuanto que había guerrilla hay prueba testimonial ..." (fl. 46 cd. Tr., negrilla fuera de texto).

"..."

"..., se ha visto a través de la prueba documental que los vendedores no hicieron entrega real y material de cuerpo cierto, como se había estipulado en la promesa de venta. En la cláusula 7a. de la promesa de venta se estipuló que los promitentes vendedores redactarían la minuta de escritura ..., lo que no cumplieron ..., de que no existía pleito pendiente, que la finca estaba totalmente delimitada, cosa que no es cierta y hacer entrega simbólica y no por los linderos como se había pactado, luego sí se le mintió al vendedor (sic) sobre la calidad del inmueble, el vicio que tenía o sea una finca invadida y bofetada por presuntos guerrilleros." (fl. 47 cd. Tr.).

Con relación a la entrega del predio el 19 de septiembre de 1988 observa la Corte, en primer término que en la promesa no se pactó que los procesados debían hacerla en forma personal; y, en segundo lugar, que el administrador Palmera Calderón, sí entregó el inmueble al abogado denunciante, quien el mismo día introdujo en él más de 200 reses, aunque, según puede inferirse del testimonio del comisionista Eriberto Rafael Conrado, prevenido el promitente comprador ese mismo día por el mismo vecino Víctor Peñaloza de que tendría problemas de linderos, optó por dejar la constancia de incumplimiento de los promitentes vendedores en esa entrega (fl. 223-bis cd. ppl. 1).

Palmar el error de hecho por falso juicio de identidad, en la apreciación de la prueba vertida en el parágrafo de la cláusula 4a. del contrato de promesa de compraventa en que incurrió el sentenciador de las instancias, se hace imperativo declarar próspero el cargo.

En el segundo motivo de reproche contenido en la demanda consistente, como se dijo con antelación, en el alcance que el Tribunal confirió a la aducida ocupación por la guerrilla del territorio en donde se halla localizada la finca objeto de la frustrada negociación teniéndola como parte del engaño propio de la estafa de que considera fue víctima el denunciante, el censor sostiene que en el examen probatorio se omitió considerar los primeros y sinceros testimonios de Antonio Palmeras y Eriberto Rafael Conrado, de diciembre de 1988, que desmentían esa incomodante presencia por la época del negocio, lo mismo que las certificaciones de los Comandantes del Ejército y de la Policía de esa región del país, pruebas dignas de crédito por ser conocedores de esa realidad, prefiriendo dar crédito en contrario a la constancia dejada por el juez comisionado para una inspección cuando ya se tramitaba este proceso sobre la imposibilidad de acudir al predio por existir ese problema de orden público, basado en un oficio de la Policía de la jurisdicción del municipio de Aracataca y a los nuevos y aparentemente contradictorios testimonios de los referidos Palmeras y Conrado y a la declaración de Martín Alonso García.



Pues bien. Aquí la cuestión planteada por el casacionista es que para la época en que debían los contratantes sellar su negocio mediante la entrega del bien y el otorgamiento de la escritura correspondiente, no existía guerrilla en la zona de emplazamiento de la finca "La Macarena", porque así lo declararon en fecha muy reciente a esa época, el 29 de diciembre de 1988, Antonio Palmera Calderón y Eriberto Rafael Conrado y lo certificaron los Comandantes del Ejército y de la Policía con jurisdicción en el departamento del Magdalena y específicamente en la jurisdicción del municipio de Aracataca (fls.316 y 315 cd. ppl. 3), mientras que el Tribunal en sus consideraciones obrantes al folio 44 del cuaderno suyo dio por cierta esa presencia guerrillera en la zona de emplazamiento de la finca para la época de la negociación.

Si se observa: a).- Que la constancia que sustentó lo que el Tribunal consideró parte del engaño de la estafa al denunciante por los acusados sobre la presencia estorbosa de grupos guerrilleros en la zona de ubicación de la finca fue expedida el 4 de octubre de 1989 (fl. 25 cd. ppl. 2), es decir, casi un año después de los hechos materia de esta sentencia, que acaecieron entre septiembre y noviembre de 1988; b).- que en verdad para días muy cercanos a esta época, el 29 de diciembre de 1988 (fl.45 cd. ppl. 1) el entonces administrador de la finca Antonio Palmera Calderón, habitante del predio y conocedor de todo cuanto en él y a su alrededor acaeciera no reportó problema alguno de guerrilla para su ocupación por el promitente comprador cuando autorizado por los promitentes vendedores le hizo entrega material del predio, en aserción ratificada y actualizada aún para septiembre de 1989 (fl. 220 cd. ppl. 1) respaldada por el comisionista de la negociación y también conocedor de ese aspecto, Eriberto Rafael Conrado (fl. 47 cd.ppl.1); y, c).- que el Comando de la Policía (fl. 315 cd.ppl.3), responsable del conocimiento y control del orden público en el departamento del Magdalena, negó la presencia de la guerrilla para el año de 1988 y que para mayo de 1992 el Comando del Ejército con jurisdicción en la misma área advierte que el municipio de Aracataca no es zona roja (fl. 316 cd. ppl. 3), lo que hace presumir que para 1988 tampoco lo era, fuerza es admitir que efectivamente el Tribunal omitió considerar los testimonios de Palmera Calderón y Conrado rendidos el 29 de diciembre de 1988 sobre el punto en cuestión, así como las certificaciones provenientes de los aludidos Comandos de la Policía y del Ejército, que eran las pruebas lógicas y conducentes para establecer los problemas de orden público por presencia o ataques guerrilleros en el área en el año de 1988.

Debe pues la Corte convenir y declarar que el cargo prospera.

El tercer tópico de censura a la sentencia -que se quedó en afirmación no sustentada-, consistente en que, según puntualiza el actor, el Tribunal "no entró a analizar" la legislación civil relativa a los contratos y al sancio-

miento de los vicios retribitorios, específicamente de los artículos 1915, 1602, 1849 y 1914 del C. C. y demás normas concordantes.

Este reparo parecía estar orientado a que si el Tribunal hubiera considerado en que las dos circunstancias que en su criterio incidían en el contrato entre los protagonistas eran vicios que pueden afectar todo contrato bilateral en el Código Civil sujetos a saneamiento por la vía civil, no habría pregonado la existencia de delito de estafa.

Atendido el hecho de que el trato celebrado entre los acusados y el denunciante fue de promesa de celebrar una compraventa, vale decir, fue un contrato especial distinto del contrato prometido, contenido de la implícita condición resolutoria de todo contrato prevista en el artículo 1546 del C. C., la objeción de no haber analizado el Tribunal los artículos 1849, 1914 y 1915 del C. C., todos referentes al contrato de compraventa, resulta inconducente para cuestionar el fallo. En lo concerniente al artículo 1602 del C. C. cuya falta de consideración también pregona, la falta de motivación del reparo impide conocer su fundamento. Estas razones imponen la improsperidad del cargo.

Sintetizando la evidencia probatoria una vez demostrada la razón de ser de los dos primeros cargos formulados por el demandante al fallo de segundo grado, se tiene, que si el otorgamiento de la escritura de la compraventa prometida no pudo llevarse a cabo por no estar resuelto judicialmente el litigio de linderos de los promitentes vendedores con su vecino Víctor Peñaloza, asunto puesto en conocimiento por éstos al promitente comprador, quien sabiéndolo asumió el riesgo de suscribir la promesa, entregar una determinada cantidad de ganado en parte de pago y someterse a la eventualidad adicional de un arreglo amigable mediante conversaciones a realizarse por los promitentes vendedores en el término de 60 días con su vecino; y si de contera, recibió el predio e introdujo en él ganado y contrató como su administrador al mismo que los procesados tenían en la misma finca, no hubo, por este aspecto, ni inducción en error ni menos engaño hacia el denunciante, quien, no era susceptible de padecerlos, pues era persona avezada en asuntos de negocios, pues además de abogado economista es ganadero y miembro de la industria hotelera en Santa Marta.

De otra parte, el pregonado engaño por ocultamiento de la presencia de guerrilla que en criterio del denunciante, pudiera impedirle el ejercicio del dominio del predio una vez comprado, ni logró probarse, ni era susceptible de acaecer en la subjetividad de éste. En efecto: de un lado, quedó visto que para la época de la negociación -septiembre a noviembre de 1988- no era zona de influencia de esos grupos el municipio de Aracataca en cuya jurisdicción quedaba la finca "La Macarena", objeto del contrato; de otro lado, el estorbamiento de las actividades ganaderas por la guerrilla en el país es hecho notorio que no podía el denunciante desconocer.

habitando en la región de los hechos y dedicado, entre sus varias actividades económicas, a la ganadería en gran escala en zona aledaña a la del dicho predio, con que el ganado que introdujo temporalmente allí fue llevado por tierra. Si ese hecho notorio no lo conoció él para entonces, es porque no existía, luego mal puede el Tribunal darlo por cierto.

Cosa distinta a la configuración de la estafa es que el denunciante, molesto por la advertencia de Víctor Peñaloza enviada con el comisionista Eriberto Rafael Conrado el día en que debía cumplirse la entrega del predio, de que tendría problema de linderos -lo cual sabía porque conocía del pleito pendiente- y temeroso de que la eventual sobreviviente presencia de la guerrilla en el área donde queda el predio, hubiera decidido pretextar el incumplimiento del adelantamiento de las conversaciones amistosas con Peñaloza en el término de los 60 días acordados para no realizar la compra prometida, situación que evidentemente escapa del campo penal con la inexistencia de delito de que habla el censor.

Así la situación, se casará la sentencia de segundo grado y, tal como lo había decidido el fallador de la primera instancia, se absolverá a los procesados.

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

#### RESUELVE

Casar la sentencia recurrida y por consiguiente, absolver a los procesados Víctor Manuel Charrys Basto y Eduardo Hernández Medina, de condiciones civiles conocidas en el proceso, por el delito de Estafa que se les imputó. En firme. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rungel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Cálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pintilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## PERJUICIOS/ CASACION DISCRECIONAL

*De acuerdo con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, cuando el recurso tenga por objeto lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, y sobre este requisito no opera la excepcionalidad que establece el numeral 3º. del artículo 218 *ibidem*, pues como la misma norma lo advierte, es únicamente respecto de lo señalado en el inciso primero de dicha disposición.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, Octubre dieciséis de mil novecientos noventa y seis

Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel

Aprobado Acta No.148

Proceso: 12259

### VISTOS

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad del recurso de casación excepcional interpuesto por la defensora del procesado Julio Cesar Pulido Salamanca, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Sesenta y Nueve Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, que lo condenó a seis (6) meses de prisión por el delito de lesiones personales culposas.

### SUSTENIACIÓN

Dice que el motivo para proponer la impugnación es el reiterado desconocimiento del derecho fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y también el de la *reformatio in pejus* del artículo 31 *ibidem*, desarrollado por el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal.

Los aspectos en los cuales se presenta la supuesta violación son los siguientes:

a) Se trata de una sentencia de primera instancia que el fallador no motiva ni realiza ningún análisis de la prueba. Se limita a resumir las argumentaciones de la fiscalía, decidiendo detenerse en la hoja 4 para resolver lo atinente al comiso del automotor, sin tener en cuenta ni desvirtuar las argumentaciones de la defensa.

En esas condiciones es muy difícil sustentar una apelación, pues no se sabe qué concluye el fallador del análisis probatorio que lo lleve a la certeza de la comisión del hecho punible.

Los argumentos contradictorios de la sentencia de segunda instancia, negando la nulidad y luego aceptando que no está motivada si no fuera por la remisión a los argumentos del fiscal, dan la razón a la defensa en la petición.

b) La sentencia de segunda instancia se pronuncia respecto de la apelación del apoderado de la parte civil violando el debido proceso, ya que el trámite está previsto en el artículo 196B, adicionado por el artículo 27 de la Ley 81 de 1993, y allí dice que si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar el recurso de manera oral, éste se concederá inmediatamente sin aplicar lo previsto en el artículo anterior.

La defensa advirtió que la sustentación sería oral, sin embargo a la parte civil se le aceptó por escrito, para cuya presentación le corrieron traslado, y luego enviaron el proceso al superior. Atendiendo esa alegación se profirió una sentencia condenatoria superando los límites del artículo 106 del Código Penal que limita a mil gramos oro el daño moral, tasando en mil doscientos gramos los perjuicios, cuando no podía condenar en materiales toda vez que no hubo prueba de haberlos costado, y por existir parte civil que no los probó.

Además de la prudencia que aconseja al fallador el artículo 106 citado, no se tuvo en cuenta que se trataba de unas lesiones personales, no de un homicidio, por lo tanto no hay proporcionalidad, ni con el tipo de lesión ni con la capacidad económica del inculpado.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

De la sustentación dada a la interposición del recurso se desprende que se acude a una de las alternativas que lo hacen viable, como es "la garantía de los derechos fundamentales", representados en este caso por el debido proceso. Además se ponen en evidencia presuntas irregularidades que ameritan que el tema sea conocido por la Corte por vía de casación excepcional.

Como la defensora menciona el lema de los perjuicios, es oportuno recordar que de acuerdo con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, cuando el recurso tenga por objeto lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como

fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, y sobre este requisito no opera la excepcionalidad que establece el numeral 3º. del artículo 218 *ibidem*, pues como la misma norma lo advierte, es únicamente respecto de lo señalado en el inciso primero de dicha disposición.

Así las cosas, se admitirá el recurso de casación excepcional en lo relacionado con la posible violación de la garantía fundamental del debido proceso, tema al cual debe circunscribirse la demanda.

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

#### RESUELVE

Conceder el recurso de casación excepcional interpuesto por la defensora del procesado Julio César Pulido Salamanca. Vuelva el expediente al Juzgado de origen para que se surtan los traslados correspondientes.

Cópiase, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Rtpoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallardo, Carlos E. Mejía Escobar, Dáldino Pérez Velandier, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## ACCION CIVIL/ PERJUICIOS

*Dentro del proceso penal, en el que la acción civil se dirige particularmente a obtener el resarcimiento de los perjuicios tanto morales como materiales ocasionados con el hecho punible, le corresponde al titular de ese derecho darle legitimidad sustancial a su vinculación al proceso punitivo, concretando los daños de una u otra índole que haya tenido que afrontar como consecuencia de la realización de la conducta ilícita.*

*Teóricamente, cualquier delito que aiente contra la administración pública, la perjudica desde diversas ópticas; pero, como lo ha aceptado la Sala en reciente pronunciamiento (Mayo 29 de 1996. M.P. Dr. Páez Velandía), bien puede ocurrir que, en la práctica, la transgresión a la ley no produzca un detrimento patrimonial o moral que justifique el ejercicio de la acción civil por parte de la entidad oficial afectada con el hecho punible. Ante esa eventualidad, cuando se trata demandar el pago de perjuicios causados por un delito, no basta pregonar el daño patrimonial o el daño moral, es necesario concretarlos, individualizarlos, precisarlos, en orden a estimar su valor.*

*De lo anterior se desprende que, la obligación a que se refiere el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, a cargo de toda persona jurídica de derecho público para constituirse en parte civil cuando ha sido afectada con un hecho punible, no es absoluta; por el contrario, se encuentra condicionada a que se ostumbre o evidencie la efectiva causación de perjuicios.*

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

Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda

Aprobado Acta No.148

Proceso: 9338

Vistos

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda en la cual el Ministerio del Interior, a través de un apoderado designado al efecto, aspi-

ra a constituirse en parte civil en el proceso que se adelanta contra el ex Senador de la República Edgar Marino Orozco Agredo.

#### ANTECEDENTES

Con base en diligencias realizadas por la Procuraduría General de la Nación, Delegada para Asuntos Presupuestales, la Sala investiga en este proceso la participación que el doctor Edgar Marino Orozco Agredo hubiere podido tener en el manejo irregular de un auxilio nacional por la suma de treinta millones de pesos (830.000.000.00) que él gestionó como Senador de la República, con el fin de otorgar becas educativas.

Adelantada una investigación previa, el Magistrado Ponente ordenó la apertura de la instrucción, para cuyo perfeccionamiento se han venido recaudando pruebas de diversa índole.

Al entrar en vigencia la Ley 190 de 1995 y a instancia del Magistrado Ponente, la Secretaría General del Ministerio del Interior, Delegada mediante Resolución No. 1087 del 16 de agosto de 1994 por el titular de esa cartera para representar a la Nación -Ministerio de Gobierno, al Fondo de Desarrollo Comunal y al Congreso Nacional en toda clase de acciones judiciales, confirió poder al doctor Raúl Quiñones Hernández para que se constituya en parte civil en este proceso; profesional que con ese propósito presentó una demanda que se le ordenó devolver el 29 de julio de este año para subsanar algunas irregularidades.

El pasado 26 de agosto, se declaró cerrada la investigación y durante el término del traslado a las partes para alegar, el apoderado del Ministerio del Interior nuevamente presentó a la Secretaría de esta Sala demanda para constituirse en parte civil, por lo que, antes de calificar la investigación, se hace necesario decidir sobre la vinculación de este sujeto procesal.

#### LA DEMANDA

El representante judicial del Ministerio del Interior, a quien en proveído precedente se le reconoció personería jurídica, presenta ante la Sala escrito contenitivo de la demanda de constitución de parte civil.

El libelo está distribuido en estos breves capítulos: Hechos, pruebas, fundamentos de derecho, perjuicios morales y materiales, partes, declaración, personería jurídica y notificaciones, en los cuales, después de sintetizar los acontecimientos que se investigan, el demandante solicita que se tengan como pruebas las que se han aportado al proceso y las que la Corte ordene.

Aclara que aún no aparece demostrada fehacientemente la autoría intelectual ni material de los hechos, pero que con el acervo probatorio recaudado se confirma el desvío indebido de dineros, con fines no estable-

cidos por el momento. En consecuencia, impetra se disponga el allegamiento de los elementos de convicción que permitan establecer las responsabilidades penales y pecuniarias a que haya lugar.

Anuncia que en escrito separado solicitará la práctica de pruebas para colaborar en el esclarecimiento de los hechos.

El libelista fundamenta la demanda en lo establecido en los artículos 103 y siguientes y 43 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y la legitimidad para intervenir, en lo preceptuado por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. Así mismo, puntualiza la oportunidad para la introducción de la demanda, al tenor de la disposición 45 de la citada codificación.

En el punto relacionado con los perjuicios morales y materiales aduce que "La estimación de estos perjuicios será fijada oportunamente, una vez se haya identificado los autores materiales e intelectuales y aclarada la forma, tiempo y lugar en que se presentaron los hechos".

El escrito menciona como sujetos procesales, al doctor Edgar Marino Orozco Agredo en calidad de sindicado; el Ministerio Público; y el Ministerio del Interior, como representante de la Nación, indicando el lugar del domicilio de éste y en el cual recibirá notificaciones.

Anunciando que lo hace bajo la gravedad del juramento, el apoderado expresa que el Ministerio del Interior no ha iniciado ante ninguna otra autoridad jurisdiccional, proceso encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el delito investigado.

El escrito finaliza invocando la personería que ya le fue reconocida para intervenir en este proceso y aportando la dirección en donde se pueden cumplir las notificaciones al Ministro del Interior.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Dado que la etapa instructiva está a punto de concluir, como quiera que sólo resta su calificación, la presentación de la demanda de parte civil resulta oportuna, dentro de los límites que para el efecto establece el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal.

2. Por otra parte, ninguna objeción se puede formular a la legitimidad que radica en cabeza del titular de la Cartera del Interior, para representar a la Nación, como eventual damnificada directa del ilícito que se investiga, y el aquí demandante, ha recibido poder debidamente constituido por la Delegada del Ministro facultada para ello; motivo por el cual, ya se admitió su personería para actuar en este diligenciamiento.

3. Ahora bien, escrutado el contenido de la demanda de constitución de parte civil, se observa que enuncia todos aquellos requisitos establecidos por el artículo 46 del estatuto procedimental penal; no obstante, dado el carácter que reviste dicho escrito como iniciador de una acción privada,

resulta indiscutible que debe expresar la fundamentación tanto jurídica como fáctica de la pretensión que justifica su instauración.

4. Dentro del proceso penal, en el que la acción civil se dirige particularmente a obtener el resarcimiento de los perjuicios tanto morales como materiales ocasionados con el hecho punible, le corresponde al titular de ese derecho darle legitimidad sustancial a su vinculación al proceso punitivo, concretando los daños de una u otra índole que haya tenido que afrontar como consecuencia de la realización de la conducta ilícita.

5. Teóricamente, cualquier delito que atente contra la administración pública, la perjudica desde diversas ópticas; pero, como lo ha aceptado la Sala en reciente pronunciamiento (Mayo 29 de 1996, M.P. Dr. Páez Velandía), bien puede ocurrir que, en la práctica, la transgresión a la ley no produzca un detrimento patrimonial o moral que justifique el ejercicio de la acción civil por parte de la entidad oficial afectada con el hecho punible. Ante esa eventualidad, cuando se trata demandar el pago de perjuicios causados por un delito, no basta pregonar el daño patrimonial o el daño moral, es necesario concretarlos, individualizarlos, precisarlos, en orden a estimar su valor.

6. De lo anterior se desprende que, la obligación a que se refiere el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, a cargo de toda persona jurídica de derecho público para constituirse en parte civil cuando ha sido afectada con un hecho punible, no es absoluta; por el contrario, se encuentra condicionada a que se vislumbre o evidencie la efectiva causación de perjuicios.

7. En pasada oportunidad, la Sala expresó su criterio sobre el mismo tema, en los siguientes términos:

"... 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 solo 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 de parte.

"... 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 lo que en el 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 genera un "pretium doloris" que justifique su resarcimiento...". (Auto, agosto 22 de 1996, M.P. Dr. Torres Fresneda).

8. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el apoderado del Ministerio del Interior no especificó los daños sufridos por la Nación con el delito que aquí se investiga y ello significa que no ha cumplido con la exigencia del artículo 46.5 del Código de Procedimiento Penal; aclarando si que no es indispensable que el demandante cuantifique esos mismos perjuicios, por cuanto es probable que ese dolo solo se pueda obtener con un peritaje que se produzca en desarrollo de la acción.

9. En las condiciones anteriores, a la Sala le compete adoptar la determinación consagrada en el artículo 49 de la codificación anunciada, esto es, inadmitir la demanda y devolverla a su autor para que la subsane y reintente la instauración de la acción civil, si llega a concluir que existe mérito para ello.

10. Habida cuenta que ya se surtieron los trámites previos a la calificación sumarial, se dispondrá que una vez notificada y ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente al despacho del Magistrado sustanciador para proseguir con la actuación pendiente.

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

#### RESUELVE:

Inadmitir la demanda presentada por el apoderado del Ministerio del Interior para constituirse en parte civil dentro de este proceso penal.

Ordenar la devolución del libelo al demandante.

Disponer que una vez notificada y ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente al despacho del Magistrado sustanciador para proseguir con la actuación.

Cópiase, notifíquese y cúmplase.

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calveir Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argoie, Jorge Amthal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Pintilla Pintilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## SISTEMA PENAL/ ÚNICA INSTANCIA

No es cierto como lo afirma el señor defensor, que la Constitución define un sistema procesal único en materia penal; tal conclusión es evidentemente sesgada y lejana de la verdad, pues en realidad la Carta no define un método procesal que pueda identificarse con alguno de los que tradicionalmente se conocen en el resto de países.

El sistema general, por aplicarse a la mayor parte de los asuntos que en materia penal se tramitan en el país, es un híbrido de sistema acusatorio anglosajón, con elementos del sistema inquisitivo, adosado con figuras de estirpe muy nacional, que conforman los elementos que caracterizan un sistema acusatorio (por llamarlo de alguna manera conocida) propio de nuestro país y sin émulo alguno en otra nación.

La adscripción de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial, el origen político del director de tal Institución en terna que presenta la primera autoridad de tal rango del país, la obligatoriedad de investigar lo favorable y lo desfavorable al sindicado y la facultad de restringir derechos fundamentales, son entre otras las características que no se repiten en ningún otro sistema procesal: en honor a la verdad en Colombia se ha creado un sistema sui generis, en la medida en que se suman elementos característicos del modelo inquisitivo y del acusatorio.

La Constitución no define el sistema acusatorio, no lo prefiere y tampoco lo excluye, tampoco define el sistema inquisitivo, menos aún lo excluye, las identificaciones de cada sistema y su nominación como tales son creaciones doctrinales con fundamento en el derecho comparado, que al asimilar las instituciones nacionales con las del extranjero, les asignan el nombre de aquel sistema con el que más se identifiquen.

En el caso de los asuntos que adelanta la Fiscalía General de la Nación, al hallarse claramente divididas las funciones de investigación y juzgamiento en dos instituciones diferentes e independientes y autónomas, la Fiscalía de un lado y del otro, los Jueces, es claro



que se trata de un sistema muy semejante al acusatorio, máxime cuando para lograr la intervención de los juzgadores ha de "acusarse" o por lo menos lograr que el sindicado acepte unos cargos concretos en la sentencia anticipada o que se acuerden en la audiencia especial, o finalmente que se acuda en control de legalidad contra la medida de aseguramiento.

Lo suscitadamente descrito no es la situación que se presenta en la Corte en cuanto hace a la investigación y juzgamiento de los Congresistas de la República: aquí se confunden en una sola Corporación las funciones de acusación y juzgamiento, no hay sujetos procesales que puedan acusar, la misma Corte lo hace, sin que por tal razón pierda en momento alguno su condición natural, su ser de Juez de la República, a quien por tal razón le está vedada la negociación o la transacción, que la ley ha deferido exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, única institución que reúne en sí misma las condiciones de sujeto procesal y representante estatal. En conclusión en los juicios ante la Corte sigue imperando el sistema inquisitivo.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 130

Proceso: 10684

### VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso de reposición interpuesto por el defensor del sindicado Representante a la Cámara Tiberio Villarreal Ramos, contra el auto del 25 de septiembre de 1996 mediante el cual se negó la convocatoria a audiencia especial consagrada en el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal.

### ANTECEDENTES

El sindicado Tiberio Villarreal Ramos y su defensor solicitaron a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia "con fundamento en el art. 37A y en virtud de la ejecutoria de la providencia que resolvió la situación jurídica, la celebración de audiencia especial, cuyos parámetros serán fijados por ustedes".

A la anterior petición la Sala respondió negativamente mediante auto del 25 de septiembre, en el que previa aclaración de la naturaleza de la figura de la audiencia especial, señaló su inaplicabilidad en el sistema

inquisitivo que rige para la investigación y juzgamiento de los procesos que conoce la Corte.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de reposición el señor defensor del procesado en escrito que expresa las siguientes razones de sustentación de la impugnación:

1.- En la primera parte del escrito se dedica a criticar la afirmación de la Corte sobre la naturaleza del sistema procesal que impera en la tramitación de las investigaciones y juicios que a los Congresistas de la República se siguen en esta Corporación.

Partiendo del reconocimiento de la competencia de la Corte, con fundamento en el numeral 3° del artículo 235 de la Constitución, empieza por expresar sus dudas acerca de si tal competencia es en cabeza de "la sala de casación, o sala plena", pero advierte que en todo caso, el sistema aplicable es el acusatorio que el constituyente quiso implantar y respecto del cual no se hizo reserva alguna.

Señala que la regla general del procedimiento penal colombiano está edificada sobre el sistema acusatorio que se introdujo en la Carta, lo que deduce del artículo 250, por lo que, concluye, que no está autorizado otro sistema y que la Corte no lo puede crear "por pareceres, opiniones o criteriológia" pues su tesis no tiene respaldo constitucional o legal en norma alguna.

Anota que la mejor prueba de la existencia del sistema acusatorio incluso para los asuntos de que conoce la Corte es que la propia Corporación lo viene utilizando, lo que "se hace evidente cuando profieren resoluciones de acusación". Insiste en que el sistema acusatorio es el reglamento procesal general, menciona que la Ley 81 de 1993 no trae ninguna norma exceptiva al respecto y que al aplicarse a su defendido un sistema diferente se le está violando el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución.

Finalmente, en cuanto a este punto, insiste en su permanente planteamiento de falta de reglamentación legal del artículo 235-3° de la Constitución, lo que de todas maneras no justifica que a su procurado se le dé un trato discriminatorio.

2.- El otro aparte del recurso lo dedica a señalarle a la Corte que debe "ordenar la libertad inmediata e incondicional de mi procurado, toda vez que en su contra aún no existe resolución de acusación debidamente ejecutoriada, a partir de la cual solo puede ser privado de la libertad, no antes, porque así lo dispuso el legislador y, la ley debe acatarse aunque no(sic) parezca injusta porque así lo demanda el artículo 6 en conc. con el 13 de la Constitución Política".

La solicitud de libertad la fundamenta en el párrafo del artículo 267 de la ley 5ª de 1992 norma de la que dice: "hasta donde conozco no ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional".

En este punto también insiste en la tesis de la falta de reglamento legal para el ejercicio de la competencia constitucional de la Corte, endilgándole a los Magistrados una presunta mora en la presentación de un proyecto de ley que fije los parámetros de la investigación y juzgamiento de los Congresistas, y reclamándoles que si tienen certidumbre que en materia procedimental puede aplicarse la analogía, lo hagan respecto de la Ley 5ª de 1992 "frente a la odiosa, restrictiva o desfavorable, máxime que la locomoción es un derecho fundamental".

3.- En memorial recibido en la Secretaría de la Sala 5 días después del escrito impugnatorio, el recurrente dice que ha obtenido información verbal acerca de la declaratoria de inexecutable del párrafo del artículo 267 de la Ley 5ª de 1992, "pero aun no encontrado la decisión, en honor a la verdad legal, pido muy respetuosamente abstenerse de hacer pronunciamiento sobre ello, si así fuese".

Sin embargo de lo anterior insiste en solicitar que por analogía se aplique la Ley 5ª de 1992, específicamente el artículo 337.

#### CONSIDERACIONES

1.- El defensor del sindicado vuelve a insistir en los mismos argumentos que ha venido reiterando acerca de la imposibilidad en la que se encuentra, según él, la Corte Suprema de Justicia para ejercer la función constitucional consagrada en el numeral 3º del artículo 235 respecto de los Congresistas de la República.

En este nuevo recurso de reposición, el 5º presentado por el defensor del sindicado Villarreal Ramos, adicciona otro argumento: la duda que plantea sobre si es la Corte en pleno o la Sala de Casación Penal la competente para adelantar la investigación y juzgamiento de los Congresistas, tesis que no tiene la virtualidad jurídica de infirmar la expuesta por la Corporación en el auto contra el que interpone el recurso de reposición.

En efecto, en providencias del 25 de septiembre, contra el que se interpuso el recurso de reposición, y del pasado 8 de octubre, en el que se negó la petición de nulidad impetrada por el defensor, entre otras, se ha venido reiterando la competencia de la Sala de Casación Penal para la investigación y juzgamiento de los Congresistas de la República, afirmación que no merece mayor explicación o argumentación, como que deviene de la Constitución (artículo 235-3) y la ley (artículo 68 del Código de Procedimiento Penal); advertir alguna duda sobre si es la Sala Plena o la de Casación Penal, la competente para conocer de los asuntos criminales en que se vean involucrados los legisladores ordinarios, es signo inequívoco

del ánimo dilatorio que como reproable estrategia de defensa impulsa al defensor.

2.- No es cierto como lo afirma el señor defensor, que la Constitución defina un sistema procesal único en materia penal; tal conclusión es evidentemente sesgada y lejana de la verdad, pues en realidad la Carta no define un método procesal que pueda identificarse con alguno de los que tradicionalmente se conocen en el resto de países.

El sistema general, por aplicarse a la mayor parte de los asuntos que en materia penal se tramitan en el país, es un híbrido de sistema acusatorio anglosajón, con elementos del sistema inquisitivo, adosado con figuras de estirpe muy nacional, que conforman los elementos que caracterizan un sistema acusatorio (por llamarlo de alguna manera conocida) propio de nuestro país y sin émulo alguno en otra nación.

La adscripción de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial, el origen político del director de tal institución en terna que presenta la primera autoridad de tal rango del país, la obligatoriedad de investigar lo favorable y lo desfavorable al sindicado y la facultad de restringir derechos fundamentales, son entre otras las características que no se repiten en ningún otro sistema procesal: en honor a la verdad en Colombia se ha creado un sistema *sui generis*, en la medida en que se suman elementos característicos del modelo inquisitivo y del acusatorio.

La Constitución no define el sistema acusatorio, no lo prefiere y tampoco lo excluye, tampoco define el sistema inquisitivo, menos aún lo excluye. Las identificaciones de cada sistema y su nominación como tales son creaciones doctrinales con fundamento en el derecho comparado, que al asimilar las instituciones nacionales con las del extranjero, les asignan el nombre de aquel sistema con el que más se identifiquen.

En el caso de los asuntos que adelanta la Fiscalía General de la Nación, al hallarse claramente divididas las funciones de investigación y juzgamiento en dos instituciones diferentes e independientes y autónomas, la Fiscalía de un lado y del otro, los Jueces, es claro que se trata de un sistema muy semejante al acusatorio, máxime cuando para lograr la intervención de los juzgadores ha de "acusarse" o por lo menos lograr que el sindicado acepte unos cargos concretos en la sentencia anticipada o que se acuerden en la audiencia especial, o finalmente que se acuda en control de legalidad contra la medida de aseguramiento.

Lo sucintamente descrito no es la situación que se presenta en la Corte en cuanto hace a la investigación y juzgamiento de los Congresistas de la República; aquí se confunden en una sola Corporación las funciones de acusación y juzgamiento, no hay sujetos procesales que puedan acusar, la misma Corte lo hace, sin que por tal razón pierda en momento alguno su condición natural, su ser de Juez de la República, a quien por tal razón

le está vedada la negociación o la transacción, que la ley ha deferido exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, única institución que reúne en sí misma las condiciones de sujeto procesal y representante estatal. En conclusión en los juicios ante la Corte sigue imperando el sistema inquisitivo y por ello se mantendrá la decisión recurrida.

3.- El principio de igualdad que consagra la Constitución en su artículo 13, no supone que a todos los ciudadanos del país les corresponda exactamente el mismo trato frente a todas las leyes, lo que significa es que a cada ciudadano le corresponde el mismo trato que a otros, frente a la ley que le sea aplicable. En este sentido, la igualdad del sindicado Villarreal Ramos debe medirse es frente a sus pares, Congresistas de la República, respecto de los cuales no puede alegarse que haya recibido un trato discriminatorio, pues ha tenido los mismos derechos y se le han exigido los mismos deberes que a todos los Legisladores que se encuentran investigados por esta Corporación.

4.- Respecto de la aplicación del artículo 337 de la Ley 5ª de 1992 que el defensor reclama, previa integración análogica de la norma, la Corte rechazará tal petición por no tener cabida dentro de las reglas del procedimiento aplicables al sindicado Villarreal Ramos.

El artículo 8º de la Ley 153 de 1887 define la aplicación analógica de las normas así: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho". Como es fácilmente apreciable, presupuesto *sine quonon* del uso de la analogía como método de solución de problemas jurídicos es la falta de ley exactamente aplicable al caso concreto, situación hipotética que no se presenta en el asunto que se le sigue al procurado del recurrente, pues aquí existe ley exactamente aplicable, que como lo ha venido repitiendo la Sala, son las reglas básicas del procedimiento aplicable a los asuntos de que conocen los Jueces Regionales, por cuanto el Representante Villarreal está siendo investigado como presunto responsable de un hecho punible de competencia de tales Funcionarios Judiciales, cuyo conocimiento ha asumido la Corte única y exclusivamente por razón del fuero constitucional que lo cubre como miembro actual del Congreso de la República, como quiera que no hay constancia alguna que indique su separación definitiva de tal Corporación.

5.- Como con esta decisión se resuelve el recurso (artículos 13 del decreto 1137 de 1971 y 52.1 del decreto 196 de 1971) y como el señor defensor del procesado se ha dado a la tarea de insistir con torzudes sobre los mismos puntos de derecho ya resueltos por la Sala en más de una oportunidad, interponiendo sistemáticos recursos de reposición, arguyendo siempre las mismas razones mediante desapacibles escritos que no se avienen con un adecuado y respetuoso ejercicio del derecho de defensa.

sino que pueden ser identificados como una reprochable estrategia dilatoria del proceso, se ordenará la expedición de copias de todas las decisiones de fondo que aquí se han producido y de sus correspondientes recursos (siempre ha habido un recurso para cada decisión) con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Santa Fe de Bogotá D.C. y Cundinamarca, para lo de su cargo.

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

#### RESUELVE

1° No reponer el auto del 25 de septiembre de 1996, que negó la convocatoria a audiencia especial solicitada por el defensor y el sindicado Tiberio Villarreal Ramos.

2° Por Secretaría expídanse las copias a que se alude en la parte motiva de la decisión.

Notifíquese y cúmplase.

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Pineda, Carlos A. Gálvez Argoie, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandier, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## CESACION DE PROCEDIMIENTO/ DESISTIMIENTO/ INJURIA/ CALUMNIA

El artículo 318 del Código de Procedimiento Penal prescribe:

*"...Retracción. No habrá lugar a punibilidad si el autor o partícipe de cualquiera de los delitos previstos en este título, se retractare antes de proferirse sentencia de primera o única instancia con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumple en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el Juez, en los demás casos.*

*«No se podrá iniciar la acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia».*

*Tal como se desprende de la norma antes citada, son tres los requisitos exigidos para que produzca efectos la retractación, a saber:*

- a) Que se haga antes de proferirse sentencia de primera o única instancia.*
- b) Que se efectúe a costa del responsable, en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación, o en el que señale el juez en los demás casos.*
- c) Que sea con el consentimiento del ofendido.*

*Para la Sala, y en relación con el asunto en estudio, es claro que efectuarla la retractación con los requisitos legales el comportamiento investigado no es punible, y en esa medida no tiene objeto continuar con la actuación, por lo tanto se decretará en favor del encausado cesación de procedimiento.*

*Desde el punto de vista puramente procesal se puede llegar a la misma decisión, ya que el Código de Procedimiento Penal consagra casos similares al presente, en cuanto en el fondo lo que se da es un acuerdo entre las partes que sobreviene al hecho, como el desisti-*

miento de la querrela y la conciliación, ante cuya ocurrencia ordena que se decreta la preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento. Como en la retractación va implícito un desistimiento, lo cual no parece discutible, al ser los delitos de injuria y calumnia querrelables dicha desistimiento conduce a la extinción de la acción.

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

Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel

Aprobado Acta No. 150

Proceso: 10657

#### VISTOS

Resuelve la Sala lo que corresponda en relación con la solicitud de terminación del proceso elevada por el defensor del enjuiciado Carlos Alonso Lucio Lopez.

#### ANTECEDENTES

La presente investigación fue adelantada por el Juzgado Octavo Penal Municipal de Barranquilla, como consecuencia de las querellas formuladas por los doctores Jorge Gerlein Echeverría y Alejandro Munarriz Salcedo contra Carlos Alonso Lucio, las cuales tenían como fundamento las manifestaciones injuriosas lanzadas por el implicado en su contra utilizando para tal efecto medios hablados y escritos.

Remitidas las diligencias a esta Corporación en razón al fuero del imputado, se calificó el mérito del sumario mediante auto de fecha abril dieciocho del año en curso, profiriendo resolución de acusación en su contra por el delito de Injuria.

En memorial suscrito por los querellantes manifiestan que han decidido poner fin al presente proceso, para lo cual han llegado a un acuerdo con el implicado, quien se retractará de las manifestaciones injuriosas por las cuales se encuentra llamado a juicio, mediante publicación en los diarios El Tiempo de esta ciudad, y La Libertad y El Herald de Barranquilla, para de esta forma dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 318 del Código Penal. El escrito también tiene las firmas del procesado y su defensor.

Posteriormente, fueron allegados al expediente ejemplares de los periódicos La Libertad, El Herald y El Tiempo, en los cuales se lee:

#### RECTIFICACIÓN PÚBLICA

Yo Carlos Alonso Lucio identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.159.713 de Usaquén, manifiesto de manera pública que:

1.- Rectifico las afirmaciones injuriosas que en el año de 1.992, hice en la ciudad de Barranquilla en contra de los señores Jorge Gerleín Echeverría, Alejandro Munarriz Salcedo, Hernán Mogollón Bacca, Orlando Rodríguez Saavedra y Mario Varón Olarte cuando públicamente manifesté a través de los medios de comunicación que dichos señores eran los Jinetes De La Corrupcion.

2.- Dichas afirmaciones no son ciertas por cuanto los señores Jorge Gerleín Echeverría, Alejandro Munarriz Salcedo, Hernán Mogollón Bacca, Orlando Rodríguez Saavedra y Mario Varón Olarte son honestos y abnegados servidores públicos y mi intención fue utilizar este incidente para hacer tribuna del pueblo en Barranquilla.

3.- Deseo expresar a los señores Jorge Gerleín Echeverría, Alejandro Munarriz Salcedo, Hernán Mogollón Bacca, Orlando Rodríguez Saavedra y Mario Varón Olarte y en forma particular a sus familiares que lamento profundamente el haberles causado lesiones en el buen nombre, su honorabilidad y la intachable reputación de que gozan dichos señores (...). Aparece la firma del doctor Carlos Alonso Lucio".

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

10. El artículo 318 del Código de Procedimiento Penal prescribe:

"...Retractación No habrá lugar a punibilidad si el autor o partícipe de cualquiera de los delitos previstos en este título, se retractare antes de proferirse sentencia de primera o única instancia con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumple en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el Juez, en los demás casos.

"No se podrá iniciar la acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia".

Tal como se desprende de la norma antes citada, son tres los requisitos exigidos para que produzca efectos la retractación, a saber:

a) Que se haga antes de proferirse sentencia de primera o única instancia.

b) Que se efectúe a costa del responsable, en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación, o en el que señale el juez en los demás casos.

c) Que sea con el consentimiento del ofendido.

En el caso que nos ocupa se dan los requisitos exigidos por la norma antes reseñada, por cuanto en este asunto no se ha proferido sentencia; la retractación fue acordada con los ofendidos tal como se desprende del

memorial presentado conjuntamente en la Secretaría de la Corporación, al que se adjunta el texto y demás condiciones de la publicación que el sindicado debía efectuar, los cuales efectivamente coinciden con el contenido de la retractación que aparece en los periódicos allegados.

2o. Así las cosas, se tiene una conducta considerada en el calificadorio como típica, antijurídica y culpable, respecto de la cual se presenta una excusa legal absolutoria, según el nombre comúnmente utilizado por la doctrina francesa, española y latinoamericana, o simplemente una circunstancia excluyente de la punibilidad por voluntad del legislador.

La determinación de las consecuencias a que conduce la aplicación de alguna de dichas circunstancias, ha dado lugar a la discusión sobre si la pena constituye o no un elemento esencial del delito, pues de serlo, no habiendo pena no hay delito, y en consecuencia la acción debe cesar.

No obstante que hoy domina el criterio doctrinal de que la sanción es una consecuencia externa del delito que no forma parte de su estructura, resulta difícil concebir que una conducta realizada por un imputable a la que la ley por determinadas razones le excluye la aplicación de pena sea delito, y mucho más, si se tiene en cuenta que en las distintas legislaciones—incluida la nuestra—el delito es concebido como un "hecho punible".

Otra tesis es que en esos eventos lo que se presenta es una causal especial sobreviniente de no responsabilidad, prevista por el legislador por razones de política criminal, en la que establece que cumplida la condición se excluye la responsabilidad penal del ofensor.

Para la Sala, y en relación con el asunto en estudio, es claro que efectuada la retractación con los requisitos legales el comportamiento investigado no es punible, y en esa medida no tiene objeto continuar con la actuación, por lo tanto se decretará en favor del encausado cesación de procedimiento.

Desde el punto de vista puramente procesal se puede llegar a la misma decisión, ya que el Código de Procedimiento Penal consagra casos similares al presente, en cuanto en el fondo lo que se da es un acuerdo entre las partes que sobreviene al hecho, como el desistimiento de la querrela y la conciliación, ante cuya ocurrencia ordena que se decrete la preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento. Como en la retractación va implícito un desistimiento, lo cual no parece discutible, al ser los delitos de injuria y calumnia querrelables dicho desistimiento conduce a la extinción de la acción.

Además, si el artículo 318 en cita ordena que si la retractación se hace pública antes de que se formule la denuncia no se puede iniciar la acción penal, por analogía *in bonam partem* se infiere que si la acción ya se ha iniciado se le debe poner fin.

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

RESUELVE

Decretar la cesación de procedimiento en favor del procesado Carlos Alonso Lucio López, por los hechos señalados en la parte motiva, y en relación con las querellas presentadas por los señores Jorge Gerlein Echeverría y Alejandro Munarriz Salcedo.

En firme esta decisión, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

**DERECHO A LA INTIMIDAD/ PRUEBA/ CONCUSION/  
CULPABILIDAD/ DETENCION DOMICILIARIA/ REDENCION  
DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO**

1.-Que no obre en el presente expediente la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías de que habla el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, que el defensor invoca, en nada compromete la legalidad de la prueba así obtenida, pues es lo cierto, que la orden de interceptación telefónica fue emitida por el Fiscal Regional con base en solicitud presentada por la Unidad Investigativa de la Policía Judicial, conforme a la competencia específica otorgada por el artículo 47 del Decreto 2699 de 1991, y para ello no es requerida la autorización que echa de menos la defensa, la cual es exigencia solo cuando el Fiscal de oficio dispone tal interceptación por considerarla necesaria y útil dentro de las investigaciones que adelanta, pero no cuando una tal solicitud proviene de la Policía Judicial y es ordenada por el Fiscal respectivo, según se desprende del tenor de las disposiciones citadas.

Del estudio de la preceptiva en comento, se establece que lo perseguido por ella, en tratándose de intervención judicial en la intimidad de las personas, es que al menos dos funcionarios intervengan en la decisión a efectos de garantizar la debida utilización de tan extrema medida. Esto es que cuando la iniciativa surja de la Policía Judicial, sea el Fiscal a cargo del asunto quien lo autorice. Y, que cuando sea el propio Fiscal quien exponga en su decisión la necesidad de acudir a este mecanismo con miras a obtener pruebas que sirvan a los propósitos de los procesos que adelanta, sea la Dirección Nacional de Fiscalías quien imparta tal autorización.

2.-Con la actual prefiguración constitucional del Estado como Social de Derecho fundado en el respeto por la dignidad humana, la libertad y autonomía individuales cobran especial relevancia al punto de garantizarse a la persona natural el ejercicio de sus facultades "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico" (art. 16 C.N.).



Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si estas actividades no se hallan expresamente prohibidas. Este aserto resulta anulado si se tiene en cuenta que quien así actúa es precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos fundamentales, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo.

Los registros históricos así obtenidos, naturalísticamente tienen vocación probatoria, pues corresponden a medios de demostración de los hechos, según el reconocimiento que al efecto hace el legislador, a los cuales les da la categoría de documentos privados aptos para ser apreciados judicialmente, conforme lo precisa en los artículos 225 del C.P. y 231 del C. de P.C., cuyo valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo, así en él quedan adicionalmente impresas voces o imágenes ajenas.

Pero el derecho a la autonomía individual aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado de el de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera privada de las personas, siendo exclusivamente éstas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible.

Por ello conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15), como se dejó dicho.

De no procederse de esta manera, la prueba podría nacer viciada (art. 29 C. N.) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas, independientemente de la intención con que se actúe, así sea la de contribuir a demostrar la ilicitud que se prueba. Es más este irregular proceder, podría generar responsabilidad penal al autor del hecho.

3.-El delito de concusión no precisa que el empleado oficial que construya o induzca a alguien para que le dé o prometa dinero u otra

utilidad, o lo solicite, efectivamente recibe él o un tercero lo indebidamente exigido o pedido, pues por ser de simple actividad el tipo penal que lo define, se consuma cuando se abusa del poder o de las funciones inherentes a él para doblegar la voluntad de quien no está obligado a dar o prometer lo que no debe, sea sutilmente, mediante amenazas o simplemente con la mera petición del provecho ilícito. Es en ese instante en que se menoscaban la dignidad, moralidad, integridad, pulcritud, confiabilidad y transparencia de la administración pública, cuyos valores deben imperar en los funcionarios y sus actos.

Por ello, la antijuridicidad de la conducta no debe buscarse en el daño patrimonial que pudo haberse inferido al particular, sino en el menoscabo que se le causó a la confiabilidad de los asociados hacia la administración pública, bien jurídico funcional que se lesiona por el hecho de tener en su seno a un funcionario corrupto.

De conformidad con lo probado, el sujeto agente «solicitó» dinero de un particular, sin formular expresamente amenaza o ejercer coacción alguna, descartándose por ende, la realización de las restantes conductas alternativas que el tipo penal recoge, hecho que permite identificar su comportamiento con la doctrinariamente denominada, omisión implícita, según la cual, dados el poder que el agente detenta, la petición indebida se supone obligatoria para la víctima por la posibilidad de recibir un perjuicio en el evento de no acceder a lo pretendido -*"metus publicae potestatis"*-.

4.-El grado de culpabilidad en la realización de la conducta antijurídica, no se halla solamente en el mayor o menor deseo de vulnerar la prohibición penal, sino también, en el desvalor que merece frente al compromiso de ajustar el comportamiento a los parámetros socialmente establecidos, el cual aumenta a medida que se detenta mayor responsabilidad, poder, cargo o condición; pues si bien los cargos, dignidades y honores otorgan privilegios, estos mismos, generan mayores deberes frente a los asociados, quienes esperan de aquellos que ostentan posiciones de preeminencia social, un comportamiento acorde con ella.

Por ese motivo, no puede medirse con el mismo rasero, para censurarla, una conducta reprochable y punible realizada por el ciudadano no común y corriente, que la ejecutada por alguien ubicado socialmente en escala superior. Esta diferencia se acentúa cuando, como en este caso, el delincuente es un gobernante en quien el conglomerado ha depositado el privilegio de regir su destino, pues comportamientos de esta factura generan mayor desconcierto, zozobra y alarma social que los hace dignos de un mayor reproche penal.

5.-La detención domiciliaria es un beneficio que la ley prevé para aquellos procesados por delitos cuyo mínimo punitivo no sea mayor de cinco años, y cuyas características familiares y sociales, garanticen, en criterio del funcionario, su comparecencia al proceso y no coloquen en peligro a la comunidad.

Iguualmente, por expresa disposición legal (art. 396 C.P.P., modificado por el art. 53 de la Ley 81/93), el funcionario puede condicionar la concesión de la gracia en mención, a que el procesado cumpla la obligación de realizar trabajo social durante todo el tiempo de duración de la medida o solamente los fines de semana.

Para la Corte, la carga adicional de realizar trabajo social por parte del detenido domiciliarmente corresponde al criterio de utilidad de la medida, se agota en la ejecución de la labor misma y no entraña, en ningún caso, la posibilidad de reconocer redención de pena a consecuencia de la labor ejecutada, pues precisamente por haber establecido el legislador que la medida cautelar debe ser cumplida en la residencia del procesado, no señaló ningún mecanismo para controlar la labor realizada en cumplimiento de la carga judicial impuesta, como si lo hizo al referirse a las labores llevadas a cabo en los centros de reclusión.

Nótese cómo el Código Penitenciario y Carcelario al regular la figura de la redención de pena por "trabajo, estudio y enseñanza", en ningún acápite hace referencia a la "residencia", "morada" o "casa de habitación" del sindicado como marco espacial dentro del cual pueda desarrollar estas actividades, por el contrario, exige expresamente que las mismas sean ejecutadas en los respectivos «centros de reclusión» como lo menciona en el artículo 80 al disponer que «la Dirección General del INPEC determinará los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión», lo reitera en el inciso segundo de la misma disposición al precisar la necesidad de procurar por parte de dicho Instituto las fuentes de trabajo, industriales, agropecuarios o artesanales, según las circunstancias y disponibilidad presupuestal en los «centros de reclusión».

También, el artículo 81 establece los mecanismos de «evaluación del trabajo en cada centro de reclusión» y en igual sentido, el artículo 82 ejusdem, hace referencia a este concepto, al prever la «Redención de Pena por Trabajo» que se esté «llevando a cabo en los centros de reclusión» de la jurisdicción del respectivo Juez de Ejecución de Penas.

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

Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll

Aprobado acta No. 146 Oct.10/96.

Proceso: 9579

Se procede a dictar sentencia en la causa seguida al doctor Jorge Elías Manzur Jattín, ex Gobernador del Departamento de Córdoba.

### 1. LA ACUSACIÓN

La Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia, en resolución del nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, acusó ante esta Sala al doctor Jorge Elías Manzur Jattín, por el delito de concusión previsto en el Título Tercero, Capítulo Segundo del Código Penal.

1.1. En el proveído calificadorio fueron precisados los hechos de la siguiente manera:

"En noviembre de 1992 el gerente de la Lotería de Córdoba, previamente autorizado por la Junta Directiva presidida por el Gobernador del Departamento, abrió licitación pública orientada a contratar, mediante el mecanismo de la concesión, el monopolio para la explotación de las apuestas conocidas con el nombre de 'chance'. Según el denunciante Pedro Ghisays Chadid, representante legal de la Sociedad Hermanos Ghisays Ltda, a su vez socio de Apuestas De Cordoba Ltda., el Gobernador del Departamento Dr. Jorge Manzur Jattín le exigió el pago de una fuerte suma de dinero como condición para adjudicar la licitación a la última de las sociedades nombradas. Como la petición de dinero fue rechazada, la licitación se declaró desierta, no obstante que Apuestas De Cordoba Ltda. presentó la mejor propuesta, respaldada por una amplia experiencia por tratarse de la sociedad concesionaria en ese momento.

"En enero de 1993 se abrió la segunda licitación con el mismo objeto de la anterior y simultáneamente se incrementaron las exigencias de dinero por parte del Gobernador al denunciante, hasta la suma de cien millones de pesos. Ante la posibilidad de que la licitación fuese adjudicada a un tercero el denunciante accedió a entablar diálogo, inicialmente sin acuerdo por la cuantía de la exigencia. Finalmente luego de que el Dr. Manzur rebajara la cuantía, el denunciante de acuerdo con algunos de sus socios decidieron poner en conocimiento de las autoridades el hecho y para ello optó el denunciante por citar al Gobernador a su residencia para cerrar el negocio y a la vez grabar la conversación que quedó recogida en una cinta magnetofónica.

"La exigencia finalmente se concretó a la entrega de setenta millones de pesos, representados en tres cheques, uno por veinte millones y dos por veinticinco cada uno, el primero de los cuales fue consignado en la

cuenta No. 521-06575-5 del Banco Ganadero de Loricá. De los dos restantes el denunciante dio orden de no pago. Adicionalmente el Gobernador exigió treinta y cinco millones de pesos más, por un año de prórroga del contrato".

La acusación se fundamenta en la seriedad y credibilidad que dedujo la Fiscalía Delegada ante la Corte, de la denuncia, y posteriores ampliaciones de la misma, presentada por el señor Pedro Ghisays Chadid el 8 de julio de 1993 y en la cual narra con lujo de detalles cómo, con anterioridad a la fecha de apertura de la primera licitación pública (9 de noviembre de 1992), el Gobernador del Departamento de Córdoba, doctor Jorge Elías Manzur Jattín, ejerció contra él, en su carácter de socio de una de las empresas licitantes, presión indebida a efectos de obtener una fuerte suma de dinero a cambio de que la Junta Directiva de la Lotería, de la cual el Gobernador era su Presidente y además hacía la designación del Gerente, adjudicara la licitación para la explotación del juego de apuestas permanentes comúnmente denominado "Chance". Ante la negativa de aceptar estas exigencias económicas, lo cierto del caso fue que la primera licitación pública se declaró desierta el 18 de diciembre de 1992, con el argumento, propuesto por el mismo mandatario seccional, previa modificación del orden del día a iniciativa suya, según el cual las propuestas no se adecuaban a los pliegos de condiciones ni a la ley.

A consecuencia de esa decisión, la administración de la Lotería Departamental, el 15 de enero de 1993 abrió una nueva licitación con el mismo propósito, oportunidad en la cual igualmente se reiniciaron las exigencias del procesado, pero esta vez quantificando la petición en la suma de cien millones de pesos, que posteriormente redujo a setenta millones a cambio de no adjudicar el contrato a otra persona.

Para concretar el pago, dijo el denunciante - en declaración que mereció credibilidad para el ente acusador -, haber citado a su residencia al doctor Manzur Jattín, en donde tenía preparada una grabadora oculta que se encargaría de imprimir lo acontecido en esa reunión.

Con tal propósito, hizo entrega de los cheques 054274 por la suma de \$ 20.000.000.00, 054280 por \$ 25.000.000.00 y 054281 también por \$ 25.000.000.00, contra la cuenta corriente 6752013942-1 del Banco de Colombia oficina principal de Montería. De estos cheques, el primero fue hecho efectivo mediante consignación en la cuenta corriente 521-06575-5 del Banco Ganadero de Loricá, en la cual figura registrada la firma de Cristhian Corrales Larralde quien retiró la suma de \$ 19.950.000.00 en efectivo. Al banco girado se ordenó no pagar los restantes cheques.

Además, al analizar la grabación obtenida, encontró la Fiscalía que ella es auténtica y, por tanto, merece pleno valor probatorio, pues el gobernador investigado aceptó haber sostenido ese diálogo con el denunciante. De otra parte, consideró que en ella se consigna el acuerdo dele-



brado entre el procesado y Pedro Ghisays, así como la forma de pago y la entrega de los primeros veinte millones de pesos, con el compromiso, adquirido por el doctor Manzur Jattin, de dialogar con el Gerente de la Lotería con miras a prorrogar el contrato por un año más, antes de que finalizara el período del mandatario seccional.

Igualmente, la Fiscalía Delegada estimó que el dicho del denunciante resulta fortificado con las declaraciones de Hugo Díaz Flórez y Gregorio Becerra, sus socios, quienes afirmaron haber tenido conocimiento de las exigencias pecuniarias del Gobernador Manzur y autorizado a Ghisays para dialogar con él, a fin de presentar la denuncia penal.

La Fiscalía también brindó plena credibilidad a la secretaria del denunciante, Mayelly Mestra, quien dice haber elaborado los dos cheques de veinticinco millones cada uno con destino al Gobernador, según se enteró.

Como soportes documentales de su decisión, el acusador hace referencia al cheque por valor de \$ 20.000.000.00, obtenido en las Oficinas del Banco de Colombia y que fue hecho efectivo en la cuenta de la sociedad Ganem y Corrales, la existencia de las órdenes de no pago de los otros dos cheques, y a las licitaciones públicas celebradas.

Descartó además, la exposición que hizo Cristhian Corrales Jarralre, quien consignó en la cuenta de la firma Ganem y Corrales el referido cheque por \$ 20.000.000.00, pues en ella dijo que ese dinero era producto de un préstamo que le hizo Pedro Ghisays para comprar un camión.

Y desechó las explicaciones que brindó el Doctor Manzur en su indagatoria, pues si bien no se presenta discusión en torno al hecho de que el Gobernador directamente no decide la adjudicación de los contratos en la Lotería del Departamento de Córdoba, lo cierto del caso es que, siendo presidente de la Junta Directiva y nominador del Gerente de la entidad, ejerce influencia determinante en las decisiones que a ese respecto tomen los demás integrantes.

Argumenta igualmente el ente acusador, que tal como lo alega el sindicado, la licitación fue adjudicada en fecha anterior a la conversación que sostuvo con su denunciante y la cual fue grabada por éste. A pesar de ello, insiste en que de la denuncia y del texto de la grabación se colige que las exigencias de dinero para adjudicar dicho contrato fueron anteriores y que solamente en la entrevista grabada se vino a perfeccionar la entrega de parte del dinero exigido y pactar al mismo tiempo, los plazos y modalidades de pago para el restante. Además, el temor expresado por el denunciante en el sentido que el Gobernador podría declarar la caducidad de la licitación se halla respaldado en el texto de la grabación de la conversación telefónica en la que el sindicado hace expresa referencia a esa posibilidad.



## 2. PRUEBAS PRACTICADAS EN LA ETAPA DEL JUICIO

Tanto la Parte Civil, como el Defensor del procesado solicitaron la práctica de pruebas durante la causa, peticiones éstas que fueron resueltas oportunamente.

En cumplimiento del auto que dispuso su recaudo, se allegaron las siguientes:

2.1. Dictamen pericial, en el cual el experto designado con tal propósito por la Contraloría General de la República, concluyó que el monto de los perjuicios materiales ocasionados con la infracción penal atribuida al Gobernador Jorge Manzur Jattin, incluidos los honorarios profesionales y otros gastos, asciende a cincuenta y un millones noventa y seis mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos ( \$ 51.096.474.00) (fls. 128 y ss. cno. Corte).

2.2. Declaración del señor Moisés Elías Náder, en la que manifestó que el señor Pedro Ghisays le comentó que el Ex Gobernador de Córdoba, doctor Jorge Manzur Jattin, lo amenazaba permanentemente con quitarle el contrato que Apuestas de Córdoba tenía con la Lotería si no accedía a las prestaciones económicas de que estaba siendo víctima. Por eso le aconsejó que pusiera ese asunto en manos de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual, por intermedio de su hermano, el senador Jorge Elías Náder, le consiguió una cita con el Fiscal General. Aclara que nunca indujo al denunciante para que grabara al doctor Manzur, por cuanto cuando acudió el denunciante para recibir sus consejos, ya la grabación estaba hecha, o al menos ya había tomado la determinación de hacerlo (fls. 162 y ss. cno. Corte).

2.3. El Abogado Alfonso Rafael Ordozgoitia Yarzagary, manifestó que es muy poco lo que conoce o le consta en relación con los hechos objeto de juzgamiento, pero que en verdad el señor Ghisays le comentó el conflicto suscitado entre Gobernador y denunciante, y que por motivo de haberle parecido monstruoso lo que había escuchado sobre estos hechos, no evitó la formulación de la correspondiente denuncia. Posteriormente se enteró que el denunciante había acudido a la ciudad de Bogotá a contratar los servicios de un abogado penalista (fls. 168 y ss. cno. Corte).

2.4. El Senador Jorge Ramón Elías Náder, en declaración por certificación jurada, manifestó no recordar al señor Cristhian Corrales, y respecto del mismo desconoce los motivos por los cuales le hizo una consignación en su cuenta por la suma de cinco millones de pesos. Presume que, por haber ocurrido este hecho luego del incidente penal en que se vio envuelto el Gobernador, Doctor Jorge Manzur Jattin, ello fue consecuencia de órdenes impartidas por éste a fin de silenciarlo en la denuncia que sabía le iría a formular Pedro Ghisays (fl. 106 cno. Corte).

2.5. La Secretaría de Hacienda del Departamento de Córdoba, certificó que la sociedad Inversiones Córdoba Ltda., de la cual es socio el señor Pedro Ghisays Chadid, a 31 de Diciembre de 1993, registra que adeuda al Departamento, por concepto de "mínimos contractuales pactados en el Contrato de Concesión de 20 de septiembre de 1989", la suma de \$ 4.107'536.422.00 (fl. 110 cno. Corte).

2.6. El Senador de la República, doctor Enrique Gómez Hurtado, manifestó, mediante certificación jurada, que tuvo conocimiento de la denuncia presentada por el comerciante Pedro Ghisays Chadid, en la cual daba noticia a las autoridades del chantaje de que fue objeto por parte del entonces Gobernador del Departamento de Córdoba, doctor Jorge Manzur Jattin. Igualmente se enteró, como muchos ciudadanos en Córdoba, del contenido de las grabaciones aportadas como prueba de los hechos que daba cuenta la denuncia.

Por ello, en su oportunidad acudió ante el Señor Fiscal General de la Nación, por constituir este hecho gran preocupación para la población cordobense.

Fuera de lo anterior, refiere, no tener ningún otro conocimiento acerca del proceso (fls. 111 y ss. cno. Corte).

2.7. El señor Carlos Antonio Díaz Carrascal, aceptó que la voz que se le atribuye en los distintos cassettes que escuchó, corresponde a la suya por lo cual considera que el contenido de sus expresiones es totalmente cierto. La primera grabación, dice, corresponde a una información que le dio al Gobernador en el sentido de haber recibido una llamada de Moisés Elías Náder para que se trasladara a la sede de la empresa Inversiones Córdoba por cuanto tenía en su poder un cassette que contenía una grabación que podía afectar al Gobernador. Allí se le hizo escuchar una grabación de una supuesta conversación entre el doctor Manzur Jattin y Pedro Ghisays, y así se le informó al Gobernador. En el transcurso de esas conversaciones sostenidas con el Mandatario, éste le informó que todo era producto de un montaje en represalia por las medidas adoptadas por la administración departamental para cobrar las deudas que los chanceros tenían con la Lotería así como los impuestos por consumo de licores, la que ascendía a cerca de tres mil millones de pesos. Por ese motivo le sugirió la forma como debía asesorarse para enfrentar la denuncia que se le había formulado. La conversación que sostuvo con Pedro Ghisays, dice, obedeció simplemente a la intención de indagar si en efecto esta denuncia contra el Gobernador había sido presentada.

En relación con los hechos que fueron motivo de investigación, refiere que aproximadamente entre los meses de diciembre de 1992 y enero de 1993, en el Departamento de Córdoba se produjeron dos licitaciones para adjudicar el negocio de apuestas permanentes en ese Departamento. La primera fue declarada desierta por cuanto el Gerente de la Lotería estimó

que todos los licitantes pertenecían al mismo dueño y, por tanto, esta circunstancia iba en contravía a lo estipulado en los pliegos de condiciones. La segunda fue adjudicada a la firma Apuestas de Córdoba.

Posteriormente, es decir aproximadamente en el mes de mayo de 1993, manifiesta el declarante haber recibido una llamada de Moisés Elías Náder, por ese entonces Gerente de la empresa Inversiones de Córdoba, para comentarle sobre la existencia de un cassette que tenía en su poder, en el cual aparecía una conversación entre Pedro Ghisays y Jorge Manzur, motivo por el cual se trasladó a la sede de esa empresa y allí escuchó el contenido del cassette, luego de lo cual, aquel le manifestó la intención de denunciar penalmente al Gobernador si no se modificaba la posición del Gobierno Departamental hacia el conurato de licores en lo que respecta a la introducción, distribución y venta en el Departamento.

Después de ello, le comentó al Gobernador sobre la existencia del cassette y fue en esa oportunidad cuando le dijo que todo era producto de un montaje y un chantaje.

El testigo niega haberle solicitado al señor Pedro Ghisays que no se constituyera en parte civil dentro del referido proceso, aunque acepta que evidentemente le pidió que no siguiera dando más declaraciones, sobre ese hecho, a los medios de comunicación (fls. 172 y ss. cno. Corte).

2.8. La Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, remitió fotocopias de las versiones rendidas por el doctor Jorge Manzur Jattin, dentro de los diferentes procesos que en esa Unidad se adelantan en su contra (fls. 373 y ss. cno. Corte).

2.9. En la diligencia de audiencia pública, se recepcionó el testimonio del doctor Francisco José Sintura Varela, Ex-Vicéfiscal General de la Nación, en la cual refirió haber conocido al doctor Jorge Elías Manzur Jattin con ocasión de un seminario sobre Derecho Americano realizado, durante el año de 1991, en la Universidad de Miami. Conoció igualmente, dice, al señor Pedro Ghisays Chadid en razón de una denuncia que, contra el Gobernador Manzur, llevara a su Despacho de la Vicefiscalía a comienzos del año 1993. En aquella oportunidad se presentó con un escrito y un cassette contentivo de unos hechos que podían ser constitutivos de infracción a la ley penal, motivo por el cual envió, en su vehículo oficial, al denunciante ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, para preservar la prueba que le acompañaba, sin que tuviera conocimiento de posteriores detalles sobre el particular (fls. 48 y ss. anexo audiencia).

2.10. Con el objetivo de identificar bienes inmuebles y vehículos que, a nombre del doctor Jorge Manzur Jattin, figuraran en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi; en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos de Santa Fe de Bogotá, Montería y Loricá; en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y en las Secretarías de Tránsito de Santo

Fe de Bogotá, Córdoba, Montería y Loricá, se ordenó oficial a esas entidades, obteniéndose respuesta negativa.

### 3. AUDIENCIA PÚBLICA

De conformidad con lo ordenado en auto del cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco, se llevó a efecto la correspondiente diligencia de audiencia pública dentro de la presente causa. En ella fue interrogado el acusado e intervinieron el señor Fiscal General de la Nación, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, el Apoderado de la Parte Civil, el Procesado y su Defensor.

3.1. En el interrogatorio que se formuló al acusado, éste refirió que su primer contacto con el denunciante ocurrió durante el mes de marzo de 1992 cuando el señor Ghisays, propietario del almacén "Deportivo Miryam", le manifestó que la Lotería de Córdoba le adeudaba la suma de veinte millones de pesos por concepto de uniformes que había adquirido para regular, cobro que rechazó en razón a que su administración había prohibido ese tipo de donaciones.

En relación con el contrato de apuestas permanentes, aclara que las anteriores administraciones departamentales lo adjudicaron sin licitación pública.

Desde el mes de febrero de 1992, dice, empezó a notar fallas en la lotería del departamento, relacionadas con la adjudicación de los contratos de apuestas permanentes, pues se concentraban en las familias de Elías Náder y Pedro Ghisays quienes le habían apoyado en su candidatura a la Gobernación.

Refiere que en el año de 1988, en el Departamento de Córdoba, se agrupó la mayoría de casas chanceras para efectos de la adjudicación de este monopolio. El primer contrato lo adjudicó Moisés Elías Náder, por entonces Gobernador del Departamento, a la firma Apuestas de Córdoba, de la cual el denunciante en este asunto es el mayor accionista.

En el año de 1990, cuando Jorge Ramón Elías Náder presidía la Junta Directiva de la Lotería, y su hermano Julio Elías Náder se desempeñaba como Vicepresidente Financiero de la misma, se dispuso por el Gobernador la prórroga del contrato.

Ya siendo Gobernador del Departamento de Córdoba, dice el doctor Manzur, por primera vez se convocó a licitación pública para la adjudicación del monopolio de apuestas permanentes, la que fue abierta en el mes de noviembre de 1992. Según el denunciante, a partir de ese momento comenzó a presionarlo cuando en verdad nunca hablaron de ello. Lo cierto es que la licitación se declaró desierta porque los tres proponentes eran la misma persona y las otras casas licitantes no funcionaban en locales especiales.

Aduce que lo realmente pretendido con esa decisión, era sacar a los proponentes del negocio del chance, porque eran considerados personas deshonestas, y ello no se podía hacer por otra vía que no fuera la legal.

Ahora bien, manifiesta que no se adjudicó esa licitación a la otra de las empresas proponentes, por cuanto según los balances presentados, su capital era inferior al valor de la compra mensual de los lalonnarios de chance que debía adquirir en la Lotería.

De otra parte, desde octubre de 1992, la administración departamental comenzó a cobrarle a "Inversiones de Córdoba", empresa que tenía la adjudicación del contrato para la producción de licores y de propiedad de los mismos dueños de Apuestas de Córdoba, la suma que le adeudaba al Departamento.

Además, asegura, exigió a la empresa Apuestas El Trébol, el pago, a favor del Departamento, de la deuda que ascendía a setenta millones de pesos por concepto de venta de lotería. Con ese objeto los señores Pedro Ghisays, Gerente, y Moisés Elías Náder, codueño, suscribieron un pagaré.

En razón de haber actuado de esta manera, considera que con el cassette se le hizo un montaje para denunciarlo y separarlo de la Gobernación. Fue así como la Sijín, sin orden judicial, interceptó los teléfonos de la Gobernación, con el argumento que se estaba adelantando una investigación por narcotráfico cuando ello no era cierto.

En el mes de enero de 1993, se abrió la segunda licitación con el mismo objeto de adjudicar el negocio de chance. Según el denunciante, en esta oportunidad se incrementaron sus exigencias, cuando lo cierto, es que lo único que hacía era llamar a los concesionarios para que le jugaran limpio a la administración o de lo contrario les cancelaba el contrato.

La grabación a que alude el denunciante, se efectuó el 27 de abril de 1993, es decir, tres meses después de celebrado el contrato. Ese día fue invitado a almorzar a la casa de Pedro Ghisays Chadid, quien tenía el dinero en efectivo, pero no lo quiso recibir porque esa no era su función. Aclara que nunca recibió dinero ni hizo alguna clase de negocio con Ghisays. Luego de haberle montado la grabación llamaron a su Secretario y Moisés Elías Náder lo puso a escuchar el cassette en el carro para advertirle expresamente que, "o me arreglan lo de los licores o el Gobernador va denunciado".

Respecto de la modificación del orden del día en la sesión de Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, manifiesta que ello obedeció a que en esa oportunidad (noviembre de 1992), se aprobaría el presupuesto de 1993 y de otra parte, como ya se conocía de antemano que los tres proponentes de la licitación eran la misma persona, se alteró el orden del día para declarar desierta la licitación, salir de esa tema y poder trabajar en el asunto presupuestal.



Concluye que el contenido de las palabras que como suyas se le atribuyen en el cassette aportado por el denunciante corresponde a su voz, aunque quisiera saber si éste fue recortado.

3.2. El señor Fiscal General de la Nación, al referirse a los términos de la denuncia presentada por Pedro Ghisays Chadid, manifiesta que estos hechos fueron respaldados por pruebas allegadas durante la investigación, la cual permitió establecer que efectivamente el señor Gobernador del Departamento de Córdoba, en abuso de su cargo, exigió al proponente una suma de dinero a cambio de la adjudicación del contrato de concesión.

La prueba que funda esta consideración, está integrada por la denuncia y la grabación contenida en la cinta magnetofónica que aporta el denunciante, la cual recoge la conversación sostenida entre el señor Gobernador y Ghisays en la residencia de este último.

La grabación, en criterio de la Fiscalía, es la prueba más importante de cargo, puesto que, contrario a lo planteado por la defensa, no se trata de un delito provocado por la autoridad, sino de una prueba obtenida por la víctima mediante la grabación de sus propias conversaciones; por ese motivo debe ser valorada como documento privado aportado al proceso validamente por el propio denunciante.

Si bien estima que la calidad de la grabación es defectuosa, considera que esta circunstancia en manera alguna le resta validez a su contenido o a su autenticidad, pues el propio sindicado reconoce su intervención en esa oportunidad.

Las diferencias que se presentan en la transcripción de la grabación no tienen ninguna incidencia por cuanto la prueba documental la constituye el registro magnetofónico y no las transcripciones de él realizadas.

A la Fiscalía también le parece irrelevante determinar si la cinta aportada por el denunciante es la originalmente grabada o una copia de ella, en razón a que, de todas maneras, los contenidos son coincidentes.

Esta grabación muestra, a diferencia de lo considerado por la defensa en el sentido que el Gobernador se limitó a oír una inesperada propuesta, que el doctor Manzur, por propia iniciativa, solicitó a Ghisays la entrega de sumas de dinero e incluso recibió un cheque en ese momento.

La conversación evidencia el conocimiento que el Gobernador tenía sobre el tema, por eso tomó la iniciativa y solicitó setenta millones de pesos, además de pronunciarse sobre la posibilidad de prórroga del contrato.

De otro lado, en el curso de la etapa de instrucción, se acreditaron los hechos expuestos por el denunciante como son la existencia de las dos licitaciones, se allegó el original del cheque girado por Ghisays contra su



cuenta corriente en el Banco de Colombia, el que fue cobrado mediante consignación en la cuenta de la sociedad Ganem y Corrales. Además, efectivamente se constató que el denunciante dio la orden de no pagar los aludidos otros dos cheques.

Si bien Cristhian Corrales acepta haber efectuado la consignación por veinte millones de pesos, pero atribuyendo esta suma a un préstamo para la compra de un camión, como se consignó en la resolución acusatoria, no figura ningún documento que haga constar la existencia de ese crédito, la garantía del mismo o el pago de intereses, por lo cual, al respecto, no puede dársele credibilidad, menos si se trata de una persona a quien el denunciante no conoce.

Considera el señor Fiscal que las declaraciones de Díaz, Flórez y Becerra, concuerdan esencialmente en lo expuesto por el denunciante, así como las de Elías Náder, Enrique Gómez Hurtado y el abogado Ordosgoitia.

Por esos motivos, la Fiscalía afirma la convicción que el procesado es responsable del delito que se le atribuye, pues resulta claro que el doctor Manzur abusó de su cargo de Gobernador sin justificación alguna y, de manera dolosa e intencional, construyó al denunciante entre los meses de Noviembre de 1992 y abril de 1993, a entregarle y prometer el dinero en la cuantía ya mencionada, lo que permitió la adjudicación del contrato a esa sociedad. Este comportamiento es típico por estar descrito en el artículo 140 del Código Penal.

En esa medida, solicita a la Corte proferir sentencia condenatoria en contra del doctor Manzur, debiéndose tener en cuenta, para efectos de determinar la pena, la posición distinguida del procesado en la sociedad, de quien se espera que sus actuaciones sean transparentes.

3.3. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal inicia su intervención diciendo que no encuentra justificación para que el Gobernador hubiese alterado el orden del día en la sesión de la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, en la cual se declaró desierta la primera licitación, por cuanto así este punto estuviese de décimo, de todas maneras, debería ser tratado.

De otra parte, si sabía de los antecedentes de Pedro Ghisays, se pregunta, por qué motivo iba a visitarlo a su casa, no solamente una vez, sino en varias oportunidades?

Y si el Gobernador lo que quería era obtener pruebas en contra de Pedro Ghisays, como lo ha afirmado, por qué motivo no exigió que le hicieran ese cheque a nombre suyo?

En criterio de la Procuraduría, como se trataba de ocultar un delito, ese cheque debía ser hecho a favor del mismo girador y endosado por éste, tal como ocurrió, para ser llevado a otra plaza, en la que también

reside el Gobernador, siendo consignado por el señor Cristhian Corrales, conocido y amigo del procesado.

Por ello considera que este comportamiento no tiene ninguna explicación diferente a la del interés del Gobernador en ese dinero.

A Jorge Elías Náder se le trató de callar consignándole cinco millones de pesos en su cuenta corriente, al propio denunciante cuando se le dijo que dejara de afear al Gobernador y al testigo Becerra a quien se aconsejó hacerse el enfermo y no declarar.

A la pregunta de por qué motivo cuando Carlos Díaz le refiere al Gobernador la existencia del cassette, éste se asusta, la Procuraduría halla respuesta en que el procesado no quería que sus íntimos amigos se dieran cuenta de esa situación.

Estas circunstancias permiten dar por aceptada la presunta de la conducta delictiva, cual es la concusión que se configuró en el instante mismo en que floreció la coacción, pues no habría adjudicación mientras no hubiera dinero. Otra cosa distinta son los resultados materiales que la conducta no exige, pero que sirvieron para acreditar que ella había existido. El dinero, los cheques contraordenados y el cheque que alcanzó a ser cobrado, son las pruebas que dejan cabalmente acreditada esa conducta.

3.4. El Apoderado de la Parte Civil manifiesta que "nos encontramos frente a un delito de Concusión". No sabe si en el momento de la posesión del sindicado existía o no corrupción en ese Departamento. Lo único que sabe es que el Gobernador del Departamento de Córdoba, doctor Jorge Manzur Jattin, "solicitó, pidió y construyó a una persona que era un particular".

Considera que "el cuerpo del delito" está demostrado con la denuncia, el cassette, las declaraciones, las inspecciones judiciales y coartadas que existieron dentro del proceso. Respecto de estas últimas, destaca que se recibió la declaración de Carlos Díaz quien hace gran énfasis en la coartada por el problema de la licorera. Pero se pregunta el apoderado, qué tiene que ver la deuda de los licores con el problema de la Lotería? La verdad es que si se debe una suma de dinero, se ejecuta por ella, independientemente de si se denuncia a algún dignatario del Estado.

Sin más consideraciones orales, solicita se profiera sentencia condenatoria para el acusado, como presupuesto de su pretensión indemnizatoria.

3.5. Intervención del acusado, doctor Jorge Manzur Jattin. En ella manifiesta que dentro del proceso no se encuentra que hubiese constreñido a su denunciante desde la primera licitación, porque lo que existe es una grabación realizada dos meses después de adjudicado el contrato. Según esa grabación el denunciante tenía el dinero en efectivo y sin embargo no lo recibió, siendo esto mucho más fácil para él.

Si la Licitación estaba desierta, en esas circunstancias se hallaba tanto al comienzo como al final de la reunión de junta directiva, por eso modificar el orden del día para ocuparse de la licitación no significaba ningún interés como se ha dicho en la audiencia.

Dice que el doctor Marfíño nunca fue su defensor principal sino suplente, y esto lo evidencia el folio 150 del cuaderno de la Fiscalía, por eso considera que se incurrió en un error al no tener al doctor Cancino como principal.

Antes de haber sido declarada desierta la primera licitación, el Secretario de Hacienda del Departamento comunicó a Moisés Elías Néder, Gerente de la Firma Inversiones de Córdoba, que tenía adjudicado el contrato de los licores y de la cual son socios Pedro Ghisays, Linet Buelvas de Ganem, Patricia Ganem Buelvas y Jorge Nicolás Ganem, diciéndole que debían cancelar la renta mensual a que se habían comprometido en el contrato y cuya deuda representaba cerca de cuatrocientos millones de pesos al mes. Por esos motivos considera que se le hizo un montaje para ser denunciado.

Si era más fácil recibir el dinero en efectivo que poseía el denunciante, qué necesidad tenía de declarar desierta la licitación si de todas maneras le irían a pagar?

Igualmente se pregunta por qué el denunciante esperó hasta el día 8 de julio de 1993 para presentar la denuncia si el cassette fue grabado el 27 de abril de ese año? La respuesta que al mismo tiempo se brinda consiste en que como el dos de julio cumplía año y medio de su mandato como Gobernador, es decir la mitad del tiempo para el cual había sido elegido, si un Gobernador es separado del cargo luego de ese tiempo, no se hace nueva elección sino que se procede por decreto a nombrar su reemplazo. Eso exactamente fue lo que ocurrió. Se aprovechó que "Joche" Elías era el Presidente del Senado, quien además había presionado la denuncia, para que pudiera intervenir en el nombramiento de su reemplazo.

En cuanto al cassette, alude que es el propio Ghisays quien le pregunta por qué motivos no acudió el día sábado a su residencia, lo que indica que desde ese día lo estaba esperando.

Aclara que no es cierto, como se ha afirmado, que él quisiera voluntariamente ir a la residencia de Ghisays, sino, por el contrario, era su denunciante quien iba todos los días a la Gobernación para invitarlo a almorzar.

No entiende, dice, el motivo por el cual se afirma que ordenó a Cristhian Corrales le consignara cinco millones de pesos en la cuenta del Senador "Joche" Elías, si esta consignación se hizo antes que le formularan la denuncia.

Tampoco es como se ha dicho, que el cheque se hubiera consignado en Lórica, sino que lo fue en Montería para hacerse efectivo en Lórica, mediante consignación nacional.

Dice que nunca hubo otros cheques, que la orden de no pagarlos se emitió mucho tiempo después de la denuncia. Tampoco concuerdan con las colillas de la chequera del denunciante. Además, se pregunta, cómo iba a hacer negocio con el denunciante si el contrato ya estaba firmado?

Agrega que no ha podido saber cual de todas las presentadas por el denunciante es la cinta original de su conversación. En ellas, además, se observan muchas diferencias.

De otra parte, estima que las grabaciones que la Sijin hizo de sus conversaciones telefónicas fueron ilegales porque no se produjo una orden judicial para ello y tampoco la Dirección Nacional de Fiscalías emitió una autorización en ese sentido. Sin embargo, no solamente se interceptó su línea telefónica sino otras de la Gobernación y un taller de mecánica, con el argumento de que se estaba adelantando una investigación por narcotráfico.

Aduce que existen documentos que prueban cómo desde mediados del mes de abril de 1993, estaba siendo víctima de amenazas y chantajes por el seguimiento que hacía al sistema de chance y otras anomalías detectadas, por eso se dirigió al C.T.I. y a la Procuraduría Provincial.

En su criterio la grabación da para dos interpretaciones. El cheque fue entregado a un socio del denunciante, quien lo cobró, pero en esa actividad él como procesado, no figura por parte alguna.

En realidad lo que hacía era un seguimiento a un delincuente para conseguir una prueba y así poder limpiar el negocio del chance, pero esta conversación se volvió en contra suya.

En la charla que sostuvo con Ghisays y que le fue grabada, no aparecen muchos de los diálogos que mantuvieron, donde prácticamente era inducido por el denunciante a que recibiera el dinero en efectivo para que ellos pudieran incumplir el contrato. Por eso evadió recibir el dinero en efectivo que allí tenía. Pero esa evasiva les sirvió para montar la denuncia en su contra y así poder tumbarlo del cargo.

Como los controles los dejó hechos, no han podido incumplir los contratos firmados y esto le ha representado grandes ingresos al Departamento.

Antes de ser denunciado, continúa el procesado. Ghisays figuraba como socio con el 20% y Ordosgoitia, el autor intelectual de la denuncia, con el 43 % de la sociedad Inversiones de Córdoba que tenía adjudicado el contrato de licores. Luego de formulada la denuncia, Ordosgoitia no figura ser socio y Ghisays apenas con el 0.2 % de las acciones.

Su caso, insinúa, es similar a lo que le ocurrió a un Coronel con una dama y el video de que habló la revista *Semana*, solamente que en esa oportunidad el Coronel se atrevió a decir que lo estaban chantajeando y le fue mejor.

Considera que no se analizó la normatividad de la licitación, como tampoco las resoluciones de apertura, avisos de prensa, ni los actos de adjudicación que se celebraron para perfeccionar el contrato. Anteriormente, las prórrogas con "otro sí", nunca fueron denunciadas.

3.6. El defensor del procesado manifiesta sentirse orgulloso de defender al doctor Manzur, quien, según dice, dejó esteira como el mejor Gobernador, con una historia y una carrera impecables, pues fuera de ese montaje criminal por el que está acusado, no ha tenido ningún antecedente ni sanción en su vida.

Producida la denuncia, el 8 de julio de 1993, ya la parte acusadora la había repartido por todo el país, así como los casettes, siendo sometido el procesado al calvario de la publicidad.

El proceso penal surge de la pugna política que se desarrollaba en el congreso para las presidencias del Senado y Cámara, a la cual aspiraban dos cordobenses, José Elías Náder y el Doctor Jallín, familiar del Gobernador.

El día del escándalo originado en el auto de detención, se produce el Jatínazo porque estaba dirigido al Doctor Jallín.

Del señor Corrales, quien recibe el cheque, se dijo que era el asistente del doctor Jallín en el Congreso, según constancia que al respecto dejó la Procuraduría, lo cual es falso, afirmación que tendía a enredar al candidato a una de las Presidencias del Congreso y esto no ha sido investigado.

La diligencia de indagatoria del procesado tuvo irregularidades, pues fue filmada y las luces ocasionaban molestias al Doctor Manzur, pero esta circunstancia no fue aceptada por la Fiscalía. Además, asistieron más de diez personas, entre ellas peritos para la voz y la grabación, pero ninguno firmó el acta de la diligencia. El resultado fue que a los cinco minutos de terminada, todo Córdoba sabía su contenido. Ahí empezó la corruptela de las infiltraciones porque todos los noticieros tenían las grabaciones así como los dictámenes.

Luego se adujo que el Doctor Manzur se negó a rendir indagatoria y lo vincularon al proceso sin haber terminado la diligencia, lo cual es falso, y sobre esa base la Fiscalía resolvió declararlo persona ausente.

La Fiscal Comisionada suspendió la diligencia con el argumento de decretar una prueba pericial absurda, cuando el Doctor Manzur no estaba diciendo que era loco sino que le fastidiaba la luz. Luego el Fiscal Delegado revoca ese auto pero ya se había producido la declaratoria de persona ausente del procesado.



Ese fue el ambiente que tuvo la defensa desde el comienzo del proceso. En la misma indagatoria le decomisaron al doctor Manzur los apuntes que tenía sobre lo dicho por la prensa y que estaba consultando porque tenía preparada su indagatoria.

A pesar de haber solicitado reiteradamente que se recogieran los cassettes que el denunciante estaba repartiendo, no fue escuchado, porque el Fiscal consideró que éstos eran de propiedad del señor Ghisays.

Por eso se presentaron dos cassetes originales, uno a la Fiscalía y otro a la Procuraduría, cuando uno de ellos tenía que ser copia. El propio Ghisays dijo que tenía cincuenta copias de ellos.

La Fiscalía tampoco investigó cómo estos cassettes llegaron a los medios de comunicación antes que la defensa los pudiera conocer, pues estas cintas se encontraban en el C.T.I. para ser estudiadas.

Dice que no existe relación causal en la tipicidad que se le atribuye a su defendido, porque el señor Ghisays sostiene que se le pidió plata para la adjudicación de un contrato que ya estaba adjudicado desde antes de la grabación de la conversación y solamente cuatro meses después de hecha, vino a formular la denuncia.

De otra parte, el doctor Manzur fue quien menos tuvo que ver con ese proceso licitatorio, porque las decisiones al respecto las tomó la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba y no el Gobernador de ese Departamento.

Está demostrado, dice, que los licitantes en la primera oportunidad, eran la misma persona, lo que constituye un fraude y este hecho fue el que originó que la Junta Directiva declarara desierta la licitación. Por ese motivo, en la segunda oportunidad, debieron entrar correctamente con otros proponentes que no fueran fraudulentos.

¿Por qué - pregunta - se presentó el denunciante a decir que le cobraron plata para adjudicar la licitación si ya había suscrito el contrato y no había qué adjudicar?

Respecto de los cassettes aportados por el denunciante existen dos dictámenes periciales, uno de la Procuraduría y otro de la Fiscalía, donde el primero dice que se hizo el estudio de voces y el segundo refiere que no poseen elementos para comprobar si la grabación fue editada.

Ghisays dice que pensó en lo difícil que sería probar los hechos y se le ocurrió citar al Gobernador a su residencia para grabar las conversaciones, lo que indica que el denunciante cita al Gobernador para ponerle una trampa, que en últimas constituye una inducción o provocación.

Igualmente en una de las grabaciones aparece que un tercero fue el autor intelectual de la grabación al Gobernador, lo que contradice a Ghisays cuando afirma que fue él quien tomó la iniciativa de grabar a Manzur.



Lo anterior demuestra, dice, que no hubo concusión, pues ese tercero confiesa ser el determinador del chantaje, porque allí se dice que a Manzur lo graban y lo iban a chantajear para que adjudicara el contrato de licores, entonces Ghisays grabó porque le aconsejaron.

Luego Ghisays dijo en la Procuraduría que en su residencia escondió una grabadora y le ofreció setenta millones de pesos al Gobernador. Ello ratifica que no hay concusión pues con esa afirmación no se puede decir que Manzur coaccionó a Ghisays, menos cuando éste dice que lo invitó a su casa.

Por ello si Ghisays está diciendo que lo invitó y existe prueba que indica que alguien le aconsejó que lo invitara, si hay confesión que escondió la grabadora y confesión que ofreció dinero, quien debe estar en la cárcel es Ghisays y no Manzur, según argumenta el abogado. Esto indica que lo grabó para denunciarlo. Este hecho no fue aclarado y por ese motivo pidió que no fuera cerrada la investigación hasta no establecer quién había mandado a Ghisays a hacer la grabación.

El señor Ghisays es un chancero de pésima conducta y sobre esa base considera que debe hacerse el análisis de la credibilidad de su versión.

En la Procuraduría el denunciante ya no habla de un chantaje de un año sino que dice que al abrirse nuevamente la licitación y en vista que el Gobernador le iba a hacer una mala jugada, resolvió invitarlo a su casa para grabarlo. Por eso, insiste, no hay concusión.

Además, el denunciante incurre en contradicciones, pues al principio sostiene que los tres cheques se los entregó a Manzur y luego, en posterior diligencia, dice que fue otro día a un señor que no puede reconocer.

En la grabación se afirma que son 35 más 35, lo cual suma setenta si la grabación fuera cierta, pero se asegura que fueron veinte millones los que se habían dado, por lo cual, en criterio del defensor, la grabación es mentirosa.

Como Ghisays giraba cheques posfechados para comprar talonarios a la Lotería y el doctor Manzur quiso poner orden en eso, en su opinión, esta circunstancia era un estorbo para Ghisays, por eso el denunciante no ha hecho otra cosa que mentirle a la justicia.

Aduce el defensor que el cheque fue consignado por Corrales, en tanto que Manzur nunca figura en un cheque ni apropiándose de nada. Corrales dice, sin demostrarlo, que compró un camión con esa plata, sin embargo consigna cinco millones de pesos en la cuenta de José Elías Náder.

De otra parte, Ghisays miente al decir que no conoce a Corrales, pues se demostró que sí tenía sociedad con él y, en esa medida lo lógico es que Corrales fuera cómplice de Manzur, pero esto indica que es cómplice de Ghisays.

Considera el defensor, que no se investigó el motivo por el cual Ghisays dice a última hora que consignó cinco millones al Senador Náder y menos se efectuó la comparación de firmas.

Argumenta el abogado que no se identificó a quienes intervienen en las grabaciones como lo ordena la ley. Además estas grabaciones fueron ilegales pues no se contó con autorización del Director Nacional de Fiscalías para ello.

El solo hecho de repartir los cassette está demostrando la finalidad perversa del denunciante. Los talonarios de las chequeras estaban tachados y enmendados porque Ghisays tenía que cuadrar sus cuentas. El cheque 274 está girado por S 3.690.000.00 y el número 275 por S 20.000.000.00, pero esto debía ser al revés.

El denunciante solamente hasta el 18 de junio da orden de no pago a unos cheques entregados en abril, ese día es fiesta en Montería y los Bancos no abren sus puertas al público, pero en ese orden de no pago dice que los cheques fueron girados a su nombre y con su respectivo endoso los cuales se le extraviaron.

Por esto, continúa la defensa, pidió se investigara la cuenta de Ghisays pero esta petición le fue negada.

Asegura que existen contradicciones entre Ghisays y Bocerra respecto de la fecha en que los cheques fueron entregados, además Ghisays en otra oportunidad dice que los cheques fueron emitidos antes que la licitación se adjudicara.

El cassette entregado por Ghisays no es original porque según el perito la grabación se repite en la misma cinta, lo que demuestra que fue editado. En unos apartes fue borrado y en últimas existen más de cincuenta diferencias entre los cassetes.

Por esos motivos estima que no existe prueba para condenar al doctor Manzur.

#### SE CONSIDERA

1.- Se acreditó la calidad de servidor público del doctor Jorge Elias Manzur Jattin, quien se desempeñó como Gobernador del Departamento de Córdoba desde el 2 de enero de 1992 hasta el 18 de enero de 1994, cargo para el que había sido elegido popularmente (fis. 94 y ss. cno. 1 Fiscalía), por lo cual, de conformidad con el artículo 235-4 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 68-6 del Código de Procedimiento Penal, la Corte es competente para proferir la presente sentencia.

2.- A tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, al momento de dictar el fallo culminatorio del juzgamiento, la prueba obtenida en las distintas etapas del proceso, capaz de servir de soporte para una

sentencia de condena, debe conducir a la certeza del hecho definido en la ley como delito y la responsabilidad del sindicado.

En esa medida, el material probatorio que conforma la actuación, será apreciado en conjunto, de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común, y se le asignará el mérito que corresponda (art. 245 C. de P. P.).

No obstante lo anterior, antes de abordar el análisis de los hechos y de las pruebas allegadas, debe la Sala advertir que ningún fundamento le asiste al sindicado cuando, en incidente protagonizado en la audiencia pública, afirma que desde el inicio del proceso su defensor principal fue el doctor Cancino y no el doctor Mariño, exigiendo así la presencia en la diligencia de aquél y no de éste quien, según dijo, no conocía el expediente.

Para demostrar que el derecho de defensa estuvo en todo tiempo debidamente garantizado y responder a la inquietud planteada, baste con recordar que si bien a folio 154 del C.O. No. 1 de la Fiscalía, obra un poder otorgado por el doctor Manzur al doctor Antonio José Cancino, según el cual lo nombraba defensor principal, esta situación varió a partir de la indagatoria realizada el 9 de septiembre de 1993 (fl. 316-2) en la que voluntariamente manifestó la designación del doctor Marco Ricardo Mariño "para ésta y todas las diligencias (como su) Abogado Defensor", decisión que mantuvo hasta días antes de la realización de la audiencia pública y después de haberse señalado la fecha para su celebración, cuando otorgó nuevo poder al doctor Cancino (fl. 407 cno. Corte).

Esto se reitera en el memorial presentado el 16 de septiembre de 1993 (fl. 345-2), donde el doctor Marco Ricardo Mariño Fajardo expresó "así mismo manifiesto que nombro bajo mi responsabilidad, como defensor suplente al señor Doctor Antonio José Cancino Moreno, quien posteriormente asumirá como principal", advertencia que repitió en el escrito obrante a folios 410 y ss.-2.

En este mismo sentido hubo de pronunciarse la Fiscalía, mediante providencia del 4 de mayo de 1994, al aclarar la confusión en que incurrieran tanto defensor principal como suplente, respecto de la calidad en que venían actuando dentro del proceso (fls. 1178 y ss-3).

Entonces, habiendo sido voluntad del procesado escoger el profesional del derecho que lo asistiera desde la indagatoria hasta la terminación del proceso, conforme a la normatividad que regula la materia (art. 139), y facultad del defensor designar abogado suplente según las previsiones que al respecto hace el artículo 144 del C. de P.P., modificado por el artículo 23 de la Ley 81 de 1993, ningún soporte tiene que el Doctor Manzur pretenda desconocer en la audiencia, el papel voluntariamente asignado a cada uno de los profesionales del derecho encargados de su defensa.

2.1. No existe el menor asomo de duda, que el 20 de octubre de 1992, la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, integrada por el doctor Jorge Manzur Jattin (Gobernador), Orvie Oyola Ordosgoitia (Contralor Departamental), Guillermo Lengua (Director de Servicios de Salud), Vladimiro Sobrino Oliveros (en Representación de la Asamblea Departamental), y a la cual asistieron además Jaime Pineda (Gerente de la Lotería), Julio Elías Náder (Subgerente Administrativo), Miguel de la Espirilla Espinosa (Secretario de la Junta) y Luis Fragoso (Director del Fondo de Prestaciones Sociales), autorizó la apertura de la licitación pública para concesión del juego de Apuestas Permanentes (fl. 1, anexo 10).

En desarrollo de esta autorización, el Gerente de la Lotería, mediante Resolución 0994 del 9 de noviembre de 1992, declaró abierta la licitación pública 001 "para adjudicar, a través de Contrato de Concesión, la explotación del monopolio del Juego de Apuestas Permanentes 'Chance' en el Departamento de Córdoba", señalando igualmente que la misma permanecería abierta entre los días 29 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año, lapso durante el cual se debían presentar, debidamente diligenciados, los correspondientes pliegos de condiciones junto con la documentación exigida.

Al acto de apertura de la urna, comparecieron Hernán Hoyos Barón, en representación de Gregorio Becerra Vera; Pedro Ghisays; Gregorio Becerra Vera en representación de Apuestas de Córdoba Ltda., Edwer Manjarrés Álvarez en representación de Silvia Vergara de Jussir, el Gerente de la Lotería Jaime Pineda Cabrales, el Subgerente Administrativo Ricardo Oliver Fernández, la Secretaria General Nadima Mendoza Santos, la Jefe de la Sección Jurídica Sully Moreno Barreto y el Contralor Departamental Orvie Oyola Ordosgoitia.

Se estableció que se presentaron los siguientes proponentes: Apuestas de Córdoba Ltda., Silvia Vergara de Jussir, Gregorio Becerra Vera y Pedro Ghisays Chadid.

La Comisión de Estudio de las propuestas, integrada mediante Resolución 1112 del 4 de diciembre de 1992, concluyó en su informe que: "la firma Apuestas de Córdoba Ltda. se hace merecedora al primer lugar, Pedro Ghisays y Apuestas Bolívar en segundo y tercer lugar respectivamente. Con base en lo anterior y siguiendo las pautas del artículo 33 del Decreto 222 de 1983, la Junta de Adjudicación recomienda a la firma Apuestas De Córdoba Ltda, ya que presentó 25 Agencias en todo el Departamento acompañado de capacidad financiera, experiencia y estructura administrativa organizada" (fl. 56 y ss. anexo 10).

La Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, presidida por el Doctor Jorge Manzur Jattin, en sesión del 12 de diciembre de 1992, luego de haberse aprobado el orden del día que contemplaba como punto 10 a tratar, el tema relacionado con la "Licitación del chance", a iniciativa del

Gobernador, fue modificado y, en consecuencia, la Junta se ocupó de estudiar primeramente el asunto de la Licitación del Juego de Apuestas Permanentes. Consta en el acta que "El Gerente le pide al señor Antonio Salcedo miembro de la comisión nombrada, que explique las propuestas para la adjudicación de la Licitación, comenzando por la Señora Silvia Vergara, la cual es rechazada por no reunir los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones".

Asimismo, que intervino el señor Gobernador quien expresó: "se hace necesario que las propuestas se adecuen a los pliegos de condiciones, vemos que las presentadas no se ciñen a lo exigido en éstos, ya que están contraviniendo el numeral 10, Inciso 10.6 del Pliego de Condiciones que vendió la Lotería de Córdoba y a su vez el Decreto 222/88 ante este hecho se propone por los miembros de la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, declarar desierta la Licitación". En consecuencia, la Junta Directiva declaró desierta la Licitación y autorizó al Gerente para abrir otra, con el mismo propósito de la primera. Nuevamente, en uso de la palabra el Gobernador Manzur dijo: "debemos ir estudiando la posibilidad de terminar con el monopolio, como han hecho otros departamentos con muy buenos resultados" (fls. 62 y ss. anexo 10).

Con fundamento en lo anterior, el Gerente de la Lotería expidió la Resolución 001173 del 22 de diciembre de 1992 mediante la cual se declaró desierta la licitación pública 001, considerando entre otros aspectos "que según certificación de la Cámara de Comercio que presentó la firma licitante Apuestas de Córdoba Ltda. los proponentes Pedro Ghisays y Gregorio Herrera Vera aparecen como socios de esta firma", lo cual "se considera causal para declarar desierta una Licitación pública según lo consignado en el pliego de condiciones numeral 10 inciso 10.6, fls. 66 y ss. anexo 10).

2.2. Mediante Resolución 0036 del 15 de enero de 1993, el Gerente de la Lotería de Córdoba, declaró abierta la Licitación Pública 002 de 1993 para adjudicar la explotación del monopolio del juego de Apuestas Permanentes, señalando como fechas de apertura y cierre los días 4 y 17 de febrero de 1993, respectivamente.

En esta oportunidad se presentaron como únicos proponentes las sociedades Apuestas de Córdoba Limitada, Silvia Vergara de Jassir y Apuestas Tropicana. Esta última no fue considerada al no ajustarse al Pliego de Condiciones.

Según el concepto de la Junta de Licitaciones, los dos proponentes admitidos cumplen con todos los requisitos exigidos y ofrecen las mismas garantías, por lo cual, al calificar sus méritos, recomienda que ambas propuestas sean consideradas. (fls. 28 y ss. anexo 3).

Mediante Resolución 00298 del 19 de marzo de 1993, el Gerente de la Lotería de Córdoba, resolvió adjudicar la Licitación Pública 002 de 1993



para la explotación del juego de apuestas permanentes chance en el Departamento a la firma Apuestas de Córdoba Ltda. (fls. 34 y ss. anexo 3).

El contrato respectivo fue suscrito el 10. de abril de 1993, por el término de dos años, pero con la expresa aclaración que "podrá prorrogarse por una sola vez y por un término que no exceda la mitad del principal, de común acuerdo de las partes" (fls. 42 y ss. anexo 3).

2.3. El señor Pedro Ghisays Chadid, en su escrito de denuncia, manifestó cómo "desde antes de la apertura de dicha licitación y durante el término en el que permaneció abierta, el señor Gobernador doctor Jorge Manzur Jattin, ejerció indebida presión sobre el suscrito a quien exigía el pago de una fuerte suma de dinero para adjudicarle a la empresa 'Apuestas de Córdoba' la concesión licitada. Rechacé el despropósito por su alto contenido de inmoralidad. Furioso el Gobernador Jorge Manzur Jattin, por su fracaso inicial y a pesar de ser la anotada Empresa la que presentó mejor propuesta, aquél declaró desierta la licitación".

Lo relatado por el denunciante hasta ahora, encuentra respaldo en la prueba documental que se ha mencionado en precedencia, pues de ella se colige: que evidentemente la Sociedad Apuestas de Córdoba presentó la mejor propuesta, según el concepto de la Junta Evaluadora de las ofertas, y que fue precisamente a iniciativa del propio Gobernador Manzur, Presidente de la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, -quien además tenía la facultad nominadora del Gerente-, que se alteró el orden del día de la sesión correspondiente para dar prelación al asunto de la licitación y proceder a declararla desierta.

Continúa el señor Ghisays su relato, refiriendo cómo una vez "reanudado el proceso, como en la primera, en esta segunda ronda, iniciada con la apertura de la licitación 002 de enero 15 de 1993, arremetieron las presiones y amenazas del Gobernador Jorge Manzur Jattin, presiones consistentes en demandar el pago de cien millones de pesos ( \$ 100.000.000.00), para adjudicar a 'Apuestas de Córdoba' la concesión objeto de licitación, y amenaza con adjudicarla a otra persona en caso de nuevo rechazo y a sabiendas que la propuesta de la Empresa también, esta vez, era la mejor".

Sobre este aspecto, debe destacarse que, igualmente aparece acreditado que Pedro Ghisays Chadid es socio de la empresa Hermanos Ghisays Ltda, que ésta a su vez es socia de "Apuestas de Córdoba", la cual participó en la segunda licitación, y que en ella, fue calificada positivamente para ser considerada al momento de la adjudicación.

Sigue el denunciante: "Preocupado por la suerte de la Empresa y convencido de que el Gobernador actuaría conforme a sus propósitos, accedí a dialogar con él. En un primer intento no llegamos a ningún acuerdo, ya que la suma que exigía era muy alta. Volvimos a reunirnos y esta vez 'rebajó' su pedido. No encontrando otra salida posible que complacer las



pretensiones del Gobernador, acepté pagar pero con la intención de denunciar los hechos dolosos de que yo y la empresa éramos víctimas. Pensé en lo difícil que sería para mí probar los hechos y entonces se me ocurrió citarlo a mi residencia para cerrar el negocio y aprovechar esa oportunidad para grabar las conversaciones. Convinimos la cita. Cuando él llegó a mi residencia ya yo tenía preparada y oculta una grabadora. Lo acontecido en mi residencia quedó grabado en el cassette que acompaño y de cuyo contenido textual adjunto una copia".

En la grabación mencionada, que tanto denunciante como sindicato aceptan fue realizada el 27 de abril de 1993, se aprecia cómo Jorge Manzur Jattin, toma la iniciativa al decir "bueno Pedro cómo vamos a hacer para..", y transcurre en términos según los cuales, Jorge Manzur solicita que se haga un cheque a nombre de Pedro Ghisays y que lo endose, éste a su vez ofrece entregarle el dinero o en su defecto hacer un cheque por la suma de veinte millones de pesos. Se concretan los pagos cada seis meses, señalándose, que el monto ascendería a setenta millones de pesos y que apenas se tuviera el otro dinero le llamaría. Igualmente se deduce del contexto de la conversación, que el Gobernador anuncia que al final del contrato se puede hacer el mismo arreglo, pues si bien para el mes de abril de 1995 no se encontraría desempeñando el cargo de Gobernador, si podría hacer que el Gerente de la Lotería prorrogara el contrato. Finaliza el diálogo, con la manifestación del doctor Manzur de que no se va a llevar el cheque para Bogotá, sino que va a hacer entrega del mismo (fs. 276-1 y 742-3).

Es de destacar que el doctor Jorge Manzur Jattin, acepta haber visitado en repetidas oportunidades la residencia del denunciante; igualmente, que la voz que se atribuye como suya en el cassette aportado le pertenece y que evidentemente corresponde a la conversación sostenida en la visita realizada el 27 de abril de 1993, aunque niega haber recibido cheque o suma de dinero alguna. En su defensa reclama que dicho cassette fue borrado en algunos apartes, en tanto que el defensor sugiere que fue editado.

Lo primero a ser puesto de presente es que el cheque que allí se menciona efectivamente fue girado el 27 de abril de 1993 por Pedro Ghisays Chudid, contra su cuenta personal del Banco de Colombia en Montería, a favor de él mismo, debidamente endosado como lo sugirió el Mandatario Seccional sometido a juicio y corresponde a la cifra mencionada en la cinta, es decir veinte millones de pesos.

Allí ya se encuentra que la denuncia sobre ese particular aspecto tiene pleno sentido, pues la Sala no halla ninguna otra explicación diferente a la mencionada por el denunciante sobre los motivos de expedición de ese título valor. Lo anterior teniendo en cuenta que si bien el Gobernador Manzur acepta haber visitado la casa de su denunciante y sostenido esa conversación, sus explicaciones sobre lo ocurrido se orientan más a pre-

Fe de Bogotá, Córdoba, Montería y Loricá, se ordenó oficiar a esas entidades, obteniéndose respuesta negativa.

### 3. AUDIENCIA PÚBLICA

De conformidad con lo ordenado en auto del cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco, se llevó a efecto la correspondiente diligencia de audiencia pública dentro de la presente causa. En ella fue interrogado el acusado e intervinieron el señor Fiscal General de la Nación, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, el Apoderado de la Parte Civil, el Procesado y su Defensor.

3.1. En el interrogatorio que se formuló al acusado, éste refirió que su primer contacto con el denunciante ocurrió durante el mes de marzo de 1992 cuando el señor Ghisays, propietario del almacén "Deportivo Miryam", le manifestó que la Lotería de Córdoba le adeudaba la suma de veinte millones de pesos por concepto de uniformes que había adquirido para regalar, cobro que rechazó en razón a que su administración había prohibido ese tipo de donaciones.

En relación con el contrato de apuestas permanentes, aclara que las anteriores administraciones departamentales lo adjudicaron sin licitación pública.

Desde el mes de febrero de 1992, dice, empezó a notar fallas en la lotería del departamento, relacionadas con la adjudicación de los contratos de apuestas permanentes, pues se concentraban en las familias de Elías Náder y Pedro Ghisays quienes le habían apoyado en su candidatura a la Gobernación.

Refiere que en el año de 1988, en el Departamento de Córdoba, se agrupó la mayoría de casas chanceras para efectos de la adjudicación de este monopolio. El primer contrato lo adjudicó Moisés Elías Náder, por entonces Gobernador del Departamento, a la firma Apuestas de Córdoba, de la cual el denunciante en este asunto es el mayor accionista.

En el año de 1990, cuando Jorge Ramón Elías Náder presidía la Junta Directiva de la Lotería, y su hermano Julio Elías Náder se desempeñaba como Vicepresidente Financiero de la misma, se dispuso por el Gobernador la prórroga del contrato.

Ya siendo Gobernador del Departamento de Córdoba, dice el doctor Manzur, por primera vez se convocó a licitación pública para la adjudicación del monopolio de apuestas permanentes, la que fue abierta en el mes de noviembre de 1992. Según el denunciante, a partir de ese momento comenzó a presionarlo cuando en verdad nunca hablaron de ello. Lo cierto es que la licitación se declaró desierta porque los tres proponentes eran la misma persona y las otras casas licitantes no funcionaban en locales especiales.

Aduce que lo realmente pretendido con esa decisión, era sacar a los proponentes del negocio del chance, porque eran considerados personas deshonestas, y ello no se podía hacer por otra vía que no fuera la legal.

Ahora bien, manifiesta que no se adjudicó esa licitación a la otra de las empresas proponentes, por cuanto según los balances presentados, su capital era inferior al valor de la compra mensual de los talonarios de chance que debía adquirir en la Lotería.

De otra parte, desde octubre de 1992, la administración departamental comenzó a cobrarle a "Inversiones de Córdoba", empresa que tenía la adjudicación del contrato para la producción de licores y de propiedad de los mismos dueños de Apuestas de Córdoba, la suma que le adeudaba al Departamento.

Además, asegura, exigió a la empresa Apuestas El Trébol, el pago, a favor del Departamento, de la deuda que ascendía a setenta millones de pesos por concepto de venta de lotería. Con ese objeto los señores Pedro Ghisays, Gerente, y Moisés Elías Náder, codeudor, suscribieron un pagaré.

En razón de haber actuado de esta manera, considera que con el cassette se le hizo un montaje para denunciarlo y separarlo de la Gobernación. Fue así como la Sijun, sin orden judicial, interceptó los teléfonos de la Gobernación, con el argumento que se estaba adelantando una investigación por narcotráfico cuando ello no era cierto.

En el mes de enero de 1993, se abrió la segunda licitación con el mismo objeto de adjudicar el negocio de chance. Según el denunciante, en esta oportunidad se incrementaron sus exigencias, cuando lo cierto, es que lo único que hacía era llamar a los concesionarios para que le jugaran limpio a la administración o de lo contrario los cancelaba el contrato.

La grabación a que alude el denunciante, se efectuó el 27 de abril de 1993, es decir, tres meses después de celebrarse el contrato. Ese día fue invitado a almorzar a la casa de Pedro Ghisays Chadid, quien tenía el dinero en efectivo, pero no lo quiso recibir porque esa no era su función. Aclara que nunca recibió dinero ni hizo alguna clase de negocio con Ghisays. Luego de haberle montado la grabación llamaron a su Secretario y Moisés Elías Náder lo puso a escuchar el cassette en el carro para advertirle expresamente que, "o me arreglan lo de los licores o el Gobernador va denunciado".

Respecto de la modificación del orden del día en la sesión de Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, manifiesta que ello obedeció a que en esa oportunidad ( noviembre de 1992), se aprobaría el presupuesto de 1993 y de otra parte, como ya se conocía de antemano que los tres proponentes de la licitación eran la misma persona, se alteró el orden del día para declarar desierta la licitación, salir de ese tema y poder trabajar en el asunto presupuestal.

Concluye que el contenido de las palabras que como suyas se le atribuyen en el cassette aportado por el denunciante corresponde a su voz, aunque quisiera saber si éste fue recortado.

3.2. El señor Fiscal General de la Nación, al referirse a los términos de la denuncia presentada por Pedro Ghisays Chadid, manifiesta que estos hechos fueron respaldados por pruebas allegadas durante la investigación, la cual permitió establecer que efectivamente el señor Gobernador del Departamento de Córdoba, en abuso de su cargo, exigió al proponente una suma de dinero a cambio de la adjudicación del contrato de concesión.

La prueba que funda esta consideración, está integrada por la denuncia y la grabación contenida en la cinta magnetofónica que aporta el denunciante, la cual recoge la conversación sostenida entre el señor Gobernador y Ghisays en la residencia de este último.

La grabación, en criterio de la Fiscalía, es la prueba más importante de cargo, puesto que, contrario a lo planteado por la defensa, no se trata de un delito provocado por la autoridad, sino de una prueba obtenida por la víctima mediante la grabación de sus propias conversaciones; por ese motivo debe ser valorada como documento privado aportado al proceso validamente por el propio denunciante.

Si bien estima que la calidad de la grabación es defectuosa, considera que esta circunstancia en manera alguna le resta validez a su contenido o a su autenticidad, pues el propio sindicado reconoce su intervención en esa oportunidad.

Las diferencias que se presentan en la transcripción de la grabación no tienen ninguna incidencia por cuanto la prueba documental la constituye el registro magnetofónico y no las transcripciones de él realizadas.

A la Fiscalía también le parece irrelevante determinar si la cinta aportada por el denunciante es la originalmente grabada o una copia de ella, en razón a que, de todas maneras, los contenidos son coincidentes.

Esta grabación muestra, a diferencia de lo considerado por la defensa en el sentido que el Gobernador se limitó a oír una inesperada propuesta, que el doctor Manzur, por propia iniciativa, solicitó a Ghisays la entrega de sumas de dinero e incluso recibió un cheque en ese momento.

La conversación evidencia el conocimiento que el Gobernador tenía sobre el tema, por eso tomó la iniciativa y solicitó setenta millones de pesos, además de pronunciarse sobre la posibilidad de prórroga del contrato.

De otro lado, en el curso de la etapa de instrucción, se acreditaron los hechos expuestos por el denunciante como son la existencia de las dos licitaciones, se allegó el original del cheque girado por Ghisays contra su

cuenta corriente en el Banco de Colombia, el que fue cobrado mediante consignación en la cuenta de la sociedad Ganem y Corrales. Además, efectivamente se constató que el denunciante dio la orden de no pagar los ahudidos otros dos cheques.

Si bien Cristhian Corrales acepta haber efectuado la consignación por veinte millones de pesos, pero atribuyendo esta suma a un préstamo para la compra de un camión, como se consignó en la resolución acusatoria, no figura ningún documento que haga constar la existencia de ese crédito, la garantía del mismo o el pago de intereses, por lo cual, al respecto, no puede dársele credibilidad, menos si se trata de una persona a quien el denunciante no conoce.

Considera el señor Fiscal que las declaraciones de Díaz, Flórez y Becerra, concuerdan esencialmente con lo expuesto por el denunciante, así como las de Elías Nader, Enrique Gómez Hurtado y el abogado Ordosgoitia.

Por esos motivos, la Fiscalía afirma la convicción que el procesado es responsable del delito que se le atribuye, pues resulta claro que el doctor Manzur abusó de su cargo de Gobernador sin justificación alguna y, de manera dolosa e intencional, construyó al denunciante entre los meses de Noviembre de 1992 y abril de 1993, a entregarle y prometer el dinero en la cuantía ya mencionada, lo que permitió la adjudicación del contrato a esa sociedad. Este comportamiento es típico por estar descrito en el artículo 140 del Código Penal.

En esa medida, solicita a la Corte proferir sentencia condenatoria en contra del doctor Manzur, debiéndose tener en cuenta, para efectos de determinar la pena, la posición distinguida del procesado en la sociedad, de quien se espera que sus actuaciones sean transparentes.

3.3. El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal inicia su intervención diciendo que no encuentra justificación para que el Gobernador hubiese alterado el orden del día en la sesión de la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, en la cual se declaró desierta la primera rifa, por cuanto así este punto estuviese de décimo, de todas maneras, debería ser tratado.

De otra parte, si sabía de los antecedentes de Pedro Ghisays, se pregunta, por qué motivo iba a visitarlo a su casa, no solamente una vez, sino en varias oportunidades?

Y si el Gobernador lo que quería era obtener pruebas en contra de Pedro Ghisays, como lo ha afirmado, por qué motivo no exigió que le hicieran ese cheque a nombre suyo?

En criterio de la Procuraduría, como se trataba de ocultar un delito, ese cheque debía ser hecho a favor del mismo girador y endosado por éste, tal como ocurrió, para ser llevado a otra plaza, en la que también



reside el Gobernador, siendo consignado por el señor Crísthian Corrales, conocido y amigo del procesado.

Por ello considera que este comportamiento no tiene ninguna explicación diferente a la del interés del Gobernador en ese dinero.

A Jorge Elías Náder se le trató de callar consignándole cinco millones de pesos en su cuenta corriente, al propio denunciante cuando se le dijo que dejara de atacar al Gobernador y al testigo Becerra a quien se aconsejó hacerse el enfermo y no declarar.

A la pregunta de por qué motivo cuando Carlos Díaz le refiere al Gobernador la existencia del cassette, éste se asusta, la Procuraduría halla respuesta en que el procesado no quería que sus íntimos amigos se dieran cuenta de esa situación.

Estas circunstancias permiten dar por aceptada la presencia de la conducta delictiva, cual es la concusión que se configuró en el instante mismo en que floreció la coacción, pues no habría adjudicación mientras no hubiera dinero. Otra cosa distinta son los resultados materiales que la conducta no exige, pero que sirvieron para acreditar que ella había existido. El dinero, los cheques contraordenados y el cheque que alcanzó a ser cobrado, son las pruebas que dejan cabalmente acreditada esa conducta.

3.4. El Apoderado de la Parte Civil manifiesta que "nos encontramos frente a un delito de Concusión". No sabe si en el momento de la posesión del sindicato existía o no corrupción en ese Departamento. Lo único que sabe es que el Gobernador del Departamento de Córdoba, doctor Jorge Manzur Jattin, "solicitó, pidió y construyó a una persona que era un particular".

Considera que "el cuerpo del delito" está demostrado con la denuncia, el cassette, las declaraciones, las inspecciones judiciales y coartadas que existieron dentro del proceso. Respecto de estas últimas, destaca que se recibió la declaración de Carlos Díaz quien hace gran énfasis en la coartada por el problema de la licorera. Pero se pregunta el apoderado, qué tiene que ver la deuda de los licores con el problema de la Lotería? La verdad es que si se debe una suma de dinero, se ejecuta por ella, independientemente de si se denuncia a algún dignatario del Estado.

Sin más consideraciones orales, solicita se profiera sentencia condenatoria para el acusado, como presupuesto de su pretensión indemnizatoria.

3.5. Intervención del acusado, doctor Jorge Manzur Jattin. En ella manifiesta que dentro del proceso no se encuentra que hubiese construido a su denunciante desde la primera licitación, porque lo que existe es una grabación realizada dos meses después de adjudicado el contrato. Según esa grabación el denunciante tenía el dinero en efectivo y sin embargo no lo recibió, siendo esto mucho más fácil para él.



Si la Licitación estaba desierta, en esas circunstancias se hallaba tanto al comienzo como al final de la reunión de junta directiva, por eso modificar el orden del día para ocuparse de la licitación no significaba ningún interés como se ha dicho en la audiencia.

Dice que el doctor Mariño nunca fue su defensor principal sino suplente, y esto lo evidencia el folio 150 del cuaderno de la Fiscalía, por eso considera que se incurrió en un error al no tener al doctor Cancino como principal.

Antes de haber sido declarada desierta la primera licitación, el Secretario de Hacienda del Departamento comunicó a Moisés Elías Náder, Gerente de la Firma Inversiones de Córdoba, que tenía adjudicado el contrato de los licores y de la cual son socios Pedro Ghisays, Linet Buelvas de Ganem, Patricia Ganem Buelvas y Jorge Nicolás Ganem, diciéndole que debían cancelar la renta mensual a que se habían comprometido en el contrato y cuya deuda representaba cerca de cuatrocientos millones de pesos al mes. Por esos motivos considera que se le hizo un montaje para ser denunciado.

Si era más fácil recibir el dinero en efectivo que poseía el denunciante, qué necesidad tenía de declarar desierta la licitación si de todas maneras le iban a pagar?

Igualmente se pregunta por qué el denunciante esperó hasta el día 8 de julio de 1993 para presentar la denuncia si el cassette fue grabado el 27 de abril de ese año? La respuesta que al mismo tiempo se brinda consiste en que como el dos de julio cumplía año y medio de su mandato como Gobernador, es decir la mitad del tiempo para el cual había sido elegido, si un Gobernador es separado del cargo luego de ese tiempo, no se hace nueva elección sino que se procede por decreto a nombrar su reemplazo. Eso exactamente fue lo que ocurrió. Se aprovechó que "Joche" Elías era el Presidente del Senado, quien además había presionado la denuncia, para que pudiera intervenir en el nombramiento de su reemplazo.

En cuanto al cassette, alude que es el propio Ghisays quien le pregunta por qué motivos no acudió el día sábado a su residencia, lo que indica que desde ese día lo estaba esperando.

Aclara que no es cierto, como se ha afirmado, que él quisiera voluntariamente ir a la residencia de Ghisays, sino, por el contrario, era su denunciante quien iba todos los días a la Gobernación para invitarlo a almorzar.

No entiende, dice, el motivo por el cual se afirma que ordenó a Cristhian Corrales le consignara cinco millones de pesos en la cuenta del Senador "Joche" Elías, si esta consignación se hizo antes que le formularan la denuncia.

Tampoco es como se ha dicho, que el cheque se hubiera consignado en Lórica, sino que lo fue en Montería para hacerse efectivo en Lórica, mediante consignación nacional.

Dice que nunca hubo otros cheques, que la orden de no pagarlos se emitió mucho tiempo después de la denuncia. Tampoco concuerdan con las colillas de la chequera del denunciante. Además, se pregunta, cómo iba a hacer negocio con el denunciante si el contrato ya estaba firmado?

Agrega que no ha podido saber cual de todas las presentadas por el denunciante es la cinta original de su conversación. En ellas, además, se observan muchas diferencias.

De otra parte, estima que las grabaciones que la Sijin hizo de sus conversaciones telefónicas fueron ilegales porque no se produjo una orden judicial para ello y tampoco la Dirección Nacional de Fiscalías emitió una autorización en ese sentido. Sin embargo, no solamente se interceptó su línea telefónica sino otras de la Gobernación y un taller de mecánica, con el argumento de que se estaba adelantando una investigación por narcotráfico.

Aduce que existen documentos que prueban cómo desde mediados del mes de abril de 1993, estaba siendo víctima de amenazas y chantajes por el seguimiento que hacía al sistema de chance y otras anomalías detectadas, por eso se dirigió al C.T.I. y a la Procuraduría Provincial.

En su criterio la grabación da para dos interpretaciones. El cheque fue entregado a un socio del denunciante, quien lo cobró, pero en esa actividad él como procesado, no figura por parte alguna.

En realidad lo que hacía era un seguimiento a un delincuente para conseguir una prueba y así poder limpiar el negocio del chance, pero esta conversación se volvió en contra suya.

En la charla que sostuvo con Ghisays y que le fue grabada, no aparecen muchos de los diálogos que mantuvieron, donde prácticamente era inducido por el denunciante a que recibiera el dinero en efectivo para que ellos pudieran incumplir el contrato. Por eso evadió recibir el dinero en efectivo que allí tenía. Pero esa evasiva les sirvió para montar la denuncia en su contra y así poder tumbarlo del cargo.

Como los controles los dejó hechos, no han podido incumplir los contratos firmados y esto le ha representado grandes ingresos al Departamento.

Antes de ser denunciado, continúa el procesado. Ghisays figuraba como socio con el 20% y Ordosgoitia, el autor intelectual de la denuncia, con el 43 % de la sociedad Inversiones de Córdoba que tenía adjudicado el contrato de licores. Luego de formulada la denuncia, Ordosgoitia no figura ser socio y Ghisays apenas con el 0.2 % de las acciones.

Su caso, insinúa, es similar a lo que le ocurrió a un Coronel con una dama y el video de que habló la revista *Semana*, solamente que en esa oportunidad el Coronel se atrevió a decir que lo estaban chantajeando y le fue mejor.

Considera que no se analizó la normatividad de la licitación, como tampoco las resoluciones de apertura, avisos de prensa, ni los actos de adjudicación que se celebraron para perfeccionar el contrato. Anteriormente, las prórrogas con "otro sí", nunca fueron denunciadas.

3.6. El defensor del procesado manifiesta sentirse orgulloso de defender al doctor Manzur, quien, según dice, dejó estela como el mejor Gobernador, con una historia y una carrera impecables, pues fuera de ese montaje criminal por el que está acusado, no ha tenido ningún antecedente ni sanción en su vida.

Producida la denuncia, el 8 de julio de 1993, ya la parte acusadora la había repartido por todo el país, así como los cassettes, siendo sometido el procesado al calvario de la publicidad.

El proceso penal surge de la pugna política que se desarrollaba en el congreso para las presidencias del Senado y Cámara, a la cual aspiraban dos cordobenses, José Elías Náder y el Doctor Jattín, familiar del Gobernador.

El día del escándalo originado en el auto de detención, se produce el Jatinazo porque estaba dirigido al Doctor Jattín.

Del señor Corrales, quien recibe el cheque, se dijo que era el asistente del doctor Jattín en el Congreso, según constancia que al respecto dejó la Procuraduría, lo cual es falso, afirmación que tendía a enredar al candidato a una de las Presidencias del Congreso y esto no ha sido investigado.

La diligencia de indagatoria del procesado tuvo irregularidades, pues fue llamada y las luces ocasionaban molestias al Doctor Manzur, pero esta circunstancia no fue aceptada por la Fiscalía. Además, asistieron más de diez personas, entre ellas peritos para la voz y la grabación, pero ninguno firmó el acta de la diligencia. El resultado fue que a los cinco minutos de terminada, todo Córdoba sabía su contenido. Ahí empezó la corruptela de las infiltraciones porque todos los noticieros tenían las grabaciones así como los dictámenes.

Luego se adujo que el Doctor Manzur se negó a rendir indagatoria y lo vincularon al proceso sin haber terminado la diligencia, lo cual es falso, y sobre esa base la Fiscalía resolvió declararlo persona ausente.

La Fiscal Comisionada suspendió la diligencia con el argumento de decretar una prueba pericial absurda, cuando el Doctor Manzur no estaba diciendo que era loco sino que le fastidiaba la luz. Luego el Fiscal Delegado revoca ese auto pero ya se había producido la declaratoria de persona ausente del procesado.

Ese fue el ambiente que tuvo la defensa desde el comienzo del proceso. En la misma indagatoria le decomisaron al doctor Manzur los apuntes que tenía sobre lo dicho por la prensa y que estaba consultando porque tenía preparada su indagatoria.

A pesar de haber solicitado reiteradamente que se recogieran los casettes que el denunciante estaba repartiendo, no fue escuchado, porque el Fiscal consideró que éstos eran de propiedad del señor Ghisays.

Por eso se presentaron dos casettes originales, uno a la Fiscalía y otro a la Procuraduría, cuando uno de ellos tenía que ser copia. El propio Ghisays dijo que tenía cincuenta copias de ellos.

La Fiscalía tampoco investigó cómo estos casettes llegaron a los medios de comunicación antes que la defensa los pudiera conocer, pues esas cintas se encontraban en el C.T.I. para ser estudiadas.

Dice que no existe relación causal en la tipicidad que se le atribuye a su defendido, porque el señor Ghisays sostiene que se le pidió plata para la adjudicación de un contrato que ya estaba adjudicado desde antes de la grabación de la conversación y solamente cuatro meses después de hecha, vino a formular la denuncia.

De otra parte, el doctor Manzur fue quien menos tuvo que ver con ese proceso licitatorio, porque las decisiones al respecto las tomó la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba y no el Gobernador de ese Departamento.

Está demostrado, dice, que los licitantes en la primera oportunidad, eran la misma persona, lo que constituye un fraude y este hecho fue el que originó que la Junta Directiva declarara desierta la licitación. Por ese motivo, en la segunda oportunidad, debieron entrar correctamente con otros proponentes que no fueran fraudulentos.

¿Por qué - pregunta - se presentó el denunciante a decir que le cobraron plata para adjudicar la licitación si ya había suscrito el contrato y no había qué adjudicar?

Respecto de los casettes aportados por el denunciante existen dos dictámenes periciales, uno de la Procuraduría y otro de la Fiscalía, donde el primero dice que se hizo el estudio de voces y el segundo refiere que no poseen elementos para comprobar si la grabación fue editada.

Ghisays dice que pensó en lo difícil que sería probar los hechos y se le ocurrió citar al Gobernador a su residencia para grabar las conversaciones, lo que indica que el denunciante cita al Gobernador para ponerle una trampa, que en últimas constituye una inducción o provocación.

Igualmente en una de las grabaciones aparece que un tercero fue el autor intelectual de la grabación al Gobernador, lo que contradice a Ghisays cuando afirma que fue él quien tomó la iniciativa de grabar a Manzur.

Lo anterior demuestra, dice, que no hubo concusión, pues ese tercero confiesa ser el determinador del chantaje, porque allí se dice que a Manzur lo graban y lo iban a chantajear para que adjudicara el contrato de licores, entonces Ghisays grabó porque le aconsejaron.

Luego Ghisays dijo en la Procuraduría que en su residencia escondió una grabadora y le ofreció sesenta millones de pesos al Gobernador. Ello ratifica que no hay concusión pues con esa afirmación no se puede decir que Manzur coaccionó a Ghisays, menos cuando éste dice que lo invitó a su casa.

Por ello si Ghisays está diciendo que lo invitó y existe prueba que indica que alguien le aconsejó que lo invitara, si hay confesión que escondió la grabadora y confesión que ofreció dinero, quien debe estar en la cárcel es Ghisays y no Manzur, según argumenta el abogado. Esto indica que lo grabó para denunciarlo. Este hecho no fue aclarado y por ese motivo pidió que no fuera cerrada la investigación hasta no establecer quién había mandado a Ghisays a hacer la grabación.

El señor Ghisays es un chancero de pésima conducta y sobre esa base considera que debe hacerse el análisis de la credibilidad de su versión.

En la Procuraduría el denunciante ya no habla de un chantaje de un año sino que dice que al abrirse nuevamente la licitación y en vista que el Gobernador le iba a hacer una mala jugada, resolvió invitarlo a su casa para grabarlo. Por eso, insiste, no hay concusión.

Además, el denunciante incurre en contradicciones, pues al principio sostiene que los tres cheques se los entregó a Manzur y luego, en posterior diligencia, dice que fue otro día a un señor que no puede reconocer.

En la grabación se afirma que son 35 más 35, lo cual suma sesenta si la grabación fuera cierta, pero se asegura que fueron veinte millones los que se habían dado, por lo cual, en criterio del defensor, la grabación es mentirosa.

Como Ghisays giraba cheques postfechados para comprar talonarios a la Lotería y el doctor Manzur quiso poner orden en eso, en su opinión, esta circunstancia era un estorbo para Ghisays, por eso el denunciante no ha hecho otra cosa que mentirle a la justicia.

Aduce el defensor que el cheque fue consignado por Corrales, en tanto que Manzur nunca figura en un cheque ni apropiándose de nada. Corrales dice, sin demostrarlo, que compró un camión con esa plata, sin embargo consigna cinco millones de pesos en la cuenta de José Elías Náder.

De otra parte, Ghisays miente al decir que no conoce a Corrales, pues se demostró que sí tenía sociedad con él y, en esa medida lo lógico es que Corrales fuera cómplice de Manzur, pero esto indica que es cómplice de Ghisays.



Considera el defensor, que no se investigó el motivo por el cual Ghisays dice a última hora que consignó cinco millones al Senador Náder y menos se efectuó la comparación de firmas.

Argumenta el abogado que no se identificó a quienes intervienen en las grabaciones como lo ordena la ley. Además estas grabaciones fueron ilegales pues no se contó con autorización del Director Nacional de Fiscalías para ello.

El solo hecho de repartir los cassettes está demostrando la finalidad perversa del denunciante. Los talonarios de las chequeras estaban tachados y enmendados porque Ghisays tenía que cuadrar sus cuentas. El cheque 274 está girado por \$ 3.690.000.00 y el número 275 por \$ 20.000.000.00, pero esto debía ser al revés.

El denunciante solamente hasta el 18 de junio da orden de no pago a unos cheques, entregados en abril, ese día es fiesta en Montería y los Bancos no abren sus puertas al público, pero en esa orden de no pago dice que los cheques fueron girados a su nombre y con su respectivo endoso los cuales se le extraviaron.

Por esto, continúa la defensa, pidió se investigara la cuenta de Ghisays pero esta petición le fue negada.

Asegura que existen contradicciones entre Ghisays y Becerra respecto de la fecha en que los cheques fueron entregados, además Ghisays en otra oportunidad dice que los cheques fueron emitidos antes que la licitación se adjudicara.

El casete entregado por Ghisays no es original porque según el perito la grabación se repite en la misma cinta, lo que demuestra que fue editado. En unos aparos fue borrado y en últimas existen más de cincuenta diferencias entre los casetes.

Por esos motivos estima que no existe prueba para condenar al doctor Manzur.

#### SE CONSIDERA

1.- Se acreditó la calidad de servidor público del doctor Jorge Elias Manzur Jattin, quien se desempeñó como Gobernador del Departamento de Córdoba desde el 2 de enero de 1992 hasta el 18 de enero de 1994, cargo para el que había sido elegido popularmente (fls. 94 y ss. cno. 1 Fiscalía), por lo cual, de conformidad con el artículo 235-4 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 68-6 del Código de Procedimiento Penal, la Corte es competente para proferir la presente sentencia.

2.- A tenor del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, al momento de dictar el fallo culminatorio del juzgamiento, la prueba obtenida en las distintas etapas del proceso, capaz de servir de soporte para una



sentencia de condena, debe conducir a la certeza del hecho definido en la ley como delito y la responsabilidad del sindicado.

En esa medida, el material probatorio que conforma la actuación, será apreciado en conjunto, de acuerdo con las reglas de la lógica, la experiencia y el sentido común, y se le asignará el mérito que corresponda (art. 245 C. de P. P.).

No obstante lo anterior, antes de abordar el análisis de los hechos y de las pruebas allegadas, debe la Sala advertir que ningún fundamento le asiste al sindicado cuando, en incidente protagonizado en la audiencia pública, afirma que desde el inicio del proceso su defensor principal fue el doctor Cancino y no el doctor Mariño, exigiendo así la presencia en la diligencia de aquél y no de éste quien, según dijo, no conocía el expediente.

Para demostrar que el derecho de defensa estuvo en todo tiempo debidamente garantizado y responder a la inquietud planteada, baste con recordar que si bien a folio 154 del C.O. No. 1 de la Fiscalía, obra un poder otorgado por el doctor Manzur al doctor Antonio José Cancino, según el cual lo nombraba defensor principal, esta situación varió a partir de la indagatoria realizada el 9 de septiembre de 1993 (fl. 316-2) en la que voluntariamente manifestó la designación del doctor Marco Ricardo Mariño "para ésta y todas las diligencias (como su) Abogado Defensor", decisión que mantuvo hasta días antes de la realización de la audiencia pública y después de haberse señalado la fecha para su celebración, cuando otorgó nuevo poder al doctor Cancino (fl. 407 cno. Corte).

Esto se reitera en el memorial presentado el 16 de septiembre de 1993 (fl. 345-2), donde el doctor Marco Ricardo Mariño Fajardo expresó "así mismo manifiesto que nombro bajo mi responsabilidad, como defensor suplente al señor Doctor Antonio José Cancino Moreno, quien posteriormente asumirá como principal", advertencia que repitió en el escrito obrante a folios 410 y ss.-2.

En este mismo sentido hubo de pronunciarse la Fiscalía, mediante providencia del 4 de mayo de 1994, al aclarar la confusión en que incurrieron tanto defensor principal como suplente, respecto de la calidad en que venían actuando dentro del proceso (fls. 1178 y ss-3).

Entonces, habiendo sido voluntad del procesado escoger el profesional del derecho que lo asistiera desde la indagatoria hasta la terminación del proceso, conforme a la normatividad que regula la materia (art. 139), y facultad del defensor designar abogado suplente según las previsiones que al respecto hace el artículo 144 del C. de P.P., modificado por el artículo 23 de la Ley 81 de 1993, ningún soporte tiene que el Doctor Manzur pretenda desconocer en la audiencia, el papel voluntariamente asignado a cada uno de los profesionales del derecho encargados de su defensa.

2.1. No existe el menor asomo de duda, que el 20 de octubre de 1992, la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, integrada por el doctor Jorge Manzur Jattin (Gobernador), Orvic Oyola Ordosgoitia (Contralor Departamental), Guillermo Lengua (Director de Servicios de Salud), Vladimiro Sobrino Oliveros (en Representación de la Asamblea Departamental), y a la cual asistieron además Jaime Pineda (Gerente de la Lotería), Julio Elías Náder (Subgerente Administrativo), Miguel de la Espriella Espinosa (Secretario de la Junta) y Luis Fragoso (Director del Fondo de Prestaciones Sociales), autorizó la apertura de la licitación pública para concesión del juego de Apuestas Permanentes (fl. 1, anexo 10).

En desarrollo de esta autorización, el Gerente de la Lotería, mediante Resolución 0994 del 9 de noviembre de 1992, declaró abierta la licitación pública 001 "para adjudicar, a través de Contrato de Concesión, la explotación del monopolio del Juego de Apuestas Permanentes 'Chance' en el Departamento de Córdoba", señalando igualmente que la misma permanecería abierta entre los días 29 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año, lapso durante el cual se debían presentar, debidamente diligenciados, los correspondientes pliegos de condiciones junto con la documentación exigida.

Al acto de apertura de la urna, comparecieron Hernán Hoyos Barón, en representación de Gregorio Bocerra Vera; Pedro Ghisays; Gregorio Bocerra Vera en representación de Apuestas de Córdoba Ltda., Edwer Manjarrés Álvarez en representación de Silvia Vergara de Jassir, el Gerente de la Lotería Jaime Pineda Cabañes, el Subgerente Administrativo Ricardo Oliver Fernández, la Secretaria General Nadima Mendoza Santos, la Jefe de la Sección Jurídica Sully Moreno Barreto y el Contralor Departamental Orvic Oyola Ordosgoitia.

Se estableció que se presentaron los siguientes proponentes: Apuestas de Córdoba Ltda., Silvia Vergara de Jassir, Gregorio Bocerra Vera y Pedro Ghisays Chadid.

La Comisión de Estudio de las propuestas, integrada mediante Resolución 1112 del 4 de diciembre de 1992, concluyó en su informe que "la firma Apuestas de Córdoba Ltda. se hace merecedora al primer lugar, Pedro Ghisays y Apuestas Bolívar en segundo y tercer lugar respectivamente. Con base en lo anterior y siguiendo las pautas del artículo 33 del Decreto 222 de 1983, la Junta de Adjudicación recomienda a la firma Apuestas De Córdoba Ltda, ya que presentó 25 Agencias en todo el Departamento acompañado de capacidad financiera, experiencia y estructura administrativa organizada" (fl. 56 y ss. anexo 10).

La Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, presidida por el Doctor Jorge Manzur Jattin, en sesión del 12 de diciembre de 1992, luego de haberse aprobado el orden del día que contemplaba como punto 10 a tratar, el tema relacionado con la "Licitación del chance", a iniciativa del

Gobernador, fue modificado y, en consecuencia, la Junta se ocupó de estudiar primeramente el asunto de la Licitación del Juego de Apuestas Permanentes. Consta en el acta que "El Gerente le pide al señor Antonio Salcedo miembro de la comisión nombrada, que explique las propuestas para la adjudicación de la Licitación, comenzando por la Señora Silvia Vergara, la cual es rechazada por no reunir los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones".

Asimismo, que intervino el señor Gobernador quien expresó: "se hace necesario que las propuestas se adecuen a los pliegos de condiciones, vemos que las presentadas no se ciñen a lo exigido en éstos, ya que están contraviniendo el numeral 10. Inciso 10.6 del Pliego de Condiciones que vendió la Lotería de Córdoba y a su vez el Decreto 222/83 ante este hecho se propone por los miembros de la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, declarar desierta la Licitación". En consecuencia, la Junta Directiva declaró desierta la Licitación y autorizó al Gerente para abrir otra, con el mismo propósito de la primera. Nuevamente, en uso de la palabra el Gobernador Manzur dijo: "debemos ir estudiando la posibilidad de terminar con el monopolio, como han hecho otros departamentos con muy buenos resultados" (fs. 62 y ss. anexo 10).

Con fundamento en lo anterior, el Gerente de la Lotería expidió la Resolución 001173 del 22 de diciembre de 1992 mediante la cual se declaró desierta la licitación pública 001, considerando entre otros aspectos "que según certificación de la Cámara de Comercio que presentó la firma licitante Apuestas de Córdoba Ltda. los proponentes Pedro Ghisays y Gregorio Becerra Vera aparecen como socios de esta firma", lo cual "se considera causal para declarar desierta una Licitación pública según lo consignado en el pliego de condiciones numeral 10 inciso 10.6. (fs. 66 y ss. anexo 10).

2.2. Mediante Resolución 0056 del 15 de enero de 1993, el Gerente de la Lotería de Córdoba, declaró abierta la Licitación Pública 002 de 1993 para adjudicar la explotación del monopolio del juego de Apuestas Permanentes, señalando como fechas de apertura y cierre los días 4 y 17 de febrero de 1993, respectivamente.

En esta oportunidad se presentaron como únicos proponentes las sociedades Apuestas de Córdoba Limitada, Silvia Vergara de Jassir y Apuestas Tropicaria. Esta última no fue considerada al no ajustarse al Pliego de Condiciones.

Según el concepto de la Junta de Licitaciones, los dos proponentes admitidos cumplen con todos los requisitos exigidos y ofrecen las mismas garantías, por lo cual, al calificar sus méritos, recomienda que ambas propuestas sean consideradas. (fs. 28 y ss. anexo 3).

Mediante Resolución 00298 del 19 de marzo de 1993, el Gerente de la Lotería de Córdoba, resolvió adjudicar la Licitación Pública 002 de 1993

para la explotación del juego de apuestas permanentes clarice en el Departamento a la firma Apuestas de Córdoba Ltda. (fls. 34 y ss. anexo 3).

El contrato respectivo fue suscrito el 10. de abril de 1993, por el término de dos años, pero con la expresa aclaración que "podrá prorrogarse por una sola vez y por un término que no exceda la mitad del principal, de común acuerdo de las partes" (fls. 42 y ss. anexo 3).

2.3. El señor Pedro Ghisays Chadid, en su escrito de denuncia, manifestó cómo "desde antes de la apertura de dicha licitación y durante el término en el que permaneció abierta, el señor Gobernador doctor Jorge Manzur Jattin, ejerció indebida presión sobre el suscrito a quien exigía el pago de una fuerte suma de dinero para adjudicarle a la empresa 'Apuestas de Córdoba' la concesión licitada. Rechacé el despropósito por su alto contenido de inmoralidad. Furioso el Gobernador Jorge Manzur Jattin, por su fracaso inicial y a pesar de ser la anotada Empresa la que presentó mejor propuesta, aquél declaró desierta la licitación".

Lo relatado por el denunciante hasta ahora, encuentra respaldo en la prueba documental que se ha mencionado en precedencia, pues de ella se colige que evidentemente la Sociedad Apuestas de Córdoba presentó la mejor propuesta, según el concepto de la Junta Evaluadora de las ofertas, y que fue precisamente a iniciativa del propio Gobernador Manzur, Presidente de la Junta Directiva de la Lotería de Córdoba, -quien además tenía la facultad nominadora del Gerente-, que se alteró el orden del día de la sesión correspondiente para dar prelación al asunto de la licitación y proceder a declararla desierta.

Continúa el señor Ghisays su relato, refiriendo cómo una vez "reanudado el proceso, como en la primera, en esta segunda ronda, iniciada con la apertura de la licitación 002 de enero 13 de 1993, arrojaron las presiones y amenazas del Gobernador Jorge Manzur Jattin, presiones consistentes en demandar el pago de cien millones de pesos (\$ 100.000.000.00), para adjudicar a 'Apuestas de Córdoba' la concesión objeto de licitación, y amenaza con adjudicarla a otra persona en caso de nuevo rechazo y a sabiendas que la propuesta de la Empresa también, esta vez, era la mejor".

Sobre este aspecto, debe destacarse que, igualmente aparece acreditado que Pedro Ghisays Chadid es socio de la empresa Hermanos Ghisays Ltda, que ésta a su vez es socia de "Apuestas de Córdoba", la cual participó en la segunda licitación, y que en ella, fue calificada positivamente para ser considerada al momento de la adjudicación.

Sigue el denunciante: "Preocupado por la suerte de la Empresa y convencido de que el Gobernador actuaría conforme a sus propósitos, accedí a dialogar con él. En un primer intento no llegamos a ningún acuerdo, ya que la suma que exigía era muy alta. Volvimos a reunirnos y esta vez 'rechazó' su pedido. No encontrando otra salida posible que complacer las

pretensiones del Gobernador, aceptó pagar pero con la intención de denunciar los hechos dolosos de que yo y la empresa éramos víctimas. Pensé en lo difícil que sería para mí probar los hechos y entonces se me ocurrió citarlo a mi residencia para cerrar el negocio y aprovechar esa oportunidad para grabar las conversaciones. Convinimos la cita. Cuando él llegó a mi residencia ya yo tenía preparada y oculta una grabadora. Lo acontecido en mi residencia quedó grabado en el casete que acompaño y de cuyo contenido textual adjunto una copia”.

En la grabación mencionada, que tanto denunciante como sindicado aceptan fue realizada el 27 de abril de 1993, se aprecia cómo Jorge Manzur Jattín, toma la iniciativa al decir “bueno Pedro cómo vamos a hacer para...”, y transcurre en términos según los cuales, Jorge Manzur solicita que se haga un cheque a nombre de Pedro Ghisays y que lo endose, éste a su vez ofrece entregarle el dinero o en su defecto hacer un cheque por la suma de veinte millones de pesos. Se concretan los pagos cada seis meses, señalándose, que el monto ascendería a setenta millones de pesos y que apenas se tuviera el otro dinero le llamaría. Igualmente se deduce del contexto de la conversación, que el Gobernador anuncia que al final del contrato se puede hacer el mismo arreglo, pues si bien para el mes de abril de 1995 no se encontraría desempeñando el cargo de Gobernador, sí podría hacer que el Gerente de la Lotería prorrogara el contrato. Finaliza el diálogo, con la manifestación del doctor Manzur de que no se va a llevar el cheque para Bogotá, sino que va a hacer entrega del mismo (ffs. 276-1 y 742-3).

Es de destacar que el doctor Jorge Manzur Jattín, acepta haber visitado en repetidas oportunidades la residencia del denunciante; igualmente, que la voz que se atribuye como suya en el cassette aportado le pertenece y que evidentemente corresponde a la conversación sostenida en la visita realizada el 27 de abril de 1993, aunque niega haber recibido cheque o suma de dinero alguna. En su defensa reclama que dicho cassette fue borrado en algunos apartes, en tanto que el defensor sugiere que fue editado.

Lo primero a ser puesto de presente es que el cheque que allí se menciona efectivamente fue girado el 27 de abril de 1993 por Pedro Ghisays Chadid, contra su cuenta personal del Banco de Colombia en Montería, a favor de él mismo, debidamente endosado como lo sugirió el Mandatario Seccional sometido a juicio y corresponde a la cifra mencionada en la cinta, es decir veinte millones de pesos.

Allí ya se encuentra que la denuncia sobre ese particular aspecto tiene pleno sentido, pues la Sala no halla ninguna otra explicación diferente a la mencionada por el denunciante sobre los motivos de expedición de ese título valor. Lo anterior teniendo en cuenta que si bien el Gobernador Manzur acepta haber visitado la casa de su denunciante y sostenido esa conversación, sus explicaciones sobre lo ocurrido se orientan más a pre-



Por lo anterior concluye la Sala que el trabajo social realizado por el doctor Munzur a consecuencia de la carga impuesta para gozar de la detención domiciliaria, carece de respaldo jurídico para soportar los efectos que su defensor persigue, razón que amerita despachar desfavorablemente la petición, tendiendo solamente como parte cumplida de la pena a imponer, el tiempo que el procesado permaneció detenido domiciliarmente.

2.15. La comisión del hecho punible genera la obligación de reparar los perjuicios ocasionados a la víctima o perjudicado con la infracción. En el caso presente se determinó pericialmente el monto de los daños ocasionados con el proceder ilícito del doctor Jorge Elías Munzur Jattin mediante dictamen que no sufrió objeción alguna, y por lo claro, preciso y detallado, así como la idoneidad del perito que lo realizó, merece ser acogido - con la salvedad que se hará más adelante-. Por tanto, al encontrarse acreditados los perjuicios materiales inferidos con la ilicitud que fue objeto de investigación y juzgamiento, se condenará al procesado al pago de los mismos en favor de la sociedad "Apuestas de Córdoba Limitada".

Obsérvese al respecto, que el perito oficial designado con tal propósito por la Contraloría General de la República a solicitud de la Corte, tasó en \$20'000.000.00, el daño emergente ocasionado con el delito, valor que corresponde al cheque que fue hecho efectivo, y \$22'580.395.00 por razón del lucro cesante "entendido como el beneficio, utilidad o ganancia que ha dejado de percibir Apuestas de Córdoba Ltda., como consecuencia de la entrega del dinero", para cuya determinación el experto tuvo en cuenta las certificaciones sobre interés bancario corriente expedidas por la Superintendencia Bancaria, arrojando un total de \$ 42'580.395.00 por concepto de perjuicios materiales (fs. 128 y ss. cno. 1 Corte). Del dictamen no se tendrá en cuenta la suma de \$ 8'516.079.00, deducida por el perito como honorarios profesionales y otros gastos, por cuanto su fijación, como parte de las costas del proceso, corresponde realizarla al funcionario judicial.

También se condenará al procesado al pago de las costas, incluidas las agencias en derecho, en favor de la Parte Civil legalmente constituida en la actuación, en consideración a haberse solicitado en la demanda y en los gastos que debió asumir para que su derecho lograra reconocimiento judicial. En esa medida, a tenor del artículo 393 del C. de P. C., se liquidarán por la Secretaría de la Sala.

No obstante lo anterior, no se condenará al pago de daños morales, por cuanto, habiéndose realizado el hecho, en detrimento adicional de los intereses patrimoniales de una persona jurídica, como ocurre en este caso, el "pretium doloris" no tiene cabida.

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 acusado, doctor Jorge Elías Manzur Jattin, de condiciones personales conocidas en autos, a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinticuatro (24) meses, como autor y penalmente responsable del delito de concusión por el cual fuera llamado a responder en juicio criminal.

Segundo. Declarar que el sentenciado no tiene derecho a la condena de ejecución condicional, pero sí a que el término transcurrido en detención domiciliaria por cuenta de estas diligencias, se le tenga como parte cumplida de la pena.

Tercero. condenar al sentenciado al pago de la suma de cuarenta y dos millones quinientos ochenta mil trescientos noventa y cinco pesos (\$ 42.580.395.00) en favor de la sociedad Apuestas de Córdoba Limitada, por concepto de los perjuicios ocasionados con el delito cometido.

Cuarto. Condenar al acusado al pago, en favor de la Parte Civil, de las costas del proceso, las que se liquidarán conforme al artículo 393 del C. de P.C., modificado por el D. E. 2282/89, art. 1o. num. 199.

Quinto. Librar orden de captura en contra del sentenciado para el cumplimiento de la pena impuesta.

Sexto. Comunicar esta determinación al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para lo de su cargo, librando las copias e informes de rigor.

Septimo. La Secretaría de la Sala compulsará las copias a que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia para los fines allí señalados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

**COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ CONDENA  
DE EJECUCION CONDICIONAL/ CONTRAVENCION**

*Al siquiera siendo la sentencia impugnada susceptible del recurso excepcional de casación podría examinar la Corte el tema de la condena de ejecución condicional por fuera del fallo de fondo. Más, como la conducta sancionada tiene el carácter de contravención, menos posible sería asumir una competencia que la ley no tiene establecida, pues el recurso interpuesto, así sea excepcional, solamente es procedente frente a delitos. según lo precisó la Sala en providencia del 13 de septiembre de 1996: «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 Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente, Dr. Juan Manuel Torres Fresneda

Aprobado por Acta No. 150

Proceso: 12412

**VISTOS**

El defensor del procesado Héctor Julio Rocha Paipilla solicita el subrogado de la ejecución condicional de la pena, por cuanto al haber declarado la Corte Constitucional inexecutable el artículo 5o. de la Ley 228 de 1985 que expresamente lo prohibía, se debe aplicar el principio de favorabilidad en favor de quien fue sentenciado bajo su vigencia.

**CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

El proceso adelantado por el Juzgado Promiscuo Municipal de la Vega (Cundinamarca) en contra de Rocha Paipilla siguió los lineamientos establecidos por la Ley 228 de 1985 para el juzgamiento de las contravenciones especiales por estar sindicado de abuso de confianza en cuantía que no supera el límite indicado en el artículo 1o.-16 de la Ley 23 de 1991. La actuación de primera instancia culminó con la sentencia condenatoria

proferida en audiencia pública el 9 de julio del presente año, fallo que al ser recurrido en apelación revisó y confirmó el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Facatativá mediante providencia del 24 de julio.

En contra de la sentencia de segunda instancia interpuso el defensor el recurso excepcional de casación, pero como el expediente había sido devuelto al Juzgado de la Vega, el Juez del Circuito ordenó enviar el memorial a ese despacho, donde por auto del 3 de septiembre de 1996 se reconoce que al no ser proferida la sentencia impugnada por un Tribunal Superior "no se puede darle el trámite a dicha impetración conforme al artículo 224 del C. de P.P.", sin embargo remite el memorial a la Corte para los fines previstos en el tercer inciso del artículo 218, *ibidem*.

Ni siquiera siendo la sentencia impugnada susceptible del recurso excepcional de casación podría examinar la Corte el tema de la condena de ejecución condicional por fuera del fallo de fondo. Más, como la conducta sancionada tiene el carácter de contravención, menos posible sería asumir una competencia que la ley no tiene establecida, pues el recurso interpuesto, así sea excepcional, solamente es procedente frente a delitos, según lo precisó la Sala en providencia del 13 de septiembre de 1996: "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).

Por tanto, hallándose en firme la sentencia condenatoria, es el juez de ejecución de penas quien está facultado para resolver lo atinente al subrogado solicitado.

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

#### RESUELVE

1.-Inadmitir el recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor de Héctor Julio Rocha Paipilla.

2.-Ordenar la inmediata remisión del proceso al Juez de Ejecución de Penas para que resuelva la referida solicitud de libertad.

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 Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Presneda.*

*Patrieta Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## NULIDAD

*El artículo 307 del estatuto procesal penal, perenitoriamente establece que el sujeto procesal que alegue una nulidad, no podrá de nuevo solicitarla a menos que se invoque una causal distinta, disposición que encuentra ratificación en la preceptiva del artículo 446 de la misma obra, en cuanto dispone que las nulidades que tienen su origen en la etapa de la instrucción y que han sido resueltas, no pueden de nuevo ser pedidas en la oportunidad previa a la audiencia pública prescrita en esta norma.*

*El thema probandum en materia procesal penal se encuentra constituido por todos aquellos supuestos de hecho que permiten al Juez en la sentencia desatar la relación jurídico procesal, caberle si existió hecho punible y la eventual responsabilidad del actor*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Dámaso Páez Velandía*

*Aprobado Acta No. 150 (Oct. 22/96)*

*Proceso: 11819*

*Dentro del término de traslado previsto por el artículo 446 del C. de P. el defensor del imputado doctor Hernando Duarte Chinchilla ha formulado solicitudes de nulidad y de pruebas sobre cuya procedencia debe la Corte resolver.*

## ANTECEDENTES INMEDIATOS

*Con fecha primero de noviembre del año pasado, el Fiscal General de la Nación profirió en contra del Magistrado del Tribunal Administrativo del Atlántico, doctor Hernando Duarte Chinchilla, resolución de acusación por el punible de prevaricato (fl.465), decisión que cobró ejecutoria una vez resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la misma (fl.532).*

*En el trámite del juzgamiento, en esta Corporación se dió el traslado de preparación para la audiencia señalado en el artículo 446 del C. de P.*

P. dentro del cual la defensa ha hecho solicitudes de nulidad y subsidiariamente de pruebas.

Los vicios que en sentir del peticionario existen en el proceso y que son generadores de nulidad, se pueden resumir así:

- Aunque es verdad que la medida de aseguramiento la dictó un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia antes de que fuera declarada inexecutable la norma procedimental que autorizaba al Fiscal General para delegar algunas de sus funciones en aquellos, también lo es que cuando se negó la reposición de dicha medida de aseguramiento ya había sido decretada la inexecutable del precepto en mención y por tanto el Fiscal Delegado carecía de competencia para adoptar decisiones, violándose de esa manera el debido proceso;

- Hubo menoscabo al derecho de defensa, porque después de expedirse la resolución mediante la cual se impuso medida de aseguramiento al acusado, ningún esfuerzo oficioso se hizo para acopiar pruebas que lo beneficiaban y en cambio se procedió apresuradamente a clausurar la investigación, impidiendo que el inculcado se defendiera de los cargos formulados;

Como pruebas, pide que se recepcionen testimonios, ampliación de indagatoria al imputado, inspecciones judiciales y que se traigan copias fotostáticas de algunas actuaciones judiciales, todo lo cual será objeto de examen por la Sala para resolver sobre su viabilidad.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El artículo 307 del estatuto procesal penal, perentoriamente establece que el sujeto procesal que alegue una nulidad, no podrá de nuevo solicitarla a menos que se invoque una causal distinta, disposición que encuentra ratificación en la preceptiva del artículo 446 de la misma obra, en cuanto dispone que las nulidades que tienen su origen en la etapa de la instrucción y que han sido resueltas, no pueden de nuevo ser pedidas en la oportunidad previa a la audiencia pública prescrita en esta norma.

En el caso que estudia hoy la Corte se observa que por parte de la defensa ha existido si no un abuso del derecho que tienen los sujetos procesales a invocar nulidades, sí gran torpeza pues además de que esta misma Corporación hubo de revisar la legalidad de la medida de aseguramiento por aducirse que había sido expedida por Fiscal que carecía de competencia funcional, cuestión que resultó infundada (fl. 21 Cdn. 1 de la Corte), este mismo motivo de nulidad como los restantes que ahora se aducen, fueron resueltos por la Fiscalía en decisiones de 18 de abril de 1995 (fl.344 Cdn. Fiscalía), 14 de junio del mismo año (fl.391), 10. de noviembre del año en cita (fl.465) y 11 de abril del presente año (fl.532) yendo en contravía de los principios de celeridad y eficacia que informan el proceso penal.

2. Cuánto a la solicitud subsidiaria de pruebas, se tiene:

2.1. Ratificación y ampliación de denuncia por parte de Edgardo Balentine Guithuri. Su práctica es procedente, porque fue prueba decretada y no evacuada en la etapa de la instrucción (fl.14 Cdn. original Fiscalía), a quien deberá interrogarse en particular del conocimiento que tenga sobre el contrato de prestación de servicios que pudo suscribirse entre Alfonso Javier González V. en su condición de Director del Instituto de Crédito Territorial - Regional Atlántico - y la abogada Ayda Vides Pava para el adelantamiento del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el decreto No.000617 expedido por la Gobernación del Atlántico que originó la regulación de honorarios de que informa el proceso;

2.2. Declaraciones de los Magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico doctores Enrique Antonio Llinás Salazar, Gabriel Mendoza Mariclo y Luis Eduardo Cerro Jiménez, "...quienes pueden aportar a la causa luces de mucha importancia sobre el caso concreto relativo a la regulación de honorarios hecha por mi defendido, acerca de su conducta y comportamiento como Magistrado del citado Tribunal, experiencias anteriores, frecuencia con la cual se presentan estas novedades, consagración al trabajo, sus criterios jurídicos para resolver asuntos similares, procedimientos a seguir cuando se presenta la tasación de honorarios y/o emolumentos cuando provienen en forma directa de los apoderados que tengan poder vigente de las entidades o cuando se originen tales solicitudes por iniciativa de las propias instituciones públicas..."

Estos testimonios, en nada contribuirían a la aclaración de los hechos materia del proceso, pues no son citados como testigos de su comisión, sino para que suministren su particular criterio sobre la manera como procederían en casos similares. Su ineficacia en el camino de demostrar la verdad de lo ocurrido, conlleva al rechazo de su práctica, como lo manda el artículo 250 del C. de P. P.

2.3. Testimonio del doctor Eduardo Suárez Llanes, Procurador Judicial ante el Tribunal Administrativo, quien actuó en el proceso administrativo en cuestión. Es pertinente oírlo para que relate todo cuanto le conste en relación con los hechos objeto de este proceso y sobre las previsiones que tomó en el cumplimiento de sus funciones para evitar perjuicios al I.C.T. (Hoy Inurbe) con ocasión de la regulación de honorarios;

2.4. Testimonios de los doctores Amelia Mantilla Villegas, Myriam Donato de Montoya, Alvaro Echeverry Uruburu y Enrique Camilo Noguera Aarón, Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, "...para interrogarlos en forma respetuosa y comedida en lo relativo a la ausencia de Dolo y los demás puntos que estime la H. Sala de Casación Penal..." (Comillas del texto original).

El *thema probandum* en materia procesal penal se encuentra constituido por todos aquellos supuestos de hecho que permiten al Juez en la senten-



cia desatar la relación jurídico procesal, admitir si existió hecho punible y la eventual responsabilidad del actor. Por consiguiente, no puede considerarse fuente de prueba de un hecho a conocer el testimonio de Magistrados de una Corporación que ha decidido sobre la responsabilidad disciplinaria del agente, como lo hizo el Consejo Superior de la Judicatura al imponerle sanción al aquí imputado (fl.210 Cdno.original Fiscalía), pues ellos se han limitado, en ejercicio intelectual, a darle connotación a las pruebas demostrativas de los hechos y a sacar sus propias conclusiones; valoraron las pruebas y dedujeron el desarrollo de la conducta humana, pero no fueron receptores directos de ella. Esto explica la disparidad de criterios existente en esa colegiatura en la toma de la decisión, pues mientras que mayoritariamente se descartó que el comportamiento hubiera sido precedido de dolo, quienes salvaron su voto sostuvieron lo contrario (fls. 227 y 228).

Resulta patente, pues, la improcedencia de lo pedido.

2.5. Ampliación de indagatoria del Imputado Hernando Duarte Chinchilla "... para conocer sus descargos con referencia a la medida de aseguramiento referenciada, lo cual no se le permitió en la etapa sumarial.."

El imputado fue oído en indagatoria, teniendo amplia oportunidad, como medio de defensa, de suministrar su versión de cara a los hechos que se le imputan, cumpliéndose así con el cometido legal del acto. Por manera que ampliar su indagatoria con el llano propósito de conocer sus impresiones sobre la medida de aseguramiento, como lo solicita su defensor, es cuestión que se escapa a la naturaleza de tal diligencia, mientras que ello válidamente puede llevarse a efecto en la vista pública misma, sin perjuicio de que en ese momento pueda ampliar o aclarar sus explicaciones sobre los cargos que aquí se le atribuyen.

2.6. Inspección judicial al Tribunal Administrativo del Atlántico. Esta prueba por ser conducente se ordenará, para que, aparte de hacerse las constataciones a que se refiere la defensa, se busquen los antecedentes que puedan existir sobre trámite de regulación de honorarios en casos como el que se debate en este proceso.

2.7. Inspección Judicial al Inurbe en sus oficinas de Barranquilla. Es igualmente pertinente y en ella se desarrollarán los puntos a que alude la defensa y además se buscará todo antecedente que permita establecer el vínculo contractual existente entre el por entonces I.C.T. (hoy Inurbe) y la abogada Ayda Vides Pava para demandar la nulidad del Decreto al principio citado. De la misma manera, se tomará fotocopia de la Resolución del I.C.T. que por la data de dicho mandato autorizaba la celebración de contratos de prestación de servicios de abogados externos;

2.8. Las copias que deben ser solicitadas al Juzgado 7o. Laboral del Circuito de Barranquilla, no las advirtió la defensa en el cuaderno anexo No.1, del folio 17, al 139.

Se accederá a solicitar a la Fiscalía Tercera ante el Tribunal Superior de Barranquilla copia fotostática del proceso radicado bajo el No.081 P.I. contra la doctora Lina Chirola de Rodríguez, Juez 7ª. Laboral de Barranquilla. Al operar el traslado de las pruebas contenidas en dicho proceso, en copia fotostática, en el cual deben reposar las versiones suministradas por Ayda Vides Paba, José Víctor Carvajales Orozco y la de la propia acusada Chirola de Rodríguez, sobre de nuevo reproducirlas para este proceso como lo pide la defensa.

2.9. Testimonio de Jairo Castillo de la Peña, Secretario del Tribunal Administrativo del Atlántico, "...sobre las facetas e inquietudes esbozadas para preguntarle a los II. Magistrados de ese Tribunal y con relación a la certificación que aportamos ( Anexo No.2), que tiene íntima relación con esta causa: sobre todo, en lo relativo al trámite secretarial otorgado en ese recinto judicial a peticiones de regulación de honorarios.."

No siendo el trámite que le dio la Secretaría a la solicitud de regulación de honorarios el hecho materia de debate en este proceso, la declaración del titular de esa oficina ninguna luz dará al esclarecimiento de los hechos, siendo por ello su práctica inconducente.

Como las pruebas a decretar deben practicarse en la ciudad de Barranquilla, en firme esta providencia se remitirá el proceso en comisión a la Unidad de Fiscalías de esa ciudad, por el término de 20 días libres de distancias.

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

#### RESUELVE

1. Declarar improcedente la solicitud de nulidad formulada por el defensor del imputado doctor Hernando Duarte Chinchilla.

2. Rechazar la práctica de las pruebas mencionadas en los numerales 2.2), 2.4), 2.5) y 2.9) de la parte expositiva, y se ordena las eximidas en los restantes numerales.

3. Ejecutoriada esta providencia, remitir el proceso en comisión a la Unidad de Fiscalías ante el Tribunal Superior de Barranquilla, para los fines indicados en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Runget, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velardita, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ACCION DE REVISION/ DEFENSOR

*La autonomía que caracteriza la acción de revisión, definida como tal por el Código de Procedimiento Penal al nominarla como "acción", exige para su iniciación la culminación definitiva de una cualquiera de las actuaciones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada: del juicio, con cesación de procedimiento o con sentencia y de la instrucción, con la preclusión de la misma.*

*Así entendidas las cosas, el poder que un sindicado o un enjuiciado haya conferido para efectos de su defensa o que el Estado haya impuesto a un defensor de oficio, se agota con la culminación de una cualquiera de esas etapas, sin perjuicio de la facultad de intervenir en la fase ejecutiva del fallo para garantizar la intangibilidad de los derechos de la parte representada.*

*En este orden de ideas, el vocablo "defensor" que usa la ley para designar a uno de los titulares de la acción no es un término de carácter específico, para titular el derecho en cabeza de quien haya actuado como tal en el proceso que se pretende remover, sino de carácter general, que denota la necesidad de que un abogado cualquiera, constituido como defensor del sindicado mediante poder expreso para el efecto, presente la demanda e inicie así la acción en nombre de quien le ha conferido el mandato.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente*

*Dr. Carlos E. Mejía Escobar*

*Aprobado Acta No. 150 (22-X/96)*

*Proceso: 10935*

## VISTOS

*Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la admisibilidad de la demanda de Revisión presentada por el abo-*

gado Segundo Chaparro Talero quien actuó como defensor de Yohany Francisco Frade Prieto en el proceso que culminó con la sentencia dictada el 27 de enero de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., parcialmente confirmatoria de la de primera instancia proferida por el Juzgado 33 Penal del Circuito de la misma ciudad que lo condenó a la pena de 17 años y 6 meses de prisión como coautor de los delitos de homicidio agravado en la persona de Ancízar García Gallego en concurso con hurto calificado y agravado.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte Suprema de Justicia ha venido reiterando la naturaleza jurídica de la acción de revisión, especificando en varios de sus pronunciamientos<sup>1</sup> que no se trata de una consecuencia de la etapa del juicio, sino precisamente de una acción posterior e independiente a través de la cual se ataca la intangibilidad de la cosa juzgada, obtenida por una sentencia, una cesación de procedimiento o una preclusión de instrucción.

La autonomía que caracteriza la acción de revisión, definida como tal por el Código de Procedimiento Penal al nominarla como "acción", exige para su iniciación la culminación definitiva de una cualquiera de las actuaciones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada: del juicio, con cesación de procedimiento o con sentencia y de la instrucción, con la preclusión de la misma.

Así entendidas las cosas, el poder que un sindicado o un enjuetado haya conferido para efectos de su defensa o que el Estado haya impuesto a un defensor de oficio, se agota con la culminación de una cualquiera de esas etapas, sin perjuicio de la facultad de intervenir en la fase ejecutiva del fallo para garantizar la intangibilidad de los derechos de la parte representada.

En este orden de ideas, el vocablo "defensor" que usa la ley para designar a uno de los titulares de la acción no es un término de carácter específico, para titular el derecho en cabeza de quien haya actuado como tal en el proceso que se pretende remover, sino de carácter general, que denota la necesidad de que un abogado cualquiera, constituido como defensor del sindicado mediante poder expreso para el efecto, presente la demanda e inicie así la acción en nombre de quien le ha conferido el mandato.

Deviene de lo anterior que la simple manifestación que hace el doctor Chaparro Talero en el texto de la demanda de revisión de estar actuando

1.- Confrontar: Autos del 25 de septiembre de 1995 y 10 de septiembre de 1996. Magistrados Ponentes: Ricardo Calveín Rangel y Fernando Arboleda Ripoll, respectivamente.

"por petición de mi defendido", aunada a la certificación sobre su finiquitada condición de defensor expedida por la Juez 33 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C., no pueden suplir la necesaria presentación del poder para actuar, por lo que resulta evidente la falta de personería que lo habilite a iniciar la acción en nombre de su otrora mandatario.

Conclusión necesaria de lo expuesto será el rechazo de la demanda.

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

#### RESUELVE

Rechazar la demanda de revisión presentada por el doctor Segundo Chaparro Talero, por carecer de poder para actuar a nombre del sentenciado Yohany Frade Prieto.

Notifíquese y Cúmplase

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Pineda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Vetandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresnoeda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## TERMINO/ EXTRADICION

*De aceptarse la renuncia al término para presentar alegatos, no solamente privaría al solicitado en extradición, desde el punto de vista del interés particular, de manifestar lo que considere pertinente a su defensa, sino que, además, implicaría privarle del límite establecido por el legislador en detrimento del debido proceso, el cual, a la luz de la normativa constitucional vigente, es indisponible e irrenunciable por los sujetos intervinientes en el trámite procesal.*

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

Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll

Aprobado acta No. 151

Proceso: 12116

Se pronuncia la Corte sobre la manifestaciones presentadas por el solicitado en extradición señor Manuel Antonio Julca Urrello en memorial que precede y ordena la práctica de pruebas.

### ANTECEDENTES

1.- Con Oficio OJU-310 fechado el 5 de agosto del corriente año, el Ministerio de Justicia y del Derecho comunicó a la Corte que el Gobierno de la República del Perú, mediante Nota Verbal No. 5-8 M/196 de agosto 2 de 1996, formalizó la solicitud de extradición del ciudadano peruano Manuel Antonio Julca Urrello.

Por lo anterior, de conformidad con lo previsto por el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, remitió a esta Corporación los documentos presentados por la Embajada del Perú, a fin de emitir el concepto correspondiente. (fl. 1 cno. Corte).

2.- Mediante proveído del veintiocho de agosto del corriente año, el Magistrado Sustanciador del presente asunto, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, dispuso correr traslado, por el término de diez días, al requerido y su defensor, para que solicitaran las pruebas que consideraran necesarias (fls. 8 y ss. cno. Corte).



3.- El señor Manuel Antonio Julca Urrello, por escrito manifiesta allanarse a la solicitud de extradición presentada por el Gobierno de la República del Perú y "renunciar a todos los términos para presentar pruebas así como para alegar dentro del trámite referenciado", petición que aparece conyuvada por el defensor.

Soporta su pretensión en que no cuenta en este país con ningún recurso para subsistir, dado lo precaria de su situación económica como la de su familia, hecho que ha motivado no poderle visitar (fs. 19).

#### SE CONSIDERA

1.- Como quiera que el traslado para pedir pruebas, previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, está destinado a la persona requerida en extradición o su defensor, y que, de conformidad con el artículo 176 *ejusdem*, "los sujetos procesales en cuyo favor se consagren términos podrán renunciar a ellos", es del caso acceder a lo pretendido por el señor Manuel Antonio Julca Urrello, aceptando la renuncia presentada en cuanto se refiere a este aspecto.

No sucede lo mismo en relación con lo manifestado por el requerido sobre la renuncia a los términos para presentar alegatos, de que trata el inciso segundo del artículo 556 del C. P.P., por la potísima razón que los mismos son comunes para todos los sujetos procesales, entre los cuales se incluye la Representación del Ministerio Público, quien, por virtud de lo normado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 201 de 1995, tiene facultad para "intervenir en el trámite de extradición ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia".

Adicionalmente debe decirse que de aceptarse la renuncia al término para presentar alegatos, no solamente privaría al solicitado en extradición, desde el punto de vista del interés particular, de manifestar lo que considere pertinente a su defensa, sino que, además, implicaría privarle del trámite establecido por el legislador en detrimento del debido proceso, el cual, a la luz de la normativa constitucional vigente, es indisponible e irrenunciable por los sujetos intervinientes en el trámite procesal.

2.- De otra parte, siendo la oportunidad, encuentra la Sala necesario disponer que, dentro del período probatorio, el cual corre por diez días (art. 556 C. de P.P.), se oficie a la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, a efecto de que se remita, con destino a este proceso, copia autenticada de las providencias de fondo dictadas en la actuación allí radicada con el número 26.293 que, por los delitos de enriquecimiento ilícito e infracción a la Ley 30 de 1986, cursa contra el ciudadano peruano aquí solicitado en extradición Manuel Antonio Julca Urrello.

La Secretaría de la Sala proveerá al respecto.

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

## RESUELVE

Primero. Aceptar la renuncia al término previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, para pedir pruebas, presentada por el requerido Manuel Antonio Julia Urrello.

Segundo. Negar la renuncia al término señalado en la misma disposición para presentar alegatos de conclusión, por las razones anotadas en la motivación de este proveído.

Tercero. Abrir a pruebas la actuación, por el término de diez días, dentro del cual se recaudará la mencionada en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## LIBERTAD PROVISIONAL/ REINTEGRO DE LO APROPIADO/ CAUCION

El artículo 415 del C. de P. P., en su numeral 8°, consagra el derecho a la libertad caucionada "en los eventos del inciso 1° del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor y la indemnización de perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia".

Reintegrar, en términos de la Real Academia de la Lengua Castellana, significa "restituir o satisfacer íntegramente una cosa", que para los efectos previstos por la ley penal (arts. 139 C. P. y 415 num. 8° C. de P. P.), no puede tener significación distinta que el depósito, para el caso a órdenes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de los bienes (dinero) constitutivos del objeto material del punible (peculado por apropiación, art. 133 C. P.) imputado al procesado en el auto que definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

Figura jurídica completamente distinta a la de constitución de cauciones, para garantizar el pago del crédito y las costas, evitar el decreto de medidas cautelares sobre los bienes del demandado o procurar su levantamiento en los términos y para los fines consagrados por el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil. Mal podría alegarse aplicación de esta norma por integración, para una situación penal bien diferente, que frente a una verdadera devolución del objeto material e indemnización eventual permitiría la excarcelación solicitada por el procesado, que en tal virtud le será negada por la Sala.

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

Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta No. 151

Proceso: 9229

## VISTOS

El doctor Antonio Heráclito Maya Copete, defendido domiciliarmente por cuenta de este proceso, solicita de la Sala el beneficio de la libertad caucionada, a cuyo efecto invoca el numeral 8° del artículo 415 del C. de P. P., en consonancia con lo establecido por el art. 139 del C.P.

## LA PETICIÓN:

Apoyado en variadas referencias jurisprudenciales de las Salas Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, de fechas 12 de diciembre de 1980, 2 de noviembre de 1983, 12 de junio de 1990 y 6 de febrero de 1995 (de la Corte) y 23 de junio de 1995 (del Tribunal), pretende el doctor Antonio Heráclito Maya Copete, que se tenga como reintegro del valor de los dineros cuya apropiación se le refirió en la medida de aseguramiento, la póliza judicial número 408481 expedida por la Aseguradora "CONFIANZA", expedida con fecha 13 de septiembre del corriente año, por valor de \$81.000.000. Cita además lo dispuesto por los artículos 519 del C. de P. P. y 48 del decreto 2651 de 1991, para de esta forma sustentar su solicitud de libertad con fundamento en lo previsto por los artículos 415 numeral 8° C. de P. P. y 139 C. P.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 415 del C. de P. P., en su numeral 8°, consagra el derecho a la libertad caucionada "en los eventos del inciso 1° del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor y la indemnización de perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia."

Reintegrar, en términos de la Real Academia de la Lengua Castellana, significa "restituir o satisfacer íntegramente una cosa", que para los efectos previstos por la ley penal (arts. 139 C. P. y 415 num. 8° C. de P. P.) no puede tener significación distinta que el depósito, para el caso a órdenes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de los bienes (dinero) constitutivos del objeto material del punible (peculado por apropiación, art. 133 C. P.) imputado al procesado en el auto que definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

Figura jurídica completamente distinta a la de constitución de cauciones, "para garantizar el pago del crédito y las costas", evitar el decreto de medidas cautelares sobre los bienes del demandado o procurar su levantamiento en los términos y para los fines consagrados por el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil. Mal podría alegarse aplicación de esta norma por integración, para una situación penal bien diferente, que frente a una verdadera devolución del objeto material e indemnización even-

lual permitiría la excarcelación solicitada por el procesado, que en tal virtud le será negada por la Sala.

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

RESUELVE

Negar por improcedente, el beneficio de la libertad caucionada, solicitada por el procesado doctor Antonio Heráclito Maya Copete.

Cóplese, notifíquese y cúmplase

*Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argoie, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## NOTIFICACION/ AUTO DE PROCEDER

Hasta mirar la redacción de los artículos 182 (modificado por el 19 del Decreto 1853 de 1985), 187, 209, 487 y 498 del Decreto 409 de 1971, que regulaban entonces las notificaciones del auto de proceder, su ejecutoria, el momento de conclusión del sumario y el de iniciación del juicio, para entender que las impugnaciones contra esta providencia solo podían interponerse en el momento de la notificación o dentro de los tres días siguientes al último acto de enteramiento de la providencia, lapso de ejecutoria a la vez común para sustentación de la alzada. E interpuesto este recurso contra la acusación, por cualquiera de los intervinientes procesales artículo 486 ibídem, las únicas decisiones a ejecutar sin condicionamiento a la instancia, serían las relativas a la detención y las medidas preventivas contenidas en la misma providencia, lo que implica la superación del rito a los resultados de la segunda instancia.

De ese modo no puede sostenerse que en el Decreto 050 de 1987 que entró a regir el 1o. de julio de ese mismo año la situación varía se, pues los artículos 196, 197 (modificado luego por el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989), y 487 fueron todavía más explícitos para orientar hacia la misma conclusión que hoy todavía ratifican en su orden los artículos 196, 197 y 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), particularmente en cuanto en cada uno de estos estatutos invariablemente se advierte que la ejecutoria se alcanza transcurridos tres días luego de la última notificación, pero siempre y cuando no se hayan interpuesto recursos contra la respectiva providencia.

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

Magistrado Ponente, Dr. Juan Manuel Torres Fresneria

Aprobado por Acta No.151

Proceso: 12295



## VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la defensora del procesado Nicolás Francisco Bitar Ydí en contra del fallo del 19 de abril de 1996 emanado de una Sala de Conjurados del Tribunal Superior de Cúcuta que confirmó la sentencia condenatoria proferida el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad, con la sola modificación del numeral sexto de la parte resolutive relacionado con la condena en perjuicios.

## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la noche del 31 de julio de 1985, la Lotería de Cúcuta realizó en presencia de varios directivos de la Beneficencia del Norte de Santander su sorteo 1113 en el Municipio de Bochalema, resultando favorecido con el premio mayor el billete número 0863, cuyos tres últimos dígitos dio inusitadamente lugar al cobro de sumas millonarias, por lo que se rumoró con insistencia que por anticipado algunos apostadores conocieron cuál iba a ser el resultado, dando lugar a la denuncia presentada por Juan José Pita Martínez de Apuestas Permanente "J.J. Pita & Cia. Ltda.", ante una de las Unidades Operativas de la Policía Judicial de Cúcuta.

El premio mayor de la Lotería fue cobrado por el abogado Nicolás Francisco Bitar Ydí a nombre de César María Maldonado Prato, quien supuestamente le confirió poder con ese fin.

De la denuncia conoció en un comienzo el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal radicado en Cúcuta, el que dictó auto cabeza de proceso el día 6 de agosto de 1985; posteriormente la Directora de Instrucción Criminal designó al Juez Veinte de esa Seccional para que adelantara la investigación, y como en el curso de las diligencias el apoderado de uno de los indagados solicitó la cesación de procedimiento prevista en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal por entonces vigente (Decreto 409 de 1971), el expediente se remitió a los juzgados del conocimiento, donde previo reparto asumió el Juzgado Quinto Superior, despacho que de ahí en adelante dirigió la investigación, con la colaboración del Vetrile de Instrucción Criminal que en cumplimiento de sucesivas comisiones perfeccionó las diligencias, hasta cuando por razón de un impedimento el asunto pasó al Juzgado Primero Superior el 11 de septiembre de 1986.

Como el Juez Quinto de Instrucción Criminal de esa ciudad había declarado abierta una segunda investigación el 2 de abril de 1996, con base en la denuncia instaurada en Barrancabermeja por otros representantes de "casas de juego, apuestas y chance" en reacción por los mismos hechos, una vez advertido de la existencia del inicial proceso remitió lo actuado al Juzgado Quinto Superior, pasando de allí al Primero de esa especialidad que asumió el conocimiento y ordenó la integración de todas las diligencias para continuar la investigación que declaró clausurada el

23 de mayo de 1987, y luego de negarse a reponer, entró a proferir el auto de proceder del 27 de julio siguiente por el que convocó a juicio a Nicolás Francisco Bitar Yidi en calidad de coautor del delito de falsedad, y como cómplices a Manuel José Faillace y Laurentino Peña Granados.

También incriminó a Bitar Yidi por el delito de estafa, en calidad de coautor, junto con los empleados públicos Gustavo Gómez Ardila, Luis Ernesto Contreras, José Alberto Velasco, Víctor Julio Romero y Pedro Rubén Sánchez y los particulares Manuel Ojeda Correa, Joaquín Emilio Mejía Carrascal, Tulio Celino Ortega Forero, Víctor Manuel Ramos Trejos, José Ballesteros o Antonio Bahamón y Luis Humberto Gil Valencia, adicionando el cargo de peculado, en calidad de autor a Tristán Arbeláez Mendoza y a José Bertulfo Ramírez Chaverra el delito de encubrimiento.

En la misma providencia se sobreselló temporalmente a Marina Ojeda de Sarmiento, Benjamín Salcedo Baldion, Juan Carlos Álvarez Medina, ordenando la reapertura de la investigación, y en forma definitiva a José Santos Flórez y Trinidad Alberto Duarte Pacheco.

Por la manifestación de un impedimento, el proceso pasó a conocimiento del Juzgado Segundo Superior, y allí el 24 de febrero de 1989 se resolvieron los recursos de reposición interpuestos, reformando parcialmente algunos numerales del auto de proceder en lo tocante con las medidas de aseguramiento y cauciones, concediéndose la apelación para ante el Tribunal Superior de Cúcuta, que mediante auto del 10 de mayo de 1989 confirmó el enjuiciamiento.

Agolada la fase probatoria de la causa, el Juzgado Segundo Superior señaló fecha para la diligencia de audiencia en el mes de octubre de 1990, pero su práctica tan solo se vino a iniciar el 8 de junio de 1994 tras consecutiva ausencia de los defensores, para culminar poco después en ese mismo despacho, que con la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991 había pasado a ser Noveno Penal del Circuito.

El 8 de junio de 1995 se proferió el fallo de primera instancia, condenatorio por el delito de estafa para los acusados Gustavo Gómez Ardila, José Alberto Velasco Lara, Manuel Ojeda Correa, Joaquín Emilio Mejía Carrascal y Nicolás Francisco Bitar Yidi a 36 meses de prisión y \$ 150.000,00 de multa; a Luis Humberto Gil Valencia, Víctor Manuel Ramos Trejos, Tulio Celino Ortega Forero y Luis Ernesto Contreras a 31 meses de prisión y \$ 120.000,00 de multa. Así mismo los condenó a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo igual a la sanción principal, y al pago solidario de la indemnización en favor de la Beneficencia de Norte de Santander y de las Agencias de Apuestas "Cúcuta 75" y "Santander", denegando la ejecución condicional de la pena a Velasco Lara, Ramos Trejos y Gil Valencia, y concediéndola a los demás.

Finalmente absolvió a José Ballesteros O., Antonio Bahamón, Pedro Rubén Sánchez Jauregui y Víctor Julio Romero, y declaró la prescripción de la acción penal en relación con los delitos de falsedad, peculado culposo y encubrimiento, por lo que ordenó la cesación de procedimiento en favor de Nicolás Francisco Bitar Yidi, Manuel José Faillace Galvis, Laurentino Peña Granados, Tristán Guillermo Arbeláez Mendoza y José Bertulfo Ramírez Chaverra.

Impugnada la sentencia ante el Tribunal, el Juzgado concedió el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Vitar Yidi, Ojeda Correa y Gil Valencia, lo denegó, por sustentación extemporánea, a los defensores de Cómez Ardila y Contreras, y lo declaró desierto para Mejía Carrascal.

Tras corresponder en el Tribunal el pronunciamiento de instancia a una Sala de Conjuces, la sentencia de segundo grado se profirió el 19 de abril de 1996, impartiendo confirmación a la sentencia, salvo en lo relacionado con la condena al pago de la indemnización de perjuicios que modificó para reducir el monto de las obligaciones impuestas e incluir dentro de los beneficiarios a Apuestas "La Frontera" y "J.J. Pira & Cia. Ltda".

Inconformes aún con esta determinación, recurrieron en casación el procesado Joaquín Emilio Mejía Carrascal y la defensora de Nicolás Francisco Bitar Yidi, mas como la impugnación intentada por aquel se declaró desierta, el Tribunal únicamente concedió el recurso extraordinario al segundo de los nombrados.

#### LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, plantea la impugnante dos cargos, los que desarrolla así:

Primero.- Procede la nulidad por cuanto la actuación adolece de irregularidades sustanciales que atentan contra los intereses del acusado, derivadas de la inobservancia de las formas propias del juicio en que incurrió el juzgador al no declarar la prescripción de la acción, pese a haber sido alegada en la audiencia y en la sustentación del recurso de alzada. Lo anterior, por cuanto el procesado Bitar Yidi se notificó del auto de proceder el 3 de agosto de 1987, sin que él o su anterior defensor impugnaran la determinación, por lo que se ha de entender que dicho auto quedó ejecutoriado tres días después por ministerio de la ley, esto es el 6 de agosto de 1987.

Dice atenerse el impugnante a la opinión de la doctrina al afirmar que como la apelación del auto calificadorio se concede en el efecto suspensivo, en el caso de interponerse recurso apenas por uno o algunos de los

procesados "una vez concedido ... se rompe la unidad procesal (art. 440 del C. de Procedimiento Actual)", lo que permite suponer que la parte de la providencia que no fue impugnada queda en firma al vencimiento del término de ejecutoria formal, si no fuese susceptible del grado jurisdiccional de consulta.

A diferencia del actual procedimiento, agrega, en esa época la ejecutoria del auto de proceder era independiente para cada uno de los enjuiciados, de manera que quien no interponía la apelación quedaba ya con su decisión en firme, en tanto que la segunda instancia solamente afectaba a los recurrentes; previsión que por favorabilidad se debe aplicar en el presente caso.

Al denegar la prescripción, el Juzgado invocó lo dispuesto en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, norma que carecía de vigencia cuando ocurrieron los hechos, cuya aplicación indebida llevó a contar la reanudación del término de prescripción a partir del 10 de mayo de 1989 que es la de la providencia del Tribunal, cuando se le ha debido dar aplicación es al artículo 209, vigente para la época del suceso, según la cual "toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno", de modo que según la pena a tener en cuenta (siete años y medio), la acción penal prescribió el 8 de febrero de 1995, si su correr se cuenta como debe ser, a partir del 8 de agosto de 1987.

Un error similar le atribuye la casacionista a la Sala de Conjuces porque al referirse a las diferencias entre prescripción de la acción y de la pena, mencionó el artículo 80 del Código Penal, relacionado con circunstancias de agravación y atenuación concurrentes, y citó alguna jurisprudencia de la Corte pero omitiendo el análisis de la incidencia de la ejecutoria del auto de proceder.

Por lo anterior considera que la Corte debe, consecuente con lo expresado en sentencia del 20 de enero de 1994 con ponencia del Magistrado Doctor Dídimo Páez Velandía, declarar imperativamente la prescripción de la acción, aplicando por favorabilidad la norma vigente cuando ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta que la no interposición de recursos por parte de Bitar Yidi rompió la unidad procesal para fines de prescripción, añadiendo que ni el procesado ni quienes han llevado su representación dentro de este proceso han tratado de entorpecer o dilatar su normal desarrollo.

Segundo.- Propone la nulidad de la sentencia por haber incurrido el juzgador en el supuesto fáctico del artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal, dado que la denuncia instaurada por Elías Jaime Castillo fue recepcionada en forma irregular en su propia oficina y no en el Despacho Judicial, lo que indica falta de imparcialidad del Juzgado Veinte de

Instrucción Criminal. Además, el denunciante negó cualquier relación con la Agencia de Chance "J.J. Pita", pese a que Juan José Pita asegura en declaración rendida el 19 de noviembre de 1985 que la señora madre de Elías Jaimes es socia de dicha empresa y tiene el 50% de las acciones. Por si fuera poco, desató una campaña a través de la cadena radial "Caracol Cúcuta", con violación de la reserva sumarial a fin de extorcionar a las personas mencionadas en el proceso.

El doble interés de afectado y periodista hizo que Jaimes Castillo empezara a presionar a los testigos y a los funcionarios judiciales, sin que el instructor tomara medidas conducentes para sancionar la violación de la reserva del sumario, lo que le permitió seguir adelante en su empeño, "dando lugar a que la sociedad y los mismos sindicados se sintieran inseguros y en especial estos últimos, personas prestantes y de una gran solvencia moral".

Ese testigo que en un comienzo se mostró como paladín de la verdad y de la justicia resultó ser un cazador de fortunas, según lo relata el sargento de la Policía José Rafael Villamizar al asegurar que Jaimes Castillo no solamente estaba interesado en defender algunas casas de chance, sino también en alcanzar beneficios económicos, pues al parecer exigía dinero de los presuntos sindicados para no involucrarlos en sus comentarios. Es decir, su testimonio debió ser descalificado por inveraz, siendo ello tan cierto que ideó y anunció el supuesto hallazgo de las ruedas con que se había realizado el sorteo de Bochalema, pero estas resultaron ser las que fabricaba un señor Marcouchi para distintas loterías de Colombia y Venezuela, y que todavía tenía sin pintar. Más evidente encuentra la narración que hizo de la forma como se fraguó el fraude, mediante un sistema electrónico que accionaba un mecanismo para que las ruedas pararan en determinado número, como si hubiera estado allí, o fuera un experto.

Es más, José Ramírez en declaración rendida ante el Juez Doce de Instrucción Criminal -en Bogotá- dijo que los nombres por él suministrados en su declaración eran de personas que había conocido cuando era contrabandista y funcionario del D.A.S., sin que hubiera presenciado nada, ya que llegó a Cúcuta atraído por el aviso publicado por J.J. Pita y con el ánimo de ganarse unos pesos; allí conoció a Elías Jaimes, quien lo llevó hasta la finca "Primavera" en Chinácota y le ofreció dinero para que declarara en contra de las personas de la Lotería de Cúcuta. Asegura haber conocido al Juez Veinte de Instrucción Criminal en casa de Elías Jaimes Castillo, y agrega que involucró a Ortega Forero y Gil Valencia porque para la trama que montaron los concesionarios de las apuestas se necesitaba involucrar personas del interior, señala a Juan José Pita, Heriberto López y Samuel Sánchez como los ideadores de la trama.

Respecto de la sindicación contra Nicolás Francisco Bitar, primero por asociación para delinquir, colhecho y estafa, luego por estafa únicamente,



posteriormente por peculado, estafa y falsedad y en la sentencia por estafa (dado que la falsedad prescribió), considera la impugnante que se desatendió la presunción de inocencia, si se tiene en cuenta que para proferir un simple auto de detención es necesario que obre por lo menos una prueba grave y no la simple acusación infundada que afecta al sindicado y su familia en lo más noble de sus sentimientos y lesiona su honor y dignidad, colocándolo injustamente en la picota pública.

De otra parte, en el proceso no se demostró la existencia de las ruedas *Fisbet* adulteradas, ni la sustitución de las auténticas, tampoco el fraude en el sorteo celebrado en Bochalema, o que alguna persona hubiera declarado en contra del doctor Bitar Ydí.

Aseguran quienes presenciaron el sorteo (Tristán Arbeláez y Gustavo Gómez Ardila) que una vez instaladas las ruedas el locutor invitó al público para que verificara su normal funcionamiento, haciéndolas girar varias veces, y que las cajas donde se guardan tienen doble llave en poder del Auditor y el Secretario General. Así mismo, el animador del espectáculo Luis Enrique Hernández dice que tuvo que mover las ruedas para la presentación de una pareja de baile sin que hubiera detectado algo anormal. Alvaro Barreto vio cómo los funcionarios de la Beneficencia abrían las cajas que contenían las ruedas minutos antes del sorteo, eran las ruedas de color azul que siempre se habían utilizado, y él mismo las accionó para comprobar su cabal funcionamiento sin que hubiera percibido la más mínima irregularidad, no solamente ese día sino durante todo el tiempo que ha estado cumpliendo la labor de locutor del sorteo. Estas declaraciones despejan cualquier duda sobre la pulcritud del trámite administrativo.

La actuación del juez que le otorgó credibilidad al montaje de Elías Jaimes Castillo y su falso testigo José Ramírez Chaverra le ha causado al procesado Bitar Ydí un grave daño que hubiera podido evitarse si se adelanta la investigación dentro de los lineamientos jurídicos; pues resultó que no se demostró el manejo electrónico de las ruedas, y antes los técnicos especializados que estuvieron en la diligencia de inspección descartaron esa posibilidad. Tampoco se demostró que hubieran sido cambiadas, y en su lugar, las fotografías del sorteo que examinó Medicina Legal acreditan que son las mismas de anteriores sorteos.

El Fiscal del Tribunal de Cúcuta asegura que al procesado Santos Flórez ninguna prueba lo incrimina de haber manipulado alguno de los controles remotos "por la simple razón a que en el proceso no existe prueba acerca de la existencia real de las ruedas adulteradas y, esta misma consideración nos va a servir para valorar al analizar los artificios o las maniobras engañosas que configuran el delito de estafa", de modo que no existiendo el objeto manipulable, carece de sentido la discusión sobre el control remoto, y ello tan solo puede llevar a una conclusión lógica, y es



que ni existió ni se demostró el fraude anunciado. Es más, si las ruedas hubiesen estado arregladas para obtener un determinado resultado, los cinco premios secos jugados con antelación esa noche tendrían el mismo número del mayor y eso no ocurrió.

"La anterior reseña del proceso -agrega-, nos lleva a demostrar que el señor Juez Instructor, y luego los jueces que lo precedieron (sic) con base en una prueba indiciaria, que era la declaración de Elías Jaimes Castillo, la presión radial del periodista Carlos Pérez Angel, y en principio la presunta confirmación de José Ramírez Chaverra, llevaron al juez, a dar por demostrados hechos indicadores que no lo estaban tergiversando aquellos y, por tanto prestándole cualquier validez a su construcción lógica o, en otras palabras haber hecho un análisis real de la prueba indiciaria con base a hechos y argumentos probados por la prueba técnica".

Y continúa: "presenté un análisis de las pruebas recaudadas, y el rechazo total que los funcionarios instructores y falladores hicieron de la prueba técnica, y como estos funcionarios construyeron y elaboraron con base a indicios los hechos indicadores y desconocieron los que apuntaban a reconocer las especiales circunstancias en que se movieron los autores de esta trama, con la complicidad del juez inicialmente Instructor, Dr. Víctor Bohórquez..., quien como está demostrado en autos, tomó la versión de Elías Jaimes Castillo en la oficina de éste y no en su despacho".

Luego, y dentro del mismo cargo afirma que si no se reconocieron en ninguna de las instancias los requisitos de ley se debió a "una evidente violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación y valoración del acervo, debido a la manipulación y tergiversación de que fue objeto por parte del Juez Instructor, actitud que fue confirmada por la Juez de conocimiento, y por los jueces colegiados al proferir la sentencia".

En cuando dice la sentencia que César Maldonado Prato desmintió la versión de Bitar Yidi por haber asegurado que él no compró el billete ganador, ni le otorgó poder para cobrar el premio, se tuvo en cuenta un testimonio irregularmente recaudado, pues el Cónsul de Colombia en San Antonio de Táchira (Venezuela) lo único que hizo fue autenticar la firma del funcionario de la P.T.J. que escuchó dicha declaración, lo que le resta validez a su contenido. Además, los sentenciadores no tuvieron en cuenta el testimonio del lotero Ciro Alfonso Fernández que asegura haber vendido el billete ganador a un hombre cuyas características morfológicas curiosamente coinciden con las de Maldonado Prato.

A renglón seguido insiste en que acudió a la vía del error de hecho para denunciar las protuberantes fallas de la sentencia de segunda instancia, pues no existe una sola prueba que acredite el fraude de la lotería o que los "chancros" hubieran tenido que pagar un solo peso, como lo reconoce la Sala de Conjuces al modificar el numeral sexto del fallo recu-

ruido, y pide que de acogerse el primer cargo, "la sentencia habrá de casarse totalmente decretando la nulidad y dictando aquella en que se decreta la prescripción". Y en caso que prospere el segundo cargo, "la sentencia habrá de casarse totalmente y exonerar de responsabilidad total a mi cliente por no existir pruebas de su responsabilidad".

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En criterio del Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la inconducencia del primer cargo y la indescifrable mixtura del segundo conllevan el fracaso de la demanda, de modo que sugiere no casar la sentencia impugnada.

La alegación de prescripción se funda en que la ejecutoria del auto de proceder tuvo ocurrencia el 6 de agosto de 1987, por no haber recurrido esa decisión el procesado ni quien entonces lo apoderaba, de conformidad con los lineamientos del Decreto 409 de 1971 que se debe aplicar por favorabilidad.

Pero es necesario precisar que al momento de la apertura de la investigación (6 de agosto de 1985) estaba vigente el mencionado estatuto, y el se hizo extensivo por mandato del artículo 677 del Decreto 050 de 1987 a todo el proceso, pues al regular lo concerniente al tránsito legislativo estableció que el anterior procedimiento se continuaría aplicando a los procesos con "auto de cierre de investigación ejecutoriado", condición que en este caso se cumplió el 5 de junio de 1987, esto es, días antes de la vigencia del nuevo Código.

Así las cosas, no era necesario aducir la aplicación ulterior de la norma si se tiene en cuenta su vigencia para la fecha en que se surtió la aludida actuación, entrando a transcribir la Delegada apartes de lo expresado por la Sala de Casación en providencia del 15 de abril de 1993 con ponencia de este despacho.

Pero es más: aun en vigencia del artículo 209 del Estatuto de 1971, tampoco era posible que el auto de llamamiento a juicio proferido en contra Bitar Yidi hubiese quedado ejecutoriado tres días después de notificado por el solo hecho de no haber interpuesto este procesado recurso alguno, pues el no existir en la norma referencia específica a la pluralidad de sujetos, no autoriza agregados interpretativos que permitan llegar a la conclusión de la impugnante, "pues, claro resulta que una vez interpuesto el recurso de apelación por algunos de los restantes vinculados, mal podría operar una especie de ejecutoria parcial no regulada en el precepto, en relación con quien no desplegó esa actividad de ataque; por lo tanto, el proveído calificadorio quedó ejecutoriado una vez que el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial resolvió el recurso impetrado". Cualquier interpretación en sentido contrario llevaría a desconocer que en vigencia de ese régimen procedimental el superior podía resolver sin las limitaciones que hoy tiene.

La ejecutoria parcial del llamamiento a juicio implicaría que la etapa subsiguiente (la causal) se habría podido tramitar en forma individual, como si se tratara de una ruptura de la unidad procesal para el no apelante, circunstancia que no aparece regulada ni en el anterior ni en el actual procedimiento. Es más, pese a los continuos cambios legislativos, la tesis de la Corte en torno a la ejecutoria de las providencias se han mantenido en lo esencial, por eso basta recordar la sentencia del 13 de octubre de 1994 (también con ponencia de este despacho), para concluir que aun hoy subsiste la potestad sancionatoria del Estado, dado que el mecanismo prescriptivo todavía no ha operado en el presente caso.

*El segundo cargo de la demanda, para la Delegada, adolece de insalvables falencias técnicas, pues inicialmente acude la libelista a la causal tercera de casación "con marcado desconocimiento de los imperativos básicos que rigen en esta sede extraordinaria en punto de la vía de ataque escogida", para luego suscitar una nueva controversia en torno a la apreciación probatoria que es del ámbito de la causal primera -cuerpo segundo, olvidando que, si bien es cierto, hoy existe la posibilidad de plantear cargos excluyentes dentro de una misma demanda, también lo es que debe hacerse en forma independiente y no como aquí se presentan; pues resulta ilógico que al interior de una misma censura se aleguen simultáneamente vicios in procedendo y a la vez errores in iudicando, ya que su propuesta y comprobación difiere notablemente; así, en los primeros se debe demostrar la violación de garantías fundamentales o el resquebrajamiento de la estructura básica del proceso, mientras en los segundos es la vulneración de preceptos sustanciales lo que configura el error de hecho alegado.*

Así pues, la transgresión de uno de los principios fundamentales del recurso -el de no contradicción-, le impide a la Corte optar por alguna de las disímiles propuestas.

No obstante, la Delegada se adentra en el contenido de la alegación para destacar la falta de comprobación de las propuestas irregularidades, toda vez que la censura se limita a hacer una serie de imputaciones en contra de los funcionarios que intervinieron en la investigación y el juzgamiento sin precisar la forma en que su parcialidad se proyectó en el debido proceso: "el recurrente antes que ocuparse de dicha transgresión, la que en verdad no se da, toda vez que en el devenir de la actuación se investigaron en lo posible aquellos aspectos que denotaban trascendencia favorable o desfavorable a los intereses del procesado, se dedicó a contravenir las inferencias del fallo, como si la vía de impugnación planteada en un comienzo -causal tercera-, le permitiese revivir en sede de casación un nuevo debate probatorio, superado ampliamente en el devenir de las instancias".

Sin mayores esfuerzos el expediente permite colegir que la vinculación de Dilar Yidi al proceso tuvo un origen distinto del señalado en la deman-

da, ya que la apertura de la investigación se produjo como consecuencia de la denuncia instaurada por Juan José Pita Martínez y el llamado a indagatoria lo hizo el Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal del Juzgado Quinto Superior contra la medida de aseguramiento que afectaba a Ojeda Correa.

Ahora, el giro que le da la casacionista al cargo por nulidad para aducir la causal primera de casación, sin precisar la modalidad del error de hecho que quiere plantear y sin individualizar las normas presuntamente infringidas, constituye un insuperable grado de incertidumbre y demuestra la forma sesgada en que analiza "desde su personal punto de vista los elementos de persuasión y el acopio indiciario que sirvió de base al fallo de condena, y a pesar de advertir que su alegato no corresponde a uno de instancia (fol. 119 c. del Tribunal) en razón a su distanciamiento manifiesto de las directrices de este recurso, es indudable que tan solo se identifica como uno de ellos, pues, pretendiendo anteponer a toda costa sus propias deducciones, deja entrever que todo su interés radica en que se reconozca que los hechos sucedieron contrariamente a como lo declaró probado el sentenciador, desconociendo con ello que la sentencia se encuentra amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, y que al haber escogido como vía simultánea de ataque la del error de hecho, le era imperativo no anteponer su criterio probatorio al del *ad quem*, sino demostrar los yerros de identidad que en principio al parecer esboza".

Finalmente evoca apartes del fallo del 30 de mayo de 1996 en el que, según dice, con ponencia del Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll la Corte acoge el criterio expresado por esa Delegada sobre la controversia que en casación suscita la apreciación probatoria de indicios.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Según ha quedado visto, los hechos materia de este proceso tuvieron ocurrencia hacia el año de 1985, al detectarse irregularidades surgidas en el sorteo 1113 de la Lotería de Cúcuta verificado el día 31 de julio.

Si, como al mismo tiempo viene de advertirse, la calificación del mérito sumarial se dio mediante auto de llamamiento a juicio de julio 27 de 1987, ratificado en la segunda instancia por providencia del 10 de mayo de 1989, es claro que el término extintivo se interrumpió mucho antes de que se aproximara la prescripción de la acción penal, pues entre la ocurrencia del hecho y el enjuiciamiento no había transcurrido el lapso indicado en el artículo 80 del Código Penal.

Ahora bien: sabido es que una vez en firme el auto de proceder o su equivalente (artículo 84 del Código Penal), el término de extinción de la acción se interrumpe, sin que de allí en adelante sea necesario superar más allá de la mitad del indicado en el ya visto artículo 80 para que la prescripción se haga operante, lo que equivale para el caso del delito de

estafa que en estas diligencias se imputa -artículo 356 del Código Penal-, al transcurso de siete años y medio, sin que la actuación culmine.

Frente a esta realidad propone la libelista que la prescripción de la acción penal para el impugnante señor Bitar Yidi se dio porque en su caso la acusación cobró ejecutoria el 8 de agosto de 1987 y no el 10 de mayo de 1989, argumentando que por no haber recurrido ese auto en alzada, mal podía el superior modificarlo, lo que implicaba su firmeza desde antes del pronunciamiento de segunda instancia, según entiende lo confirma la ley procesal penal vigente a la fecha de los hechos, aplicable por favorabilidad.

Halla la Sala, sin embargo, que un planteamiento de tal naturaleza resulta enteramente desacertado, pues con independencia de la legislación procesal penal que se invoque, ninguno de los estatutos procesales vigentes desde la ocurrencia del hecho hasta el momento de esta decisión llegó a prever la posibilidad de una ejecutoria fraccionada de las providencias judiciales, ni mucho menos el evento de que al interior de un mismo proceso y sin que opere la ruptura de la unidad procesal, se puedan ir adelantando varias causas.

En efecto, basta mirar la redacción de los artículos 182 (modificado por el 19 del Decreto 1853 de 1985), 187, 209, 487 y 498 del Decreto 409 de 1971, que regulaban entonces las notificaciones del auto de proceder, su ejecutoria, el momento de conclusión del sumario y el de iniciación del juicio, para entender que las impugnaciones contra esta providencia solo podían interponerse en el momento de la notificación o dentro de los tres días siguientes al último acto de enteramiento de la providencia, lapso de ejecutoria a la vez común para sustentación de la alzada. E interpuesto este recurso contra la acusación, por cualquiera de los intervinientes procesales -artículo 486 *ibidem*-, las únicas decisiones a ejecutar sin condicionamiento a la instancia, serían las relativas a la detención y las medidas preventivas contenidas en la misma providencia, lo que implica la supeditación del rito a las resoluciones de la segunda instancia.

De ese modo no puede sostenerse que en el Decreto 050 de 1987 que entró a regir el 1o. de julio de ese mismo año la situación variase, pues los artículos 196, 197 (modificado luego por el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989), y 487 fueron todavía más explícitos para orientar hacia la misma conclusión que hoy todavía ratifican en su orden los artículos 196, 197 y 444 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), particularmente en cuanto en cada uno de estos estatutos invariablemente se advierte que la ejecutoria se alcanza transcurridos tres días luego de la última notificación, pero siempre y cuando no se hayan interpuesto recursos contra la respectiva providencia.

Y no se diga que la tesis de la defensa se arraiga en la redacción del artículo 196 del Decreto 409 de 1971, porque en ella se decía que la alza-



da podía interponerse en el momento de la notificación del respectivo auto o por escrito dentro de los tres días siguientes, mientras que en los Decretos 050 de 1987 y 2700 de 1991 el texto resultó más explícito al contar ese plazo "a partir de la última notificación", porque a falta de mayor claridad en aquel texto, ya la jurisprudencia había orientado hacia la misma conclusión al precisar que siendo varios los intervinientes procesales, cualquier pronunciamiento sobre un recurso interpuesto por solo uno o algunos de ellos debía hacerse en "una sola providencia" y "una vez que se haya terminado la notificación", (cfr. providencia de octubre 19 de 1982, Magistrado Ponente Dr. Luis Enrique Romero Soló). lo que de modo fácil deja entrever que ni la situación reglada realmente difería, ni en algún momento de las distintas legislaciones procesales consecutivas dejó de ser el trámite de la calificación sumarial y el juicio uno solo, en tanto no rompiera la unidad procesal, y ello conduce a que para todos y cada uno de los implicados sea uno mismo el momento de la ejecutoria de la decisión encausatoria, así no todos la hubiesen recurrido.

De una sana hermenéutica de las disposiciones que se citan, surge inequívoco que solo al pronunciarse el Tribunal sobre la confirmación del auto de proceder, quedó esa providencia en firme, y como ese hito procesal se dio el diez (10) de mayo de 1989, surge evidente que el término de extinción de la acción no ha transcurrido (artículos 356 y 84 del Código Penal), y ello, además de hacer inoperante la nulidad pedida, también posibilita un pronunciamiento actual sobre este asunto.

No está de más en el mismo sentido precisar, que ni siquiera acierta la recurrente al invocar el principio de favorabilidad para la solución del caso, porque al margen de una discusión sobre benignidad de alguno de los consecutivos ordenamientos procesales, es de advertir que cuando entró en vigencia el Decreto 050 de 1987 (julio 1o. de ese año), ya la investigación se había clausurado, y ello hacía operante -como lo pone en evidencia la Procuraduría- el artículo 677 del nuevo ordenamiento, que extendió la vigencia de las reglas del Decreto 409 de 1971 para aquellos casos como el presente, en que los procesos tuvieron "auto de cierre de investigación ejecutoriado".

2.- La segunda censura que ofrece la demanda en contra del fallo del Tribunal apunta también a la anulación del trámite cumplido. Pero como esta vez incurre la libelista en protuberantes contradicciones que hacen intolerable una respuesta coherente, bastará resaltar tan defectuoso planteamiento para dar por imprósperas sus pretensiones.

La primera proposición del cargo presupone que se incurrió en irregularidades sustanciales con violación del debido proceso, porque el instructor no fue garante de la imparcialidad debida. Pero a pesar de que la fundamentación se inicia tachando de irregular la recepción de la denuncia no en el Despacho del funcionario sino en el domicilio de uno de los



ofendidos, antes que ilustrar sobre la trascendencia del vicio o de indicar de qué momento en adelante tendría que operar la invalidación del rito, la alegación varía a la proposición de errores de hecho y de derecho, cuya ocurrencia supone una sentencia de sustitución, incompatible en un proceso que se decía nulo.

Desde este solo aspecto el cargo se transforma en írrito por descuidar que ante el principio de limitación -que es invariable regla en el recurso extraordinario-, no le es posible a la Corte corregir los términos excluyentes del libelo, ni mucho menos seleccionar de varias alternativas contrapuestas, aquella que a su arbitrio o gusto se acomode, siendo de la exclusiva iniciativa y cargo del censor la formulación, sustentación y prueba de la causal que aduzca.

Si era el querer de la actora proponer la nulidad, pero además recurrir a la causal primera, se lo hacía ineludible hacerlo en cargos y capítulos aparte como de tal manera lo imponía el artículo 225 *in fine* del Código de Procedimiento Penal, a fin de no entremezclar causales, motivos ni soluciones excluyentes, que por el hecho de serlo, tornan de imposible solución su planteamiento.

Sumado a lo anterior se tiene que al fundar la nulidad en la supuesta parcialidad del instructor, el vicio apenas genéricamente se enuncia, sin precaver que de haber sido verdad tenía su solución mediante el incidente de recusación como vía más expedita y adecuada; pero que en su defecto, aquella falta de neutralidad tenía que redundar en hechos objetivos y perjudiciales y no quedarse en el solo enunciado de una sospecha, carente de trascendencia frente a los derechos del procesado y el equilibrio entre las partes, o a la estructura vertebral que caracteriza el debido proceso.

Y si a la causal primera se refiere, la alegación acusa un tan desordenado enunciado y crítica de las probanzas, que simplemente alude a una violación indirecta de la ley, pero sin precisar cuál fue el precepto o preceptos transgredidos, ni permitir que ellos se infieran en cuanto indistintamente las críticas apuntan a la prueba de responsabilidad como a la de atipicidad de la conducta.

Es más: cuando en una primera parte se citan los testimonios de Elías Jaimes Castillo y José Ramírez, se hace para acusar su parcialidad, pero sin indicar de qué manera sus dichos perjudican al procesado recurrente; y cuando a éste el libelo se refiere, es para sostener que la incriminación que lo señala le ha causado un gran perjuicio, lo que en nada concreta la ocurrencia de errores de hecho o de derecho.

Posteriormente se afirma que el engaño no logró probarse porque los asistentes al sorteo no vislumbraron de qué manera pudieron manejarse las ruedas empleadas, sin que, de nuevo, se llegue a precisar el momento

o los medios sobre los cuales pudo recaer un falso juicio de identidad o de existencia, volviendo a criticar la intervención del juez que instruyó el proceso, como si la atacada no fuese la sentencia del Tribunal y sí actuaciones precedentes.

Por último, con referencia a la versión rendida en el exterior por César Maldonado, se afirma que el error del fallador fue de derecho en cuanto el testimonio fue equivocadamente recibido, pero tampoco en este caso se deja conocer cuál fue la norma o normas que se desestimaron o fueron equivocadamente aplicadas, como tampoco se indica la trascendencia de esta declaración en el sentido del fallo recurrido.

En síntesis, además de confuso y de contradictorio, el cargo que se analiza es incompleto al punto de no desarrollar con coherencia alguna ni de manera mínima y lógica una censura que pueda ser de fondo analizada, lo que conlleva a su improsperidad en esta sede.

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

#### RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada por la defensora del acusado Nicolás Francisco Bitar Ydí.

Cópiase, devuélvase y cúmplase.

*Juan Manuel Torres Presneda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pírez Velazúta, Nilson Pinilla Pinilla.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **NULIDAD / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / DEBIDO PROCESO**

*La formulación de cargos con base en la causal tercera, no es libre ni caprichosa. Igual que acontece con las otras razones de casación, cuando se acude a ella se está en el deber de fundamentar y demostrar el respectivo cargo. Y, desde luego, existe la obligación de comprobar de qué manera el vicio es trascendental, esto es que, efectivamente, afecta garantías o desconoce las bases sustanciales de la instrucción o el juzgamiento.*

*Sobre el ámbito dentro del cual opera la causal primera de casación cuando se alega la infracción directa de la ley, debe decirse que el cuestionamiento debió apuntar al motivo consagrado en la CAUSAL 3ª de CASACION, por violación del debido proceso, toda vez que el error alegado entraña una equivocada calificación jurídica de la infracción como quiera que se seleccionó la conducta prevista en el título XIII Capítulo Primero del C.P. y no alguna de las indicadas en el capítulo Segundo del mismo título.*

*Ese error, que como se sabe es un típico error de selección, recibe sanción de nulidad por la circunstancia de que la sentencia, a efectos de conservar su congruencia, debe resolver la imputación dentro del marco jurídico que le señalan la ley y el enjuiciamiento. En consecuencia, irónicamente invalidando la acusación y reemplazándola por una que imputara hecho punible de lesiones, era posible profetizar fallo por dicha ilicitud.*

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

Magistrado Ponente Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 148 (16-10-96)

Proceso No. 9755

El artículo 412 del C.P.P., señala que la resolución de acusación debe contener la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del C.P. y el artículo 220.2 establece como motivo de CASACION la inconsonancia del fallo con los cargos formulados en la resolución de acusación.

## VISOS

Mediante sentencia calendarada el veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), el Juzgado 5º. Penal del Circuito de Florencia, Caquetá, condenó a Aníbal Sterling Vargas como autor responsable de los delitos de tentativa de homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado en la persona de Leonardo Martínez Uribe a la pena principal de cien (100) meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, imponiéndole además la correspondiente condena al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción que se usó en 100 gramos oro por el homicidio tentado y \$880.000,00 por el hurto. Esta determinación fue impugnada por el defensor de Sterling y el Tribunal, al desatar la alzada, la confirmó integralmente. Contra la sentencia de esa Corporación se interpuso el recurso de casación que, cumplido el trámite de ley, ahora se desata.

## HECHOS

En la madrugada del cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y dos (1992), en la cancha de tejo de las residencias "Sinaruco" de la localidad de Florencia, se desarrolló una partida de ese juego en el que de una parte competía Leonardo Martínez Uribe y de la otra Samuel Quiroga Cuéllar, acordándose como apuesta la suma de cincuenta mil pesos (50.000,00), suma que se le dio al garitero, Aníbal Sterling Vargas, hizo compañía con el primero de los mencionados y aportó veinte mil pesos (\$20.000,00). En desarrollo del encuentro, la apuesta se aumentó en veinte mil pesos (20.000,00). Terminó como vencedor Martínez Uribe. Y, transcurrido algún tiempo, Sterling requirió al ganador para que le devolviera el dinero que había perdido y éste optó por regalarle diez mil pesos (\$10.000,00), pero cuando intentó sacarlos recibió una puñalada en su brazo derecho, logrando defenderse de otra que el aquí condenado también le lanzó. Huyó, pero fue perseguido por el agresor y, alcanzado, fue víctima de otras graves heridas, hasta quedar tendido en el suelo, sin fuerzas, circunstancia aprovechada por el victimario para despojarlo de ochenta mil pesos (\$0.000,00) y huir de inmediato.

## ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en la actuación adelantada por la Stjin, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia dispuso la iniciación de diligencias preliminares a partir de las cuales ordenó formal apertura de instrucción.

Posteriormente y en razón a la naturaleza del delito se ordenó remitir la actuación a la Fiscalía, la cual luego de avocar el conocimiento, vinculó mediante declaratoria de persona ausente a Aníbal Sterling Vargas a quien le resolvió situación jurídica con detención preventiva por los delitos de tentativa de homicidio en concurso con hurto calificado y agravado.

Llegado el momento procesal oportuno, se declaró cerrada la etapa instructiva y al calificar el mérito del sumario la Fiscalía Tercera de Florencia dictó resolución de acusación en contra de Anibal Sterling Vargas como autor de los delitos de tentativa de homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

En la etapa del juicio el Juzgado Octavo Penal del Circuito declaró la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, pues en su criterio no se tipificaba el delito de tentativa de homicidio sino el de lesiones personales, decisión que fue apelada por el Fiscal siendo revocada integralmente por el Tribunal.

En virtud del impedimento manifestado por la juez del conocimiento el juzgado Quinto Penal del Circuito continuó con el trámite y fijó fecha para audiencia pública, surtida la cual profirió sentencia condenatoria, que apelada por el defensor del procesado fue confirmada en su integridad por el Tribunal.

#### LA DEMANDA

##### *Causal primera*

Se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323 y 324, numerales 2 y 7, en armonía con el artículo 22 del Código Penal ya que los hechos probados por el sentenciador descartaban la existencia de una tentativa de homicidio agravada, configurándose en cambio un hipotético delito de lesiones personales (art. 333, inciso 2º. del C.P.).

Se sostiene que la riña se originó no porque el condenado hubiera perdido la apuesta, sino porque Marlínez Uribe le propinó un pincapié en parte noble. Además, la tentativa para que cobre eficacia requiere que el agente dé inicio a la ejecución del hecho, mediante la realización de los actos necesarios y que finalmente aquel no se logre por circunstancias ajenas a su voluntad. Y, en el presente caso, Sterling Vargas nunca realizó acto inequívoco de querer causar la muerte de su rival y libremente cesó en su intención de causarle heridas, sin que mediara otra razón. Si hubiera querido eliminarlo hubiera persistido en su acción, resultándole, "teóricamente fácil lograr su cometido".

Se aduce también que el Tribunal incurrió en errónea apreciación de la única prueba (la versión de Marlínez Uribe) en que se afirmó el fallo de responsabilidad.

Ha de concluirse, según el censor, que se está ante unas lesiones personales y que existió aplicación indebida de la ley.

*Causal tercera*

Con fundamento en el numeral 3º. del artículo 220 del C.P., se demanda la declaratoria de nulidad por la negación injusta de las pruebas pedidas por la defensa. A continuación se afirma que desde el comienzo de la investigación se mencionó a José Ricardo Muñoz, alias "Richard" como la persona que lesionó a Martínez Uribe, siendo de importancia suma la recepción de este testimonio a efectos de esclarecer debidamente los hechos, y no obstante haber sido solicitada la prueba, fue negada por improcedencia. Sostiene el censor que era indudable lo fundamental de la probanza, pues con ella se habría establecido, "sin equívocos: Cómo y quién fue la persona iniciadora de la riña, sus motivos, quién fue la persona que lesionó a Martínez Uribe, por qué se desistió de terminar con la vida, qué factores influyeron, qué comentarios le hizo, si fue verdad que él esperó al procesado".

Y agrega que en la búsqueda de la verdad material el Juez debe recurrir a todos los medios procesales para lograr dicho fin, pues de lo contrario se estaría cambiando el principio de presunción de inocencia por el de culpabilidad, inaplicable en los estados de derecho.

No es suficiente -prosigue el actor- con vincular a una persona a la investigación mediante indagatoria, sino que se requiere, so pena de anulación del proceso en determinados casos -art. 29 de la Constitución Política, constatar las citas que en el transcurso de la investigación se presenten para clarificar los hechos.

Se asegura, entonces, que se vulneró el derecho de defensa, finalizando el libelo con la solicitud de que se case la sentencia recurrida.

**CONCEPTO DEL PROCURADOR Y SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL**

En cuanto al único cargo formulado con base en la causal tercera, señala que el mismo presenta fallas técnicas, tales como no demostrar el carácter sustancial de la nulidad y la consecuencia de ello, o el desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento (art. 308-2 C.P.P.).

Entra luego la Delegada a transcribir los apartes pertinentes de las dos declaraciones de Jardín Triana Mesías Díaz, única persona que nombra a José Ricardo Muñoz, para concluir que la referencia que de éste hizo aquél fue solo en el sentido de que podía tener conocimiento del paradero de Sterling Vargas.

De otra parte, el argumento del censor acerca de la capacidad probatoria de la declaración de "Richard", no tiene fundamento por cuanto éste no estuvo en el teatro de los acontecimientos.



El cargo debe rechazarse.

Y, en cuanto al cargo formulado con base en la causal primera, por violación directa de la ley sustancial, incurre el casacionista en falla técnica al partir del presupuesto de que las conclusiones del Tribunal son equivocadas, pues como es bien sabido cuando se alega aquel tipo de vulneración se hace imperativo para el recurrente aceptar los hechos y las pruebas tal y como fueron plasmados en la sentencia.

Pretende el recurrente anteponer sus conclusiones a las dadas por el Tribunal respecto al móvil delictivo y frente a la versión de la víctima. De otro lado, el censor no hace ningún esfuerzo por demostrar que Sterling Vargas no tuvo la intención de matar a su rival y que por ello fue que cesó en su ataque a Martínez Uribe, limitándose a afirmarlos y desconociendo que el Tribunal sí señaló cuáles eran las circunstancias ajenas que impidieron la consumación del homicidio.

En tales condiciones el cargo no debe prosperar.

#### LA CORTE

1.- Se dará respuesta, primeramente, al cargo referido a la nulidad porque como reiterativamente lo ha señalado esta Corporación su prosperidad haría inane el análisis de las demás censuras ya que se derrumbaría la sentencia que es, precisamente, el objeto del recurso extraordinario de casación.

La formulación de cargos con base en la causal tercera, no es libre ni caprichosa. Igual que acontece con las otras razones de casación, cuando se acude a ella se está en el deber de fundamentar y demostrar el respectivo cargo. Y, desde luego, existe la obligación de comprobar de qué manera el vicio es trascendental, esto es que, efectivamente, afecta garantías o desconoce las bases sustanciales de la instrucción o el juzgamiento.

En el evento *sub examine* el actor no solo no comprueba nada, sino que, yendo contra la realidad procesal, caprichosamente asegura que a José Ricardo Núñez se le incriminó como responsable de las lesiones padecidas por Martínez Uribe, y que con su testimonio se habrían logrado establecer, sin equívocos, todas las circunstancias que desencadenaron los hechos y el desenvolvimiento de estos mismos, inclusive la razón del desistimiento de la acción de terminar con la vida de la víctima del ilícito.

El censor no cumplió con su deber de precisar cuáles las pruebas con las que demostraba sus asertos sobre la importancia real de la probanza que echa de menos. Y la Corte -igualmente la Delegada- con el estudio del proceso, encuentra cosa bien distinta. No es cierto que a José Ricardo Muñoz lo mencionen todos los testigos que desfilan por el expediente, pues que la única persona que lo nombra es Jardín Triana Mesías y ésta, en su primera declaración, al respecto dijo:

*"Yo lo que quiero es dar con el paradero de la persona que hirió al agente Martínez Uribe Leonardo, por lo tanto hay un compañero del agresor que debe saber dónde está o para dónde salió el que hirió al agente de policía: mejor dicho ya había visto al señor Juvenal Sterling, quien se cree que fue el agresor en compañía del señor que lo llaman Richar, el señor Richar, dónde puede estar o se puede localizar a Juvenal, que se cree que fue el agresor porque ellos siempre andaban juntos" (fl. 94).*

Y, cuando declaró por segunda ocasión, expuso:

*"Yo siempre lo he visto con un muchacho Richar refiriéndose a Sterling Vargas- en el momento que entré no lo miré, dicen que estaba allí, eso me dijo un muchacho que llama Gonzaga Vargas". (fl. 27).*

No solo se aparta de la verdad el demandante cuando dice que todos aún en el proceso hacen referencia a José Ricardo Muñoz, sino que tergiversa el sentido de la prueba, pues cuando ésta solo refiere que Gonzaga Vargas puede informar sobre el paradero del condenado, por ser su amigo el actor erróneamente desprende de allí el carácter de prueba de cargo en el sentido de que el autor del ataque a Martínez Uribe fue Gonzaga V.

Ahora bien: el mismo Luis Gonzaga Vargas Ardila manifiesta que él no se encontraba en el teatro de los acontecimientos, por cuanto para cuando éstos sucedieron, "ya me había ido". "El -Martínez Uribe- quedó jugando con Samuel Quiroga y el otro muchacho que se llama Anibal Sterling quedó sentado ahí e (sic) unos asientos que hay dentro de la cancha, quedó mirándolos jugar, Anibal también estaba tomado, Leonardo y Samuel tomaban."

Nadie ha dicho tampoco que José Ricardo Muñoz, hubiera estado presente para el momento de la ocurrencia de los hechos. Y de ahí que -así lo concebía igualmente el Ministerio Público- razón le asistió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito al denegar la práctica de la prueba que ahora el impugnante eleva ha atentado contra el derecho de defensa, alegando lo ya indicado y la imposibilidad de aportar algo importante para la investigación y recordando, además, que su citación lo fue solo para que reportara el paradero del procesado Anibal Sterling Vargas. Recuérdese, para abundar, que el auto que negó la práctica de la prueba, no fue apelado por el defensor, con lo que estaba manifestando su conformidad con la decisión asumida.

Falla, pues, por todos sus diversos enfoques el censor. El testigo Muñoz ni es citado por todos los declarantes, ni se le presenta como posible autor de las heridas, ni estuvo en el lugar de los hechos, ni puede de alguna manera aportar datos de importancia al proceso y menos como para variar la responsabilidad que la sentencia ubicó en cabeza de Sterling Vargas. Impetrar, entonces, la nulidad por la no práctica de una declaración de trascendencia sesgada y relativa en cuanto acreditaría el paradero del

procesado, constituye solo una utopía de la defensa, a la par que enorme desacierto. No se aprecia pues el agravio, razón de ser del recurso.

2.- Con base en la causal primera, como se recordará, el censor manifiesta que el ataque lo va a formular por violación directa de la ley sustancial y por aplicación indebida. Pues bien, reiterada y pacíficamente se ha sostenido que cuando se desarrolla un debate probatorio que se pretende que la Corte también asuma, no es dable invocar la violación directa, ya que en esta clase de censura las valoraciones fácticas o de los hechos, se respetan tal y como vienen dados por el Tribunal, debiéndose concretar el debate en la faz jurídica del asunto, "ya porque la norma no tiene existencia jurídica, o tiene plena vigencia jurídica pero se la desconoce, o cuando se deja de aplicar el precepto que corresponde porque objetiva o subjetivamente se ignora, no se sabe o no se quiere saber de su existencia (aspecto de la falta de aplicación o exclusión evidente) o porque existe equivocación en el proceso de selección de la norma aplicable al caso en examen por no ser la que lo contempla o subsume. Hay un error de 'diagnosis jurídica'. Se deja de aplicar la norma adecuada para utilizar la que no corresponde al caso juzgado, pero que tiene existencia (aplicación indebida). ... En la interpretación errónea hay simplemente un error de 'sentido' de hermenéutica porque el juzgador acierta en la selección de la norma sustancial aplicable, pero le da un sentido y alcance equivocados, contrarios a la voluntad del legislador..." (M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas, Cas., septiembre 26/89).

Así las cosas, erró de entrada el casacionista ya que empezó discutiendo la cuestión probatoria y de ahí que sostenga que los hechos no tuvieron origen en la circunstancia de que el condenado hubiera perdido la apuesta de marras, sino en el puntapié que en las partes nobles le propinó Martínez Uribe a Sterling Vargas.

Pero al margen de esta observación sobre el ámbito dentro del cual opera la causal primera de casación cuando se alega la infracción directa de la ley, debe decirse que el cuestionamiento debió apuntar al motivo consagrado en la CAUSAL 3ª de CASACION, por violación del debido proceso, toda vez que el error alegado entraña una equivocada calificación jurídica de la infracción como quiera que se seleccionó la conducta prevista en el título XIII Capítulo Primero del C.P. y no alguna de las indicadas en el capítulo Segundo del mismo título.

Ese error, que como se sabe es un típico error de selección, recibe sanción de nulidad por la circunstancia de que la sentencia, a efectos de conservar su congruencia, debe resolver la imputación dentro del marco jurídico que le señalan la ley y el enjuiciamiento<sup>1</sup>. En consecuencia, íni-

1 El artículo 142 del C.P.P., señala que la resolución de acusación debe contener la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del C. P. y el artículo 220.2 establece como motivo de CASACION la incoherencia del fallo con los cargos formulados en la resolución de acusación.

camente invalidando la acusación y reemplazándola por una que imputara hecho punible de lesiones, era posible proferir fallo por dicha ilicitud.

Ahora bien, como es deber de la Corte declarar de oficio las nulidades que encuentre, al asumir en casación el análisis del proceso, examinará la Sala la cuestión planteada a efectos de señalar cómo, tampoco en el fondo asiste razón al recurrente.

En efecto, el actor sostiene que como voluntariamente Sterling Vargas cesó en su actividad agresora, no tuvo la intención de matar a Martínez Uribe, y ello hace que no pueda predicarse la existencia de tentativa de homicidio por no aparecer que se hubiera desistido de la consumación de este ilícito por "circunstancias ajenas a la voluntad del agente".

A este interrogante respondió el Tribunal así:

"Se pregunta el jurista apolante: ¿cuáles son las circunstancias ajenas que pudieron impedir la consumación del homicidio?, la presencia de la gente próxima al lugar donde cae Martínez Uribe (fs. 33 y 34), que con sus gritos y movimientos precipitaron la huida de Aníbal, comportamiento que lo determinó a interrumpir la agresión. La creencia que estaba muerto por su lamentable estado".

Desde luego que a la defensa no puede bastarle -como sucede en este caso- con decir que mal puede existir tentativa de homicidio porque el victimario, libremente, dejó de causarle heridas a la víctima. Eso de libre, voluntariamente, tiene que ser de manera cabal demostrado, porque de lo contrario se caería en los extremos que de alguna manera propugna la tesis del censor de que debe entenderse que mientras la muerte no se produzca fue porque, sin motivación extraña, se desistió de este delito. Y, para el caso, a un aserto de este tenor se opone lo real de la presencia de gente con cercanía al lugar donde cayó Martínez y la gravedad de las heridas ocasionadas que sin duda permiten afirmar que era la muerte de aquél lo que Sterling quería, para lo cual desarrolló todos los actos propios, sin que el hecho descrito se produjera, exactamente, por causas ajenas a la voluntad del victimario.

Quiere la Corte transcribir el aparte de la sentencia que refiere el testimonio de Martínez Uribe, así:

"En las varias exposiciones dadas por el ofendido Leonardo Martínez Uribe, manifiesta que acabado de jugar el chico de tejo del cual él salió vencedor, por parte del canchero le fue entregado el dinero que había apostado con su contrincante, inclusive los veinte mil pesos que perdió uno de los dos sujetos que solamente habían quedado en la barra, verificando que había recibido en su totalidad los ciento cuarenta mil pesos a que subió el monto del desafío; luego de lo anterior, se retiraron todos e inclusive uno de los que estaban en la barra, el otro o sea el que perdió los veinte mil pesos se quedó y lo llamó hacia los tanques, como no sospecha-

ba nada, aceptó, éste le exigía que le devolviera la citada suma, pese a haber ganado limpiamente resolvió darle diez mil pesos o sea la mitad, sólo para evitar problemas, pero cuando se disponía a sacar la plata fue sorprendido al recibir del citado individuo una lesión en el brazo derecho, en ese instante lo único que se le ocurrió fue salir corriendo esperando que las personas que estaban en el interior del establecimiento intervinieran a su favor pero no fue así, continuó entonces hacia la calle, en una esquina el sujeto lo alcanzó logrando herirlo también en la espalda y el abdomen, se sostenía con las manos las vísceras que se le salían y siguió corriendo hacia la décima, donde por el cansancio y pérdida de sangre se sintió mal, se acostó en la carretera, solicitó la colaboración de unas personas que estaban frente a un negocio y estando en ese estado su agresor le propinó las demás lesiones, unas en la cara y la cabeza, le metió la mano al bolsillo de la camisa de donde sacó unos ochenta mil pesos y huyó".

"Agrega el denunciante...que por el trayecto que lo persiguió, la forma brutal como lo atacó y las partes donde le ocasionó las lesiones, sin atender sus súplicas, considera que el tipo quería matarlo, le sustrajo la plata creyendo que él estaba agonizando y debido también a que las personas que estaban cerca empezaron a gritar". (7, 33 a 35 y 43 a 45).

La considerable gravedad de las lesiones la fijan los dictámenes médicos, los que también confirman las afirmaciones de la víctima sobre las diversas heridas que le fueron propinadas. Todo invita pues a que se esté ante una tentativa de homicidio y así lo reconocieron los sentenciadores en la evaluación probatoria y en su ubicación en el correspondiente dispositivo penal. Por parte alguna entonces aparece el error en la diagnosis jurídica ya que la norma aplicada era la que, sin hesitación, recogía el caso *sub judice*.

Los cargos no prosperan.

Por lo expuesto la CORTE SUPREMA administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Cumplase.

Carlos E. Mejía Escobar, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda, Eduardo Torres Escallón, Conquez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria



## PERITO/ PERJUICIOS/ ACCION CIVIL

1.-Conforme al principio de libertad probatoria los medios de persuasión previstos en la ley no están jerarquizados y si bien es cierto que la pericia psiquiátrica para comprobar el estado de sanidad mental de una persona no es prueba única ni insustituible si es por lo menos más reputable, máxime frente a una multiplicidad testimonial que no es unánime ni concluyente.

2. "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 se 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 o. y o.)

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 contrario 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 admiten el recurso errando 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 indemniza-



*ción 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". (Cfr. casación de julio 30 de 1996. Magistrado Ponente Dr. Ricardo Cárdenas R.)*

*Lo anterior resulta comprensible, porque si bien en el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal se autoriza el ejercicio de la acción civil de resarcimiento al interior del proceso penal que surge del delito causante del daño a indemnizar, jamás por esa circunstancia llega a confundir la ley la naturaleza de una y otra acción, ni mucho menos sus fines, su objeto, sus titulares ni su vigencia, y ello desvirtúa el verdadero interés de los intervinientes procesales en materia de interposición de sus recursos, justificando en el día casación la separada regulación de su ejercicio.*

*Siendo ello así, mal se podría admitir en casación la formulación de cargos penales infundados, solo con el pretexto de quebrantar la limitante de la cuantía en el resarcimiento, en cuanto el monto de los perjuicios aisladamente considerados no otorgue la posibilidad de interponer el recurso extraordinario, pues un evento tal quebrantaría los principios de lealtad e igualdad entre las partes, y desvirtuaría el fin previsto en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal traído a cita, integrando en últimas un verdadero abuso del derecho con desconocimiento del artículo 95-1 de la Constitución Política.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C. veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrados Ponentes: Nilson Pinilla Pinilla y Juan Manuel Torres Freneda*

Aprobado Acta No. 116 (ag. 8/96)

Proceso: 9334

#### Viscos

El 9 de noviembre de 1993 el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, reformó y adicionó la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Funza, condenando al procesado ausente Luis Orlando Zambrano Parra, a la pena principal de trece (13) años de prisión, como responsable de los delitos de homicidio consumado y homicidio imperfecto, en concurso de hechos punibles; decisión recurrida en casación por su defensor.

## EPISODIO DELICTUOSO

A eso de las ocho de la noche del 18 de noviembre de 1990 se realizaba un bazar en el barrio "La Cumbre" de la población de Mosquera (Cundinamarca), cuando en forma intempestiva se originó una riña en la que se vieron involucrados varios asistentes al festejo, entre los cuales, Luis Orlando Zambrano Parra, quien desenfundando arma de fuego la accionó repetidamente ocasionando heridas a Jesús González Melo y Jorge Luis Beltrán Cortés que significaron la muerte al primero de ellos, y una incapacidad de 45 días para el segundo, con secuelas de carácter permanente por deformidad física, "perturbación funcional del órgano de la locomoción, perturbación funcional del órgano de la excreción urinaria y pérdida funcional del miembro inferior derecho" (fs. 269 del c. principal).

Desde entonces, el inculcado Zambrano Parra desapareció del lugar desconociéndose su paradero, por lo que fue vinculado al proceso como persona ausente designándosele defensor de oficio.

## TRÁMITE PROCESAL

Correspondió al Juzgado 32 de Instrucción Criminal de Bogotá abrir la investigación con base en el acta de levantamiento del cadáver de Jesús González Melo y abundantes testimonios rendidos ante el Comando de la Policía Nacional de Mosquera.

A petición del defensor del sindicado se recibieron diez declaraciones de testigos para establecer que su representado se encontraba en avanzado estado de embriaguez al momento de los hechos, que le impidió comprender la licitud de sus actos o determinarse de acuerdo con esa comprensión y se ordenó el envío de las diligencias a la Sección de Neuropsiquiatría del Instituto de Medicina Legal para una evaluación encaminada a comprobar básicamente si padecía de trastorno mental transitorio por efectos de la ingestión de alcohol, que requiriera tratamiento psiquiátrico.

El psiquiatra forense después de absolver el cuestionario propuesto por la defensa, estimó que no se podía llegar a ninguna conclusión definitiva sobre el estado de salud mental del procesado mientras éste no fuera sometido a detenido y cuidadoso examen, sugiriendo insistir sobre el particular cuando se hubiese logrado la comparecencia de Luis Orlando Parra Zambrano (fs. 241 y ss. *ibidem*).

Clausurada la etapa investigativa, el mencionado Juzgado de Instrucción calificó el 5 de febrero de 1992 el mérito del sumario con reapertura de la investigación por el término de dos meses "a fin de citar a Orlando Zambrano Parra y enviarlo a medicina legal Sección Siquiatria Forense", ordenando cancelar los órdenes de captura que pesaban en su contra;

pronunciamiento apelado por el representante del Ministerio Público y revocado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el suyo de 26 de junio siguiente, profiriendo en su lugar resolución acusatoria contra el ausente Luis Orlando Zambrano Parra, como autor responsable de los delitos de homicidio consumado en Jesús González Melo y homicidio imperfecto en Jorge Luis Beltrán Cortés, disponiendo su captura.

Rituardo el juicio y celebrada audiencia pública sin la presencia del acusado, el 2 de agosto de 1993 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Funza finiquitó la instancia condenándolo a la pena principal de 16 años de prisión, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas "por el mismo término", absteniéndose de condenarlo al pago de los perjuicios materiales y morales causados con las infracciones y reiterando la orden de captura en su contra.

Apelado dicho fallo por la defensa, el Tribunal Superior de este Distrito lo confirmó, mediante el que es objeto del recurso de casación, con las siguientes modificaciones y adiciones: rebajó a trece años de prisión la pena impuesta al responsable y a diez años la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas; aclaró que la abstención de condenar al procesado al pago de daños y perjuicios "tiene relación exclusivamente con el punible de homicidio en la persona de Jesús González Melo" y lo condenó al pago de 150 y 400 gramos oro, o su equivalente en moneda nacional, por concepto de perjuicios morales y materiales, respectivamente, en favor de Jorge Luis Beltrán Cortés o sus herederos, ocasionados con el hecho punible de homicidio imperfecto.

#### DEMANDA DE CASACION

##### Cargo principal

Con fundamento en la causal tercera de casación, se acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad por quebranto del derecho a la defensa del procesado Luis Orlando Zambrano Parra.

Afirma el censor que el Tribunal Superior al revocar la reapertura de la investigación ordenada por el Juzgado 32 de Instrucción Criminal y proferir en contra de su asistido resolución de acusación le desconoció el derecho a la defensa consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, por cuanto impidió la práctica de las pruebas decretadas por el Juzgado de Instrucción, entre las cuales, el examen psiquiátrico por peritos del Instituto de Medicina Legal para determinar si al momento de consumación de los hechos padecía trastorno mental transitorio o inmadurez psicológica que le impidieran comprender la ilicitud de sus actos o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

En desarrollo de la censura transcribe apartes de numerosos testimonios, de las respuestas dadas por el psiquiatra forense al interrogatorio formulado por el defensor del procesado y la opinión de conocidos tratadistas sobre la materia, para concluir que la prueba testimonial vertida en autos, evidencia que Orlando Zambrano Parra al "momento de disparar su pistola lo hizo bajo el influjo de un avanzado estado de embriaguez catalogado por la ciencia médica como de segundo grado", "profundo descontrol de sus fuerzas anímicas que le impedía valorar todo acto humano".

Agrega que no se puede responsabilizar al procesado por la no práctica del examen psiquiátrico porque con la revocatoria de la apertura de la investigación y la consecuente orden de captura impartida en su contra "se vio en la necesidad de marginarse de toda actividad personal", recordando que dicha prueba técnica resultaba fundamental para corroborar lo afirmado por numerosos testigos respecto a su avanzado estado de alicoramiento.

Luego expresa que los múltiples testimonios apreciados en conjunto, constituyen indicio necesario del agudo estado de ebriedad en que se encontraba Zambrano Parra por lo que el Tribunal "ha debido valorar la prueba testimonial en su real contenido probatorio y no tomar como lo hizo el dictamen pericial como prueba fundamental en el proceso".

#### CARGOS SUBSIDIARIOS

##### *Primero*

Violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del Código Penal, proveniente de error de hecho manifestado en la apreciación de las pruebas, al condenar al procesado Orlando Zambrano Parra al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con el homicidio imperfecto en Jorge Luis Beltrán Cortés (400 y 150 gramos oro, equivalente en moneda nacional, respectivamente); desconociendo que el ofendido había sido previamente resarcido de tales perjuicios por el acusado mediante el pago de la suma de tres millones de pesos, que satisfizo su aspiración y le llevó a desistir.

Explica el impugnante que conforme a documento visible a folio 251 del cuaderno principal, presentado personalmente por el señor Jorge Luis Beltrán Cortés ante el Notario Único del Circuito de Funza, su signatario desistió expresamente de la acción civil por haber recibido del procesado Orlando Zambrano Parra la suma de tres millones de pesos por concepto de indemnización de perjuicios materiales y morales causados con el delito de homicidio imperfecto de que fue víctima; desistimiento aceptado por el Juzgado 32 de Instrucción Criminal mediante auto de 17 de septiembre de 1991, decisión tenida en cuenta por el juzgado del conocimiento para abstenerse de condenar en perjuicios.

Sin embargo, el Tribunal no "vio" o no consideró esa realidad procesal profiriendo una condena en perjuicios a todas luces indebida, incurriendo con tal proceder en falso juicio de existencia de la prueba por no haber analizado o valorado "el memorial contentivo del pago de la indemnización y del consiguiente desistimiento".

#### *Segundo*

Violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente de los artículos 31 y 35 del Código Penal, reproche que el libelista sintetiza en los siguientes términos:

*"En el caso del señor Luis Orlando Zambrano Parra, en razón de su avanzado estado de embriaguez en que se encontraba al disparar su pistola, no se le puede formular ningún reproche a título de dolo, por encajar dicha situación dentro de la órbita del artículo 31 del Código Penal que es causal de imputabilidad penal y por ende, excluyente de responsabilidad criminal.*

*En consecuencia, el H. Tribunal sentenciador aplicó indebidamente en la sentencia, los artículos 323 y 26 del Código Penal, en lugar del artículo 31 de la obra ibidem.*

*La falta de aplicación de estas dos normas sustanciales en el caso sub-judice hicieron que se produjera la sentencia condenatoria, cuando en realidad de verdad hubiera sido absolutoria para Luis Orlando Zambrano Parra.*

*La falta de aplicación en la sentencia de los artículos 31 y 35, condujo al sentenciador a incurrir en ostensible error al dejar de aplicar normas sustanciales reguladoras del caso probado".*

Consecuente con esa manera de razonar termina solicitando casar la sentencia recurrida absolviendo al procesado de los cargos formulados en su contra.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, examina los cargos en el orden en que fueron presentados para concluir solicitando la infirmación parcial de la sentencia impugnada en cuanto condenó al procesado Orlando Zambrano Parra al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados al lesionado Jorge Luis Beltrán Cortés y en su lugar liberarlo de tal obligación, por aparecer suficientemente probado que el perjudicado con el delito desistió expresamente de la acción civil por haber sido resarcido de tales perjuicios, desistimiento aceptado por el Juzgado mediante decisión ejecutoriada.

El cargo principal debe desestimarse porque la nulidad reclamada se sustenta no en un hecho real, sino en un hipotético trastorno mental por



ingestión de bebidas alcohólicas, cuya comprobación requería del examen y observación personal del sindicado, quien a lo largo del proceso se mostró injustificadamente reacio a colaborar con la justicia.

Otro tanto acontece con el segundo cargo subsidiario, fundamentado en los mismos argumentos aducidos para pedir la nulidad del proceso, repitiendo que si bien es cierto que un testimonio plural afirmó el avanzado estado de alcohólicismo en que se encontraba el procesado al momento de sucederse los hechos, el Tribunal valorando el acervo probatorio recaudado, conforme a las reglas de la sana crítica, arribó a la conclusión de que Zambrano Parra actuó en condición de imputable.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte examinará en orden lógico los cargos formulados a la sentencia impugnada comenzando por el relacionado con la nulidad del proceso.

#### CARGO PRINCIPAL

Es verdad que varios testigos manifestaron haber visto al sindicado Luis Orlando Zambrano Parra ingiriendo abundante cantidad de licor de las más variadas clases, antes de suscitarse la riña que terminó con la vida de Jesús González Melo y produjo graves lesiones en Jorge Luis Beltrán Cortés; pero de ahí no puede afirmarse que la ingestión de bebidas lo sumergió en un trastorno mental transitorio que le impidió comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues para arribar a esa conclusión resultaba forzoso -como lo indicó el perito psiquiatra del Instituto de Medicina Legal-, someterlo a cuidadoso examen y observación de sus facultades mentales y su personalidad, prueba a la cual se sustrajo el inculpaado.

Puede resultar menoscabada la eficiencia de la acción penal cuando el sindicado, como principal protagonista de los hechos investigados y por razón sólo a él reprochable, elude a todo trance la acción de la justicia, porque no se presenta ante el juez a colaborar con la práctica de pruebas que exigen su concurso; no responde por los cargos formulados en su contra ni ofrece las explicaciones del caso sobre su conducta; dificulta en grado sumo su propia defensa al extremo de privar al funcionario judicial del conocimiento de una prueba de valor concluyente o de una versión diferente de lo ocurrido, a la que emerge de la realidad procesal. Por eso, no admite efecto alguno a su favor la rebeldía del sindicado a comparecer ante la justicia para responder por sus actos.

El Tribunal Superior, en uso de sus atribuciones, revocó la reapertura de la investigación porque se daban los presupuestos legales para proferir resolución acusatoria contra el sindicado ausente, sin que dicho pronunciamiento pueda mirarse como atentatorio del debido proceso o



conculcatorio del derecho a la defensa, sino como el natural y obvio ejercicio de un deber legal, conchuyendo, de la valoración conjunta y armónica de los testimonios recibidos, que no aparecía comprobado el estado de inimputabilidad predicado de Zambrano Parra, quien por el contrario, mostró capacidad para comprender lo que estaba haciendo, pues primero disparó al aire y después contra quienes le requirieron por esta acción, comprensión conductual que resulta corroborada por el hecho de que a continuación "se perdió del lugar".

La nulidad, que es la máxima sanción legal para sanear el proceso viciado, solo puede decretarse ante una real irregularidad sustancial que no pueda convalidarse y con base en hechos o sucesos verdaderos y objetivos y no en meras hipótesis o expectativas, dependientes del eventual recaudo de una prueba que el procesado no permitió acopiar y cuya ausencia fue suplida apropiadamente por el criterio prudente y razonado del fallador.

La demanda insinúa, en forma contradictoria, que el fallador *ad quem* debió preferir la prueba testimonial a la científica, para dar por establecida la condición de inimputable predicada del procesado ausente; cuando es sabido que conforme al principio de libertad probatoria los medios de persuasión previstos en la ley no están jerarquizados y si bien es cierto que la pericia psiquiátrica para comprobar el estado de sanidad mental de una persona no es prueba única ni insustituible si es por lo menos más reputable, máxime frente a una multiplicidad testimonial que no es unánime ni concluyente.

Las siguientes apreciaciones del psiquiatra lorencense en respuesta al interrogatorio formulado por la defensa indagando por la salud mental del sindicado Luis Orlando Zambrano Parra al momento de ejecutar los hechos imputados, pone de manifiesto que la prueba hasta entonces recaudada no ameritaba la presencia de un trastorno mental que hubiese obnubilado su conciencia, impliéndole comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, mientras no se conocieran los resultados del examen neuropsiquiátrico.

Dijo el perito:

*"...es indispensable contar con una observación directa, a través de un examen del estado mental y de la personalidad del sindicado, así como reunir información detallada y técnicamente obtenida, a través de una entrevista con el mismo, para de esta manera poder establecer si o más de la embriaguez, existen otros factores psicopatológicos que puedan dar lugar a una alteración mental grave. Sin esos elementos (entrevista y examen mental del sindicado) no nos es posible emitir concepto alguno..."*.

Luego expresó:

*"...aun cuando la embriaguez altera el funcionamiento mental en algún grado, no configura necesariamente un trastorno que le impida al sujeto comprender y determinar sus actuaciones."*

En cada caso concreto debe establecerse, mediante el examen del sujeto, si el efecto del alcohol llegó a causar (generalmente por reforzamiento de otros factores psicopatológicos) una desorganización grave del psiquismo...una persona puede estar ebria, y por tanto tener algún grado de alteración en su funcionamiento mental: sin que ello implique que se han suprimido sus capacidades para comprender y determinar sus actos"(fs.242 y 243 *ibidem*).

De otra parte, resulta desatinado afirmar que varios testimonios en letanía constituyen indefectible prueba de los hechos por ellos referidos, cuando existe demostración diferente y ha desaparecido el sistema de la prueba tarifada para ser sustituido por el de la sana crítica.

No prospera la impugnación.

#### *Primer cargo subsidiario*

Cuando el recurso de casación tiene por único objeto lo referente a la indemnización de los perjuicios decretados en la sentencia de condena, debe atenderse tanto a las causales como a la cuantía que para recurrir señalan las normas respectivas dentro del Código de Procedimiento Civil-artículo 221 del Código de Procedimiento Penal-. Ello ha llevado a que la Sala precise como consecuencias derivadas de esta regla las que siguen:

"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 se 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 o, y u.)

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 contrario 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 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 ítems 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<sup>6</sup>. (Cfr. casación de julio 30 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvele R.)

Lo anterior resulta comprensible, porque si bien en el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal se autoriza el ejercicio de la acción civil de resarcimiento al interior del proceso penal que surge del delito causante del daño a indemnizar, jamás por esa circunstancia llega a confundir la ley la naturaleza de una y otra acción, ni mucho menos sus fines, su objeto, sus titulares ni su vigencia, y ello deslinda el verdadero interés de los intervinientes procesales en materia de interposición de sus recursos, justificando en el de casación la separada regulación de su ejercicio.

Siendo ello así, mal se podría admitir en casación la formulación de cargos penales inundados, solo con el pretexto de quebrantar la limitante de la cuantía en el resarcimiento, en cuanto el monto de los perjuicios aisladamente considerados no otorgue la posibilidad de interponer el recurso extraordinario, pues un evento tal quebrantaría los principios de lealtad e igualdad entre las partes, y desviaría el fin previsto en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal traído a cita, integrando en últimas un verdadero abuso del derecho con desconocimiento del artículo 95-1 de la Constitución Política.

Por lo anterior, como en el caso controvertido es claro que el interés del recurrente sobre indemnización de perjuicios no superó los 550 gramos oro (400 por resarcimiento de daños materiales, y 150 por el de índole moral), bastará con saber que el valor de este metal precioso al tiempo de la impugnación del fallo no alcanzaba los once mil pesos por gramo, para entender que la cuantía habilitante de la impugnación extraordinaria (\$19.600.000,00 para el año de 1993) estaba por encima del resarcimiento perseguido, y ello conduce a determinar la inoperancia del recurso interpuesto.

Ahora bien, no quiere significar lo dicho, que a falta de pronunciamiento en esta sede, pueda quedar el recurrente en desamparo, porque si se tomara el fallo del Tribunal para intentar un nuevo cobro respecto de perjuicios satisfechos, al margen de la posible incursión del reclamante en un delito de fraude procesal, aún le quedaría al procesado la posibilidad de excepcionar en su favor los pagos hechos.

Lo cierto es que al no colmar el cargo las exigencias de ley para su estimación en esta sede, forzosamente asoma a su impropriedad como respuesta.

*Segundo cargo subsidiario*

Este reproche, que constituye en el fondo complemento o continuación del cargo primero, tampoco está llamado a prosperar por lo expuesto en precedencia, y porque se apoya en el supuesto de que la embriaguez padecida por el acusado generó en él una causal de inimputabilidad (artículo 31 del Código Penal), que le impidió comprender la ilicitud de sus actos o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

La alegación no tiene sustento en la realidad sino en un enfoque puramente hipotético, que no encuentra demostración dentro del proceso, de acuerdo con las razones indicadas y que por el contrario aparece desvirtuado, según se colige del análisis expuesto.

Además, la vía escogida para el ataque (violación directa) resulta inapropiada, porque tal perspectiva hace necesario que el fallador hubiese aceptado una cualquiera de las formas de inimputabilidad (inmadurez psicológica o, para el caso, trastorno mental) y ya se ha determinado que ello no supera el simple plano conjetural, al no merecer reconocimiento del Tribunal en la sentencia acusada.

## DECISION

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

## RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada a nombre del procesado Luis Orlando Zambrano Parra.

Cópiase, devuélvase y cúmplase.

*Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Frasneda (con salvamento parcial de voto), Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didiño Páez Velandia.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## PERJUICIOS/ EXTINCION DE LA ACCION

### SALVAMENTO DE VOTO

Mi respetuosa discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala, radica únicamente en seguir considerando, como lo había planteado en el proyecto que presenté, que la sentencia de segunda instancia impugnada debió casarse parcialmente, por encontrarse demostrado el primer cargo subsidiario, concretado a la aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del Código Penal, al condenarse al acusado Luis Orlando Zambrano Parra al pago del valor de los perjuicios materiales y morales causados a Jorge Luis Beltrán Cortés, desconociendo que el ofendido había desistido expresamente de la acción civil, cuya extinción quedó ejecutoriada, por haber sido resarcido a satisfacción de tales perjuicios.

Como en todo lo demás tal proyecto fue adoptado por la Sala y conforma la providencia, en fundamento de la salvedad de mi voto transcribo textualmente y reitero a continuación los párrafos tanto de la parte motivada como, consecuencialmente, de la resolutive, que no merecieron acogida por el resto de los integrantes de la Sala:

#### *Primer cargo subsidiario*

Siendo incuestionable, como resulta de autos, que la víctima del homicidio imperfecto, Jorge Luis Beltrán Cortés, mediante escrito autenticado ante Notario y allegado al proceso por el defensor del inculpado ausente (f.251), desistió expresamente de la acción civil por haber sido resarcido a su satisfacción, por parte del sindicado, de los perjuicios sufridos a consecuencia del delito, lo cual asimismo ocurrió frente a quienes se presentaron como herederos de Jesús González Melo (f.235), desistimientos aceptados por el Juzgado 32 de Instrucción Criminal mediante providencias no protestadas (fs.237 y 253), se imponía no tomar decisión contra el procesado por dicho concepto, como acertadamente definió el Juzgado Promiscuo del Circuito de Funza al abstenerse de condenarlo al pago de los perjuicios causados (f.463).

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, advirtiendo sólo parcialmente esa realidad procesal, confirmó la exoneración en lo relacionado



"exclusivamente con el punible de homicidio en la persona de Jesús González Melo", pero condenó al acusado al pago de 150 y 400 gramos oro, equivalente en moneda nacional, por concepto de perjuicios morales y materiales, respectivamente, en favor del ofendido Jorge Luis Beltrán Cortés, incurriendo de tal modo en ostensible y trascendente error de hecho por falso juicio de existencia de unos documentos obrantes en el proceso y del suceso por ellos revelado, a saber, el desistimiento de la acción civil por haber sido indemnizado el perjudicado de los daños a él causados con el delito, y la aceptación de tal desistimiento con la declaratoria de "extinción de la acción civil dentro de este proceso penal"; yerro que llevó al sentenciador *ad quem* a aplicar en forma indebida los artículos 106 y 107 del Código Penal.

El Juzgado fundó dicha declaración en el artículo 54 del Decreto 050 de 1987, entonces vigente, según el cual "el pago de la indemnización, aceptado por el perjudicado, dará lugar a la extinción de la acción civil"; previsión que el actual Código de Procedimiento Penal consagró mediante remisión, al disponer en su artículo 62: "La acción civil proveniente del hecho punible se extingue en todo o en parte, por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil", entre los cuales se encuentra la transacción (artículo 1625 ord. 3º), que "puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito, pero sin perjuicio de la acción criminal" (art. 2472) y "produce el efecto de cosa juzgada en última instancia" (art. 2483 *ibidem*).

Lo anterior viene a colación para resaltar que el error del Tribunal consistió en ignorar que la acción civil se había extinguido por uno de los modos consagrados en la ley, equivocación que lo llevó a revivir en la sentencia una acción ya fenecida, exponiendo al recurrente a las consecuencias y rigores de un eventual litigio civil para el cobro de una indemnización de perjuicios, que había cancelado a satisfacción del perjudicado.

El presente caso guarda diferencias frente al fallado con fecha 30 de julio del año en curso, M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel, ocasión en la cual esta corporación manifestó:

*"c) Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del terna 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".*

En aquella oportunidad, el recurrente (defensor, como acá) argumentaba que el fallador había incurrido en un error de derecho, al reconocerle a un avalúo pericial una sustentación probatoria que no tenía respaldo dentro del proceso, lo cual repercutió en un pronunciamiento por encima de lo pedido, generándose inconformidad acerca de una suma que, sin



embargo, resulta inferior a la que daría lugar a la impugnación, según lo anteriormente transcrito.

En el asunto que actualmente se considera, el Juzgado 32 de Instrucción Criminal, mediante determinación interlocutoria de fecha septiembre 17 de 1991, debidamente proferida y ejecutoriada (fs. 253 y ss.), después de apreciar "el memorial de desistimiento suscrito precisamente por el perjudicado... ante Notario, ostentando el documento la firma del ilustre defensor" y habida cuenta de que "la acción civil sigue teniendo carácter privado... Por consiguiente el perjudicado puede desistir o transigir dicha acción", resolvió:

*"Primero:--NEGAR el desistimiento de la acción penal... Segundo:--ACEPTAR EL DESISTIMIENTO de la acción civil, de acuerdo con el memorial suscrito por el perjudicado.*

*Tercero:*

En consecuencia, DECLARAR LA EXTINCIÓN de la acción civil dentro de este proceso penal".

Como el Tribunal dejó de advertir esta situación en el fallo, el casacionista lo ataca por falso juicio de existencia, reprochándole no haber observado "que ese derecho se había extinguido".

Según se aprecia, en el diligenciamiento actualmente bajo estudio el yerro endilgado a la sentencia es de mucha mayor entidad y consecuencias que el simple desacuerdo cuantitativo sobre el monto de la indemnización, pues se trata de haber sido creada de nuevo, sin el más mínimo fundamento, una obligación legalmente fenecida: lo atacado es la resurrección dentro del proceso penal de una acción civil cuya extinción no solamente habría sido declarada por decisión judicial en firme, sino que legalmente había producido "efecto de cosa juzgada en última instancia" (art. 2483 C.C.).

En síntesis, lo que se controvierte no es el monto de la indemnización de los perjuicios materiales y morales reconocida en la sentencia objeto de impugnación en favor de Jorge Luis Beltrán Cortés, que ciertamente está por debajo de la cuantía establecida para recurrir en casación civil, sino el fenómeno jurídico de la extinción de la acción civil, que al ser desconocido dio lugar a la condenación en perjuicios; hecho patente y con fuerza concluyente, que el fallador *ad quem* ignoró.

Estas consideraciones las concluía en la propuesta resolutive de "CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, únicamente en cuanto condenó al procesado Luis Orlando Zambrano Parra al pago de los perjuicios causados al lesionado Jorge Luis Beltrán Cortés y, en su lugar, REVOCAR tal condena indemnizatoria... En todo lo demás, queda en firme el fallo impugnado".

Como solución subsidiaria recomendé, con énfasis y sin éxito, que vistas las cosas desde el ámbito puramente civil, se estimara que implicando el desistimiento de la acción civil la renuncia a la pretensión por la persona perjudicada con el delito, su aceptación mediante providencia judicial equiparada a sentencia absolutoria (art.342 del C. de P. C.) con fuerza de cosa juzgada, impedía revivir un asunto legalmente concluido, so pena de generar nulidad a las voces del artículo 140-3 de la mencionada codificación procesal civil, antiguo 152, modificado por el decreto 2282 de 1989.

Con todo comedimiento y en conclusión, mantengo el criterio de que, por las razones expuestas y en aras de la prevalencia del derecho sustancial, efectivo y libre de falencias (artículos 228 de la Constitución Política y 9, 13 y 22 del Código de Procedimiento Penal), la Corte aceptando el cargo formulado como primero subsidiario o por vía de nulidad, ha podido enmendar tal error casando parcialmente la sentencia, exclusivamente en cuanto condenó al procesado ausente Luis Orlando Zambrano Parra al pago de los perjuicios. En mi concepto, esta parte de la decisión debió ser revocada por encima del simple formalismo, dejando incólume la sentencia en todo lo demás, en asunto cuyo conocimiento, por impugnación extraordinaria, ya había asumido un organismo llamado Corte Suprema, que por tecnicismos muy sustentados entre juristas, pero que no logrará entender una comunidad necesitada de justicia efectiva, omite corregir un acto irregular a pesar de haberlo advertido y ser el motivo expreso de uno de los cargos formulados en recurso de casación admitido en su oportunidad.

Respetuosamente, .

*Nilson Pinilla Pinilla*

Magistrado

Octubre 24 de 1996.

## PREVARICATO

*El delito de prevaricato descrito por el artículo 149 del Código Penal actual impone, al igual que el vigente para la época de los hechos, que la decisión cuestionada sea manifiestamente contraria al orden jurídico, ya que la esencia del reato radica en la disparidad ostensible entre la resolución y las normas legales aplicables al caso, acompañada de la conciencia de estarlas infringiendo.*

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

Magistrado Ponente Dr. Jorge E. Córdoba Fovea

Aprobado acta No. 151

Proceso: 10734

## VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, decide la situación jurídica del doctor Lino Ramiro Varela Marmolejo, una vez oído en indagatoria conforme a los cargos formulados en la denuncia.

## ANTECEDENTES

El señor Jaime Lalinde Serna presentó denuncia en contra de los entonces funcionarios del Instituto de Vivienda Municipal de Cali (Invicali), por los siguientes hechos:

Que los citados funcionarios adjudicaron parcialmente un lote que "ya había sido entregado por medio de escritura pública # 2.403 del 26 de julio de 1987, de la Notaría Quinta (5a) del Circuito de Cali, a la señora María Graciela González de Ceballos C.C. # 26.507.257 de Guadalupe (Huila) y que luego a los tres años, el 27 de Noviembre de 1.990 invicali dicta Resolución # 169690, adjudicándole al señor Nicasio Ortiz 3.90 metros de terreno que corresponden a la propiedad de la señora Graciela González de Ceballos".

El denunciante para sustentar los hechos acompañó al escrito de denuncia copia de la escritura No. 2.403 del 26 de julio de 1987 de la Notaría Quinta del Circuito Notarial de Cali, fotocopia simple del levantamiento topográfico realizado por el Departamento Técnico de Inivicali sobre el lote de terreno en litigio, fotocopia simple de la Resolución No. 169690 del Inivicali, por medio de la cual se adjudica parte del lote de terreno de propiedad de la señora Graciela González de Ceballos al señor Nicasio Ortiz, y fotocopia simple de la carta catastral "que corresponde al Sector 5, Manzana 405 Barrio el Rodeo ubicada entre las carrera 24 y 24 A y las calles 39 y 41 donde se observa el lote que fue adjudicado doblemente por Inivicali".

#### DILIGENCIAS PRELIMINARES

El Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, mediante auto del 28 de febrero de 1991, dispuso diligencias preliminares dentro de las cuales amplió la denuncia de Alfonso Jaime Lallinde Serna, quien ratificó los hechos y demás circunstancias narradas en su escrito.

Igualmente se incorporó a la actuación el testimonio de Graciela González de Ceballos, quien también reiteró los hechos de la denuncia.

Se allegó copia de la Resolución No. 065591 del 5 de abril de 1991, por medio de la cual el sindicado, en su calidad de Gerente de Inivicali, revocó la No 1696 de 1990, que también había suscrito.

Basado en las anteriores diligencias, el instructor dispuso la apertura de la instrucción y ordenó vincular mediante indagatoria al señor Nicasio Ortiz, pronunciamiento que lleva fecha del 11 de junio de 1991.

Posteriormente, la Fiscal 30 de la Unidad de Patrimonio Económico, mediante resolución del 13 de marzo de 1995, en razón a que consideró que los hechos se adecuaban al punible de prevaricato por acción, ordenó remitir el diligenciamiento a la Unidad Especializada contra la Administración Pública, para lo de su cargo.

Allegado el testimonio de José Carmelo Ortiz Moreno, quien manifestó que la titular del derecho de dominio sobre el predio en cuestión era la señora Graciela González de Ceballos, mediante resolución del 15 de mayo de 1995 ordenó oír en indagatoria al doctor Ramiro Varela Marmolejo, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Gerente de Inivicali.

El día 12 de junio de 1995, la Fiscal 51, a quien pasó la actuación, ordenó remitir copia de la misma con destino a esta Corporación, ya que obraba constancia de que el procesado ostentaba la investidura de congresista.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante auto del 24 de agosto de 1995, declaró la nulidad de lo actuado y asumió

el conocimiento de las diligencias, habiendo dispuesto la apertura de la instrucción.

Incorporados al diligenciamiento la copia del decreto de nombramiento, el acta de posesión del acusado y el manual de funciones del gerente de la entidad, ordenó escuchar en indagatoria al doctor Ramiro Varela Marmolejo.

En esa diligencia el acusado, referente a los hechos que se le imputan, sostuvo:

1.- Que las funciones del Gerente de Inivicali consistían en ejecutar las políticas de vivienda del municipio de Cali que delineaba la Junta Directiva de la entidad.

2.- Que previo al proferimiento de la resolución de adjudicación de un predio, la determinación era tomada por la Junta Directiva que él como Gerente de la entidad presidía.

3.- Que el problema jurídico surgido con la Resolución No. 169690 se debió a que en el predio de propiedad de la señora Graciela González de Ceballos había unas mejoras, las cuales una vez disuelta la sociedad de hecho que existía con el señor Isidro Víafría, quedaron en cabeza de éste, quien posteriormente procedió a venderlas al señor Nicasio Ortiz.

El nuevo comprador solicitó la adjudicación del terreno, "del cual poseía su escritura de protocolización", a Inivicali, para lo cual llenó todos los requisitos exigidos por la entidad, la que posteriormente expidió la Resolución lidadada de ilegal.

Ante las inconformidades surgidas entre la señora Graciela González de Ceballos y el señor Nicasio Ortiz, el instituto procedió a estudiar nuevamente la situación jurídica del predio y él como gerente revocó la adjudicación, según se desprende de la Resolución No. 065591, del 5 de abril de 1991.

4.- Que tal como estaban distribuidas las funciones de la entidad, el Jefe de Jurídica era el que le daba la última revisión a los documentos aportados, para lo cual estampaba su firma y posteriormente el gerente la firmaba. Por tal motivo, no era de su resorte "hacerle el seguimiento a todo el proceso iniciado en décadas anteriores y administraciones municipales anteriores".

5.- Que él no era un "firmón", pero que "sin ser abogado puedo pensar que la función del gerente es como la de un notario que da fe de lo que funcionarios especializados estudian y llevan a un comité de adjudicaciones. En ningún momento me enteré de este caso obviamente, que la revocatoria de la adjudicación el gerente no conoció el tema de la adjudicación ni los nombres de los beneficiarios, simplemente ratificó que como

representante legal estaba dentro de mis funciones firmar dicha resolución".

6.- Que obró de buena fe.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Estando acreditada la calidad de congresista del doctor Lino Ramiro Varela Marmolejo, de conformidad con lo previsto en el artículo 235.3 de la Constitución Política, la Corte tiene competencia para conocer del presente asunto, así se trate de hechos ocurridos cuando el procesado se desempeñaba como Gerente del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali.

2.- El artículo 388 del Código de Procedimiento Penal consagra como requisito sustancial para proferir medida de aseguramiento, que aparezca en contra del sindicado un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente aducidas al proceso.

Entonces, basada en el grado de conocimiento de probabilidad que la ley exige, la Corte procederá a estudiar si los cargos que le fueron imputados al procesado en la denuncia presentada por el señor Jaime Lalinde Serna y que dieron origen a este proceso, constituyen infracción a la ley penal y, por lo mismo, si en su contra existe el indicio grave de responsabilidad de que trata la citada norma.

3.- El delito de prevaricato descrito por el artículo 149 del Código Penal actual impone, al igual que el vigente para la época de los hechos, que la decisión cuestionada sea manifiestamente contraria al orden jurídico, ya que la esencia del reato radica en la disparidad ostensible entre la resolución y las normas legales aplicables al caso, acompañada de la conciencia de estarlos infringiendo, el cual, como se verá, no se configura en el presente caso.

4.- La denuncia formulada en contra del doctor Varela Marmolejo consiste en que cuando éste se desempeñó como Gerente del Instituto de Vivienda del municipio de Cali, proferió la Resolución No. 169890 del 27 de noviembre de 1990, mediante la cual adjudicó una parte de un predio de propiedad particular y no de la entidad que estaba a su cargo.

5.- En efecto, de la escritura pública número 2403 del 26 de junio de 1987, otorgada en la Notaría Quinta del Circuito de Cali, (mediante la cual el representante legal del entonces Instituto de Vivienda del municipio de Cali le transfirió a título de venta un predio a la señora Graciela González de Ceballos), y de las motivaciones de la Resolución cuestionada de ilegal, se infiere con claridad que se trata de la misma extensión de terreno que previamente le había sido adjudicada a aquélla, lo que sin duda pone de manifiesto que la providencia se proferió sin el lleno de los requisitos lega-



les, pues de lo contrario otra hubiese sido la decisión a tomar, vulnerándose así el bien jurídico de la administración pública.

Ahora bien, las funciones del Gerente, cargo que ocupaba el acusado, eran:

"1.- Promover la participación de entidades públicas y privadas en la relación de actividades coincidentes con las funciones del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - Inivicali.

"2.- Nombrar y remover libremente al personal del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - Inivicali -, de acuerdo con la planta de cargos aprobada y dando cumplimiento a los requisitos necesarios para acceder a cada cargo, previamente establecidos".

"3.- Suministrar a la Junta Directiva la información necesaria para que ésta pueda determinar las políticas y tomar las decisiones más apropiadas para el Instituto".

"4.- Presentar a la Junta Directiva los informes y propuestas establecidos en el Artículo 7 del Acuerdo No. 030 de sept. 21-90.

"5.- Ejercer la administración ejecutiva del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - Inivicali."

"6.- Asistir, con voz a las reuniones de la Junta Directiva del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - Inivicali.

"7.- Asistir, con voz y voto a las reuniones del Consejo de Gobierno Municipal.

"8.- Dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de la misión del Instituto, dentro de los límites legales y estatutarios.

"9.- Aprobar las solicitudes de préstamo que le sean presentadas a través de la División de Ahorro y Crédito.

"10.- Expedir mediante resolución un manual de trámites y procedimientos del Instituto.

"11.- Cumplir, en general, todas las funciones que le corresponden por la índole de su cargo, las que le señalen las leyes y disposiciones vigentes y las que le delegue la Junta Directiva.

"12.- El derecho de preferencia de que habla la Ley 9 de 1989, Artículos 73 y 74 serán ejercidos por el Gerente del Instituto Municipal de Reforma Urbana y Vivienda de Cali - Inivicali.

"13.- Los acuerdos de asociación previstos en la Ley 9 de 1989, Artículo 77 serán de iniciativa del Gerente para ser llevados a aprobación de la Junta Directiva.

Entonces, de conformidad con el numeral 3° del manual de funciones del Gerente, se advierte que entre las funciones quedaba comprendida la de suministrar a la Junta Directiva de la entidad la documentación pertinente y necesaria para la adjudicación de los predios de propiedad de Inviacali.

Así las cosas, no es de recibo la afirmación del procesado en el sentido de que la recolección de la documentación, así como su estudio, competía exclusivamente al asesor jurídico, pues al tenor del numeral 8° del mismo manual, el procesado en su calidad de Gerente era el encargado de proferir los actos administrativos, lo que de suyo le imponía el deber de revisar la legalidad de la actuación, ya que en él recaía la representación jurídica de la entidad.

Empero, de la prueba recaudada también se advierte que en el procesado no existía la conciencia de estar infringiendo la ley penal, pues, tal como el mismo doctor Varela Marmolejo lo admite en su diligencia de indagatoria, una vez adjudicado el lote de terreno al señor Nicasio Ortiz y notada la irregularidad por parte de los funcionarios de Inviacali, en razón de los reclamos de la propietaria del terreno, la entidad procedió a estudiar nuevamente los hechos en que se apoyaron para emitir la resolución cuestionada y procedieron a revocarla mediante otra identificada con el número 065591 del 5 de abril de 1991.

Lo anterior lleva a la Sala concluir que en la actuación del procesado no hubo dolo, es decir, que éste no tenía conciencia que al emitir la resolución estaba vulnerando el bien jurídico de la administración pública. Todo lo contrario, aparece que su comportamiento se debió a un acto negligente, ya que era de su resorte, conforme al manual de funciones, presentar la documentación pertinente para que la Junta Directiva de la entidad tomara las decisiones a que hubiere lugar, lo que le imponía la revisión en torno a la legalidad de los documentos en que se apoyarían las decisiones.

La actitud omisiva en el cumplimiento de sus funciones fue lo que llevó al sindicado como Gerente de Inviacali a emitir la Resolución No. 169690 del 27 de noviembre de 1990, sin el lleno de los requisitos legales.

Como quiera que el delito de prevaricato no admite la modalidad culposa, la Sala se abstendrá de proferir medida de aseguramiento alguna, y en consecuencia, dada la atipicidad de la conducta, se precluirá la investigación al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

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

## RESUELVE

- 1.- ABSTENERSE de proferir medida de aseguramiento.
- 2.- PRECLUIR la presente investigación penal en favor de Lino Ramiro Varela Marmolejo, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge E. Córdoba Poveda; Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calveie Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aribal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velazilla, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## IMPEDIMENTO/ HABER SIDO CONTRAPARTE

*Aunque ha sido criterio preponderante de la Corte que la causal de impedimento aducida en este caso se acoge sólo cuando en el proceso sometido al conocimiento del funcionario judicial existe la calidad de contraparte entre él y cualquiera de los sujetos legítimos que actúan en dicho asunto, también la Sala ha reconocido, que "podrían existir otros eventos en los cuales ser o haber sido contraparte de alguno de los sujetos procesales conduzca a la separación del funcionario, aunque lo que determinará tal apartamiento serán las condiciones particulares a que conduzca dicha relación jurídico-procesal, así como las incidencias concretas que dicha calidad pueda tener en los valores de la objetividad e imparcialidad con que se debe asumir el acto de juzgar." (Rad. 9538, Auto 12 de diciembre, 1995. M.P. Dr. Mejía E.).*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

**Magistrado Ponente: Dr. Dúlmino Páez Velandía**

**Aprobado Acta No.151**

**Proceso: 12413**

Decide la Corte el incidente de impedimento originado por los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Doctores Eduardo Barriga Suárez, Elfrén Bustos Roa Y Jaime Eduardo del Río Montoya, e inaceptada por los Magistrados de la siguiente Sala de Decisión Penal, para continuar conociendo del presente proceso, que por el delito de prevaricato se adelanta contra Alvaro Delgado Cruz.

## ANTECEDENTES

1.- El doctor Alvaro Delgado Cruz fue comprometido en juicio en resolución acusatoria del 7 de junio de 1995, por el delito de prevaricato por omisión, cometido, según relieren los autos, en su calidad de Contralor Departamental del Tolima.

2.- Llegado el asunto al Juzgado 5o. Penal del Circuito, este Despacho denegó la solicitud de cesación de procedimiento y se inhibió de resolver sobre las nulidades impetradas por la defensa en providencia que apelada, fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué conformada por los Magistrados Eduardo Barriga Suárez, Efrén Bustos Roa y Jaime Eduardo del Río en auto del 30 de noviembre del mismo año (fls. 10 y ss. cd. 1 Tr.).

3.- Esta misma Sala del Tribunal, el 18 de abril del presente año de 1996 (fls. 107 y ss. cd. 1 Tr.), al desatar la apelación interpuesta contra el auto en que el Juzgado, después de celebrada la audiencia pública declaró la nulidad de todo lo actuado porque no se había resuelto previamente la situación jurídica del procesado, revocó esta determinación y dispuso que se profiriese la sentencia de rigor.

4.- Obedecida la orden, por el mismo hecho punible materia de la acusación el procesado fue condenado en primera instancia (fls. 121 y ss. cd. ppl. 2), en sentencia en la que también se resolvió rechazar la demanda de parte civil presentada por la denunciante, siendo apeladas estas determinaciones tanto por el Ministerio Público como por la Parte Civil.

5.- En nueva intervención como juez *ad quem* la misma Sala de Decisión resolvió, por auto del 1o. de agosto del año en curso (fls. 25 y ss. cd. 2 Tr.) declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la Parte Civil, por considerarlo improcedente.

6.- Hallándose en trámite el recurso de reposición interpuesto contra esta determinación por el mismo sujeto procesal (fls. 44-44v. cd. Tr. 2), los Magistrados integrantes de las varias veces referida Sala, debieron contestar, mediante apoderado, según así lo manifestaron, la demanda de Reparación Directa que ante el Tribunal Administrativo del Tolima presentó el acusado Alvaro Delgado Cruz, alegando que el presente proceso penal le ha venido siendo adelantado mediante errores judiciales, contra todos los funcionarios judiciales que directamente o por delegación han conocido de este proceso penal.

7.- Frente a esta circunstancia, los Magistrados citados manifestaron su impedimento para continuar conociendo del asunto con fundamento en la causal 4a. del artículo 103 del C. de P.P., por haberse convertido en contrapartes del procesado.

8.- No compartiendo la razón aducida, la siguiente Sala de Decisión rechazó el impedimento y remitió el informativo a la Corte para lo de su cargo.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aunque ha sido criterio preponderante de la Corte que la causal de impedimento aducida en este caso se acoge sólo cuando en el proceso

sometido al conocimiento del funcionario judicial, existe la calidad de contraparte entre él y cualquiera de los sujetos legítimos que actúan en dicho asunto, también la Sala ha reconocido, que "podrán existir otros eventos en los cuales ser o haber sido contraparte de alguno de los sujetos procesales conduzca a la separación del funcionario, aunque lo que determinará tal apartamiento serán las condiciones particulares a que conduzca dicha relación jurídico-procesal, así como las incidencias concretas que dicha calidad pueda tener en los valores de la objetividad e imparcialidad con que se debe asumir el acto de juzgar". (Rad. 9538, Auto 12 de diciembre, 1995. M.P. Dr. Mejía E.).

Pues bien; los Magistrados que declaran su impedimento, al contestar -según así lo aseveran-, la demanda que entre otros funcionarios, contra ellos instauró el procesado a través de apoderado en acción de reparación directa (artículo 86 del C.C.A.) ante el Tribunal Administrativo del Tolima -que así lo certifica con la constancia y la copia de la demanda pertinentes-, efectivamente se han convertido en contraparte del ciudadano cuyo juzgamiento penal corresponde a la Sala de Decisión Penal integrada por ellos dictando la sentencia definitiva de las instancias en su calidad de juez de segundo grado.

Pretende el demandante a través de la jurisdicción administrativa, y debido a las decisiones que, conforme ha quedado especificado en la amplia relación de antecedentes adoptaron en su Sala los Magistrados referidos antes de que este proceso estuviera en estado de ocuparse propiamente del fallo a quo, que éstos y todos los demás funcionarios demandados sean condenados al pago de determinadas sumas de dinero, a manera de resarcimiento por considerar la actuación fruto de -según precisa-, "falta del servicio y error jurisdiccional, en la prestación del servicio público de administración de justicia".

No puede soslayar la Corte la circunstancia de que un hecho de tal naturaleza como el impulsado por el procesado al amparo de la legislación, por irreflexivo o malicioso que parezca, es susceptible de predisponer el ánimo de los falladores, cuya serenidad para juzgar debe estar a salvo de toda perturbación comprometedora de su esfera psicológica, aunque el interés del demandante se limite en principio al aspecto monetario y, aunque sean múltiples los funcionarios cobijados por el reclamo extrapenal.

La imparcialidad de la administración de justicia suele verse atacada directa o soterradamente por suspicaces usuarios del servicio, pero este a su vez tiene previsto el mecanismo de los impedimentos para resguardar ese aspecto de la institución, facilitando a sus jueces declinar el conocimiento de los asuntos por causas taxativas y trascendentes, y/o a los sujetos procesales provocar la separación de los mismos, eventos éstos de alguna ocurrencia que no vacila en adoptar la administración de justicia



cuando se hace evidente la necesidad del cambio de Juez. "como medida extrema que preserve" (aut. cit.) el servicio bajo las condiciones propias de rectitud, eficacia y prontitud.

Cierto que los funcionarios que declaran su impedimento no manifiestan subjetividad adversa al procesado por el hecho en cuestión, pero esa expresión no es indispensable ante la materialidad de la causal invocada, en cuanto trabada una litis -cuyo fracaso bien puede avizorarse- en proceso de distinta jurisdicción entre el procesado y ellos, lo aconsejable es preservar de suspicacias la pulcritud del servicio. De tal manera, bien han actuado al prevenir un posterior cuestionamiento de su rectitud juzgadora, facilitando así que la subsiguiente Sala de Decisión asuma el conocimiento de la fase final del juzgamiento.

Por razón de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL.

#### RESUELVE

**DECLARAR FUNDADO** el impedimento manifestado por los Magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, doctores Eduardo Barriga Suárez, Efrén Bustos Roa Y Jaime del Río Montoya, para continuar interviniendo en este proceso, que en consecuencia, pasará al conocimiento de la Sala de Decisión Penal remitente, a la cual se le enviará el asunto.

Cópiese, Comuníquese y Cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## HURTO/ COLISION DE COMPETENCIA

*El delito de hurto se consuma en el momento en que se logra el apoderamiento del bien mueble ajeno, y por ende, el factor territorial para determinar el juez competente para conocer del mismo, es el del lugar donde se consuma ese apoderamiento.*

*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado Acta No. 151

Proceso: 11758

### VISTOS

Decide la Sala la colisión de competencias negativa trabada entre el Juzgado 73 Penal Municipal de Santafé de Bogotá y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Yopal (Cas.), dentro del proceso adelantada contra Luis Alejandro Cifuentes Ruiz, por el delito de hurto agravado.

### ANTECEDENTES

El 4 de marzo de 1991 Luis Alejandro Cifuentes Ruiz celebró contrato individual de trabajo con la empresa "Comercializadora Fajobe Ltda.", para desempeñarse como vendedor, siéndole asignada la zona comprendida entre los Departamentos de Cundinamarca, Casanare y Boyacá. En desarrollo de las funciones que implicaban la promoción, distribución y cobro de facturas de materiales de construcción y ferretería despachados, el procesado se apoderó de las sumas de dinero que en efectivo y cheques, le fueran pagadas entre los meses de abril y mayo de 1992, por diferentes clientes de las municipalidades de Yopal y Ubaté, en un monto superior a los dos millones y medio de pesos, hechos sucedidos durante el primer semestre del año de 1992.

El 9 de julio de 1992 estos hechos fueron denunciados por el auxiliar contable de la sociedad perjudicada, Wilson Benjamín Sánchez Mariño, ante la Unidad Judicial del Chicó de la ciudad capital (B.1).

Practicadas algunas pruebas en la etapa de indagación preliminar, el Juzgado 78 Penal Municipal abrió la investigación por auto del 8 de octubre siguiente (fl. 17).

Se vinculó entonces mediante declaración de persona ausente al procesado (fl. 61), a quien la Unidad Local Quinta del Patrimonio resolvió su situación jurídica con resolución del 29 de agosto de 1994, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de hurto agravado (fl. 71).

Allugada nueva prueba testimonial, el proceso se calificó mediante resolución acusatoria del 31 de mayo de 1995, en la cual se formularon cargos por el delito de hurto, bajo el entendido de que se trataba de un solo hecho punible integrado por diez actos de apropiación (nueve facturas correspondientes a la ciudad de Yopal y una más a Ubaté), compulsándose copias, además, para que se investigara la posible comisión de los delitos de falsedad en documento privado en que igualmente habría podido incurrir el procesado (fl. 151).

Adelantada la etapa del juicio y una vez celebrada la audiencia pública, el Juzgado 73 Penal Municipal de Santafé de Bogotá, por auto del 23 de octubre de 1995 (fl. 192), al advertir que los hechos sucedieron en las poblaciones de Yopal y Ubaté y que el delito de hurto agravado en razón de la confianza que se imputa al procesado es una conducta instantánea, consideró no ser competente por el factor territorial para proferir la sentencia correspondiente, razón por la cual remitió las diligencias ante el Juzgado Penal Municipal de Yopal, toda vez que salvo uno de los valores equivalentes al "dinero no reportado" de que se apoderara el procesado, que pertenece a una factura de Ubaté, el resto de la suma que hizo suya corresponde a múltiples facturas de aquella localidad, estimando por lo demás perfectamente viable su conjunta investigación por aquél en virtud de lo dispuesto en el artículo 80 del C. de P.P., esto es "la competencia a prevención, por tratarse de hechos conexos", proponiendo a la vez colisión negativa de competencias, de no ser aceptados sus planteamientos.

A su turno, el Juez Primero Promiscuo Municipal de Yopal a quien correspondió el proceso, rechaza la competencia con el argumento de que el lugar en donde el procesado celebró el contrato de trabajo y en donde tenía que hacer entrega de los dineros recaudados era la capital de la República, razón suficiente para considerar consumado el hecho punible en dicha ciudad y para afirmar, por ende, que el conocimiento del presente asunto radica en el Juzgado 73 Penal Municipal de esta ciudad. A consecuencia de lo anterior, remite el proceso ante esta Corporación a fin de que se desate el conflicto surgido, de acuerdo con lo señalado en el artículo 68.5 del C. de P.P.

## CONSIDERACIONES

1o. Es, entonces, la determinación del lugar en donde se consumó el delito de hurto de que trata el proceso, donde radica la discrepancia entre los jueces colisionantes, siendo para el Juez Primero Promiscuo Municipal de Yopal el sitio donde celebró el contrato de trabajo el inculcado Cifuentes Ruiz, por cuanto es allí donde estaba obligado a entregar los dineros que recibió por la venta de la mercancía de la empresa "Tajobe Ltda", así su apoderamiento se hubiese producido en otro lugar. Entre tanto, para el Juez 72 Penal Municipal de esta ciudad nada tiene que ver el contrato de trabajo para fijar el factor territorial determinativo de la competencia en este asunto, siendo que al haberse consumado el apoderamiento del dinero en Yopal, es el juez de esa localidad el competente para conocer del proceso.

2o. En estas condiciones, se impone recordar el pacífico criterio jurisprudencial de la Sala, que viene siendo constantemente reiterado, en el sentido de que el delito de hurto se consuma en el momento en que se logra el apoderamiento del bien mueble ajeno, y por ende, el factor territorial para determinar el juez competente para conocer del mismo, es el del lugar donde se consuma ese apoderamiento, quedando por tanto sin sustento el argumento del juez de Yopal, pues en casos como el presente nada tiene que ver para la fijación de la competencia el sitio donde se perfeccionó el contrato de trabajo entre el procesado y la empresa perjudicada con el delito.

3o. Ahora, en el entendido de que se trata de un solo delito de hurto, como lo calificó el Fiscal 143 de la Unidad Local Quinta de Patrimonio de Bogotá, bajo la comprensión de que los cobros que realizó el procesado correspondían a una sola acción punible, lo cual habría que admitirlo si se tiene en cuenta que los deficientes elementos de juicio que obran en la investigación no permiten ahondar en otras consideraciones, debe colegirse que la competencia para conocer de la presente causa radica en el Juez 73 Penal Municipal de esta ciudad, pues con la prueba existente tampoco es posible precisar indefectiblemente que esté demostrado el lugar donde se consumó el apoderamiento del dinero, quedando latente si pudo ser en Bogotá, Yopal o Ubaté, entre otras posibilidades, ya que el simple hecho de que el procesado haya recibido el valor de las mercancías que le fueran canceladas en estas últimas dos ciudades, no significa que necesariamente en tales lugares se consumó el ilícito, más aún cuando era en Bogotá en donde se deberían concretar efectivamente los pagos.

4o. Por lo tanto, se impone dar aplicación al art. 80 del C. de P.P., recurriendo a la competencia a prevención, debiéndose asignar el conocimiento de la causa al mencionado Juez 73 Penal Municipal, dado que fue aquí donde se formuló la denuncia, donde se inició y adelantó la investigación, hasta el punto de encontrarse el proceso para el proferimiento de la correspondiente sentencia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE

1o. ASIGNAR la competencia para conocer de este proceso al Juez 73 Penal Municipal de Sanlufé de Bogotá, a donde se remitirá el expediente.

2o. Comunicar esta decisión al Juez Primero Promiscuo Municipal de Yopal (Cas.).

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 Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## JUSTICIA PENAL MILITAR/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

*"...a nivel de la Justicia Penal Militar, la incongruencia entre la convocatoria del consejo de guerra y la sentencia no tiene una causal independiente de casación como ocurre en la normatividad ordinaria. El artículo 4-12 del Código Militar, numeral 2o, señala como causal cuando la sentencia no esté en consonancia con el cargo formulado en el cuestionario, que como es obvio hace relación a los consejos de guerra con intervención de vocales; por tanto la incongruencia entre la convocatoria y el fallo solo se puede alegar a nivel de la justicia penal militar por medio de la causal tercera, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad". (Sentencia de octubre 21 de 1992, Magistrado Ponente, Dr. Edgar Saavedra Rojas).*

*De otro lado, la incongruencia o inconsonancia entre una y otra decisión, ha de entenderse a nivel de este recurso extraordinario, en el sentido de que la sentencia debe versar sobre los mismos cargos concretados en el cuestionario propuesto a los vocales, ya sea que por ellos se absuelva o se condene al procesado; por lo tanto, para demostrarlo, es necesario realizar la comparación objetiva del contenido entre ambas piezas procesales y no sobre la base de apreciaciones subjetivas respecto del material probatorio.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 151 (24-10-96)

Proceso: 9342

### VISTOS

Resuelve la Corte las demandas de casación interpuestas por el defensor del procesado José Gamaliel Tangarife García y el Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar, contra la sentencia proferida por dicha Corporación al confirmar en su integridad la emitida por el Comandante de Policía del Valle, Juez de Primera Instancia, que condenó al procesado a la



pena principal de diez (10) años y seis (6) meses de prisión como autor responsable del delito de Homicidio.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos ocurrieron en la ciudad de Cali el día 14 de febrero de 1993, cuando a eso de las 9 y 45 de la noche, en la residencia de propiedad de la señora Luz Marina Castaño se presentó una discusión en la cual el señor Luis Aníbal Montoya golpeó a su esposa Olga Hernández Gómez, motivo por el cual la dueña de la residencia pidió la presencia de la Policía. Fue así como se presentaron, en el sitio de los hechos, los agentes José Gamaliel Tangarife García, Fernando Holguín Cruz, Jaime Yesid Moreno Marín, Simón Rodríguez y Diego Villamil Buriticá, quienes condujeron al agresor a las instalaciones del cuartel de policía de Ansermanuevo (Valle).

Estando allí, el sujeto Luis Aníbal Montoya Granada fue golpeado en diferentes partes del cuerpo, luego de lo cual, por petición de sus familiares, fue dejado en libertad para llevarlo de inmediato al hospital de la localidad de donde fue trasladado al día siguiente, por la gravedad de las heridas, al hospital de Cartago en el cual horas después falleció.

Por los anteriores hechos, el Juzgado Ochenta y Siete de Instrucción Penal Militar ordenó la apertura de la investigación así como la vinculación mediante indagatoria de José Gamaliel Tangarife García, Fernando Holguín, Simón Rodríguez y Diego Villamil, dictando contra el primero, medida de aseguramiento de detención preventiva y absteniéndose de hacerlo respecto de los demás.

Perfeccionada la fase investigativa, las diligencias se remitieron al Juzgado de Primera Instancia, despacho que proferió resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Una vez celebrada la citada diligencia, se dictó la respectiva sentencia en la que se acogió el veredicto emitido por los vocales integrantes del Consejo Verbal de Guerra en el que respondieron por unanimidad de votos al cuestionario propuesto "sí es responsable" y por ello se condenó al ex-agente Tangarife García por el delito de homicidio, que por concurrir las circunstancias de atenuación relativa a la buena conducta anterior y de agravación consistente en abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido, impuso una pena de diez (10) años y seis (6) meses de prisión y las accesorias de separación absoluta de la Policía Nacional e Interdicción de Derechos y Funciones Públicas por tiempo igual a la pena principal.

Allí mismo se dictó cesación de procedimiento en favor de Fernando Holguín Cruz, Jaime Yesid Moreno Marín, Simón Rodríguez y Diego Villamil.

Apelado que fuera el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior Militar confirmó la decisión de primer grado, en sentencia del 20

de septiembre de 1993 la que ahora es motivo de impugnación por esta vía extraordinaria.

#### LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Demanda presentada por el defensor del procesado José Gamaliel Tangarife García

Dos cargos presenta el libelista contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, así:

##### *Primer cargo*

Al amparo de la causal segunda de casación del C.P.M. (art. 442), pretende el libelista que esta Sala invalide parcialmente la sentencia recurrida, para que en su lugar se reconozca que la actuación de su representado se enmarca en el delito de homicidio preterintencional, y se le imponga la pena correspondiente a esta modalidad.

Agrega que en la sentencia impugnada se dejó de aplicar el artículo 261 del Código Penal Militar que trata del homicidio preterintencional, "que se contrae en su tipo al cargo probado y propuesto en el cuestionario que fija una pena muy inferior a la que se le impuso injustamente al procesado José Gamaliel Tangarife García".

Fundamenta lo anterior en el hecho de que la sentencia proferida no está en consonancia con los cargos formulados en el cuestionario, que equivale a la resolución de acusación, ya que en ningún momento se le interrogó sobre un homicidio simplemente voluntario ni acerca de uno preterintencional como debió hacerse y por lo tanto no podía dársele aplicación al artículo 259 del Código Penal Militar.

Según el libelista, este cuestionario no contiene "implícitamente la intención de matar" que tipifica todo homicidio simplemente voluntario. El haberse hablado allí de golpes y equimosis obligaban a concluir que nunca pudo existir propósito homicida en la conducta de su representado. El veredicto proferido unánimemente por los vocales "SI ES RESPONSABLE", "no debe tomarse como la afirmación de la comisión de un homicida voluntario propuesto, tomado en su integridad y que se contrae exclusivamente a la muerte ultraintencional de Luis Aníbal Montoya Granada".

En consecuencia, el fallo proferido por el Tribunal Penal Militar no está en concordancia con el cargo formulado en el cuestionario propuesto a los vocales ni menos con el veredicto emitido por estos.

Era importante entonces, agrega, que el presidente del consejo verbal de guerra al proponer el cuestionario, determinara la forma precisa de culpabilidad por la que debía responder el procesado, es decir, si su conducta estuvo medida por el dolo, la culpa o la preterintención; como así no se hizo, el juzgador tenía la obligación de estudiar y analizar todas las

pruebas recaudadas dentro del proceso, para determinar si se configuraba la intención de matar y concluir cuál era el exacto contenido del cargo formulado a los vocales y la respuesta de ellos; pero lo que se hizo en la sentencia "fue tomar la decisión más desafortunada, odiosa y desfavorable contra el procesado".

Finalmente menciona como pruebas que, según él, demuestran la ausencia de la intención de matar de su representado, el haber usado éste, sus manos y su cuerpo para someter al retenido, pese a que portaba arma de fuego; los golpes que recibió la víctima no afectaban los órganos vitales; las manifestaciones del procesado antes y después del hecho; las características de las lesiones, pues ninguna ostenta la calidad de necesariamente mortal; el hecho de que el deceso de la víctima se haya producido al día siguiente y, finalmente, la confesión rendida por el imputado en su indagatoria y en el consejo verbal de guerra y la cual "le da fisonomía indiscutible a la preterintención."

#### *Segundo cargo*

Con apoyo en la causal tercera de casación, manifiesta el demandante que la sentencia de segunda instancia fue dictada en un proceso viciado de nulidad, ya que el cuestionario propuesto a los señores vocales del consejo de guerra no incluyó el elemento "intención de matar" "desintegrando así el delito del homicidio".

Para demostrarlo, menciona los elementos que estructuran el punible de homicidio y luego de ello, hace referencia al artículo 673 del Código Penal Militar que habla del contenido del cuestionario.

Según el censor, la pregunta formulada a los vocales en el Consejo Verbal de Guerra, vulnera las exigencias de la norma en comento, pues al especificar los elementos constitutivos del delito de homicidio, excluyó la intención de matar, elemento que precisamente, le da entidad y fisonomía al delito de homicidio voluntario.

La defectuosa redacción del cuestionario propuesto, rompió con la consonancia que debía existir entre la resolución de convocatoria al Consejo Verbal de Guerra, el cuestionario, el veredicto y la sentencia, "Porque la ausencia del elemento 'intención de matar' permite interpretar el veredicto como si se tratara de un homicidio preterintencional, culposo, de un caso fortuito, pero jamás como homicidio voluntario".

Agrega más adelante, que la resolución que convoca el Consejo Verbal de Guerra, induce a pedir su anulación para que se subsane, analizando en su parte motiva la especie de homicidio cuya responsabilidad se le impute al procesado.

Finalmente solicita casar la sentencia y declarar su nulidad.

Demanda presentada por el Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar.

*Cargo único*

Lo fundamenta en la causal tercera de casación por considerar que la sentencia del Tribunal Superior Militar se dictó en un juicio viciado de nulidad que parte de la formulación del cuestionario.

Se refiere al cuestionario formulado a los señores vocales, para afirmar que el mismo corresponde al homicidio doloso o voluntario, mientras que el proceso muestra que se trata de un homicidio preterintencional.

Dice el recurrente que como no se hizo alusión alguna al grado de culpabilidad, el juez de derecho entiende que está frente a un homicidio voluntario; pero a los jueces de hecho simplemente se les preguntó si el acusado era responsable de haberle causado la muerte a un particular por los golpes que le propinó y ellos contestaron que sí.

Agrega que ni el Presidente del Consejo Verbal de Guerra, ni la sala de decisión, dicen en sus respectivas sentencias las razones de hecho y de derecho en que fundamentan su apreciación sobre la existencia del dolo en cuanto al homicidio, aspecto que perdería importancia si no fuera porque en el expediente todo apunta a que no había intención de matar.

Para demostrarlo explica que no existía un móvil que llevara a pensar que el acusado podía querer la muerte de la víctima: ninguno de los golpes, cada uno o en su conjunto, demostraban la intención de matar; pese a que el sindicado estaba armado no utilizó su revólver contra la víctima, los "puñetazos y puntapiés" con que se causó la agresión, no se puede considerar como medio idóneo para causar la muerte; el sindicado fue conciente de la supervivencia de Luis Aníbal, y solo a solicitud de un pariente permitió su traslado a un Centro Médico donde no le dieron la atención oportuna y posteriormente a otro donde luego de la intervención quirúrgica falleció.

El médico que lo trató declaró que si hubiera sido operado antes, se hubiera podido salvar ya que la causa de la muerte fue la Septicemia.

Otro aspecto que menciona el demandante es el relativo a que aún cuando el protocolo de necropsia anuncia que la causa de la muerte fue la anemia aguda, es asunto discutible, si se tiene en cuenta que el paciente llegó conciente al hospital luego de doce horas de haber sufrido los golpes, que hubo una intervención quirúrgica y que la muerte sobrevino seis horas después de dicha intervención.

Dice también que la nulidad invocada consiste en la indeterminación de la imputación subjetiva del cargo de homicidio, lo cual viola de manera flagrante el artículo 29 de la Carta Política.

Solicita entonces la nulidad de todo lo actuado a partir de la formulación del cuestionario, con el fin de que sea repetido el juzgamiento de José Garnalled Tangarife García.

## CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA EN LO PENAL

Comienza esa representación del Ministerio Público por hacer referencia a los cargos de nulidad propuestos por el defensor del procesado y el Fiscal Noveno ante el Tribunal Superior Militar, respecto de los cuales se anticipa a manifestar que se impone su desestimación, pues de la revisión de la Resolución de Convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, se concluye su observancia a las exigencias plasmadas en el artículo 657 del C.P.M. que en su numeral 4o establece que la misma deberá contener "la calificación jurídica provisional, señalando el capítulo del título respectivo de la ley correspondiente".

Agrega que el cuestionario sometido a consideración de los vocales también se sujeta a las provisiones del artículo 673 de la misma obra, ya que el mismo contiene la identificación del procesado, el interrogante de si el mismo es responsable o no de haber causado la muerte al particular Luis Aníbal Montoya Granada, mediante golpes con arma contundente, así como las múltiples lesiones señaladas en el protocolo de necropsia.

Considera la Procuraduría, que la no determinación expresa del aspecto subjetivo de la conducta atribuida al procesado en el cuestionario, no necesita de esfuerzo alguno para deducirlo por la manera como fue redactado.

Hace expresa mención de las exposiciones vertidas en el Consejo Verbal de Guerra, tanto por el Fiscal como por el defensor del procesado, conforme a las cuales no queda la menor duda de que el jurado tenía pleno conocimiento de la naturaleza de su respuesta y las implicaciones que respecto de ellas tendría el encausado.

En cuanto al cargo planteado al amparo de la causal segunda, por parte del defensor del procesado, explica la Delegada que el objeto de este motivo de casación es el restablecimiento de la concordancia que debe existir entre los cargos formulados y lo resuelto en la sentencia, único sentido en que se debe orientar este tipo de argumentaciones sin que sea pertinente ocuparse del aspecto probatorio, porque no hace parte de esta controversia.

Reitera que la Convocatoria al Consejo Verbal de Guerra y el respectivo cuestionario, fueron elaborados con sujeción a los parámetros legales que los regulan; además, si no se plasmó el grado de culpabilidad de la conducta delictiva dicha omisión se subsanó cuando en el mismo cuestionario se incluyeron de manera expresa las múltiples lesiones que el implicado le ocasionara a la víctima y que originaron su deceso, así como los planteamientos que las partes consignaron en la audiencia, elementos de juicio que no dejaron duda alguna del carácter doloso de la conducta del procesado.

Finalmente solicita la casación oficiosa del fallo impugnado, por cuanto en la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y



funciones públicas se excedió del máximo legal permitido en el artículo 44 del Código Penal.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

**Cargo de Nulidad propuesto por el defensor del procesado y el Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar.**

Teniendo en cuenta el principio de prioridad que rige el recurso y la identidad de los reproches formulados por los recurrentes, la Sala hará referencia, en primer término, a este cargo de nulidad, ya que en caso de prosperar no se haría necesario el estudio de la otra censura propuesta contra el fallo de segunda instancia.

Según los casacionistas, la sentencia impugnada fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por cuanto el cuestionario propuesto a los señores vocales del Consejo de Guerra Verbal, no incluyó el elemento 'intención de matar', esto es, la forma de culpabilidad de la conducta imputada al procesado, lo que impedía a los señores vocales determinar la clase de homicidio por la cual se les estaba preguntando.

Para empezar, el artículo 673 del Código Penal Militar impone una serie de requisitos para formular el cuestionario que se somete a los señores vocales a fin de que emitan su veredicto, consistentes en la determinación del hecho materia de juzgamiento de conformidad con la prueba que aparece en el proceso y las circunstancias en que se cometió, sin darle denominación jurídica.

Significa ello que como la redacción del cargo que en él se haga, debe coincidir con la efectuada en el respectivo tipo penal, lo procedente entonces, para determinar si les asiste razón a los recurrentes, es entrar a realizar una comparación objetiva entre los requisitos aquí enunciados y el contenido del cuestionario propuesto a los señores vocales en el caso de Tangarife García.

Los vocales que intervinieron en el consejo de guerra, materia del presente asunto, contestaron SI ES RESPONSABLE, al siguiente interrogante:

*"El acusado agente de la policía nacional en servicio activo para la época de los hechos, José Gamalied Tangarife García, nacido en Argelia (Valle) el 21 de mayo de 1959, hijo de Francisco Luis Tangarife y Ana Edilma García, de estado civil casado, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.478.219 expedida en Toro (Valle), es responsable sí o no, de haber causado la muerte al particular Luis Anibal Montoya Granada, mediante golpes con arma contundente que le produjeron en tórax equimosis en cara posterior de ambos hemitórax, cara lateral y en ambas regiones pectorales, en abdomen presenta equimosis en cresta tibial izquierda. Presenta fractura cerrada de arco anterior de 4, 5, y 6. Costillas, ruptura de*



*pleura con lesión de pulmón izquierdo. Estallido de pulmón derecho. Formación de hemotórax. Esuallido de intestino delgado, con formación de hemoperitoneo, siendo la causa de la muerte anemia aguda secundaria a estallido de pulmón derecho e intestino delgado, causadas por trauma con arma contundente de acuerdo con la descripción que hacen los médicos legistas en la diligencia de necropsia, en hechos ocurridos en el municipio de Ansermanuevo, departamento del Valle del Cauca, el día 14 de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993) con ocasión del servicio o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo...* (f 247 c.o no. 1).

El delito de Homicidio por el cual fue condenado Tangarife García, está previsto en el artículo 259 del Código Penal Militar que dice:

*"El que con ocasión del servicio o por causa de este o de funciones inherentes a su cargo, matare a otra persona incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años"*

Como se ve, el cuestionario sometido a consideración de los señores vocales cumple a cabalidad con los parámetros establecidos en el artículo transcrito, como quiera que contiene la determinación del hecho que es objeto de juzgamiento, las circunstancias modales del mismo, pues se describe la forma como ocurrió la muerte de Luis Aníbal Montoya Granada, las heridas a él ocasionadas con arma contundente y la causa de su deceso, según la diligencia de necropsia hecha por los médicos legistas, todo ello conforme al material obrante en el proceso.

No se advierte entonces, la redacción defectuosa que se pretende atribuir al cuestionario transcrito, ni el desconocimiento de las pautas establecidas para su elaboración, pues si en él no se incluyó el elemento "intención de matar", el mismo contiene los suficientes elementos para entender el alcance del acto delictivo desplegado por el procesado y frente al cual se le estaba atribuyendo responsabilidad dolosa, forma de responsabilidad que es propia de todos los ilícitos y que solo por excepción expresa admite la deducción de reproche a título de culpa o preterintención.

Aparte de ello, como acertadamente lo puntualiza el Ministerio Público, a lo largo del debate en el Consejo de Guerra Verbal se hizo alusión a la clase de homicidio que se estaba juzgando; así el Fiscal que participaba en la diligencia, al momento de su intervención, hizo una reseña de los hechos y un detallado análisis de las pruebas obrantes en el plenario, a efectos de juzgar la conducta de José Gamaliel Tangarife, para concluir que su conducta encuadraba "en el Título XIV, Capítulo Y, artículo 259 y 260 del Código Penal Militar" y por ello solicitó a los señores vocales se dictara sentencia condenatoria por el delito de HOMICIDIO. (f 264 c.o)

En la misma diligencia el defensor del procesado en esa instancia, fundamentó su alegato en el hecho de que no se trataba de un homicidio simple sino de uno preterintencional, solicitando a los señores Vocales

hacer un análisis respecto del grado de responsabilidad que le cubía a Tangarife García para lo cual explicó la diferencia entre una y otra conducta, específicamente en lo que tenía que ver con la culpabilidad. (fl 273 c.o).

Lo anterior implica que al momento de entrar a responder el cuestionario, cada uno de los tres vocales tenía conocimiento del tipo de homicidio por el cual se les estaba preguntando, quienes además podían expresar lo que a bien tuvieran, si consideraban que el hecho se había cometido en circunstancias distintas de las contempladas en el interrogatorio sometido a su consideración, conforme los faculta el artículo 676 del Código Penal Militar.

Por ello, de acuerdo a la veredicción unánime de los vocales, el Juez de primera instancia declaró la responsabilidad del procesado, decisión que el Tribunal Superior Militar confirmó en su totalidad.

Debe anotarse, que los recurrentes en su afán por demostrar que el delito por el cual se debía condenar al ex agente de policía era el de homicidio preferintencional y no el de homicidio simple o voluntario, involucran en sus argumentos opiniones respecto de la forma como se debió apreciar el material probatorio obrante en el plenario, situación totalmente inadmisibles frente a la vía escogida para pretender invalidar la correspondiente actuación procesal.

A ello debe agregarse que es deber del jurado declarar la existencia de una conducta delictiva, pero es al juez de derecho a quien corresponde examinar el veredicto emitido por los vocales a efectos de determinar si se ajusta a la evidencia de los hechos y acorde con ello proferir el fallo correspondiente.

Constatado como queda que no existe motivo alguno para anular la actuación desarrollada en el trámite del Consejo de Guerra Verbal, el cargo no prospera.

#### *Causal segunda*

Considera el defensor del procesado que la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, no está en consonancia con los cargos formulados en el cuestionario, que equivale a la resolución de acusación, pues allí en ningún momento se le interroga sobre un homicidio simplemente voluntario, ni uno preferintencional y por lo tanto no podía dársele aplicación al artículo 259 del Código Penal Militar.

Varios son los yerros en que incurre el libelista en la formulación del cargo, pero inicialmente ha de señalarse el relativo a la vía que se debe escoger para atacar la sentencia por el motivo anunciado y sobre lo cual se ha pronunciado esta corporación en los siguientes términos:

*"...a nivel de la Justicia Penal Militar, la incongruencia entre la convocatoria del consejo de guerra y la sentencia no tiene una causal independiente*

*te de casación como ocurre en la normatividad ordinaria. El artículo 442 del Código Militar, numeral 2o, señala como causal cuando la sentencia no esté en consonancia con el cargo formulado en el cuestionario, que como es obvio hace relación a los consejos de guerra con intervención de vocales; por tanto la incongruencia entre la convocatoria y el fallo solo se puede alegar a nivel de la justicia penal militar por medio de la causal tercera, por haberse dictado en un juicio violado de nulidad" (Sentencia de octubre 21 de 1992, Magistrado Ponente, Dr. Edgar Saavedra Rojas).*

De otro lado, la incongruencia o inconsonancia entre una y otra decisión, ha de entenderse a nivel de este recurso extraordinario, en el sentido de que la sentencia debe versar sobre los mismos cargos concretados en el cuestionario propuesto a los vocales, ya sea que por ellos se absuelva o se condene al procesado; por lo tanto, para demostrarlo, es necesario realizar la comparación objetiva del contenido entre ambas piezas procesales y no sobre la base de apreciaciones subjetivas respecto del material probatorio, como desatinadamente lo hizo el recurrente.

Pasando por alto las anteriores precisiones, de todas formas no resulta cierto lo afirmado por el libelista pues, se reitera, en la convocatoria al Consejo Verbal de Guerra se dijo, genéricamente, al momento de efectuar la calificación jurídica provisional que el delito que se imputaba al procesado era el de Homicidio, previsto en el libro 1o, Título XIV, Capítulo I del Código Penal Militar; acorde con esos cargos, a los Señores Vocales del Consejo Verbal de Guerra se les propuso el cuestionario ya transcrito y su respuesta fue afirmativa, por unanimidad; con fundamento en ese veredicto, se profirió la sentencia de primer grado, en la que se condenó al procesado por el delito de Homicidio.

Por lo tanto, no existe la inconsonancia entre la convocatoria a Consejo Verbal de Guerra, el cuestionario, el veredicto y la sentencia.

Vistas así las cosas, el cargo no puede prosperar ya que el desacierto de la demanda es evidente no solo por el desconocimiento de la causal que se trata, sino del contenido mismo de las providencias que ataca en las que se trata de demostrar un yerro que jamás ocurrió, lo que necesariamente lleva a la destimación de la censura.

#### *Casación oficiosa*

Tal como lo solicita el Procurador Primero Delegado en lo Penal, y pese a la ineptitud de los cargos, la Sala habrá de casar en forma parcial y oficiosa la sentencia, acorde con el principio de legalidad de las penas, ya que el Tribunal Superior Militar confirmó la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal que el Juez de Primera Instancia había impuesto al procesado Gamaliel Tangarife en diez (10) años y seis (6) meses, con lo cual desbordó el límite establecido en el artículo 44 del Código Penal (39 del Código Penal Militar), que determina un máximo de diez (10) años.

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

RESUELVE

DESESTIMAR las demandas de casación.

CASAR PARCIALMENTE y de oficio el fallo aludido en la parte motiva y en consecuencia se condena al proccsado José Gamaliel Tangarife García a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo de diez (10) años.

Dejar sin modificaciones la sentencia en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

**TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA  
ANTICIPADA/ AUDIENCIA ESPECIAL/ INTERES PARA  
RECURRIR**

*La presencia o la ausencia del interés para recurrir se convierte en un presupuesto del examen de los contenidos formales y materiales de la demanda, exigencia que deriva tanto de la determinación por la teoría del proceso de que es indispensable que se haya sufrido un perjuicio, como consecuencia de la sentencia atacada, como de la claridad de que el impugnante no ha contribuido con su conducta al resultado que lamenta y de que el recurso extraordinario no empujara la retractación de lo aceptado o acordado en la terminación excepcional del proceso. A ello conduce no sólo la estructura legal de las figuras de la sentencia anticipada y la audiencia especial (arts. 37 y 37a del C. de P.P.), sino también la expresa limitación que el legislador traspasó en el numeral 4º del artículo 37b ídem, que si bien sólo se estipula para el recurso de apelación, esta sala ha reconocido la extensión de sus efectos a la casación, pues, de otro modo, ésta sería la vía expedita para burlar una restricción que es correlativa al exco positivo, aunque atemperado, de la voluntad del procesado y su defensor en el resultado de la pretensión punitiva y sus consecuencias, y que tiene sentido por el matiz de proceso de partes que seierte en aquellas instituciones procesales especiales (cfr. auto de 16 de septiembre de 1993, m. p. Dr. Guillermo Duque Ruiz y sentencia de casación de marzo 4 de 1996, m. p. Dr. Fernando Arboleda Ripoll ).*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego

Aprobado Acta N° 148 (octubre 16 de 1996)

Proceso: 10578

**VISTOS**

Con fundamento en el trámite especial previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, uno de los Juzgados Regionales de Santafé

de Bogotá dictó la sentencia anticipada de fecha 12 de julio de 1994, por medio de la cual condenó a Ferley Medina Camacho, Darío Chavarro Calderón y Sergio Serrano Niño, el primero, a la pena principal de diecisiete (17) años, seis (6) meses y veinte (20) días de prisión y multa por valor de ochocientos diecisiete con setenta y tres (817.73) salarios mínimos mensuales, como coautor responsable de un concurso de delitos de secuestro extorsivo-agravado y rebelión, de acuerdo con las previsiones de los artículos 6° del Decreto 2790 de 1990 y 1° del Decreto 1857 de 1989, adoptados como legislación permanente por los artículos 11 y 8° del Decreto 2266 de 1991, respectivamente; el segundo, a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y multa de sesenta y seis con seis (66.6) salarios mínimos legales mensuales, en su condición de autor del delito de rebelión (tipificado en los mismos términos del anterior; y el tercero, a la pena principal de ocho (8) meses de prisión, al hallarlo responsable a título de autor del delito de "omisión de informes" sobre el injusto de secuestro (Ley 40 de 1993, art. 9°). A los tres condenados, se les impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, con la distinción de que al primero le corre dicha sanción por un periodo de diez (10) años, mientras que a los dos restantes los afecta por un término igual al de la pena privativa de la libertad. En el mismo fallo, se declaró la obligación separada de los tres sentenciados de resarcir los daños y perjuicios ocasionados con los delitos, en cuantías diferentes; se les negaron los subrogados penales (impropiamente el juez se refirió de una vez y directamente a la libertad condicional) y también se ordenó la ruptura de la unidad de proceso, con el fin de que la Fiscalía continuara la investigación de los hechos punibles y de los demás procesados no cobijados por dicha terminación anticipada.

Por la vía del recurso de apelación, el Tribunal Nacional conoció del rescindido fallo y, por medio del de segunda instancia que está fechado el 25 de noviembre de 1994, lo modificó en el sentido de aumentar la pena dispuesta para Ferley Medina Camacho a veintidós (22) años, diez (10) meses y veinte (20) días y multa por valor equivalente a noventa y uno con cincuenta y cinco (91.55) salarios mínimos legales mensuales, por cuanto el delito de secuestro extorsivo, en razón de su naturaleza permanente que extendió su perfeccionamiento hasta el 25 de enero de 1993 (fecha de liberación de la víctima), debía tratarse punitivamente conforme con el artículo 1° de la Ley 40 de 1993, cuya vigencia comenzó el 20 de enero del mismo año, y no de cara al artículo 6° del Decreto 2790/90 que había seleccionado la primera instancia. Las restantes determinaciones del fallo de primer grado fueron avaladas por el superior funcional.

Precisamente en relación con esta sentencia del Tribunal Nacional, el sentenciado Medina Camacho interpuso el recurso extraordinario de casación y su defensor presentó oportunamente la respectiva demanda, acto que ahora concluye la intervención de la Corte.



## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. A partir de la denuncia formulada por el joven Jesús Antonio Peña Parra, se tuvo conocimiento de que el día 22 de octubre del año de 1992, aproximadamente a las 11:00 horas de la mañana, el octogenario comerciante y ganadero Aníbal Peña Sánchez -padre del denunciante-, salía de su finca "Condorito", situada en la vereda El Salado-Aguablanica del municipio de Pitalito, departamento del Huila, en su vehículo tipo camioneta, marca LUV 2300, modelo 1992, de placas PTT-043, color blanco, acompañado de dos servidores suyos, cada uno de los cuales había sido dotado de arma de fuego corta para que proveyeran a la seguridad personal del hacendado, cuando fue interceptado por un grupo de cinco (5) personas, aproximadamente, que rápidamente los amenazaron con armas de fuego de largo alcance, granadas y pistolas, desarmaron a sus custodios y sacaron forzosamente al anciano de su vehículo y lo hicieron abordar el carro marca Daihatsu en el que se movilizaban los delincuentes, le advirtieron que ahora sí les pagaría el dinero que tenían pendiente, para después conducirse con él en dirección al pueblo de San Adolfo y posteriormente, con recorridos a caballo y a pie, se internaron en la zona montañosa del departamento de Caquetá, lugar donde fueron recibidos por otro grupo de hombres armados que se encargó de la vigilancia y cuidado del retenido.

De esta manera se produjo el secuestro del señor Peña Sánchez, de quien inicialmente se exigían cuatrocientos millones de pesos (\$ 400.000.000.00) para su liberación, exigencia que al final se situó en la suma de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000.00). Los dos acompañantes del cautivo, Jhon Jairo Meneses Guerrero y Rodolfo Neison Roa Acharly, habían quedado con vida y vigilados dentro de la camioneta de propiedad de su empleador, pero después fueron hallados sus cadáveres en jurisdicción de San Adolfo.

Ocorre que el día jueves 12 de noviembre de 1992, en la vía Garzón-Altamira-Pitalito, el grupo UNASE del Ejército Nacional retuvo a dos (2) individuos que se movilizaban como pasajeros en un taxi de servicio público, quienes portaban en ese momento un radio de comunicaciones, un revólver marca smith & wesson, calibre 38 largo, con seis (6) cartuchos para el mismo y ochenta y siete (87) cartuchos más calibre 7.62. Estos sujetos fueron identificados como Uriel Ordóñez (o Roberto Acosta) y Ferley Medina Camacho (o Elver Quintana o César Cortés, conocido también con los alias de "Pollo César" o "Carlos"), quienes fueron puestos a disposición de la autoridad competente el 21 de noviembre siguiente y adujeron que pertenecían al Frente 13 del Comando Sur de la organización subversiva denominada Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC-EP, bajo cuyas órdenes se había perpetrado el secuestro del señor Aníbal Peña Sánchez y que en ese entonces buscaban contacto con la familia del rehén para negociar la liberación.

Por las mismas calendas también fue capturado en el cementerio del municipio de Pitalito, al parecer cuando asistía a unos funerales, el sujeto Darío Chavarro Calderón (o Gavino Cerguera Castañeda, conocido también con los alias de "Misael Darío", "Ricaurto" y "El diablo"), quien también admitió que pertenecía al mismo frente guerrillero, mas adujo que no había participado en el mencionado secuestro, por cuanto a la sazón cumplía otras tareas ordenadas por el comandante de la organización subversiva.

Y merced a los señalamientos de Uriel Ordóñez, el día 3 de diciembre de 1992, fue capturado el individuo Sergio Serrano Niño (a. "Chayane"), quien había acompañado a los dos primeros en un recorrido por el municipio de Puerto Tolima, en el departamento del mismo nombre, en procura de buscar contacto telefónico con los familiares de la víctima del secuestro, aunque negó su pertenencia al grupo insurgente.

El anciano secuestrado fue liberado por el grupo armado irregular el día 24 de enero de 1993, al parecer sin que se haya pagado rescate alguno, pues, todo indica que el descubrimiento de la participación de la asociación insurgente en esa empresa criminal, precipitó la liberación de la víctima.

2. Por parte del Fiscal Regional ante las Unidades Investigativas de Policía Judicial, con sede en Pitalito, el día 21 de noviembre de 1992 fueron recibidos en indagatoria los imputados Uriel Ordóñez y Ferley Medina Camacho, el 22 de noviembre siguiente se hizo lo propio con Darío Chavarro Calderón, el 4 de diciembre del mismo año se escuchó en injurada a Sergio Serrano Niño y, en virtud de la confesión y las delaciones del primero, también fueron capturados y sucesivamente vinculados a la investigación los ciudadanos Luis Carlos Pinilla Cuéllar, Luis Enrique Ibarra Torres y Jorge Eliécer Romero Castaño. Posteriormente, el 20 de febrero de 1993, en razón del informe presentado por el capitán Oscar Mauricio Cote López, oficial del Batallón de Infantería N° 27 -Magdalena-, se le recibió indagatoria al señor Luis Emilio Vargas Morales (fs. 7, 12, 16, 19, 25, 29, 31, 32, 43 y 274, cuaderno original N° 1).

3. Por medio de resolución fechada el 15 de diciembre de 1992, la Unidad de Fiscalía Especializada de Terrorismo de la Dirección Regional de Santafé de Bogotá, resolvió la situación jurídica de los siete (7) primeros vinculados, le dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva -sin excarcelación- a seis (6) de ellos y se abstuvo de proferirla en relación con Jorge Eliécer Romero Castaño, de la siguiente manera: Uriel Ordóñez y Ferley Medina Camacho, como coautores de un concurso de delitos de secuestro extorsivo-agravado (arts. 22 y 23 del Decreto 180/88) y Rebelión (art. 1° del Decreto 1857 de 1989); Darío Chavarro Calderón, como autor del injusto de Rebelión; Luis Carlos Pinilla Cuéllar, coautor del hecho punible de secuestro y cómplice de Rebelión;

Luis Enrique Ibarra Torres, autor del delito de "omisión de informes sobre secuestro", previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, y cómplice de Rebelión y Sergio Serrano Niño, autor del mencionado hecho punible de "omisión de informes" (fs. 56 a 67, C. O. 1). En la misma providencia se ordenaron las copias para investigar los presuntos delitos de "Fabricación y tráfico de armas, municiones y explosivos" e "infracción a la Ley 30 de 1986" (numeral 11, parte resolutive).

La situación jurídica de Luis Emilio Vargas Morales fue definida favorablemente en la resolución del 4 de marzo de 1993, por la cual esa misma Unidad de Fiscalía se abstuvo de vincularlo con medida de aseguramiento (C. O. 1, fs. 278 a 281).

4. Por primera vez, de acuerdo con el memorial que se recibió el 13 de enero de 1993 en la secretaría común de la Dirección Regional de Fiscalías de esta capital, el procesado Ferley Medina Camacho solicitó la "audiencia especial" de que trataba el original artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, "para acogerme a la terminación anticipada del proceso y tener derecho al beneficio de rebaja de una sexta parte" (fs. 95, C. O. 1). Sergio Serrano Niño hizo solicitud de terminación anticipada el 19 de marzo de 1993 (fs. 294), y Darío Chavarro Calderón toma la misma opción el 7 de enero de 1994 (fs. 424).

5. En la resolución del 10 de mayo de 1994, el fiscal regional declaró cerrada parcialmente la investigación en relación con las ocho (8) personas legalmente vinculadas, sin que haya explicitado si lo parcial se refería a algunos delitos o impropiamente a otros imputados (C. C. 2, fs. 7).

6. Dicha resolución de cierre de investigación fue parcialmente revocada, por medio de la providencia del 2 de junio de 1994, en virtud del recurso de reposición interpuesto por el procesado Ferley Medina Camacho y el defensor de Darío Chavarro Calderón, al advertir que estaban pendientes las solicitudes de sentencia anticipada y aún faltaban defensas técnicas por proveer. En consecuencia, se señaló fecha y hora para llevar a cabo la diligencia de sentencia anticipada (fs. 29, 30 y 54, C. O. 2).

7. Pues bien, el día 10 de junio de 1994 se llevó a cabo la diligencia de sentencia anticipada, de conformidad con el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 3° de la Ley 81 de 1993, acto en el cual se destacan las siguientes incidencias: no acudió el defensor del procesado Darío Chavarro Calderón y, como quiera que éste insistió en el interés de acogerse a la terminación anticipada y aceptó que le designaran un defensor de oficio, la Fiscalía le entregó el encargo al doctor Alfonso Murcia Rojas, quien antes también había sido reconocido como defensor de los otros dos optantes de la finalización especial, Medina Camacho y Serrano Niño; el fiscal les explicó a los procesados las consecuencias, los beneficios y los alcances de la figura en cuestión; se relataron detalladamente los hechos; se reseñaron las pruebas; a Ferley Medina

Camacho se le imputó el concurso de delitos de rebelión (art. 1°. Decreto 1857/89) y secuestro extorsivo, pero éste no en las condiciones típicas señaladas en la resolución de situación jurídica, sino conforme con el inciso 1° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, norma que empezó a regir el 16 de enero de 1991 y en vigencia de la cual "tuvo ocurrencia" el delito, agravado de conformidad con las causales 1a. y 3a. del artículo 270 del Código Penal, por remisión expresa del párrafo del artículo 6° citado, por cuanto el ofendido superaba los 70 años de edad al momento de la ilícita aprehensión y se le mantuvo privado de la libertad por más de 30 días; de igual manera, y también en relación con Medina Camacho, se advirtió que, aunque la dosificación punitiva correspondía al juez regional, de acuerdo con el inciso 5° del artículo 3° de la Ley 81 de 1993, la Fiscalía estimaba que eran concurrentes para él las rebajas sucesivas de una tercera parte de la pena por sentencia anticipada y por confesión, esta última por aplicación favorable del artículo 299 del C. de P. P., antes de la modificación introducida por la Ley 81; en cuanto a Darío Chavarro Calderón se le atribuyeron los mismos cargos de la resolución de situación jurídica; y, en relación con Sergio Serrano Niño se le dijo que era responsable del delito de "omisión de informes sobre secuestro", que antes se le había encarado, pero que su punición, por favorabilidad, se haría de acuerdo con el artículo 9° de la Ley 40 de 1993. Es nota común a los tres procesados la aceptación expresa y directa de los cargos formulados y de la responsabilidad deducida por la Fiscalía (C. O. 2, fs. 113 a 122).

En el acta se indica que la Fiscalía Seccional investiga separadamente la muerte violenta infligida a los dos acompañantes del secuestrado.

8. Finalmente, se produjeron las sentencias de primera y segunda instancia, de fecha 12 de julio y 25 de noviembre de 1994, cuyas determinaciones son las que ya se compendiaron en el introito de este fallo.

#### LA DEMANDA DE CASACIÓN

Después de identificar a los sujetos procesales, presentar los hechos del proceso y hacer una reseña de la actuación procesal, el demandante ataca la sentencia del Tribunal Nacional con fundamento en la causal tercera de casación, pues estima que dicho fallo fue dictado en un juicio violado de nulidad y, al amparo de este factor, le formula tres cargos, de la siguiente manera:

El primero lo refiere al hecho de que la audiencia de sentencia anticipada se realizó con un mismo defensor para los tres procesados, a sabiendas de que existían intereses encontrados entre Sergio Serrano Niño y su defendido Ferley Medina Camacho, pues aquél había acusado a éste en el curso de sus intervenciones, error que condujo al juez de primera instancia a la violación de la garantía de "la defensa integral y técnica y de paso el debido proceso". Para la demostración del cargo simplemente:

señala la foliatura específica en la cual se advierte la presunta incompatibilidad, y entonces remite allí para su análisis. Consecuente con este juicio de valor, el demandante solicita la nulidad a partir de la resolución que convocó a la audiencia de sentencia anticipada.

El segundo cargo tiene varias facetas y lo hace consistir en que en la diligencia de sentencia anticipada se le anunció al procesado Medina Camacho que "para la imputación necesariamente debía tenerse en cuenta su confesión" (el énfasis es del texto); que se le aplicaría el Decreto 2790 de 1990 y el criterio de favorabilidad, promesas que indudablemente afectaron su libertad de conciencia y voluntad para aceptar responsabilidad penal, que vulneraron además "su derecho a la defensa integral y técnica", "las garantías procesales y sus derechos fundamentales". Otra dimensión adquiere el reproche cuando se refiere a los hechos confesados por el procesado en la diligencia de indagatoria y en la posterior ampliación, muy diferentes de aquellos a los que engañosamente se le condujo en la diligencia de sentencia anticipada, pues en aquellas oportunidades Ferley Medina Camacho simplemente aceptó que era un agente SEDI-CIOSO, sin participación alguna en actos tendientes a derrocar el Gobierno Nacional, además de que confesó haber cumplido una rutinaria labor de "campanero" para anunciar por radio a sus compañeros de grupo la eventual presencia del ejército, pero en manera alguna consciente de que a esa hora otros perpetraban el secuestro de una persona. De modo que, si el arrebatamiento de la víctima no fue consecuencia directa de la acción o de la omisión de Ferley, además porque llevaba seis meses retirado de las filas de Frente 13 por enfermedad y no conocía los planes de plagio de sus correligionarios, no se cumplen entonces los requisitos de los artículos 21 y 25 del Código Penal para imputarle el hecho de secuestro y comunicarle sin su conocimiento las circunstancias materiales y personales en las que actuaban sus compañeros. En la demostración de este cargo remite al acta de sentencia anticipada (fs. 123 a 122) y a la forma de negociar que refleja la Fiscalía en el folio 337; al igual que a los folios 7 a 14 y 31 a 33. Del mismo modo que en el acápite anterior, solicita la nulidad a partir de la resolución de convocatoria a la sentencia anticipada.

El tercer cargo lo relievra como un error en la denominación jurídica del hecho imputado, supuesto que lo confesado encuadra típicamente en delito de sedición y no en el de la rebelión, razón por la cual se perfila una VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL, por aplicación indebida del artículo 125 del Código Penal (modificado por el Decreto 1857/69) y por falta de aplicación del artículo 126 idem. Para la demostración del reparo simplemente menciona las indagatorias de Uriel Ordóñez y Ferley Medina Camacho; recaba que un grupo de jóvenes iletrados que conforman la organización subversiva denominada FARC, sin ideología ni suficiente preparación militar y logística, que tiene que acudir a la emboscada,



a la lucha clandestina y a la comisión de delitos comunes para poder subsistir, le parece imposible que pueda derrocar a la autoridad legítima o al Gobierno Nacional, pues dichas actitudes son más bien sediciosas que constitutivas de rebelión. Por lo demás, agrega el casacionista, el procesado pudo quedar incurso en el delito consistente en haber omitido dar informes sobre el secuestro que de pronto conoció después de ocurrido, comportamiento punible de conformidad con el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, estatuto éste que fue el que sirvió de base para el acuerdo. Así entonces, la presentación de un cargo errado en la audiencia de sentencia anticipada genera la nulidad que, según el recurrente, deberá decretarse a partir de la resolución de convocatoria a dicha diligencia.

En el capítulo V de la demanda, el recurrente presenta cargos subsidiarios con fundamento en la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, en dos sentidos:

a) Aplicación indebida del artículo 1° de la Ley 40 de 1993, la cual condujo a la falta de aplicación del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990. No obstante que comparte con el Tribunal Nacional que el secuestro es un delito permanente, advierte que los hechos ocurrieron el 22 de octubre del año de 1993, cuando aún no había entrado a regir la citada ley; el procesado fue capturado el 17 (sic) de noviembre de 1992 y le fue resuelta la situación jurídica el 15 de diciembre siguiente, antes de la vigencia de la ley 40; y el acusado no tenía disponibilidad material ni subjetiva sobre la víctima, antes o después de su captura, pues ni siquiera había participado en el secuestro. Como el Tribunal Nacional entendió que Ferley continuaba ejerciendo poder o custodia sobre el rehén, fácilmente se equivocó al aplicar el artículo 1° de la Ley 40 de 1993, dejando de aplicar el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, cargo que le había sido formulado en el acuerdo de sentencia anticipada, que tiene el mismo valor de la resolución acusatoria. A manera de colofón, sugiere a la Corte que se case la sentencia recurrida y se dicte la que debe reemplazarla, en armonía con los cargos deducidos en la diligencia anticipada.

b) Falta de aplicación del inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790, en lugar del artículo 1° de la Ley 40 de 1993, pues es la norma que condice con los hechos confesados por Ferley Medina Camacho, la vigencia de la ley en el tiempo y el principio de favorabilidad. Sitúa la prueba de este cargo en los folios 13 a 23 del fallo de segunda instancia y, consecuentemente, solicita que se case éste y se dicte otro de conformidad con lo confesado.

En el capítulo VI del libelo formula otro cargo subsidiario, también con fundamento en la causal primera de casación, pero esta vez por violación indirecta de la ley sustancial, debido a un error de hecho de la especie del falso juicio de identidad, el cual condujo al fallador a ignorar la



aplicación de los artículos 24 del Código Penal y 6°, inciso 3° del Decreto 2790 de 1990. Se anuncia que el sentenciador tergiversó o distorsionó el sentido de las versiones rendidas por los sindicados Ferley Medina Camacho y Uriel Ordóñez, pues éstas muestran claramente que el primero cumplía el papel del "campanero", que desconocía los pormenores del secuestro del señor Aníbal Peña Sánchez, y que simplemente omitió dar informes a la autoridad sobre las actividades del grupo sedicioso en relación con el delito contra la libertad. De modo que el procesado "actuó como cómplice por la ayuda posterior al secuestro pero su conducta estuvo enmarcada dentro de los lineamientos del inc. 3° del art. 6° del D. 2790/90". Finaliza con la invocación de los folios 7 al 14 y 31 a 33 y del contenido de las sentencias de primero y segundo grado, como prueba del cargo formulado.

El capítulo VII de la demanda se ocupa de dos cargos imputados a la sentencia con fundamento en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial reflejada en un error de derecho, debido a un falso juicio de convicción. Sostiene, en primer lugar, que la irregular forma de valoración de la prueba, sobre todo de las dos eludidas indagatorias, condujo al sentenciador al yerro que desembocó en la ya recalcada aplicación indebida de unas normas y a la correlativa falta de aplicación de las que eran procedentes. En segundo lugar, el demandante se refiere al error de derecho como falso juicio de legalidad, en virtud de la apreciación que el juez hizo de un reconocimiento fotográfico protagonizado por el también procesado Sergio Serrano Niño, sin sujeción al rito legal de esta clase de prueba (art. 369 C. de P. P.) y en ausencia del defensor del acusado Medina Camacho. Estos dos reparos, que plantea bajo la misma causal, pretende el casacionista que se remuevan con la casación de la sentencia impugnada y el proferimiento de la que debe reemplazarla, la cual sólo puede involucrar cargos por el delito previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990.

Por último, el capítulo VIII de la demanda de casación se refiere a la causal segunda, a cuyo amparo se sostiene que existe incongruencia entre la sentencia condenatoria y los cargos deducidos en el acta de sentencia anticipada, que equivale a la resolución de acusación. En efecto, en la formulación de cargos de la diligencia de sentencia anticipada se alude a las normas del Decreto 2790, no a las de la Ley 10, además se le prometió rebaja acumulativa de una tercera parte por allanarse a ese modo de terminación del proceso y por confesión, todo lo cual se incumplió en el fallo del Tribunal. Como al procesado se le nombró y se le nombró como defensor el de sus presuntos "delatores de oídas", expone el demandante, todo ello quebrantó su libre voluntad y condujo a la aplicación indebida de normas no compatibles con los hechos por él confesados. Solicita, en consecuencia, que se case el fallo y que el sustitutivo se refiera sólo al cargo de complicidad previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790.

## EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador Delegado en lo Penal aborda en detalle el estudio de la demanda y distingue metodológicamente los siguientes temas:

1. La actuación. El caos de la actuación procesal, que evidencia descuido de los funcionarios responsables de su dirección y manejo, se traduce en la ausencia de folios que impiden aprehender cabalmente la realidad de diligencias cumplidas (fs. 3, por ejemplo); en la no incorporación de providencias adoptadas en el diligenciamiento (fs. 29 a 34); el trastocamiento de la cronología y la intercalación en el expediente de los distintos actos procesales; el equívoco reconocimiento de un defensor que había sido nombrado para otro procesado; todo lo cual obstaculiza el ejercicio libre de la defensa tanto material como técnica.

A lo anterior se suma la prolongada demora para atender una petición de sentencia anticipada, que los procesados habían intentado desde el mes de enero del año de 1993. Esto y aquello, en sentir del Ministerio Público, amerita la expedición de copias para realizar una averiguación disciplinaria sobre el particular.

2. La falta de técnica de la demanda. Es nota común irregular de la demanda, la mixtura indebida de razones de violación de una determinada causal invocada con motivos que pertenecen a otra; así por ejemplo, la infracción de los artículos 21 y 25 del Código Penal o la indebida aplicación del artículo 125 *idem*, en lugar del artículo 120 *ibidem*, son juicios que comportan una crítica a las normas sustanciales aplicadas en la sentencia, que en manera alguna dicen relación con los vicios *in procedendo* propios de la causal tercera escogida.

Pues bien, en lo que tiene que ver con la causal tercera, importantes falencias destaca el Ministerio Público en relación con la presunta incompatibilidad de la defensa en la diligencia de sentencia anticipada; en lo que atañe a la mera aseveración de que la formulación de cargos fue engañosa y condujo al error en la aceptación del acusado y las sugerencias de que el grupo subversivo de las FARC no apuestan al derrocamiento del gobierno nacional constitucionalmente establecido, sino apenas a la alteración de su normal funcionamiento.

De otro lado, también es una constante, la precaria demostración de las anomalías imputadas a la sentencia y de sus respectivas consecuencias, tanto cuando se quieren mostrar causales de nulidad, como cuando se pretende señalar yerros relacionados con las pruebas (violación indirecta de la ley sustancial), y aun en el caso de reparos con fundamento en la causal segunda.

En relación con la causal primera, las censuras no corren mejor suerte. La preferencia en la aplicación del artículo 1º de la Ley 40 de 1993, en lugar del artículo 6º del Decreto 2790 de 1990, tiene una sustentación en

la sentencia de segundo grado, fundada en la caracterización del delito permanente de secuestro, sustancial motivación en la cual ni siquiera se introduce el censor para formular el respectivo reparo. También es asaz insuficiente que el impugnante diga, en segundo lugar, que simplemente se dejó de aplicar el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790, con el mero argumento de que era la norma vigente al momento de la captura del sindicado y por ello la indicada para regular su juzgamiento, sin referencia alguna a las razones del fallo atacado para desconocer la activación de tal precepto, que están precisamente relacionadas con la prolongación en el tiempo de la conducta típica de secuestro. Por lo demás, fácilmente reincide el actor en la mezcla indebida de argumentaciones, pues, si lo que pretendía era relieves la violación del principio de favorabilidad, cuando el sentenciador prefirió la Ley 40 de 1993 al Decreto 2790 de 1990, la causal procedente era la tercera y no la primera que venía desarrollando.

Con apoyo en la causal primera, continúa el Procurador Delegado, no se podía pretender señalar una equivocada formulación de cargos, en el sentido de que Ferley Medina Camacho ha debido ser acusado como "cómplice posterior" del delito de secuestro, expresamente previsto en el inciso 3° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, y no como autor del mismo. Tal censura corresponde en realidad a un error *in procedendo*, cuya consecuencia sería la anulación del acto de formulación de cargos, pues, si se procurara corregir el yerro sólo en el ámbito del fallo impugnado, el que se dictara en su remplazo resultaría inconsonante con la acusación, lo cual daría lugar a nuevo motivo de casación.

Los que aparecen como cuarto y quinto cargos imputados por la vía de la causal primera -el demandante los presenta en el Capítulo VII-, dice el Procurador, carecen de demostración sobre el error que se endilga al sentenciador, amén de que son inconsistentes los argumentos sobre el falso juicio de convicción y de legalidad, que se anuncian y se atribuyen, respectivamente.

La primera censura que se hace con fundamento en la causal segunda, no tiene el desarrollo demostrativo que demanda el rigor del recurso extraordinario de casación, además involucra reflexiones que más bien tienen cabida dentro de la causal tercera. El segundo cargo introducido al amparo de esta misma causal, adolece de igual vicio de presentación, pues, si se insiste en la violación del derecho de defensa, debió conducirse el reparo por la vía de la causal tercera y no de la segunda. De otro lado, el demandante desconoce que en el acta de formulación de cargos de sentencia anticipada se dijo que Ferley Medina Camacho era autor del delito de secuestro, cargo que fue acoplado por el procesado, y en manera alguna se hizo incriminación a título de simple cómplice, como lo pretende aquél, razón por la cual no se ve la alegada incongruencia entre la sentencia y el acuerdo.

He ahí las razones de orden técnico para que la Delegada solicite la desestimación de la demanda de casación.

3. El interés para recurrir. Previa invocación del numeral 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio Público advierte que el demandante en casación carece de interés jurídico para recurrir, supuesto que ninguno de los temas planteados se refieren directamente a la dosificación de la pena, la condena condicional, el pago de perjuicios o la extinción del dominio sobre bienes, únicos asuntos que autorizan la impugnación proveniente del procesado o de su defensor. En efecto, las modificaciones sobre la cantidad de pena impuesta dependerían del previo reconocimiento de la Corte de una indebida aplicación de las normas sustanciales, lo cual denota que el problema planteado no es de dosificación punitiva, sino de discrepancia sobre los preceptos aplicables. Ahora bien, las presuntas nulidades alegadas por el casacionista, como quiera que se soportan sobre irregularidades consentidas por quien ahora las ventila en casación o comportan una retractación de los cargos formulados y aceptados en la diligencia de sentencia anticipada, también quedan de esta manera demeritadas.

En relación con este tema, el Procurador Delegado cita lo pertinente de la sentencia de casación fechada el 4 de marzo del año en curso, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado Fernando Arboleda Ripoll. De acuerdo con esta decisión, dice la Delegada, la legitimidad para recurrir por la vía extraordinaria de casación, en tratándose de la sentencia anticipada y la audiencia especial, se circunscribe a los mismos casos expresamente señalados en el numeral 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal "...y en aquellos en los que, con fundamento en la causal de nulidad, se denuncien vicios *in procedendo* a los cuales no haya contribuido el sujeto procesal con la conducta que observó en el momento de su formación y, agrega la Delegada, cuando no se haya afectado el derecho constitucional a la defensa" (fs. 85, cuaderno de la Corte. Énfasis añadido).

Como quiera que ninguno de los cargos presentados con apoyo en las causales primera y segunda se refieren a la dosificación punitiva, al subrogado de la condena de ejecución condicional, a la condena al pago de perjuicios, ni a la extinción del dominio sobre bienes, la Delegada concluye en la falta de legitimidad para impugnar extraordinariamente la sentencia por estas vías.

En lo que atañe a la nulidad por violación del derecho de defensa, en virtud de la incompatibilidad de intereses, la Procuraduría sostiene que a ello contribuyó el mismo defensor cuando en su momento no hizo ninguna manifestación al respecto, razón por la cual, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal y a la interpretación que de él hace la Corte, el impugnante carecería de interés jurídico para presentar el recurso de casación.

Otros reparos formulados a la sentencia, por cuanto implican una retractación de los cargos aceptados por el procesado Medina Camacho en la audiencia correspondiente, en contravía del principio en contrario que es de consagración legal, también deben inadmitirse por ausencia de dicho interés jurídico para impugnar.

A partir de estas premisas relacionadas con el interés jurídico para acudir en casación, la Delegada concluye que la Corte debe desestimar la demanda.

4. Violación del derecho a la defensa. El Ministerio Público le solicita a la Corte que, a pesar de la desestimación de la demanda, provea a la casación oficiosa por vulneración del derecho a la defensa y, en consecuencia, decrete la nulidad de la actuación procesal a partir de las diligencias de indagatoria, salvo las pruebas que no están afectadas por tal vicio.

La petición se apunta en el hecho de que los procesados Ferley Medina Camacho, Sergio Serrano Niño y Darío Chavarro Calderón fueron asistidos en sus respectivas indagatorias por personas honorables en la condición de defensores, pues, aunque para la época de dichos actos procesales estaba vigente el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, ha de saberse que el municipio de Pitalito, lugar en el cual se cumplieron las indagatorias, es cabecera de circuito en la organización jurisdiccional del país, por tanto debe aceptarse necesariamente que en tal población ejercen habitualmente la profesión varios abogados titulados, a quienes debió confiárseles la defensa de los procesados; amén de que no se dejó ninguna constancia sobre los motivos de la excepcional recurrencia a personas de esa respetable condición para proveer a la defensa de los sindicados.

La Delegada también resalta que los defensores técnicos fueron aprontados después de transcurrido un largo período en la investigación de los hechos, a partir de las indagatorias, sin esta asistencia fundamental. Señala un cúmulo de dificultades, restricciones y omisiones judiciales que debieron afrontar solitarios los procesados, que ponen de relieve la necesidad de la defensa letrada que se echa de menos y las consecuencias nocivas de su inexistencia en este proceso.

Como tales falencias pueden tener origen en el incumplimiento del mandato constitucional del inciso final del artículo 250, según el cual la Fiscalía General de la Nación debe respetar los derechos fundamentales y garantías procesales de los imputados, la Procuraduría propone que se expidan las copias pertinentes para la respectiva investigación disciplinaria.

Esta petición de nulidad desde las indagatorias, la formula el Ministerio Público, sin perjuicio de que, en caso de que la Corte la deseche en el



grado de cobertura que la propone, "se entren a estudiar otros aspectos que exigirían medida similar a partir de actos procesales diferentes a las indagatorias (aumentó de la pena al recurrente o aplicación de la ley 40 de 1993 al procesado capturado antes de su entrada en vigencia, por ejemplo)..." (fs. 87).

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No obstante que la Delegada ha señalado indistintamente las protuberantes fallas técnicas y la carencia de interés para recurrir como elementos fundantes de la desestimación de la demanda, en tratándose de la sentencia anticipada y la audiencia especial, el flor lógico del proceso penal allí diseñado nos indica que debe examinarse, en primer lugar, el tema del interés, supuesto que si bien ambos factores obstaculizan la sentencia de fondo o de mérito, la constatación del segundo ni siquiera obligaría a la Corte a examinar en detalle el contenido del libelo demandatorio propuesto por quien carece de legitimidad para hacerlo. En este orden de ideas, la presencia o la ausencia del interés para recurrir se convierte en un presupuesto del examen de los contenidos formales y materiales de la demanda, exigencia que deriva tanto de la determinación por la teoría del proceso de que es indispensable que se haya sufrido un perjuicio, como consecuencia de la sentencia atacada, como de la claridad de que el impugnante no ha contribuido con su conducta al resultado que lamenta y de que el recurso extraordinario no enmascara la retractación de lo aceptado o acordado en la terminación excepcional del proceso. A ello conduce no sólo la estructura legal de las figuras de la sentencia anticipada y la audiencia especial (arts. 37 y 37A del C. de P. P.), sino también la expresa limitación que el legislador instauró en el numeral 4º del artículo 37B *idem*, que si bien sólo se estipula para el recurso de apelación, esta Sala ha reconocido la extensión de sus efectos a la casación, pues, de otro modo, ésta sería la vía expedita para burlar una restricción que es correlativa al *pro positivo*, aunque atemperado, de la voluntad del procesado y su defensor en el resultado de la pretensión punitiva y sus consecuencias, y que tiene sentido por el matiz de proceso de partes que se vierte en aquellas instituciones procesales especiales (Cfr. Auto de 16 de septiembre de 1993, M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz y Sentencia de Casación de marzo 4 de 1996, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Pues bien, siendo prioritario, en materia de sentencia anticipada y audiencia especial -este proceso concluyó en las instancias por el primer medio-, el estudio del interés para recurrir, la Sala adoptará la siguiente metodología de motivación y decisión:

1. Aunque estas formas de terminación anticipada del proceso no pueden cumplirse a cualquier precio, pues el legislador patentiza que el juez aprobará ese modo especial de abreviación y finalización "siempre



que no haya habido violación de garantías fundamentales" (arts. 37 C. de P. P.), tal advertencia legal habrá de armonizarse con el principio de protección que rige en materia de nulidades, también de raigambre legal (art. 308-3 ídem), según el cual la anulación está supeditada a que el sujeto procesal solicitante de la misma no haya contribuido con su conducta a la realización del acto irregular (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*), salvo lo relacionado con la defensa técnica. De igual manera, tampoco pueden tolerarse las manifestaciones de indebida aplicación o de falta de aplicación de la ley sustancial o error en la denominación jurídica de la conducta, desconocedoras de los cargos recibidos o acordados en las respectivas audiencias de sentencia anticipada o audiencia especial, con la misma salvedad de que se haya garantizado el derecho de defensa, pues ello comportaría una retractación inadmisibile de lo aceptado consciente y voluntariamente en dichas diligencias. Este último tema lo reseña y puntualiza la Corte en la referida sentencia del 4 de marzo pasado, en los siguientes términos:

*"Demastado evidente es, de otra parte, la ausencia de interés de la defensa para recurrir en casación con el fin de que se varíe la denominación jurídica del delito, pues tal postura, en el fondo, implica una retractación sesgada de lo ya aceptado, de imposible admisión en cuanto tiene que ver con el Instituto de la sentencia anticipada o de la audiencia especial.*

*"Este principio de irretracciabilidad está consagrado implícitamente en el numeral 4° del artículo 5° de la Ley 81 de 1993 (art. 37B, C. P. P.), en la medida que limita el objeto de la apelación de la sentencia anticipada por parte del procesado y su defensor, a aspectos que tienen que ver exclusivamente con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, los perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.*

*"Y si la ley considera que uno y otro no tienen interés para apelar el fallo en aspectos relacionados con la aceptación o el acuerdo, tampoco lo tendrán para impugnarlos en sede de casación, puesto que implicaría utilizar el recurso extraordinario para burlar la limitación anotada e introducir una retractación, como ya esta Sala, en referencia al original artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, lo había advertido (Auto de 16 de septiembre de 1993, M. P. Dr. Duque Ruiz)".*

2. Bastantes razones asisten entonces al Procurador Delegado cuando, después de la aguda observación de que la actuación procesal no se protege de los errores in procedendo relacionados con el maltrato a la defensa, señala que "De esta manera, siendo que ninguno de los cargos presentados con apoyo en las causales primera y segunda se refieren a la dosificación de la pena, al subrogado de la condena de ejecución condicional, a la condena al pago de perjuicios ni a la extinción del dominio sobre bienes, forzoso es concluir que el censor carece de legitimidad para impugnar la sentencia porque, como se ha dicho, los ataques que tienen que ver con la sanción no se refieren a los aspectos de su dosificación, sino a

supuestos errores en la selección de la norma que dio origen al *quantum punitivo* deducido en contra del procesado".

3. Al amparo de la causal tercera, el censor formuló tres (3) cargos, dos de los cuales pueden desecharse a la luz de los principios de protección y de no retractabilidad enunciados, de la siguiente manera:

3.1 El segundo cargo, en una primera dimensión que ensaya el censor, se hace consistir en el hecho de que a Ferley Medina Camacho, en la audiencia de sentencia anticipada, la Fiscalía le prometió la reducción de pena por confesión, adicional a la tercera parte ganada por allanarse al mecanismo procesal, además de la aplicación del Decreto 2790 de 1990 y del criterio de favorabilidad, todo lo cual fue traicionado cuando en la sentencia de segundo grado se aplicó la norma más severa del artículo 1° de la Ley 40 de 1993 y se desatendió la rebaja de pena por confesión. Aquellas promesas de la Fiscalía, advierte el recurrente, incidieron en la libertad de autodeterminación consciente del procesado y lo condujeron engañosamente a aceptar cargos por hechos más graves que los verdaderamente cometidos.

Si se lee despruvenidamente el acta de sentencia anticipada, fácilmente se advierte que en realidad la Fiscalía se refirió a la aplicación del inciso 1° del artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, en relación con el delito de secuestro extorsivo, sólo para corregir la imputación hecha en la resolución de situación jurídica, que se había referido al artículo 22 del Decreto 180 de 1988, todo porque el hecho había ocurrido en vigencia de la primera disposición, no porque se tratase de la norma más favorable. También es cierto que en dicha acta se dijo que la Fiscalía "consideraba" que eran concurrentes las disminuciones punitivas por sentencia anticipada y confesión, por presuntas razones de favorabilidad. Mas tampoco puede soslayarse que en la misma audiencia, previamente a estas acotaciones específicas, se dijo: "...dosificación punitiva que en virtud de lo estipulado en el inciso 5° del art. 3° de la ley 81 de 1993, que modificó el art. 37 del C. P. P., corresponde al JUEZ REGIONAL..." (Cfr. C. O. 2, f. 116 y C. O. 1, fs. 56 y ss.).

Por lo demás, en la misma diligencia Ferley Medina Camacho, interrogado sobre las imputaciones que se le hacían por los delitos de secuestro extorsivo y rebelión, expresamente manifestó: "Sí señor FISCAL, acepto los cargos y la responsabilidad..." (C. O. 2, fs. 117).

3.2 El tercer cargo se refiere a que Medina Camacho en la diligencia de indagatoria aceptó que era un agente sedicioso, y que a lo sumo, en relación con el delito de secuestro, pudo haber incurrido en la figura especial de "omisión de aviso" (D. 2790/90, art. 6°, inciso 3°), pero que en manera alguna reconoció su participación o autoría en el injusto contra la libertad ni su condición de rebelde.

Pues bien, aquí se reitera, esta manifestación de la hora de nona, por la vía del recurso de casación, encierra una paléctica retractación inadmi-

sible de lo acordado en la sentencia anticipada, supuesto que en esta diligencia se le exhibieron al procesado motivadamente los cargos y él, con palabras que no denotan presión o engaño, admitió la responsabilidad y la específica imputación.

3.3 Por último, en relación con la causal tercera de casación, el primer cargo -que se ha dejado para el final por razones metodológicas- tiene que ver con la presunta incompatibilidad de intereses para que un mismo defensor atendiera a los tres procesados que aspiraban a la sentencia anticipada. Sin necesidad de acudir a la evidente falta de demostración del reparo, se repite, el análisis se conduce ahora al distinto sentido que adquieren las cosas en la figura especial de la sentencia anticipada, así:

La estructura misma de la institución de la sentencia anticipada indica que, si el procesado se allana a ella, de antemano renuncia a la controversia de la acusación y de la prueba exhibida en su contra, como sustento de los cargos formulados por el fiscal. Es lo que se infiere diáfananamente de la dinámica legal de que a "los cargos formulados por el Fiscal" sólo le puede seguir "su aceptación por parte del procesado" y la consignación de lo ocurrido en un acta que firmarán los intervinientes. Es decir, la aceptación de los cargos en la sentencia anticipada acaba con la práctica de pruebas por parte de la Fiscalía y con el debate probatorio por parte del procesado y su defensa. Sólo se permite que, una vez hecha la solicitud, en todo caso antes de la formulación de los cargos, el fiscal pueda ampliar la indagatoria y practicar pruebas deure de un plazo máximo de ocho (8) días, si lo considera necesario.

Nótese entonces que solamente el fiscal puede ordenar ese corto período probatorio, eso sí, antes de atreverse a formular los cargos, lo cual nos indica que la vocación del procesado cuando se apronta a la sentencia anticipada es la aceptación de la acusación de la Fiscalía y de la prueba sustentatoria que se erige en su contra. Así las cosas, aunque hipotéticamente se admita que Sergio Serrano Niño -uno de los coprocesados que se acogió a la terminación anticipada- hubiese declarado en el curso de la investigación en contra de Ferley Medina Camacho, la verdad es que la llegada de éste a la sentencia anticipada comportaba el asentimiento a toda la prueba levantada en su contra, acorde con las imputaciones formuladas por el fiscal, y, por obra suya, desaparecían los que hasta esa nueva expresión procesal podrían verse como intereses en pugna.

Es bueno resaltar entonces que, antes que dictaminar incompatibilidades en la defensa, lo primero que debía analizarse era la real existencia o la supervivencia de los presuntos intereses en contrario, como causa de la declaración de rechazo de la asistencia simultánea a los dos procesados. Es decir, como la sentencia anticipada, concretamente su sentido de renuncia a la controversia probatoria, concilia lo que hasta ese momento se perfilaba como pugnaz, la definición del reclamo se hace en un nivel

anterior al de la implementación misma de la defensa, sin correr el riesgo que asume la Delegada, cuando advierte que la actuación queda protegida de ese ataque porque el defensor, aquél en el que concurrieron los dos encargos defensivos, no hizo ninguna manifestación de incompatibilidad en su momento. Qué tal si los intereses de ambos procesados fueran aún inconciables -por fuera de la sentencia anticipada-, que el profesional del derecho asumiera sin reparos la defensa múltiple y la condujera por los argumentos de cada uno de los defendidos, que no fuesen encontrados con los del otro, pues necesariamente habría que ver falta de defensa técnica si las contradicciones soslayadas son sustanciales, aspecto éste que no puede protegerse de la declaración de nulidad (C. P. P., art. 308-3).

Nótese además que también la violación indirecta de la ley sustancial que alega el recurrente, bien por errores de hecho ora por yerros de derecho en el manejo o en la apreciación de la prueba, tienen que desestimarse por la convalidación que implica la renuncia a la objeción de pruebas de inculpación, que es lo que se produce con la sentencia anticipada (C. P. P., art. 308-4).

En fin, la introducción en el proceso penal colombiano de las figuras de la sentencia anticipada y de la audiencia especial, por su evidente dimensión de proceso de partes que permiten una mayor participación de los procesados en las decisiones que los afectan (Const. Pol., art. 2º), implica también una reinterpretación y aplicación diferenciada del recurso de casación a la luz de la estructura y fines de tales instituciones. No se tenían antecedentes en la legislación procesal penal de Colombia sobre sentencias fundadas en aceptaciones del procesado o en acuerdos con el mismo, sin perjuicio del control de legalidad que siempre concierne al juez, porque hasta ahora reinaba la justicia impositiva. Así entonces, como en materia de interpretación ha de seguirse lo racional y evitar el absurdo, no puede dársele pábulo en casación a aquellas presuntas irregularidades en las que participó el mismo procesado, debidamente asistido por su defensor técnico (principio de protección), ni a las que implican retractación de lo aceptado o acordado (principio de no retractación), o a las que conducen al desconocimiento del principio de renuncia a controvertir la acusación y la prueba de cargos.

4. Ahora bien, como sensatamente lo hace ver la Delegada, el desarrollo procesal revela serias dificultades en materia de asistencia letrada o de defensa técnica de los acusados. Veamos:

*Ferley Medina Camacho* rindió indagatoria el 21 de noviembre de 1992, acompañado por una persona honorable que se le nombró como defensora de oficio, exclusivamente para esa diligencia (C. O. 1, fs. 12), y así permaneció la situación de defensa hasta el 21 de septiembre de 1993, fecha en la cual se reconoce el defensor profesional que designa el procesado (fs. 367 y 368).

Darío Chavurro Calderón fue recibido en indagatoria el 22 de noviembre de 1992, también fue asistido de oficio por una persona honorable, además de que el acta de la diligencia está incompleta (C. O. 1, fs. 16), y así se mantuvo la orfandad defensiva hasta el 26 de octubre de 1993, fecha en la que aparentemente se le designa un defensor técnico de oficio (fs. 392), pero la irregularidad continúa hasta el 19 de noviembre siguiente, data en la cual el procesado nombra su propio defensor (fs. 397).

Y en relación con el coprocesado Sergio Serrano Niño, la diligencia de indagatoria se cumplió el 7 de diciembre de 1992, también asistido por una persona honorable para esa exclusiva diligencia (fs. 43), mas el cargo quedó vacante hasta el 15 de enero de 1993, fecha en la cual se le reconoció el defensor técnico provisto por sus propios medios (fs. 178).

A pesar de estos notorios vacíos -que no falta absoluta- de defensa técnica durante la fase de la investigación, resulta imperativo establecer la trascendencia de dicha irregularidad en la posibilidad del ejercicio efectivo de esa importante dimensión de la garantía del derecho de defensa, a tono con el espíritu del numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, sobre todo de cara a la vigencia en ese entonces del artículo 148 del mismo Estatuto y a la forma anticipada como culminó este proceso en las instancias. En efecto:

La Corte históricamente ha propugnado en su jurisprudencia por la más amplia cobertura del derecho de defensa, no solamente circunscrito a la fase del juzgamiento como se proclamaba y se toleraba en vigencia de la Constitución Política de 1886, todo porque entiende la Corporación el proceso penal como una tensión dialéctica entre la persecución penal en cabeza del Estado y los derechos de contradicción y de defensa protagonizados por el imputado y su asesor técnico, razón suficiente para comprender que, ante el refinamiento y la sistematización del poder punitivo estatal, correlativamente debe fortalecerse la defensa en todos los momentos del iter procesal. Es por ello que se recibió con entusiasmo la consagración de la garantía de defensa técnica integral (durante la investigación y el juzgamiento) en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, expresión del principio de autonomía ética o de dignidad que sustenta y permea nuestro Estado social y democrático de derecho y que comporta una mayor participación del individuo en la suerte de la imputación penal que se le formula, aunque sin ocultar a la vez la preocupación por la inexorable aplicación de una norma constitucional a la cual no se le habían preparado las condiciones materiales de operatividad -todavía no se ha hecho- en la mayoría de los municipios del país, pues se carece de eficiencia en la defensoría pública y en la de oficio.

Es en virtud de esa realidad material, campo propicio para desprestigiar más aún los principios de acceso de los ciudadanos a la administración de justicia y de justicia rápida y eficaz -también de raigambre constitucional-, que en su momento los funcionarios judiciales no en-



tendieron el texto del inciso 1° del artículo 148 del C. de P. P. como abiertamente contrario al artículo 29 fundamental, a pesar de las sugerencias de inexequibilidad que, en casos de constitucionalidad distintos o particulares y concretos, hizo la Corte Constitucional en las sentencias C-592/93 y ST-1044/95 y, consecuentemente, lo siguieron aplicando, dentro de sus limitadas condiciones, hasta que advino el fallo de inconstitucionalidad específico C-049 del 8 de febrero del año en curso (Cfr. sentencia de casación de mayo 9 de 1995, Magistrados Ponentes Doctores Guillermo Duque Ruiz y Carlos E. Mejía Escobar).

Como las diligencias de indagatoria en este proceso se cumplieron antes del dudado fallo de inexequibilidad, en vigencia de una norma amparada en ese entonces por la presunción de constitucionalidad, la violación al derecho de defensa, por el nombramiento de una persona honorable para la sola diligencia de indagatoria, no podría verse porque ahora se difiera por este órgano jurisdiccional, en gracia de discusión, que el precepto del inciso 1° del artículo 148 del C. de P. P. era inaplicable por excepción de inconstitucionalidad (Const. Pol., art. 4°) y que así debieron declararlo los funcionarios judiciales de las instancias, o porque en este momento ya se conoce el fallo de inexequibilidad de la Corte Constitucional. Tal forma de enjuiciar los actos de los jueces constituiría un agravio a la independencia de los mismos (Const. Pol., art. 230), porque para ellos, en el espacio propio de su jurisdicción, la norma no resultaba *ab initio* patéticamente violatoria de la Constitución; además, un reparo de esc juez constituiría una afrenta al principio de la seguridad jurídica, porque así entonces el trámite procesal estaría expuesto a una permanente incertidumbre, dado que su legitimidad dependería, no de la ley que está en vigor al momento de su realización, sino de los posteriores pronunciamientos del juez constitucional.

Ahora bien, si el funcionario fiscal acudió al mecanismo excepcional de nombrar una persona honorable como defensor para la indagatoria, se presume que a ello se vio abocado después de constatar la imposibilidad material para proveer el cargo con un profesional del derecho. En otras palabras, la diligencia de indagatoria se presume formalmente realizada, así se eche de menos una constancia sobre el procedimiento previo cumplido para apelar a un ciudadano como defensor, y nada se ha hecho para desvirtuar la presumida legalidad de aquella y, en consecuencia, demostrar por dicha vía que el investigador materialmente sí disponía de abogados para nombrar en el acto y no lo hizo.

El segundo aspecto relacionado con el derecho de defensa técnica en este asunto, tiene que ver con la intrascendencia nociva de la falta de defensor profesional en un buen tramo de la instrucción sumarial, dado que después de esa irregularidad el procesado compareció voluntariamente a una audiencia de sentencia anticipada, diligencia en la cual se produce una concentración procesal que, si bien no conduce a la repeti-



ción de lo antes actuado o a la realización de lo que presuntamente se haya omitido, si se reviven allí clamorosamente, en virtud del cambio sustancial de procedimiento que comporta la terminación anticipada, todas las oportunidades de contradicción y de defensa, hasta el punto que el acusado está en libertad de aceptar o rechazar los cargos formulados por el fiscal, o de aceptarlos parcialmente.

Si en realidad las formas de terminación anticipada, cuando se obtiene la aceptación voluntaria del procesado, implican una renuncia de éste a refutar la acusación y, por ende, a controvertir las pruebas de cargos que la sustentan, no tendría sentido decretar una nulidad por falta de defensa técnica sólo en momentos de instrucción probatoria -no en actos que sin falta la demandan-, como si se tratara de un procedimiento plenamente ordinario, cuando en aquellas formas especiales de culminación del proceso en realidad se abrevia una o las dos fases del proceso -sin prescindir de ninguna-, para concentrar todo en la respectiva audiencia.

No es esta solución una forma de enjugar la violación de la garantía de la defensa técnica por los resultados, resultados que de pronto no serían fáciles de situar por la contingencia de lo que se hizo en el proceso en materia de defensa, frente a lo que se dejó de hacer por el asesor profesional que se echa de menos. No importa ahora, *a posteriori*, constatar el número o la clase de diligencias cumplidas por la Fiscalía durante ese periodo de orfandad defensiva, porque también habría que estimar como posibilidad las que se dejaron de cumplir por obra de esa carencia sustancial, pues la seguridad del derecho y del Estado de derecho está en activar y reconocer la forma protectora o la garantía procesal como medio y no en juzgar indebidamente su naturaleza por los resultados. En el derecho, no son los fines los que justifican los medios, sino estos los que legitiman los fines; y los medios, procesalmente hablando, lo son el respeto a los derechos y garantías fundamentales en el procedimiento de averiguación y juzgamiento para alcanzar el fin que es la verdad histórica de los acontecimientos tidados de delictivos.

Lo que ocurre en el *subjudice* es que, como se ha renunciado voluntariamente a la plenitud del procedimiento ordinario (que no es lo mismo que el debido proceso y todas sus garantías anexas, los cuales siguen ineluctables), en pro de una concentración procesal, lo que interesa finalmente es que se haya garantizado la defensa material y técnica durante la audiencia de sentencia anticipada, para ver de comprobar que los vacíos de aquel curso ordinario del proceso en materia de contradicción y de defensa, válidamente se recogieron y se enjugaron en una diligencia que legalmente lo autoriza, dado que, sin interferencias en el consentimiento, el procesado aceptó los cargos formulados por la Fiscalía.

De modo que si la vinculación de los imputados a la sumaria se produjo de manera regular, y se garantizó la defensa técnica en la audiencia de sentencia anticipada, no tiene sentido la nulidad que pregonan el Minis-

lento Público. Entre otras cosas porque la salvedad que el legislador le introduce al principio de protección, relacionada con la falta de defensa técnica (C. P. P., art. 308-3), está supeditada al cumplimiento del supuesto de hecho de la norma, que se refiere a la participación del sujeto procesal que invoca la nulidad en la realización del acto irregular. Aquí se perfila el carácter insanable de la nulidad por falta de defensa técnica, lo cual no se opone al juicio antes hecho de que, ante un cambio sustancial de procedimiento por la rogativa y el cumplimiento de la sentencia anticipada, el alcance de la irregularidad se defina fundamentalmente en el ámbito de dicha diligencia, sin perjuicio de la realidad de la garantía en los momentos procesales previos a su realización.

En este orden de ideas, ni por mérito de la demanda ni por impulso de oficio de la Corte, en virtud de la sugerencia de la Delegada, puede prosperar la casación de la sentencia atacada.

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 de fecha y origen indicados en la motivación.  
Cópiese, cúmplase y devuélvase.

*Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente Rangel, Jorge Córdoba Pareda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dáldino Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ACCION DE REVISION

*Conforme a lo previsto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, constituye obligación del demandante acompañar con su escrito las pruebas al menos sumarias, que pretenda hacer valer en el trámite de la acción, luego no le es permitido trasladar a la Corte dicha carga procesal, circunstancia que impone por sí sola el rechazo de la demanda.*

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Pérez Velandier

Aprobado Acta No. 153

Proceso: 12405

Se decidirá lo procedente respecto de la demanda presentada a nombre de los sentenciados Harold Arbey Silva Covalceda y Pedro José Moreno Díaz, para sustentar la acción de revisión propuesta contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional el 31 de marzo de 1995, parcialmente confirmatoria de la dictada en primera instancia por un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, que los condenó a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión por el punible previsto en el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986.

## ANTECEDENTES

Dan cuenta los autos que aproximadamente a las diez (10 p.m.) de la noche del 21 de noviembre de 1991, en la calle 66 con carrera 27 de esta ciudad capital, fueron sorprendidos David González Alarcón, Harold Arbey Silva Covalceda y Pedro José Moreno Díaz, portando una subametralladora MINI-INGRAM, calibre 45 y dos (2) revólveres calibre 38 corto y largo.

Según se advierte en la sentencia de segundo grado, en la calificación del sumario con resolución acusatoria, en la parte motiva se habla de un concurso de delitos (porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y de Policía, con el porte de armas de defensa personal), en la resolutoria que es la vinculante, solo se mencionó el primero, no obstante lo cual

en la sentencia se ubicó la conducta en los numerales 1° y 2° del referido Decreto 3664 de 1986, lo que dio lugar a que el Ministerio Público la impugnara.

Aceptó el Tribunal Nacional la falta de concordancia entre el pliego de cargos y la sentencia alegada por el recurrente, procediendo a revocar la condena por el porte ilegal de armas de defensa personal y en su lugar, absolvió a los tres (3) imputados, decisión que no fue recurrida en casación, dando lugar a su ejecutoria y con ello a tránsito de cosa juzgada.

#### LA DEMANDA DE REVISIÓN

Apoyado en la causal 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado de Silva Covaleda y Moreno Díaz sostiene que han aparecido hechos nuevos (pruebas no conocidas al tiempo del debate) que demuestran la inocencia de sus representados.

Solicita que en el trámite (período probatorio) se les reciba declaración a los señores Luis Carlos Puente Y Carmen Susana Caicedo «testigos presenciales de la verdadera ocurrencia de los hechos y lógicamente dan luz», y con vista en el expediente que debe solicitarse al Juzgado de primera instancia, «se revise la sentencia y se emita un fallo absolutorio, ya que con los nuevos testimonios se hará claridad por parte de mis defendidos en los hechos ocurridos el día 21 de noviembre de 1991».

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Observa la Corte que el apoderado de los condenados accionantes, allega como pruebas (documentales) «copia de las sentencias proferidas por el Juez Regional con fecha Diciembre 9 de 1994 y Sala de Decisión del Tribunal Nacional Marzo 31 de 1995». Como pruebas testimoniales, simplemente menciona los nombres de las personas que deben ser citadas a declarar, con indicación de las direcciones donde pueden ser localizados, «quienes son los testigos oculares y que por ignorárseles no comparecieron al proceso y de los cuales tuvo conocimiento una vez ejecutoriada la sentencia».

2° Conforme a lo previsto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, constituye obligación del demandante acompañar con su escrito las pruebas al menos sumarias, que pretenda hacer valer en el trámite de la acción, luego no le es permitido trasladar a la Corte dicha carga procesal, circunstancia que impone por sí sola el rechazo de la demanda, no sin antes destacar además que su contenido lejos está de cumplir con los requisitos formales a que se refiere la preceptiva antes mencionada, ya que su autor se limita a consignar los hechos que dieron origen al proceso penal y el sentido de las decisiones adoptadas por los juzgadores de instancia, las que pretende cuestionar con pruebas testi-

moniales inexistentes y por lo mismo, imposibles de ser confrontadas con aquellas que fueron objeto de valoración en su momento por los juzgadores en las dos instancias.

En mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

1° RECONOCESE al doctor Pedro Jaime García Hernández como apoderado de Harold Arbey Silva Covaleta y Pedro José Moreno Díaz, en los términos del mandato obrante a folios 35 y 36 del informativo.

2° RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada a nombre de los citados condenados, contra las sentencias proferidas por un Juez Regional de Santafé de Bogotá y el Tribunal Nacional, por las razones consignadas en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

*Dídimo Páez Velandía, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rungel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Priulla Priulla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## LIBERTAD CONDICIONAL/ REDENCION DE PENA POR TRABAJO

*De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el Estado, como titular del ius púendi, está facultado para sancionar aquellos comportamientos descritos en la ley penal y que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales.*

*Tal lesión debe tener una sanción proporcional que el juez impone y que, por lo mismo, debe cumplirse, en principio, en su totalidad. Sólo si la sanción se adecua, a la gravedad del hecho cometido, se logra la justicia material. Sin embargo, por razones de política criminal y por excepción, la ley permite conceder algunos beneficios que llevan a obtener una liberación anticipada, como la libertad condicional o la rebaja por trabajo o estudio. Pero para tener derecho a ellos, deben cumplirse, estrictamente, los requisitos que la ley establece.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda

Aprobado Acta No.153

Proceso: 9885

### VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición que presenta el procesado Gustavo Eduardo Báez Puentes contra la providencia del pasado 7 de octubre, por medio del cual la Sala denegó la libertad provisional.

### LA IMPUGNACIÓN

Varios son los temas tratados por el recurrente, los cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Estima el peticionario que la Sala toma en consideración para negar el beneficio demandado el factor subjetivo de que trata el artículo 72 del



C.P., pero dejando a un lado la carencia de antecedentes penales y, por el contrario, sustentándose en la gravedad de los hechos por los que fue condenado en las instancias, lo cual reprocha como desacertado pues solamente pueden ser válidas esas consideraciones para el momento en que se impone la pena.

Cree igualmente el procesado que los hechos tomados como elementos negativos en la concesión del subrogado, son débiles en un tal cometido, en la medida que aún se encuentra pendiente el fallo que resuelve su situación.

Mucho menos, agrega, cuando en nuestro país no existe un tratamiento penitenciario adecuado.

Por lo que la negativa a la concesión de la libertad provisional la vislumbra como una aplicación de las "ideas peligrosistas", consignadas en una legislación represiva abandonada por la transformación del nuevo derecho penal.

De otra parte, con relación al principio de igualdad que cree lesionado con la concesión de la libertad provisional al también coprocesado Carlos Enrique Rodríguez Roa, sostiene el recurrente:

*"Sobre este particular para agotar los recursos legales, EXPRESAMENTE SOLICITO DE SU SEÑORÍA SE ME DIGA POR FAVOR EL PORQUE NO SE CONCEDE EN MI BENEFICIO DICHO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD FUNDAMENTAL, para proceder de conformidad ante las autoridades del caso, en garantía de mis derechos tutelares, a las cuales puedo acudir."*

En apoyo de todo lo anterior, el procesado critica la aplicación en exclusividad de las tesis retribucionistas de las penas, lo que en su criterio deja a un lado el "derecho racional con sentido teleológico".

Finaliza demandando la práctica de un peritaje médico legal que denomina "perfil psicológico".

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En varias oportunidades, la Sala ha expresado su criterio en torno a la imposibilidad de conceder al procesado el beneficio la libertad provisional, pues se estimó que el presupuesto subjetivo de que trata el artículo 72 del C.P., como bien claro lo muestran las decisiones, no se encuentra reunido a cabalidad.

No obstante lo anterior, y en atención a los reclamos por la supuesta omisión en las explicaciones del caso, volvemos a efectuar las siguientes precisiones:

Primeramente, debe advertírsele al recurrente que la expresión "antecedentes de todo orden", contenida en la mencionada disposición penal,

no se refiere exclusivamente a los antecedentes judiciales, sino, también, a aquellos que lindan con factores de personalidad y comportamiento social del procesado.

Al efecto, viene estimando la Sala que en este caso la modalidad y circunstancias en que al procesado se le imputa la comisión del delito de estafa y por el cual fue condenado en sede de instancias, llevan a concluir que la pena debe ser cumplida en su totalidad.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el Estado, como titular del *ius puniendi*, está facultado para sancionar aquellos comportamientos descritos en la ley penal y que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales.

Tal lesión debe tener una sanción proporcional que el juez impone y que, por lo mismo, debe cumplirse, en principio, en su totalidad. Sólo si la sanción se adecua, a la gravedad del hecho cometido, se logra la justicia material. Sin embargo, por razones de política criminal y por excepción, la ley permite conceder algunos beneficios que llevan a obtener una liberación anticipada, como la libertad condicional o la rebaja por trabajo o estudio. Pero para tener derecho a ellos, deben cumplirse, estrictamente, los requisitos que la ley establece.

En el caso concreto, a juicio de la Sala, tales requisitos, señalados en el art. 72 del C. P., no se cumplen, especialmente porque la modalidad y circunstancias en que se cometió el punible revelan una personalidad merecedora de la totalidad de la sanción.

En estos factores se soporta el juicio desvalorativo de su conducta y si bien es cierto que el fallo condenatorio aún no ha adquirido firmeza, es el propto legislador el que dispone analizarlos, en orden a determinar si el procesado es o no acreedor al beneficio de la libertad provisional de que trata el artículo 415-2 del C. de P.P., que dice: "Se considera que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla".

En otras palabras, aun cuando no se ha dictado el fallo de casación, ello no es óbice para que en estos instantes, so pretexto del estudio de la libertad provisional, se retomen los elementos que constituyeron la base de la condena, permisión legal a la que lógicamente es preciso acudir, pues, en caso contrario, sería imposible establecer si se cumplen o no las exigencias legales para acceder a la libertad solicitada.

En cuanto a la criticada adopción de la tesis retribucionista de la pena, baste recordársele al peticionario que conforme al artículo 12 del Código Penal, la pena es multifuncional y que entre sus fines está no sólo el de resocializar sino también el de retribuir.

Por último, ningún comentario merece la advertencia del recurrente al mencionar la posibilidad de acudir a las "autoridades del caso" para garantizar sus "derechos tutelares".

Sólo bastaría por agregar que no se practicará la prueba demandada por el recurrente, ya que no es por el "perfil psicológico" que eventualmente pudiera mostrar el procesado en lo que se sustentaba la negativa de la concesión de la libertad, por lo que en nada modificaría la situación planteada.

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

- 1.- NO REPONER la providencia objeto de impugnación.
- 2.- Négase la práctica del examen psicológico que demanda el procesado.

Notifíquese y cúmplase.

*Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Whanda Fernández León, Conjuez, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## PROCESO DISCIPLINARIO

*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único), en armonía con el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) es competente la Corte, en principio, para conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados bajo su dependencia, como en este caso en que la queja se formula contra subalternos de la Secretaría de la Sala Penal de esta colegiatura.*

*La característica del cargo público estriba en la circunstancia de que abraza una serie de individuos cuya misión primordial es la de trabajar en beneficio de una institución de derecho público, en cuyo cometido se prevén determinados deberes y se eleva a la categoría de falta algunas conductas atentatorias de la eficacia, en general, de la administración pública.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandía.*

*Aprobado Acta No. 153.*

*Proceso: 5*

*Decide la Corte si hay lugar a la apertura de investigación disciplinaria o si procede el archivo de estas diligencias.*

### ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. En escrito dirigido a la Presidencia de esta Corporación, el ciudadano Hildebrando Ortiz Lozano se queja de que empleados de la Secretaría de la Sala Penal no le han permitido el acceso a los libros radicadores "... NEGANDOME EL DERECHO A VER Y COMPROBAR QUE SUCEDE EN LAS 'PAGINAS' DEL LIBRO RADICADOR CORRESPONDIENTE 'A MIS PROCESOS UNICAMENTE' con lo cual se me niega el derecho a la información OPORTUNA Y VERAZ y se me impide ejercer el control DE MIS PROCESOS y por ende NEGARME la información oportuna para interpo-

ner RECURSOS LEGALES y saber qué Magistrados se encuentran impedidos para conocer de uno u otro proceso al igual que enterarme. Viendo el libro de cual ha sido el verdadero trámite que se le ha imprimido a mis procesos...”

Más adelante, agrega: “...No se puede confiar en lo que diga la señorita encargada de tal información, pues no leen bien, andan de mal genio o acosando, omiten leer toda la información, se equivocan en la anotación de información y ‘cometen una falta’ y al pedirles el nombre para quejarse ante sus superiores omiten dar el nombre y se ríen del reclamo y de uno...” (Cursivas del texto original).

Al ratificarse bajo juramento el quejoso, como lo ordenó la Sala (fl.4), precisa que no recibió información por los empleados de la Secretaría, o la recibió en forma equivocada, en los expedientes radicados bajo los números 11512, 9719 y 10381 dentro de los cuales figura él como denunciante, impidiéndosele de esa manera la oportuna interposición de recursos, desconociéndose por parte de dichos dependientes que los radicadores son libros públicos que no guardan información confidencial, a los cuales pueden tener acceso los denunciantes. Añade que la empleada que se negó a mostrarle los libros, adujo que lo hacía porque había recibido órdenes sobre el particular de la señora Secretaria de la Sala. Dice, por último, que en uno de esos casos aparecía en el radicador que se había ordenado el archivo del expediente, lo cual no era cierto porque al conocer la providencia inhibitoria encontró que aún estaba en término de impugnarla.

2. En la indagación preliminar dispuesta (fl.26), se escuchó en declaración a la Secretaria de la Sala doctora Patricia Salazar Cuéllar (fl.28), quien sobre los hechos de la queja manifestó que a raíz de la expedición de la Ley 190 de 1995, los libros radicadores quedaron cobijados con la reserva por disposición del artículo 78, la cual se extiende, para el caso de los asuntos de única instancia, a las investigaciones preliminares, lo que conllevó a la restricción del manejo de los libros por orden de la Sala, señalándose a una persona para que diera lectura al interesado sobre la anotación correspondiente, circunstancia que causó malestar en el señor Hildebrando Ortiz, quien venía teniendo acceso a la radicales al limitación, entrando por ello en roce con la empleada encargada de esa labor, a quien trató mal. No es cierto que se le haya dado informaciones equivocadas o que se le hubiera obstaculizado la interposición de recursos contra providencias dictadas en sus asuntos y menos que los asientos en los libros no correspondieran a la realidad, como ella tuvo la oportunidad de constatarlo ante el reproche que se hacía sobre el particular. Se refiere a la intemperancia del quejoso y a la desaprobación que manifiesta cada vez que la Sala hace pronunciamientos en los casos en que aparece como denunciante, actitudes que, por ser persistentes, los empleados de la Secretaría aprendieron a resistirlas con paciencia.

Igualmente, se llevó a cabo inspección judicial en los expedientes que citó Hildebrando Ortiz y en los libros radicadores, diligencia en la cual se dejó registrada la actuación que se surtió por la Corte en aquellos, y que las anotaciones que aparecen en éstos tienen correspondencia con lo allí acaecido.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único), en armonía con el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) es competente la Corte, en principio, para conocer de los procesos disciplinarios contra los empleados bajo su dependencia, como en este caso en que la queja se formula contra subalternos de la Secretaría de la Sala Penal de esta colegiatura.

La característica del cargo público estriba en la circunstancia de que abraza una serie de individuos cuya misión primordial es la de trabajar en beneficio de una institución de derecho público, en cuyo cometido se prevé determinados deberes y se eleva a la categoría de falta algunas conductas atentatorias de la eficacia, en general, de la administración pública.

En el caso que hoy estudia la Sala se encuentra que precisamente la queja que formula Hildebrando Ortiz Lozano se funda en que el comportamiento de empleados de la Secretaría viola la eficacia que debe existir en la administración de justicia, al impedírsele el acceso a los libros radicadores, no suministrarle información o suministrarla inexactamente, con lo cual se habría incurrido en la falta contemplada en el ordinal B-13 del artículo 116 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Sin embargo, al practicarse pruebas orientadas a establecer lo verdaderamente ocurrido no se encontró que los dependientes de la Secretaría hubieran realizado acción u omisión alguna lesiva de la eficacia que debe regir todos los actos en la administración de justicia, porque si bien es verdad que efectivamente se impidió acceder al quejoso al libro radicador, también es cierto que así se procedió por imposición perentoria de un precepto regulador de la materia y por instrucciones que sobre el particular les impartió la Secretaría. En efecto, el artículo 78 de la Ley 190 de 1995, prescribe en lo pertinente:

*“En las investigaciones penales la reserva de la instrucción no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre los siguientes aspectos:*

*Existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, entidad a la cual pertenecen las personas si fuere el caso y su nombre, siempre y cuando se haya dicta-*



*do medida de aseguramiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal...*"

Los libros radicadores de procesos penales evidentemente tienen el carácter de públicos por su naturaleza, pero la ley puede prever, como aquí lo hace, que se someta a reserva alguna información en ellos contenida, a menos que concorra la condición que la misma ley determina, cual es la de que se haya dictado medida de aseguramiento contra la persona vinculada legalmente, condición que, lógicamente, no puede darse en los expedientes que se encuentran en etapa preliminar, siendo explicable la reserva de los registros que aparecen en dichos libros, porque de ellos puede extraerse información susceptible de ser usada indebidamente, cuestión ésta que está en el deber de precaver el empleado a términos del artículo 40-5 de la Ley 200 de 1995.

Luego, por este aspecto, ningún reproche disciplinario puede formularse, pues al fijarse esos límites no se ha hecho cosa distinta a cumplir cabalmente con los deberes que el ejercicio del cargo impone.

Tampoco es dable la elevación de cargo alguno por dársele al quejoso equivocada información que impidiera el ejercicio del derecho de impugnación, o porque se hubieran hecho asientos inexactos en los libros radicadores, porque, en cuanto a lo primero, la información que le fue suministrada por el empleado que lo atendió no podía ser distinta a la que aparecía en la radicación correspondiente, evidenciándose en la inspección judicial que los datos que se consignaron en el libro traducen con fidelidad la actuación que se cumplió en los expedientes respectivos. De igual modo se constató en dicha diligencia que, en lo que concierne al expediente radicado bajo el No. 11512, el denunciante Hildebrando Ortiz interpuso recurso de reposición contra el auto inhibitorio, del cual había recibido notificación personal, cuyo escrito se ordenó devolver por su contenido irrespetuoso; dentro del radicado bajo el No. 9717, figura como denunciante Jaime Rafael Pedraza, motivo por el cual, como es obvio, ninguna notificación se le podía hacer a Hildebrando Ortiz, como tampoco dársele información, por carecer de interés jurídico; finalmente, en el expediente radicado con el No. 10.381, aparte de que el quejoso propuso recusación contra el Magistrado sustanciador, que es el mismo que hoy funge como Magistrado ponente, igualmente interpuso recurso de reposición contra el interlocutorio mediante el cual se absolvió la Corte de abrir instrucción, recurso que fue oportunamente resuelto en forma negativa.

De lo anterior se sigue, de manera incontestable, que no es exacto que a Hildebrando Ortiz, en los asuntos en mención, se le hubiera dado información incompleta o que no correspondiera a la verdad para impedirle u obstaculizarle la interposición de recursos, puesto que, como ya se vio, de ellos hizo a tiempo uso, dándosele también a tiempo respuesta por la colegatura.

En estas condiciones, fluye que no hay conducta que merezca ser disciplinada a través de proceso y por ende se impone el archivo de las presentes diligencias, como lo dispone el Código Disciplinario Único en su artículo 141 *in fine*.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

ORDENASE el archivo de este expediente levantado con base en queja formulada por Hildebrando Ortiz Lozano, por las motivaciones que se dejaron hechas en la parte expositiva...

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Didimo Pérez Velazco, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge A. Gómez Gallago, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pintilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## **PRECLUSION DE LA INVESTIGACION/ RECEPCION**

*El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7° de la Ley 81 de 1993, contempla como causal de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, según el caso, la de que el sujeto pasivo de la acción penal repare integralmente el daño ocasionado con la comisión del hecho punible respecto de los delitos culposos de homicidio y lesiones personales, cuando no concurren las circunstancias de agravación previstas en los artículos 330 y 341 del Código Penal. Igualmente, se aplicará en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, con excepción del hurto calificado y la extorsión.*

*Los punibles de homicidio y lesiones personales culposos, así como aquellos que atentan contra el patrimonio económico, son los que, por mandato legal, admiten esta forma objetiva de extinción de la acción penal, lo que excluye la posibilidad de que pueda incluirse algún otro injusto típico que no pertenezca a los ya citados.*

*Siendo evidente que el encubrimiento por receptación es un delito que atenta contra el bien jurídico de la administración de justicia, surge claro entonces que no procede la solicitada preclusión de la investigación por reparación integral del daño causado.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

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

**Aprobado acta N° 153**

**Proceso: 10242**

## **VISTOS**

**Procede la Corte a resolver la solicitud de preclusión de la investigación presentada por el defensor del procesado Miguel Antonio Roa Vanegas.**

## ANTECEDENTES

1.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante providencia del 11 de julio de 1995, resolvió la situación jurídica del procesado Miguel Antonio Roa Vanegas profiriéndole medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor del delito de encubrimiento en la modalidad de receptación (art. 177 del C.P.).

Además, en esta providencia se dijo:

*«Fuera de este comportamiento, se vislumbra la comisión de otros hechos punibles atentatorios de la fe pública, originados en la adulteración de las marcas de identificación del campero sustraído al denunciante y en el contenido de la tarjeta de propiedad que supuestamente ampara la titularidad del señor Roa Vanegas respecto de un automotor de su propiedad...».*

2.- El 16 de abril del año en curso, la Sala reconoció como parte civil dentro de este asunto al señor Luis Guillermo Urrutia Molano.

3.- Los daños y perjuicios fueron tasados en la suma de \$ 5.243.337,90, según dictamen rendido por un perito adscrito al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.

4.- El pasado 17 de octubre del año en curso se clausuró la investigación.

## LA PETICIÓN

El defensor del procesado Roa Vanegas, mediante memorial solicitó que se dé aplicación al artículo 39 del Código de Procedimiento penal, ya que ha sido reparado integralmente el daño causado «con la conducta que se atribuye a mi representado, y tal reparación se ha hecho de conformidad a la tasación que se hiciera en el dictamen pericial, el que se encuentra en firme y ha sido aceptado íntegramente por la parte civil».

Por lo mismo, solicita la preclusión de la investigación, adjuntando escrito por medio del cual tanto el perjudicado, constituido en parte civil, como su apoderado coadyuvan la mencionada petición.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7° de la Ley 81 de 1993, contempla como causal de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, según el caso, la de que el sujeto pasivo de la acción penal repare integralmente el daño ocasionado con la comisión del hecho punible respecto de los delitos culposos de homicidio y lesiones personales, cuando no concurren las circunstancias de agravación previstas en los artículos 330 y 341 del Código Penal. Igualmente, se aplicará en los procesos por los delitos contra el patrimonio

económico cuya cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, con excepción del hurto calificado y la extorsión.

Así las cosas, fácil es concluir que la petición elevada por el defensor del sindicato y coadyuvada por la parte civil es improcedente, toda vez que la imputación que se hace contra el señor Miguel Antonio Roa Vanegas lo es por el delito de encubrimiento en la modalidad de receptación, hecho punible que no se encuentra enlistado dentro de aquellos que la norma citada contempla como susceptibles de extinción de la acción penal por indemnización integral.

En efecto, los punibles de homicidio y lesiones personales culposos, así como aquellos que atentan contra el patrimonio económico, son los que, por mandato legal, admiten esta forma objetiva de extinción de la acción penal, lo que excluye la posibilidad de que pueda incluirse algún otro injusto típico que no pertenezca a los ya citados.

Siendo evidente que el encubrimiento por receptación es un delito que atenta contra el bien jurídico de la administración de justicia, surge claro entonces que no procede la solicitada preclusión de la investigación por reparación integral del daño causado, menos aún cuando, como sucede en este caso, se vislumbra la existencia de otros hechos punibles atentatorios contra la fe pública.

Por lo anterior, la Corte no precluirá la instrucción en favor del procesado.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACION PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

#### RESUELVE

NO PRECLUIR LA INVESTIGACION en favor del aforado MIGUEL ANTONIO ROA VANEGAS, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Rtpoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Callejo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pírrilla, Juan Manuel Torres Presnada.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## ANONIMO

*La acción jurisdiccional del Estado puede ponerse en movimiento de una de dos maneras: por medio de denuncia verbal o escrita, en la que el denunciante, perfectamente identificado, haga la relación de lo que constituye la notitia criminis: oficiosamente, cuando el hecho susceptible de ser punible, llega a conocimiento de funcionario judicial competente.*

*El artículo 38 de la Ley 190 de 1995, restringió como forma de adelantar una averiguación la queja o denuncia anónima o que carezca de fundamento, a menos que, teniéndolo, proceda su adelantamiento en forma oficiosa.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandía*

*Aprobada Acta No. 154.*

*Proceso: 12366*

*Decide la Corte sobre la idoneidad de la denuncia presentada para iniciar o no investigación contra Salomón Nader Nader, actual Senador de la República.*

## ANTECEDENTES INMEDIATOS

*En escrito dirigido al Fiscal General de la Nación, la persona que se presenta como "Alberto Anaya Fecupe", formula denuncia penal contra el Senador Salomón Nader Nader, perteneciente a la Comisión Energética, porque, con otros, "...EFECTUAN CUENTAS ILICITAS DESDE LOS ULTIMOS TRES AÑOS OBRAS QUE NUNCA HACEN PORQUE ESTAN HECHAS YA SEA POR MUNICIPIOS O POR GOBERNACION IGUALMENTE EN CONTUBERNIO CON LOS PROVEEDORES EFECTUAN CUENTAS DE MATERIALES ELECTRICOS Y PARTEN LOS DINEROS..." ( mayúsculas del texto original ).*

*Por la investidura del imputado, la cual quedó documentalmente acreditada, se remitió copia de dicho escrito a esta Corporación.*



## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. A la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le corresponde, conforme al mandato del artículo 235 de la Carta Política, la investigación y eventual juzgamiento de los miembros del Congreso, por cualquier hecho punible que tenga relación con sus funciones o que, no teniéndolas, conserve su investidura. Por eso, la Corte es competente para conocer de la imputación formulada al actual Senador de la República, Salomón Náder Náder.

2. La acción jurisdiccional del Estado puede ponerse en movimiento de una de dos maneras: por medio de denuncia verbal o escrita, en la que el denunciante, perfectamente identificado, haga la relación de lo que constituye la *notitia criminis*; oficiosamente, cuando el hecho susceptible de ser punible, llega a conocimiento de funcionario judicial competente.

3. El artículo 38 de la Ley 190 de 1995, restringió como forma de adelantar una averiguación la queja o denuncia anónima o que carezca de fundamento, a menos que, teniéndolo, proceda su adelantamiento en forma oficiosa.

En el caso puesto hoy a consideración de la colegiatura se encuentra que evidentemente se está ante una denuncia anónima, pues su autor se cuidó de hacer presentación personal de su escrito, como lo obliga el artículo 27 del C. de P. P. y no anexó documento de identificación alguno, ni domicilio donde podía ser localizado, de seguro para evitar ser citado a que asumiera sus deberes y responsabilidades que atañen a todo denunciante.

Además, no aparece que se haga al Senador Náder Náder la imputación de un hecho personal concreto que, ubicado en un contexto temporoespacial, sea considerado por el Código de las Penas como punible. Al contrario, vaga y confusamente se habla de obras que se hicieron o dejaron de hacer por entidades públicas y de posible sobrefacturación en complicidad con proveedores de materiales eléctricos que, en uno y otro caso, en nada vincula de manera directa al congresista.

En tal virtud, será objeto de rechazo la denuncia en cuestión.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

## RESUELVE

RECHAZAR la denuncia presentada contra el Congresista Salomón Náder Náder, por las razones consignadas en la parte motiva. En firme. ARCHIVASE.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Dádnio Páez Velandía, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gámez Argote, Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## DEMANDA DE CASACION/ CASACION DISCRECIONAL

*De acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso extraordinario de casación exige los siguientes requisitos de procedibilidad:*

- 1. La acción impugnativa debe interponerse contra sentencias proferidas, en segunda instancia, por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito o el Tribunal Penal Militar;*
- 2. La impugnación debe proponerse dentro del término de ejecutoria formal del fallo de segunda instancia atacado, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación; y*
- 3. Que el delito porque se procede tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, con posibilidad de que se extienda el recurso a otros hechos punibles que tengan prevista una pena inferior, por razón de conexidad con el primero, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.*

*De manera excepcional puede aceptarse el recurso extraordinario de casación, si no se cumple uno o los dos requisitos señalados en los numerales 1 y 3, cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, a discreción de la Sala Penal de la Corte. Es la denominada casación discrecional regulada en el inciso 3º del artículo 218 citado.*

*La redacción del mencionado inciso 3º, cuando indica que la Sala puede aceptar el recurso de casación "en casos distintos de los arriba mencionados" (num. 1 y 3), con razón prevé la subordinación de la casación discrecional. Es decir, esa especial vía de casación, matizada por la apertura en cuanto al órgano jurisdiccional que produce la sentencia de segundo grado y al quantum punitivo máximo para optar al recurso, sólo puede invocarse cuando no se alcanzan aquéllos, los requisitos de la casación genérica.*

*De modo que si el fallo fuere dictado en segunda instancia por cualquier de las corporaciones judiciales indicadas, y además se procede por un delito que estipula una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea igual o superior a seis (6) años, no queda al arbitrio del sujeto legitimado para hacerlo acudir a la casación excepcional, sino que irremediablemente debe sujetarse a las exigencias ordinarias del recurso, si es que aspira a impugnar la sentencia por este medio extraordinario. Lo contrario sería pensar en que un medio impugnativo eminentemente rogado, taxativo y extraordinario, como es la casación, por obra de la amplitud o de la libertad en la escogencia, desaparezca como tal y sucumba ante una figura que se estableció de manera excepcional y subordinada al funcionamiento de aquélla.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 154

Proceso: 12192

Se ocupa la Sala de la aceptación o el rechazo del recurso extraordinario de casación intentado por el defensor del procesado Rigoberto Mera Sandoval, por la vía excepcional del inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, fechada el 12 de julio pasado, por la cual se confirma integralmente la que dictó en primera instancia el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, de fecha 8 de febrero del año en curso, por cuyo medio se condenó al acusado a la pena principal de treinta y siete (37) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad, a título de autor responsable de un CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO de delitos de CORRUPCIÓN AGRAVADOS, de acuerdo con las previsiones de los artículos 305 y 306, numeral 2° del Código Penal.

#### LA IMPUGNACIÓN

Después de reseñar brevemente el fallo contra el cual interpone el recurso extraordinario de casación, el defensor del procesado dice que acude a la modalidad excepcional de dicha impugnación prevista en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, "en virtud a que considera la defensa necesario la garantía de los sagrados derechos fundamentales" (fs. 266), sin más motivación.

## LA CORTE CONSIDERA

De acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso extraordinario de casación exige los siguientes requisitos de procedibilidad:

1. La acción impugnativa debe intentarse contra sentencias proferidas, en segunda instancia, por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito o el Tribunal Penal Militar;
2. La impugnación debe proponerse dentro del término de ejecutoria formal del fallo de segunda instancia atacado, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación; y
3. Que el delito porque se procede tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, con posibilidad de que se extienda el recurso a otros hechos punibles que tengan prevista una pena inferior, por razón de conexidad con el primero, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

De manera excepcional puede aceptarse el recurso extraordinario de casación, si no se cumple uno o los dos requisitos señalados en los numerales 1 y 3, cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, a discreción de la Sala Penal de la Corte. Es la denominada *casación discrecional* regulada en el inciso 3° del artículo 218 citado.

La redacción del mencionado inciso 3°, cuando indica que la Sala puede aceptar el recurso de casación "*en casos distintos de los arriba mencionados*" (num. 1 y 3), con razón prevé la *subordinación* de la casación discrecional. Es decir, esa especial vía de casación, matizada por la apertura en cuanto al órgano jurisdiccional que produce la sentencia de segundo grado y al *quantum* punitivo máximo para optar al recurso, sólo puede invocarse cuando no se alcanzan aquéllos, los requisitos de la casación genérica.

De modo que si el fallo fuere dictado en segunda instancia por cualquiera de las corporaciones judiciales indicadas, y además se procede por un delito que estipula una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea igual o superior a seis (6) años, no queda al arbitrio del sujeto legitimado para hacerlo acudir a la casación excepcional, sino que irremediablemente debe sujetarse a las exigencias ordinarias del recurso, si es que aspira a impugnar la sentencia por este medio extraordinario. Lo contrario sería pensar en que un medio impugnativo eminentemente rogado, *taxativo* y extraordinario, como es la casación, por obra de la amplitud o de la libertad en la escogencia, desaparezca como tal y sucumba ante una figura que se estableció de manera excepcional y subordinada al funcionamiento de aquélla.

Precisamente es lo que ocurre en el *subjudice*, pues no quedaba al talante del recurrente escoger la casación excepcional, supuesto que la sentencia de segundo grado que ataca fue dictada por el Tribunal Superior de Cali y el delito por el cual se procede tiene prevista una pena máxima imponible de seis (6) años de prisión, todo lo cual lo pone dentro de los parámetros ordinarios del recurso de casación.

En efecto, de acuerdo con el fallo impugnado, el ciudadano *Rigoberto Mera Sandoval* fue acusado y condenado por un delito de corrupción agravado por la facilitación del hecho en razón de la posición del victimario en relación con el ofendido, el menor *Jhon Fredy Arboleda Guevo* (C. P., arts. 305 y 306-2). Como la agravante deducida permite incrementar la pena de una tercera parte a la mitad, significa que el máximo imponible pasaría de cuatro (4) años, que es lo previsto en el tipo básico, a seis (6) años, salto que hace la sentencia susceptible del recurso de casación con exigencias ordinarias.

Bastante se ha dicho por esta Corte en relación con la estimación del *quantum* punitivo para la procedencia de la casación, de tal manera que no se tiene como tal la cantidad de prisión impuesta en la sentencia, porque entonces tal factor estaría en contravía del reconocimiento del recurso en relación con las sentencias absolutorias y en lo que atañe a las que no imponen penas sino medidas de seguridad; tampoco lo es la sanción máxima del delito *in genere*; pero sí es la resultante de una operación en abstracto que involucre la pena prevista para el tipo básico o especial y para los factores o circunstancias legales de intensificación o de reducción de la misma, que es en últimas el delito por el cual se procede (el hecho modular con todas sus circunstancias específicas).

Tal es el criterio jurisprudencial expuesto en los autos de 21 de junio y 9 de septiembre de 1957, reiterado en la providencia del 24 de julio de 1980, al decir la Corte que "... el *quantum* se determina en el artículo constitutivo del delito o de cada uno de los delitos por los cuales se dictó la sentencia que se pretende impugnar, y la señalada en los artículos que estructuran las circunstancias específicas que se tuvieron en cuenta para aumentar y disminuir la sanción con los aumentos máximos o disminuciones mínimas que pudieran computarse. Todo lo cual dará por separado la sanción máxima imponible en cada delito, que de resultar para uno solo de cinco o más años (hoy es de seis o más años, se aclara), hará la sentencia susceptible del recurso extraordinario de casación" (Énfasis añadido).

Así pues, si tanto por el órgano jurisdiccional que proveyó en segunda instancia, como por el *quantum* de pena deducible en abstracto, el recurrente debió impugnar por la vía de la figura básica de la casación, y someterse entonces a sus requisitos de procedibilidad y al trámite inicial distintos, máxime que por su formación letrada se le exige el conocimiento de la diferencia con la casación discrecional, la Corte inadmitirá el recurso interpuesto.



En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor del procesado *Rigoberto Mera Sandoval*.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Anibal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente Rangel, Jorge Córdoba Pareda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **AUTO DE PROCEDER/ PRESCRIPCION**

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del C. de P. P., habiéndose proferido auto de proceder o su equivalente el término prescriptivo de la acción penal debe contarse nuevamente a partir de la ejecutoria de dicho acto procesal "por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80" del C.P., no pudiendo ser inferior a 5 años.*

*En estas condiciones, se tiene que el artículo 80 de dicho estatuto al regular las bases de la prescripción de la acción penal establece que esta "prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero, en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte", lo cual significa que este límite máximo prescriptivo es aplicable tanto a la etapa instructiva como de la causa, pues es una prohibición absoluta la que allí contiene.*

*Entendido entonces que el límite máximo para la prescripción de la acción penal es de veinte años, que serían válidos para la etapa instructiva, con la remisión que al artículo 80 del C.P. hace a su vez el artículo 84 ibídem, no puede menos que concluirse que el término máximo de prescripción en la etapa del juicio es de 10 años, esto es, la mitad del máximo ya fijado en el referido artículo 80, para todos los casos.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

*Aprobado Acta No. 151*

*Proceso: 9500 (Oct. 24 De 1996)*

### **VISTOS**

*El Juzgado 2o. Penal del Circuito de Ubalé (Cund.), mediante sentencia de primera instancia proferida el 11 de octubre de 1993, condenó a Hipólito Cano Casullo a la pena principal de 16 años de prisión, la acceso-*

ria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal, la suspensión de la patria potestad, al pago de los perjuicios ocasionados en calidad de autor intelectual del delito de homicidio, ordenando en consecuencia su captura, al tiempo que cesó todo procedimiento por el delito de hurto, en razón a que se encontraba prescrita la acción penal.

Apelada esta decisión por el defensor del procesado, el 9 de febrero de 1994, el Tribunal superior de Cundinamarca, la confirmó en cuanto a la declaratoria de responsabilidad y la pena principal, aclarando que el agravante imputado lo era por el numeral 4o. del artículo 324 del C.P. y no por el 1o. como lo afirmó el *a quo*. Igualmente modificó la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas reduciéndola al límite legal de 10 años y revocó la de suspensión de la patria potestad.

### HECHOS

El 15 de marzo de 1985, a la mina «Capellanía», vereda «Peñas» del municipio de Cucunubá, llegó Gumerindo Cañón Cifuentes solicitándole trabajo a Andrés Castillo Gómez, quien luego de manifestarle la imposibilidad de acceder a su pedido y cuando se disponía a subirse a su vehículo Nissan, Cañón Cifuentes le disparó repetidamente, causándole la muerte y emprendiendo la huida, luego de haberse apoderado de un bolso que portaba la víctima con la suma de \$333.600, fue capturado de inmediato por las personas que se encontraban cerca al lugar.

### ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el acta del levantamiento del cadáver de Andrés Castillo Gómez y el informe policial poniendo a disposición a Gumerindo Cañón Cifuentes, el 16 de marzo de 1985, el Juzgado Promiscuo Municipal de Cucunubá dictó auto cabeza de proceso, vinculando mediante indagatoria al capturado a quien, el 29 de marzo del mismo año, el Juzgado 77 de Instrucción Criminal Ambulante, le decretó detención preventiva, por el delito de homicidio agravado.

Escuchadas las declaraciones de las personas que aprehendieron a Cañón Cifuentes, quienes manifestaron haberle escuchado la sindicación que le hacía a un señor «Polo» como la persona que le había ofrecido la suma de \$200.000 por quitarle la vida a Castillo Gómez; y establecido que se trataba de Hipólito Cano Castillo, se impartió orden de captura en su contra, procediendo a vincularlo mediante indagatoria, una vez materializada la misma, resolviéndosele la situación jurídica el 15 de abril de 1985, con detención preventiva, por el delito de homicidio agravado, en calidad de autor intelectual.

Posteriormente y con base en los informes del DAS, en los que se sospechaba de José María Mahecha Solano como uno de los individuos

que podía estar comprometido en los hechos investigados, por cuanto se sabía que tiempo atrás Hipólito Cano Castillo le había ofrecido dinero para que le diera muerte a Castillo Gómez, se dispuso su vinculación al proceso, siendo declarado persona ausente ante la imposibilidad de hacer efectiva la captura, definiéndosele la situación jurídica el 4 de julio de 1985 con detención preventiva como partícipe de dicho homicidio.

El 6 de agosto del mismo año se declaró cerrada la investigación, habiéndosele concedido la libertad provisional a Gumercindo Cañón por vencimiento del término legal para la calificación del sumario que solo se vino a cumplir hasta el 3 de octubre siguiente por el Juzgado 2º Superior de Santafé de Bogotá, que dictó llamamiento a juicio en contra de Cano Castillo y Cañón Cifuentes por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, revocando la excarcelación provisional concedida a este último y sobreseyendo temporalmente a Mahecha Solano. Apelada esta decisión por los defensores de los procesados enjuiciados, el 6 de marzo de 1986, recibió confirmación por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

En la etapa de la causa, el 18 de julio de 1987 y al entrar en vigencia del Decreto 050 del mismo año, se le concedió al procesado la libertad provisional con fundamento en el artículo 439.5 *ibidem*. Practicadas algunas pruebas solicitadas por las partes y luego de efectuado el correspondiente sorteo para la intervención del jurado de conciencia, el 28 de septiembre de 1988 se inició la audiencia pública, habiéndose dispuesto el envío de las diligencias al Juzgado Único Superior de Zipaquirá, que a su vez lo remitió al de Ubaté, por competencia, procediéndose por éste despacho a decretar la extinción de la acción penal respecto de Gumercindo Cañón, por muerte del procesado.

Finalmente y después de múltiples dilaciones se culminó la audiencia pública el 28 de septiembre de 1993, la cual se ritó de conformidad con las disposiciones vigentes al momento de su iniciación en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 transitorio del actual estatuto procesal penal, profiriéndose la sentencia condenatoria que fue confirmada por el Tribunal de Cundinamarca, con las modificaciones y en los términos expuestos en precedencia, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado.

#### LA DEMANDA

Con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, un solo cargo dice formular el defensor del procesado, pues, en su criterio, «Se incurrió en la sentencia impugnada en VIOLACIÓN INDIRECTA POR APLICACIÓN INDEBIDA de las normas que tipifican el delito de homicidio a título de determinador o actor intelectual (artículo 324 del Código Penal). De la misma manera se violó el artículo 247 del Código de

Procedimiento Penal que establece los requisitos para condenar. La violación acusada se origina en errores de hecho trascendentes y manifiestos en la VALORACION PROBATORIA REFERIDA AL ASPECTO DE LA CULPABILIDAD».

Enuncia entonces como «PRIMER ERROR DE HECHO», la errónea apreciación de la circunstancia de la imputación «abstracta» que se hiciera de «Polo» y la «posterior endilgación del cargo a Guillermo Rubio», pues de allí se dedujo la intención de matar del procesado.

Como «SEGUNDO ERROR DE HECHO», la errónea apreciación de «la relación objetiva que se hace de los conflictos surgidos entre Hipólito Cano Castillo y Andrés Castillo para inferir indicios de responsabilidad en los hechos que se le endilgan actualmente»; y como «TERCER ERROR DE HECHO», afirma la errónea apreciación de «la circunstancia derivada del reconocimiento efectuado por Gumercindo Cañón Cifuentes», en donde «descartaba» la participación del procesado en los hechos investigados, cobrando así relevancia las razones por las cuales, desde un comienzo, no mencionó a Guillermo Rubio, quien lo tenía amenazado de muerte.

A continuación transcribe en extenso las sentencias de primera y segunda instancia, previa advertencia de que con ello pretende «demostrar que los elementos probatorios que se rebisten (sic) a través del cargo son los únicos posibles, sin que existan medios de prueba diferentes a los cuestionados que puedan sostener una sentencia de condena, desde el punto de vista subjetivo del reproche».

Más adelante, en lo que titula «DEMOSTRACION DEL CARGO», reitera lo expuesto en su formulación, adiciendo como norma quebrantada el artículo 36 del C.P. pasando a la «DEMOSTRACION DE LOS ERRORES DE HECHO», advirtiendo desde un comienzo que no obstante impugnar los indicios, no pretende con ello «desconocer los márgenes de valoración subjetiva que existan en el manejo de la prueba indiciaria» ni las inferencias del juzgador, pues es a éste a quien corresponde ese proceso, sin embargo, agrega: «lo que no puede admitirse es el margen de subjetividad en la apreciación sobre la existencia de los hechos indiciantes o que se deje de lado, en su aspecto material», ya que, en su concepto existe suficiente prueba para casar el fallo.

Refiriéndose entonces al primer error de hecho, que reitera en su enunciación, vuelve a transcribir ampliamente el fallo de segunda instancia en cuanto al análisis que hace de las primeras versiones de Gumercindo Cañón Cifuentes, afirmando que allí surgieron las primeras incriminaciones en contra de Hipólito Castillo, con el cual se muestra inconforme, aduciendo que, «no basta» con una incipiente manifestación, para «atribuir reproche penal a una persona», máxime que tratándose de responsabilidad a título de autor intelectual, es imprescindible un actuar psico-físico, como que la sola acción síquica concretada en una expresión de matar

anterior a los hechos, no tiene efectos jurídicos en cuanto constituyen simples deseos o «meras intenciones».

Tal forma de autoría, «o más propiamente la actuación de inductor, instigador o determinador», agrega, debe deducirse de la prueba y a veces, en «detalles o vestigios únicamente que logran escapar a la previsión suma que distingue al actor (sic) mediato, pues, como queriendo el delito no lo realiza por sí mismo sino por intermedio de otro, su preocupación principal es la de no dejar rastro alguno de su intervención», como saber que se dice en caso de ser descubierto, ya que no se «compadece con la lógica normal» que suministre todos los datos que lo comprometen en la comisión del delito.

Reitera, así, lo relacionado con el sujeto «Polo» mencionado por Gumercindo Cañón en sus primeras versiones y las amenazas de muerte que motivaron tales manifestaciones, como su posterior retractación, que jándose de que a pesar de ello «fue considerado simplemente como carente de verosimilitud», pese a que tal incriminación se dirigió en contra de Hipólito Castillo, «por las populares pruebas que informan que es él el único 'POLO' conocido en la región -Vereda Peñas-, y aún así, no se hicieron averiguaciones con el fin de determinar si habían personas diferentes al procesado con dicho apodo.

Igualmente, en su concepto, «se dejó sin piso alguno la versión rendida sobre la incriminación por parte de Angel María Castillo Velásquez», quien manifestó que el autor material del homicidio, al momento de su captura no hizo incriminaciones a terceros, versión que considera de «brillante importancia», pues, en su criterio, impide inferir que Cano Castillo hubiese tenido ánimo homicida.

En lo que tiene que ver con el segundo error de hecho, reproduce el aparte del fallo impugnado en el que se analizan las manifestaciones previas del procesado sobre su intención de dar muerte a Andrés Castillo, referidas por José Eduardo Alvarado, aduciendo en lo que denomina «CONCRECIÓN DEL ERROR» que «el sentenciador, relaciona el incidente a partir del cual se realiza la inferencia indiciaria, sobre fechas y circunstancias distintas al acontecer propiamente investigado, trayendo a colación circunstancias en tiempo y espacio diferentes y no probadas para atemperar con responsabilidad actual a Hipólito Cano», refiriéndose a continuación a la causalidad y la imputación de la responsabilidad jurídico penal, afirmando que no siempre la imputación objetiva «se corresponde en derecho Penal con la causalidad», pues hay casos en los que se afirma a pesar de ésta, como que en el caso concreto se «entrelazaron» aspectos que tenían que ver con los conflictos surgidos a raíz de la explotación de la mina, no obstante que no existe la verdadera causación del resultado, ya que, en su criterio, «Existe, si es que así se considera una causalidad hipotética (mentalmente supuesta)».



Por ello, afirma el demandante, «lo correcto» es no interrogarse si atendidas las circunstancias el resultado se hubiese producido de la misma manera, «sin la acción cuya causalidad se cuestiona», ya que, en su sentir, para que la acción ostente el carácter de condición, es necesario que efectivamente haya producido el resultado, «según la ley de causalidad y con arreglo a los conocimientos que nos ofrece la experiencia».

Confronta entonces tales supuestos teóricos con el caso concreto, reiterando que el autor intelectual siempre procura evitar cualquier circunstancia que lo vincule con el delito, el contacto con el «forastero», autor material, se hace en lugar diferentes a su propia residencia, no manifiesta las razones para llevar a cabo el delito, razón por la cual, concluye, no son de «aceptación» aquellas razones conocidas públicamente, «para ponerlos en boca de un extraño quien más tarde, sin esfuerzo alguno vaya a ponerlo en manos de las autoridades. Por lo que se infieren sustanciales dudas que afectaron la actuación jurídico procesal del señor Hipólito Cano Castillo», máxime si las controversias relacionadas con la mina han sido objeto de investigación «en los campos propios del derecho» y por esto, los supuestos de los que parte el fallador «no corresponden a lo probado en el expediente».

En cuanto al tercer error de hecho, que denomina el casacionista como la errónea apreciación de la circunstancia derivada del reconocimiento realizado por Gumercindo Cañón, que de acuerdo con su personal apreciación, descarta la participación del procesado en los hechos investigados, reitera su relevancia en razón a que éste no mencionó en un principio a Guillermo Rubio, por temor a que se cumplieran las amenazas de muerte proferidas en su contra.

Vuelve entonces sobre lo expresado respecto a los errores anteriores y luego de transcribir jurisprudencia sobre la forma de alegar la duda en casación cuando el sentenciador no la ha reconocido, solicita se «CASE TOTALMENTE» la sentencia impugnada, diciéndolo como de reemplazo una de carácter absolutorio.

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los errores de hecho planteados por el casacionista constituyen en realidad nuevas alternativas de valoración frente a la indagatoria del procesado y algunos testigos que corroboraron su versión y que, por el contrario fueron correctamente apreciadas por el juzgador, razón por la cual, en su argumentación, no logra separar el indicio propiamente dicho, como prueba autónoma del análisis global que se hace en el fallo de la prueba recaudada y tendiente a un mismo fin.

Para demostrar sus afirmaciones, se apoya en una extensa reproducción del fallo de segunda instancia, que relaciona la prueba que al *ad*

quem le sirvió de fundamento para concluir la participación de Cano Castillo en los hechos investigados en calidad de autor intelectual, para concluir que del abundante material probatorio el Tribunal «no hizo inferencia lógica pilar del proceso indiciario que permitiera afirmar que a partir de un hecho probado y bajo los derroteros de los reglados de la experiencia llegara a la demostración de otro hecho hasta entonces desconocido».

Siendo entonces que «brilla por su ausencia la prueba indiciaria propiamente dicha en la sentencia», no podía el actor, en consecuencia, atacar una inferencia en el proceso deductivo y es por ende falsa su afirmación en cuanto a que el error de apreciación recayó en las circunstancias sobre las cuales, el fallador construyó un indicio, pues sus conclusiones obedecen al análisis de la prueba testimonial existente en el proceso, debiendo por tanto atacar los testimonios o las pruebas de las que se «derivaba la errónea estimación».

Por ello, en criterio del Delegado, aún pretendiendo algún estudio de fondo de la demanda, tampoco tendría éxito, pues todo se reduce a falsos juicios de convicción «inallegables» en esta sede.

Así, en lo que tiene que ver con el primer error de hecho, «nada» demuestra el censor, como que no señala en qué forma se presentó la errada apreciación, ni tampoco las pruebas sobre las cuales recae el mismo.

En cuanto al segundo yerro, observa que las argumentaciones del casacionista, se reducen a una reflexión aislada «del contexto, del fenómeno de la participación contenido en el artículo 23 del Código Penal desconociendo cómo aquél se presenta cuando el agente mediato mediante la instigación, mandato, consejo, coacción, convenio o cualquier otro medio idóneo, obtiene que otra persona realice materialmente la conducta activa u omisiva configurativa del hecho delictivo», pues la interpretación que en las instancias se hizo de esta figura corresponde a las pautas dadas en la ley y además, no se presenta la alegada violación indirecta, habida cuenta que el actor, en últimas, propone que se de prevalencia a «su mal formado criterio sobre el de los juzgadores y su propuesta inadmisible».

Ocurre lo mismo con el tercer error, pues es una continuación de los anteriores y tampoco logra demostrarlo el censor, como que los medios probatorios fueron debidamente apreciados por el juzgador, destacando cómo en la sentencia se hizo un profundo análisis de la ampliación de indagatoria y el testimonio de Castillo Velázquez, haciendo una extensa transcripción del aparte pertinente.

Así pues, para el Ministerio Público, el defensor del procesado no ataca la validez de la sentencia, en la que se demostraron acertadamente todas las circunstancias que permiten ubicar a Cano Castillo como autor intelectual del homicidio investigado.

Solicita no casar el fallo impugnado.

#### CONSIDERACIONES

1o. Sería lo pertinente proceder a decidir sobre el presente recurso de casación, si no fuera porque es verdad procesal que el auto del llamamiento a Juicio proferido en contra de Hipólito Cano Castillo, por el delito de homicidio agravado, al ser apelado por el defensor fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá 6 de marzo de 1986, quedando ejecutoriado el 16 del mismo mes y año, habiendo transcurrido desde ese momento a la fecha más de diez años.

2o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del C. de P. P., habiéndose proferido auto de proceder o su equivalente el término prescriptivo de la acción penal debe contarse nuevamente a partir de la ejecutoria de dicho acto procesal «por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80» del C.P., no pudiendo ser inferior a 5 años.

3o. En estas condiciones, se tiene que el artículo 80 de dicho estatuto al regular las bases de la prescripción de la acción penal establece que esta «prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero, en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte», lo cual significa que este límite máximo prescriptivo es aplicable tanto a la etapa instructiva como de la causa, pues es una prohibición absoluta la que allí contiene.

4o. Entendido entonces que el límite máximo para la prescripción de la acción penal es de veinte años, que serían válidos para la etapa instructiva, con la remisión que al artículo 80 del C.P. hace a su vez el artículo 84 *ibídem*, no puede menos que concluirse que el término máximo de prescripción en la etapa del juicio es de 10 años, esto es, la mitad del máximo ya fijado en el referido artículo 80, para todos los casos.

5o. En estas condiciones, en el caso concreto, no queda otra alternativa para la Sala que declarar la prescripción de la presente acción penal y en consecuencia disponer la cesación de todo procedimiento a favor de Hipólito Cano Castillo.

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

#### RESUELVE

1o. Declarar prescrita la presente acción penal.

2o. Cesar todo procedimiento por los hechos investigados en este proceso, en favor de Hipólito Cano Castillo.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretario*

## FRAUDE PROCESAL

*El comportamiento del agente activo del delito en el fraude procesal es de los que producen la lesión al bien jurídico amparado por el Estado a partir de un momento dado, prolongándose esa lesión en el tiempo hasta cuando se pone fin a la conducta. Es pues, un tipo penal de conducta permanente.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Pérez Velazula*

*Aprobado Acta No. 154*

*Proceso: 9134*

Decide la Corte el recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el 11 de junio de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia se condena a Maximiliano Eduardo Rodríguez Luque, Miguel Juan Francisco Camacho Olarte y Agustín Leyva Obregón así: a los dos primeros a sendas penas principales de 18 meses de prisión en calidad de coautores del delito de fraude procesal y al último a diez meses de prisión como cómplice del mismo hecho punible. A todos les impone la correspondiente pena accesoria y les concede el sustituto de la ejecución condicional del fallo.

## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Por el mes de marzo de 1978 José Gonzalo Vásquez Soto acudió a la firma comercial Concarro S.A. en Bogotá, para adquirir un vehículo de servicio público, haciendo uso del sistema de ventas y crédito ofrecidos por la firma, que incluía la participación en sorteos mensuales en caso de hallarse a paz y salvó por concepto de las cuotas mensuales respectivas. En el mes de junio del mismo año se le informó que habría resultado favorecido en uno de los sorteos y se le adjudicó un vehículo marca Fiat Polski por valor de \$341.000, continuando con el cumplimiento del contrato, es decir con el pago de las cuotas correspondientes. (fs. 18, 19, 22, 20 cd. anexo café).

Pasado algún tiempo, fue demandado por una firma de financiamiento comercial llamada, «Confinanciera», que para el efecto confirió poder al abogado Miguel Camacho Olarte en acción ejecutiva ante el Juzgado 42 Civil Municipal de Bogotá, cobrándole \$160.814 representados en un pagaré suscrito por Vásquez y sus fiadoras. Esta acción terminó el 21 de marzo de 1985 por prosperidad de la excepción de prescripción «de la deuda u obligación». (fls. 85-86 cd. anexo negro).

Antes de que terminase el proceso anterior, en agosto de 1984, las mismas personas fueron nuevamente demandadas en acción de la misma naturaleza, pero por la firma con la cual había celebrado Vásquez el negocio, «Concarro», como endosataria de otro pagaré firmado por los mismos a favor de la antes mencionada compañía financiera «Confinanciera», actuando nuevamente como apoderado de la demandante, representada por Maximiliano Rodríguez, el abogado Miguel Camacho Olarte; esta vez el cobro era por la suma de \$212.239.68.

Cuando este proceso se hallaba a punto de culminar -corrían los términos para alegatos de conclusión- sorpresivamente la demandada informó al Juzgado -5 de agosto de 1986- que la totalidad de la deuda había sido cancelada por un tercero, Alejandro Leyva Obregón, lo que acarreó la terminación del proceso por aplicación del artículo 337 del C. P.C., con perjuicio para los demandados, pues dicho pago fue ficticio, en la medida en que en los registros documentales de la firma demandante el pago aparecía hecho a favor de un desconocido al que se le mencionaba como Jaime Escobar. El pronunciamiento del Juzgado 17 Civil Municipal finalizando el proceso ocurrió el 14 de agosto de 1986, que fue confirmado en segunda instancia por el Juzgado 15 Civil del Circuito el 5 de diciembre de 1986 (fls. 148, 149, 266 cd. anexo café). Con este hecho, según la denuncia formulada por José Gonzalo Vásquez Soto, fueron engañados los Juzgados que conocieron del ejecutivo y de paso se le imposibilitó ejercer el derecho de cobrar legalmente tanto el lucro cesante del tiempo en que estuvo embargado un vehículo de su propiedad -distinto del de la negociación-, como las costas del proceso y el daño emergente.

Adelantada indagación preliminar se inició la investigación correspondiente por el entonces Juzgado 22 I.C. de esta ciudad, (fls. 29 y 36 cd. ppl. 1), ante el cual rindieron indagatoria el individuo que realizó el pago del crédito, Agustín Leyva, el abogado externo de la firma, Miguel Juan Francisco Camacho Olarte y, Maximiliano Eduardo Rodríguez, Subgerente administrativo de Concarro, quienes fueron comprometidos en juicio de segunda instancia, el primero en calidad de cómplice y los otros dos, como coautores del delito de fraude procesal, mediante resolución acusatoria proferida el 13 de noviembre de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial (fls. 35-43-A cd. res. acus.), que modificó parcialmente el compromiso deducido por el calificador de la primera instancia.



Bajo las mismas imputaciones, una vez diligenciado el juicio fueron condenados (fs. 172 y ss.cd.Tr.), pues el ad quem confirmó con adiciones y modificaciones referentes a la obligación indemnizatoria, el fallo emitido por el Juzgado 35 Penal del Circuito, con lo que las sanciones quedaron dosificadas como se advirtió con antelación. Contra el pronunciamiento del Tribunal recurrieron extraordinariamente los defensores de todos los implicados.

#### LAS DEMANDAS

1o. - Demanda a nombre de Maximiliano Eduardo Rodríguez- Median te la formulación de dos cargos, sostiene la defensa de este procesado que la sentencia de segundo grado es violatoria de una norma de derecho sustancial, debido al error de hecho en que incurrió el Tribunal en la evaluación de la prueba; y, subsidiariamente, que se dictó en juicio viciado de nulidad por transgresión al derecho de defensa, en cuanto se denegó la práctica de algunas pruebas solicitadas en la fase del plenario.

Desarrolla así sus planteamientos el actor:

##### *Cargo Primero*

«...la apreciación de la prueba... fue insatisfactoria en cuanto que no se atendieron sendos principios de interpretación ni tampoco siquiera, supieron reunir la que las disposiciones legales exigen para poder predicar un efectivo juicio de responsabilidad; considera por tanto, que se infringieron los artículos 247, 246 y 254 del C. de P.P.

Tras aseverar que en el proceso no hubo prueba de certeza para condenar, advierte que su cliente concedió el poder al abogado externo de Concarro, para el adelantamiento del juicio ejecutivo que terminó por el pago efectuado por un tercero entre 1982 y 1984, cuando era Sub-gerente administrativo de la firma, y que no fue él quien otorgó el mandato para el primer proceso ejecutivo contra el denunciante. Así pues, no se le podía atribuir un conocimiento anterior de la situación de la firma con éste, como lo hizo el auto de medida de aseguramiento, contra la realidad, pues para este entonces este procesado era un empleado ajeno a los asuntos jurídicos de la empresa.

Considera, con variados comentarios, que el simple otorgamiento de un poder no implica en quien lo extiende, conocimientos jurídicos y que el Tribunal infirió tales conocimientos en su procurado de la emisión de los poderes.

Precisa que el error cometido por el fallador fue de hecho y se produjo por distorsión del sentido de la prueba, pues la única prueba incriminatoria, según éste, fue el referido mandato.

Luego de consignar nuevos comentarios precisa que el poder fue otorgado en 1984, mientras que la sentencia afirma que el fraude procesal

ocurrió en 1986; agrega que la comunicación sobre el pago de la obligación que se cobraba ejecutivamente debía proceder de la Oficina de Cartera y no de la gerencia ni de la subgerencia administrativa de Concarro.

Refiriéndose al tema de la coautoría dice que en el proceso no obra prueba de acuerdo criminal entre los condenados; comenta que la coautoría debe estar probada y que no es prueba de ella el otorgamiento del antedicho poder.

Insistiendo en su punto de vista dice que se violó también el artículo 249 del C. de P.P.; y, como los juzgadores fueron «cercos» en la búsqueda de la prueba, ello repercutió en el denunciado error. Añade que también se transgredió el artículo 254 del C. de P.P. y que si se hubiera valorado correctamente la prueba, su cliente habría sido absuelto.

Cargo Segundo.- Subsidiario. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad porque a lo largo de la investigación, pero especialmente en la etapa del plenario, dejaron de practicarse las pruebas que eran de suma importancia para la defensa; de haberse practicado el juzgador no habría incurrido «en las falencias de que trata el capítulo anterior».

Las pruebas que se solicitaron durante el juicio no se ordenaron por considerarse innecesarias y dilatorias de la investigación. Afirma que la solicitud obrante a folio 238 fue denegada por el Juzgado y que igual sucedió con el Tribunal en relación con la sustentación de la apelación, en la cual le otorgó la razón al *a quo*.

Afirma que no se realizó una inspección judicial a los libros de Concarro y Confinanciera con el argumento de ser superfluas porque en el proceso existía copia de algunos documentos contables. Tras explicar el objetivo de esa prueba se pregunta por qué no se inspeccionaron los libros de Concarro, especialmente en la sección de Cartera para verificar «los datos contables sobre la negociación de Vásquez...» y para evidenciar de donde procedía la información a los abogados externos, del estado de los créditos «o inclusive la cesación a continuar cobrando judicial o extrajudicialmente las deudas». Luego de nuevos comentarios sobre la importancia de esa prueba se pregunta por qué no se inspeccionó a Confinanciera para verificar «que es corriente el endoso de títulos para el cobro a Concarro; por qué no se inspeccionó a Concarro para verificar ¿cómo se manejan las relaciones laborales entre la empresa y sus abogados externos? ¿Cómo no se verificó el papel del subgerente de Concarro?». Insiste en la trascendencia de esas pruebas para fundar o descartar el juicio de responsabilidad de su procurado.

Cuestionando el criterio del fallador sobre la no necesidad de algunas de las pruebas denegadas se pregunta por qué no se consideró necesario oír los testimonios de los entonces responsables de Concarro y Confinanciera que hubieran podido «enriquecer el plenario» y explicar si

de manera similar hubo asuntos «que ellos hubieran tenido que afrontar ...».

Añade que la sentencia se erige en una «laguna probatoria»; que se sustenta en la no probada forma de negociación entre Concarro y Confinanciera, pues dice que otro de los procesados, Leyva Obregón actuó ilícitamente «porque no pudo presentar al señor Jaime Escobar», su amigo y a cuyo nombre efectuó el pago que resultó imputado al aquí denunciante, Vásquez Soto. Si se hubiera realizado la inspección a Concarro, dice, se hubiera establecido la existencia de Jaime Escobar y su condición de deudor de la firma, así como el error de «imputar abonos a cuentas de terceros deudores», también la realización de traslados inconsultos.

Que fueron «muchas las cosas que quedaron sin demostrar cabalmente en el proceso y de una importancia capital» y por ello se vulneró el derecho fundamental de la defensa.

Agrega que «las falencias son mayores» y se pregunta cómo es que no se verificó la posibilidad de que Concarro levantara la reserva de dominio, si ya Confinanciera le había cancelado la deuda a Vásquez y se pregunta también si Concarro podía no haber liberado el automotor cuando ya había cancelado la obligación que lo afectaba.

Crítica la apreciación probatoria del Juzgado por no ordenar la práctica de una inspección judicial al Juzgado 17 Civil Municipal en donde se había establecido que Vásquez era deudor de las dos empresas. Solicita que la Corte observe esta diligencia, aportada en la audiencia pública, e insiste en la ocurrencia de la aducida causa de nulidad.

Finalmente solicita que se case la sentencia y se decrete la nulidad «respectiva», aunque no precisa desde qué momento procesal.

2o.- Demanda a nombre de Miguel Juan Francisco Camacho

*Cargo primero*

Está estructurado por dos motivos de disenso:

a. La sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad porque, en palabras del defensor demandante: «... a pesar de que la acción prescribió, se siguió el procedimiento, con quebrantamiento visible y palpable de lo estatuido por el artículo 29 de la Constitución Política».

En sustento del planteamiento el censor considera, con apoyo en el artículo 20 del C. de P.P. que el hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el del resultado, para que no se confunda el verbo rector con los efectos y consecuencias naturales derivados de «la dinámica de ese comportamiento».

Añade que una cosa es la inducción en error y otra la permanencia en ese error, pues éste es el resultado de la conducta; y que en el caso de

autos el fallador afirmó que la conducta lícita se exteriorizó hasta el 5 de diciembre de 1986; cuando el Juzgado 15 Civil del Circuito emitió su pronunciamiento final en el proceso de ejecución. Aunque asegura estar convencido de la inocencia de su poderdante, dice que en la delimitación de hechos realizada por el juzgador aparece claro que los autos cumplidos por el Juez son los resultados de la conducta asumida por el sujeto activo del delito, al que no se le puede imputar la conducta del Juez, que es apenas el resultado de la suya.

Estima que si se advierte la última actuación de su cliente, resulta indudable la prescripción que pregona y que al no reconocerse ésta se quebrantaron las formas del debido proceso, específicamente los artículos 443 y 36 del C. de P.P. así como los 20, 79 y 80 del C.P. Solista, por tanto, que se case la sentencia declarando su nulidad.

b.- El proceso se halla viciado de nulidad por vulneración del derecho de defensa. Los Jueces, dice, «de manera absolutamente inmotivada» denegaron las pruebas tendientes a demostrar la novación de la obligación, lo que se pretendía con la solicitud de práctica de dos declaraciones y sendas inspecciones «no precisa de quienes serían tales testimonios, y solo, avanzado su discurso precisa que las inspecciones solicitadas debían realizarse en los libros de Concarro y de 'Cofinanciera' (sic).

Dice que en el proceso se sostuvo la novación de una obligación adquirida por el denunciante con la firma 'Cofinanciera'; y que de haberse probado tal hecho, la situación habría sido totalmente diferente a la que determinó el fallo. Que el procesado, doctor Camacho, afirmó la dicha novación y que ello explica el levantamiento de la reserva de dominio que expidió Concarro respecto del automotor. La demostración del fenómeno de la novación habría conducido a probar el fraude procesal, pero por parte del denunciante al alegar prescripción de la acción en el primer juicio ejecutivo que se le adelantó.

Sin embargo de la afirmada falta de motivación en la negativa de las pruebas, asevera ahora el profesional que la inspección «no se aceptó simplemente porque se dijo que como existían algunos documentos contables tan importante (sic) prueba sobraba».

A continuación reflexiona ampliamente sobre la importancia de las pruebas en referencia e invita a la Corte a verificar cómo la exposición de José David Castellanos daba cuenta de la novación, de lo cual infiere que fue injusta y arbitraria la decisión denegatoria de la prueba.

Aunque con la demostración de la novación se hubiera desfigurado la acusación, añade el censor, lo que pretende con la censura es demostrar que no se trataba de peticiones dilatorias y que las razones para su negativa revelan un profundo vacío de fundamentación. Con la negativa denunciada, dice, se violaron los artículos 29 de la C.N. y los 33, 246 y 10, del C. de P.P.

Como corolario, solicita se case la sentencia y se declare la nulidad parcial de lo actuado desde cuando aconteció su causa, y se declare la prescripción de la acción.

#### *Cargo segundo*

Subsidiario.- La sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial, por violación indirecta, consistente en el error en que incurrió el Tribunal al haber dejado de apreciar «una prueba que era esencial y fundamental para la suerte de los procesados».

Los falladores no apreciaron el documento obrante «a folios 257 y ss. del expediente» -no especifica su contenido; que es un documento público, y que demostraba la existencia de la novación y del crédito del denunciante con 'Cofinanciera'.

Esta prueba respaldaba el testimonio del procesado Camacho «de manera plena y contundente; no era una prueba aislada, sin importancia, sino por el contrario de suma trascendencia. Su no consideración implicó desconocimiento de los mandatos de los artículos 246, 249, 247, 33 y 180-4 del C.de P.P. y la aplicación indebida del artículo 182 del C.P.

La prueba omitida demuestra la novación, la existencia del crédito y la legalidad del endoso y ello hace que desaparezca el delito de fraude procesal y se imponga la absolución.

#### **3o.- Demanda a nombre de Agustín Leyva**

##### *Cargo primero*

La sentencia está dictada en juicio viciado de nulidad por diversas irregularidades, así:

a).- Prescripción de la acción penal.- El delito, según la sentencia se originó en la demanda presentada el 16 de agosto de 1984 ante el Juzgado 17 Civil Municipal. En esta fecha se indujo al funcionario en error, de donde se infiere que siendo de 5 años la pena prevista para el delito, la acción prescribió en igual fecha de 1989. Pero como el 5 de agosto de 1986 el mismo abogado informó al Juzgado que conocía del ejecutivo que la deuda había sido pagada, de esa fecha a la de ejecutoria de la resolución acusatoria transcurrieron otros 5 años, lo que indica que la prescripción operó en noviembre de 1991.

Explica que el delito se consuma «con la simple inducción», no con los efectos de la misma; si así no fuera, habría tantos delitos cuantos actos realice el empleado oficial en virtud de esa inducción, lo que haría imprescriptible la acción. Considera que la perduración es un fenómeno jurídico no previsto en el artículo 83 del C.P., que no puede aplicarse para agravar la situación del procesado, e inaplicable frente a las normas reguladoras del procedimiento y al principio de favorabilidad; es una interpretación restrictiva de origen jurisprudencial y doctrinario, extraña



a la Constitución Nacional y a la ley; por consiguiente, el proceso debe anularse desde cuando ocurrió el dicho fenómeno.

b.- El procesado solicitó desde el 6 de agosto de 1990 que el Juez ordenara a la firma Concarro informar por qué abonó a la cuenta del demandado Vásquez Soto la suma que entregó Jaime Escobar y, aunque la prueba se ordenó, nunca se practicó. Además, en ninguna de las etapas del proceso se practicaron pruebas a favor de este acusado, pues las que solicitó durante el juicio, que fueron los testimonios de Alberio Aristizábal y Felipe Herrera y una inspección a los libros y demás documentos contables de Concarro, fueron denegadas sin que en el proceso obraran testimonios de esas personas y existiendo solamente una inspección practicada extrajudicial y anticipadamente sin que Leyva hubiera tenido oportunidad de controvertirla, lo que indica que fue condenado «sin haber sido oído y vencido». La sentencia «dice», se basa en pruebas irregular e ilegalmente allegadas al proceso que no conducen a la certeza del hecho punible ni a la responsabilidad del impleado; solo se tuvieron en cuenta las que lo comprometían; es decir, se desconoció el principio de contradicción.

c.- Cuando entró a regir el actual C. de P.P. no se había iniciado la audiencia pública y por tanto debió tramitarse dándose traslado para la preparación de la diligencia y para pedir las nulidades originadas en la fase de la instrucción y las pruebas conducentes; no obstante, tal traslado no se verificó.

Estas irregularidades ocurridas en el trámite de la actuación atentan contra la garantía del debido proceso y por ende el proceso es nulo desde cuando tuvieron ocurrencia.

Añade que la única prueba aducida contra su cliente son dos comprobantes de ingreso de Concarro, elaborados por esta firma en forma unilateral sin firma de aceptación o reconocimiento del acusado; pero que se le negó la oportunidad de controversia con la omisión probatoria que acusa.

Reiterando sintéticamente su criterio, solicita la casación, para que se declare la prescripción, o en su defecto, se anule el proceso desde el auto que denegó las pruebas solicitadas.

#### *Cargo segundo*

Violación directa de una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación.

Luego de relacionar los elementos estructurales del delito de fraude procesal y afirmar que la falta de uno cualquiera de ellos comporta la inexistencia del ilícito, advierte que el dolo de la conducta típica es el propósito de obtener pronunciamiento judicial o administrativo contrario a la ley, lo que presupone la existencia de una ley ante la cual resulte



contrario el pronunciamiento del funcionario oficial. Esa ley debe corresponder a un precepto «conocido, vigente, citable y exprofesamente señalado o identificado» en forma tal que pueda confrontarse su texto con el contenido y efectos de la sentencia. «La antinomia entre la ley y las providencias... deberá emanar únicamente de la confrontación con los textos en forma manifiesta...».

La sentencia dio por cierto que Leyva pagó en calidad de tercero y que por esa causa el Juzgado terminó el proceso ejecutivo sin la sentencia que dirimiera la controversia, pero el fallo acusado no indica «la ley» ante la cual esa providencia judicial resultaba contraria. Se guardó silencio para dar paso a múltiples lucubraciones sobre supuestos perjuicios económicos a los demandados en el ejecutivo. De esta manera el Tribunal dejó de aplicar el artículo 1630 del C.C. que autorizaba el pago de la obligación por un tercero. Si ese pago tiene plena validez y no es contrario a la ley, que además no consagra excepciones, el efectuado por Leyva era legítimo.

Luego de explicar la aplicabilidad del artículo 1630 del C.C., su naturaleza y prevalencia en la materia que regula, afirma que si al procesado no se le indica la norma que reprime «la conducta que se le imputa, la actuación resultará inócua, por no decir ilegala».

Considera normas transgredidas, los artículos 24 y 182 del C.P.; 1630 del C.C. y 246, 247 y 249 del C. de P.P. Como «Explicación de la infracción» precisa que a Leyva se le dio el carácter de tercero por efectuar el pago que se cobraba a Vásquez, dando así el juzgador por estudiado y analizado el artículo 1630 del C.C., sin que tal estudio se hubiera realizado, prefiriéndose dar paso a la hipótesis de que el Juez Civil iba a fallar a favor de Vásquez, con lo que la terminación del proceso le impediría recibir las «supuestas indemnizaciones que el Tribunal supuso.»

#### *Cargo tercero*

La sentencia es violatoria, en forma indirecta, de una norma de derecho sustancial a causa de error en la apreciación de la prueba.

En su indagatoria Leyva dijo haber hecho el pago a nombre de Jaime Escobar; nunca aceptó haber pagado deudas de Gonzalo Vásquez; así mismo desconoció conocer a los otros procesados; sin embargo, el Tribunal dice que el pago fue hecho a nombre de Vásquez y que hubo acuerdo previo entre los acusados para «la ejecución material del supuesto punible». En el proceso no hay prueba que demuestre los hechos que se atribuyen al acusado. El acuerdo criminal se supuso, así como el pago, no obstante estas hipótesis «fueron convertidas en elemento determinante de la condena».

Se transgredieron así los artículos 24 y 182 del C. P., 1630 del C.C. y 246, 247 y 249 del C. de P.P.

Reiterando su criterio dice que las pruebas las creó la «imaginación del fallador y por lo tanto no pueden servir de fundamento» a la sentencia. Debe casarse, por consecuencia, el fallo y absolverse al imputado Leyva. Añade, explicando la trascendencia del cargo, que «ninguna de las otras pruebas que obran en autos, ni en su conjunto, ni individualmente consideradas, permiten mantener la sentencia impugnada ...», porque la prueba erróneamente apreciada es la única que podría servir de soporte al fallo.

#### Cargo cuarto

La sentencia viola en forma indirecta una norma sustancial como consecuencia de «error de derecho en la apreciación de la prueba».

Los comprobantes de pago elaborados por Concarro en los que se relaciona a Leyva efectuando el pago a nombre de Vásquez no están suscritos por éste y no aparecen aceptados o reconocidos por él, pese a lo cual en la sentencia «se consideran provenientes de él. Con esta concepción de los hechos se infringieron los artículos 24 y 182 del C.P., 1630 del C.C. y 246, 247 y 249 del C. de P.P.

Esos documentos provienen de Concarro y hacen mérito solamente contra esta firma; en ningún momento contra Leyva, pues éste no es su creador ni su aceptante, es decir, frente a éste carecen de todo valor probatorio. Afirma como consecuencia, que la sentencia debe casarse y declarar en esas condiciones, dichos documentos no generan responsabilidad a cargo de Leyva.

Reitera el criterio del cargo precedente sobre la trascendencia de la prueba que filda de erradamente apreciada.

#### LOS NO RECURRENTES. ALEGATO APRECIATORIO DE LA PARTE CIVIL.

En oposición a las pretensiones de los impugnantes el representante de la parte civil examina cada una de las demandas y considera que ninguna se allana en rigor a la técnica propia de la casación; controvierte con remisión al proceso y con comentarios sobre evidencia probatoria, la visión que de este aspecto ofrecen los casacionistas. Advierte así mismo, que tampoco, por lo esencial de sus pedimentos son dignas de atención; y, refusing la aducida prescripción de la acción afirma que por tratarse de un ilícito contra el patrimonio económico es aplicable al caso la agravante del artículo 372 del C.P.

#### CONCEPTO DE LA DELEGADA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, aunque rinde concepto en relación con todos los cargos formulados en las demandas sugiriendo la desestimación de todos a excepción de uno -común en dos de las

demandas en el que se solicita la declaratoria de prescripción de la acción, sugiere que la Corte la declare y ordene la consiguiente cesación de procedimiento.

Considera que el primer cargo de la demanda presentada a nombre de Maximiliano Eduardo Rodríguez es un compendio de objeciones a la valoración judicial de la prueba en la sentencia; y por consiguiente, debe desecharse; que la aducida nulidad del segundo cargo por la no práctica de algunas pruebas no es de recibo porque las pruebas que fueron objeto de la negativa fueron solicitadas por la defensa de otro de los acusados, Agustín Leyva y no por la de quien hoy las reclama en sede extraordinaria. Puntualiza que «no puede alegar la nulidad quien no ha sido afectado con la negación de pruebas, precisamente porque no las ha solicitado».

En relación con la demanda a nombre de Miguel Juan Francisco Camacho Olarte, compartiendo la tesis del profesional casacionista afirma en lo esencial, que la acción penal prescribió durante el trámite del proceso porque la conducta del agente activo del hecho punible se consumó cuando los Jueces Civiles dictaron los correspondientes autos de mandamiento de pago y no cuando quedó ejecutoriada la providencia de segunda instancia que puso fin al segundo de los ejecutivos. Discurre ampliamente al efecto, explicando el momento de la inducción en error propio del fraude procesal, precisando que «se requiere un resultado en el fraude: el de que realmente surja el error en el empleado oficial, que se exteriorice en una decisión judicial que lo recoja, que será el momento de su consumación», pero advierte que este momento en el caso del proceso de ejecución ocurre «cuando se dicta la sentencia de pagar», pues las demás providencias que en desarrollo del proceso se dictan «son apenas la prolongación en el tiempo por razón de la perduración de los efectos del error», son «efectos de la sentencia que ilegalmente ya se ha logrado obtener por el inductor...».

Acorde con su pensamiento, sugiere la aceptación del cargo para que se declare la nulidad del proceso en la forma solicitada por el censor.

La desestimación de los cargos segundo y tercero de esta demanda estriba en que habiendo recaído la negativa de pruebas en relación con otro procesado, no puede aducirse esa situación en pro de quien ni siquiera las solicitó. Añade que la figura de la novación no incide en la estructuración del delito que se juzga porque éste apunta al cobro judicial de obligaciones inexistentes que por tanto, no podían ser objeto de nueva causa de cobro a través de la novación.

Respecto de la demanda a nombre de Agustín Leyva, acoge el primero de sus cargos, el que aduce la prescripción de la acción, pero desestima los restantes.

Del segundo, violación directa del artículo 1630 del C.C., comenta el fraude procesal no estriba en la legitimidad del pago del tercero, sino en que se cobraron obligaciones que aunque tenían prueba formalmente válida, no eran sustancialmente exigibles, y en que este pago que civilmente es legítimo fue usado como medio previsto en la ley para evitar sanciones procesales previstas y previsibles ante lo dicho. Es decir lo legítimo fue usado contra ius, para obtener decisiones sustancialmente injustas.

El tercer cargo, violación indirecta por suposición del acuerdo entre los procesados para la comisión del ilícito, lo desestima por tratarse del cuestionamiento a la valoración probatoria del juzgador.

El cuarto cargo, error de derecho consistente en que los documentos aducidos contra Leyva no fueron reconocidos por éste, lo descalifica porque frente a la práctica de maniobras fraudulentas para obtener el pago de una obligación no debida, la legalidad o ilegalidad de la prueba utilizada no enerva el juicio del Juez penal respecto del fondo de la cuestión.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- La impugnación fue interpuesta y concedida antes de entrar a regir la Ley 81 de 1993 que aumentó el máximo de la pena privativa de la libertad para recurrir en casación a seis años, por lo cual, en guarda del principio de favorabilidad, conoce la Corte del recurso.

2.- Por existir algunos cargos comunes en las demandas, se ocupará la Corte de ellos según el tema tratado en las diversas censuras, dejando primeramente examinados los aspectos de las nulidades propuestas.

##### *a.- Prescripción de la acción penal.*

Sostienen, por una parte, los señores defensores de los procesados Miguel Juan Francisco Camacho y Agustín Leyva en los cargos primero al.- de sus respectivas demandas y, por la otra parte, la Procuraduría Delegada en su concepto, que la acción penal por el delito de fraude procesal materia de la sentencia ocurrió antes de quedar ejecutoriada la resolución acusatoria.

Al efecto el primero de los mencionados defensores parte del supuesto de que el acto de inducción en error ocurrió con la presentación de la demanda ejecutiva y que los actos cumplidos por el funcionario inducido fueron mera permanencia en ese error, es decir, el resultado de aquél. En esta posición se matricula la representación del Ministerio Público. Por su parte, el segundo de los defensores opina que fueron dos los actos de inducción realizados por los procesados: uno, la presentación de la demanda y otro el aviso al Juzgado de que se había llevado a cabo el pago de la obligación, eventos éstos a partir de los cuales y hasta la ejecutoria de la resolución acusatoria transcurrieron en exceso los cinco años necesarios para la prescripción.

Pues bien; el comportamiento del agente activo del delito en el fraude procesal es de los que producen la lesión al bien jurídico amparado por el Estado a partir de un momento dado, prolongándose esa lesión en el tiempo hasta cuando se pone fin a la conducta. Es pues, un tipo penal de conducta permanente.

Se inicia con el acto de incoar la pretensión mediante la inducción en error al funcionario oficial, bien sea que esa pretensión se mantenga con el único e inicial acto, o con la impulsión del procedimiento mediante actos posteriores igualmente de inducción dependientes de las eventualidades sobrevinientes orientados a la consumación del hecho punible y que por consiguiente asumen la condición de hilos reiterativos del iter criminoso, con trascendencia propia para efectos de la prescripción. La consumación del delito continúa pues, mientras dura el estado de ilegitimidad, que no es otro que el de la inducción ejercida en el funcionario.

Ello se explica porque el fin perseguido por el agente es el logro de un determinado pronunciamiento del funcionario oficial y, siendo lo común que para arribar a ese objetivo antecedan una serie de actos tanto de las partes trabadas en la litis -cuando de estas se trata- como del juez en desarrollo del procedimiento, resulta evidente la permanencia cronológica de la conducta ilícita en tanto el funcionario se halle en el error. No a otra interpretación puede conducir el contexto de la norma tipificante del delito, el artículo 182 del C.P.:

*«El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.»*

El hecho de que el funcionario oficial víctima del error inducido cumpla determinados actos en desarrollo del procedimiento a que está sujeto previos al pronunciamiento finalísticamente perseguido por el inductor, solo significa que el error está surtiendo su dañoso efecto, que se completa con la emisión del antedicho pronunciamiento, conformativo del resultado de la acción. Tal es la expresión del delito de fraude procesal, como tipo que es de conducta permanente, por cuya característica prolonga el tiempo de la acción hasta la producción del resultado.

Por eso ha dicho esta Sala, reiterando su conocido criterio jurisprudencial en torno al asunto, que «la vulneración al interés jurídico protegido por la norma se prolonga a través del proceso durante el tiempo en que la maniobra engañosa siga produciendo sus efectos sobre el empleado oficial».

Siendo claro que la lesión del interés jurídico protegido cesa con la ejecutoria de la providencia fraudulentamente obtenida, se explica que también la Sala haya precisado en concomitancia con lo anterior: «De ahí que para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo



debe contarse a partir del último acto de inducción en error: o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cese la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia.» (auto 26 sept. 1995, Rad.8903 M.P.Dr. Páez Velandía).

En el caso que ocupa la atención de la Sala se tiene que la demanda ejecutiva contra Gonzalo Vásquez Soto y otras ante el Juzgado 17 Civil Municipal de Bogotá, para el cobro de una inexistente deuda de \$212.239,68 fue presentada por el abogado Miguel Camacho Olarte en representación de la firma «Concarro S.A. el 16 de agosto de 1984; que en el curso del proceso, cuando el asunto se hallaba para decisión sobre las excepciones propuestas por la parte demandada en su alegato de conclusión y la alegación de la parte demandante, ésta a través del mismo profesional, introdujo un escrito fechado el 3 de agosto de 1986, informando al Juzgado que Agustín Leyva Obregón había cancelado a su representada la totalidad de la deuda que se cobraba (fl.148 cd.anexo). Así la situación, el 14 de agosto del mismo año el Despacho dictó una providencia ordenando la terminación del proceso por pago de la obligación y dispuso el desembargo de los bienes trabados, con fundamento en el artículo 537 del C. de P.C. (fl. 149), de la cual recurrió en reposición y apeló subsidiariamente la parte demandada; y como el recurso horizontal no prosperó, concedida la alzada, el Juzgado 15 Civil del Circuito, confirmó la decisión a quo mediante pronunciamiento del 5 de diciembre de 1986 que notificado, motivó la interposición de reposición por la parte demandada, sin resultado, como que el 24 de enero de 1987 el Juzgado del Circuito la denegó. (fls. 266-268 cd.anexo). Habiendo vuelto el proceso al Juez de la primera instancia, continuó la litis con la petición de cuentas al secuestro de un vehículo -distinto al de la negociación con Concarro- que le había sido secuestrado al demandado, la rendición de tales cuentas y el desacuerdo de la parte demandada, conociéndose como última providencia dictada en ese asunto por el Juzgado 17 Civil Municipal, la del 28 de mayo de 1987 (fl. 255 cd. anexo café), cuando se advierte a esa parte que sobre ella recae la condenación en costas debido a que la parte demandante «no fue vencida en el proceso, sino que logró su pretensión».

Significa esta reseña que aunque el acto originario del fraude procesal de que trata la sentencia ocurrió en el año de 1984 con la presentación de la demanda ejecutiva ante el Juzgado 17 Civil Municipal varios fueron los actos subsiguientes cumplidos por el mismo profesional del derecho impulsando el procedimiento, uno de ellos la tantas veces mencionada información del pago de la obligación para que la actuación terminase en la forma prevista en el artículo 537 del C. de P.C., objetivo que logró sin que los funcionarios inducidos en el error tuviesen nada que objetar: el pago informado los obligaba a proveer como lo hicieron. El Juez de la primera instancia ordenó la terminación del proceso y el de la segunda instancia confirmó esa decisión en auto del 5 de diciembre de 1986 que cobró eje-



cutoria el 24 de enero de 1987, cuando resolvió negativamente la reposición. Pero ahí no pararon los efectos del último acto fraudulento cumplido por la parte demandante, pues a causa de los desembargos decretados el proceso hubo de continuar ahora con la intervención del secuestro, y es así como aún, como se dijo, el 28 de mayo de 1987 hubo el Juzgado de proveer denegando la condenación en costas para la parte demandante, porque «no fue vencida... sino que logró su pretensión».

En estas condiciones, el término para la prescripción de la acción sólo debe contarse desde la finalización de los efectos del último acto fraudulento; y si estos efectos solo cesaron en mayo de 1987, ni siquiera, como lo entendió el Tribunal erradamente, desde cuando el Juzgado de segunda instancia confirmó el auto de terminación del proceso, que fue el 5 de diciembre de 1986, la acción prescribiría.

Frente a esta realidad, se tiene que, habiendo sido dictada la resolución acusatoria el 13 de noviembre de 1991 por el Tribunal (fs. 35-43 cd. de res.ac.), entre esta fecha y la del efecto del último acto fraudulento cumplido por la parte acusada, no transcurrió el término de prescripción que pregonan los señores abogados defensores casacionistas. La acción no estaba prescrita para cuando se proferió la resolución de acusación.

Como corolario se advierte que no hubo transgresión a la garantía del debido proceso y que por tanto, la sentencia no fue dictada en juicio viciado de nulidad.

Ahora bien, en torno al punto que se trata, observa la Corte que el señor apoderado de la parte civil, para oponerse a la pretensión prescriptiva de las demandas afirma que el proceso se ocupa de un delito contra el patrimonio económico, lo cual obviamente carece de asidero (fl. 291 cd. C), pues el delito de fraude procesal, que es el que se juzga, atenta contra el bien jurídico de la administración de justicia.

No prosperan los cargos referentes a la prescripción.

#### *b.- Nulidad parcial del proceso.*

1.- Por violación del derecho de defensa.- Afirman todos los defensores que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad por irregularidades que singularizan así:

El Juzgado denegó la práctica de pruebas fundamentales benéficas para los acusados, solicitadas durante la etapa del juicio con la venia del Tribunal, que confirmó la providencia que así lo decidió. Se adujo para negarlas que esas pruebas eran innecesarias.

Se trataba, según precisa el defensor de Maximiliano Rodríguez, de una inspección judicial a los libros de Concarro y Confinanciera; según el defensor de Camacho Olarte, de las que este procesado solicitó en el memorial del folio 238, es decir, de ordenar a los Juzgados Civiles que cono-

cieron de los dos ejecutivos que se adelantaron contra Vásquez Soto y sus fiadoras el envío de los pagarés originales, de obtener la constancia de la licencia de la Superintendencia Bancaria expedida a Concarro, de la ampliación de denuncia y de declaraciones a Vásquez Soto y sus fiadoras y de los testimonios de Felipe Herrera, Alberto Aristizábal y Raquel Díaz y de unas inspecciones a los libros de Concarro y La Financiera S.A. -o Confinanciera- ... y de las pruebas que solicitó la defensa de Leyva Obregón, consistentes éstas, en los testimonios de los mismos Alberto Aristizábal y Felipe Herrera y una inspección judicial a los documentos contables de la firma Concarro. A estas mismas últimas pruebas y a una que se decretó pero no se practicó, se refiere también el defensor de Leyva Obregón.

Es de destacar, en primer término, cómo la defensa de Maximiliano Rodríguez reclama por una hecho que le fue ajeno en la actuación, pues durante el proceso no fue este sujeto procesal el que solicitó las pruebas a que se refiere la denegatoria de las instancias; su interés jurídico para impugnar extraordinariamente en este aspecto, por tanto, aparece bastante discutible.

A este respecto glosa la Corte la afirmación de la Procuraduría colaboradora, que al comentar la demanda a nombre de Camacho Olarte (fl. 38 cd.C.), le atribuye la misma situación que a la de Rodríguez, en oposición a la evidencia procesal, que como se destacó, indica que también Camacho Olarte solicitó los testimonios de Felipe Herrera y Alberto Aristizábal así como una inspección judicial a Concarro (fl. 241-243 cd.ppl.2). Descuidos de esta clase generan confusión en el funcionamiento judicial.

Ahora bien; el detenido examen del proceso deja ver sin lugar a dudas que a todos los implicados se les respetó su derecho de defensa, porque aunque las pruebas a que aluden al unísono los tres fueron denegadas por los juzgadores de las instancias, la determinación se adoptó por razones de verdadero peso que explicaron la inconducencia y no necesidad de ellas. La investigación contaba, para cuando sucedió la denegatoria, con inspecciones extrajudicio y dentro del ejecutivo que adelantó el Juzgado 17 Civil Municipal a los documentos contables de Concarro (eds. anexos), así como con suficientes elementos documentales (fls. 69-79; 138, 144-154, 168-172, 193-195 cd.ppl.1) y testimoniales que habían servido de soporte a la resolución acusatoria y que en la de primera instancia fueron relacionados prolijamente (fls. 29-31; 126-133 cd.ppl.2). De tal manera abundar, simplemente por el prurito de hacerlo, en la recopilación de material que en nada tendía a modificar la situación, no pasaba de ser una práctica dilatoria, como bien lo captaron los funcionarios de las instancias.

A lo anterior añádese que los procesados tuvieron oportunidad de explicar ampliamente su conducta, debidamente representados, pues fue-

ron oídos bajo juramento cuando aún no se concretaba compromiso en su contra y después en indagatoria.

Las demás pruebas echadas de menos por los defensores, que no se practicaron habiendo sido solicitadas y aún decretadas, a la luz del acervo probatorio del expediente, tampoco tenían la significación que los profesionales censores les atribuyen. En efecto: Acreditar que hubo novación de la obligación primigenia entre las firmas Confinanciera y Concarro en nada mejoraba la situación de los implicados porque el compromiso penal empezó a vislumbrarse desde cuando la parte denunciante demostró que la deuda cobrada ejecutivamente en los procesos que se le adelantaron era ficticia; y, establecer que en Concarro sí aparecía un «Jaime Escobar» como deudor y a cuyo nombre el procesado Leyva Obregón dizque realizó el pago que en definitiva se imputó a la deuda de Vásquez Soto y Otras para así informar al Juzgado 17 Civil Municipal que la obligación había sido pagada y solicitar la terminación del ejecutivo, tampoco cambiaba la situación de los acusados, que en las explicaciones de sus indagatorias no habían logrado clarificar satisfactoriamente su situación como para que se les excluyese de la imputación.

No habiéndose vulnerado la garantía de la defensa en el trámite del proceso, debe la Corte desestimar la acusación que en tal sentido se formula a la sentencia.

2.- Por violación del debido proceso.- La defensa de Agustín Leyva aduce que cuando entró a regir el actual estatuto procesal no había comenzado la audiencia pública y por lo tanto debió el Juzgado ordenar el traslado previo para la preparación de la diligencia y para la solicitud de pruebas y de nulidades.

Cumple destacar sobre este aspecto, que la fecha para la audiencia pública fue señalada desde el 9 de abril de 1992, vale decir, en vigencia del Código que rigió hasta el 30 de junio de ese año (fl. 319 cd. ppl.2), cuando ya la etapa probatoria de la causa se había surtido y cuando a lo largo del proceso las partes habían ejercitado el derecho de pedir nulidades y pruebas. Esto es, que el traslado del artículo 446 del C. de P.P. actual en verdad ya no era procedente porque la finalidad de éste se había cumplido, pues faltaba tan solo la realización de la audiencia y no se practicó porque la parte acusada ejerció todos los medios a su alcance para demorar la celebración del debate; cuando sobrevino el cambio legislativo el Juzgado ordenó el susodicho traslado del artículo 446 del nuevo estatuto pero se retractó, lo que prolongó la oportunidad de objetar por la defensa, pero sin resultados.

Y tan cierto que dicho proceder no afectó los derechos de los imputados, que el señor defensor no demuestra la trascendencia de la misma, en detrimento de su procurado, pues dadas las condiciones que la precedieron, no puede considerarse de la gravedad suficiente como para generar la nulidad solicitada.

*El cargo no prospera.*

3.- Ser la sentencia violatoria de normas de derecho sustancial, en forma indirecta, por error en la apreciación de algunas pruebas.

a.- A decir del defensor de Maximiliano Eduardo Rodríguez la apreciación de la prueba en el fallo fue «insatisfactoria» cargo primero de su demanda-. Alude al otorgamiento del poder para el adelantamiento del juicio ejecutivo contra Vásquez Soto por su cliente al abogado externo de la firma Concarro -el co-procesado Camacho Olarte-, calificando ese acto como inexacto para la configuración del fraude procesal y hace una serie de apreciaciones personales sobre la importancia y los efectos de ese acto, y aunque precisa que el error cometido fue de hecho en la forma de distorsión del sentido de la prueba, no demuestra en qué consistió esa distorsión, sino que se dedica a comentarios adversos al criterio del Tribunal, con lo cual termina oponiendo el suyo propio al de éste, pero además, sin lograr indicar el impacto que la consideración de esa prueba en sentido distinto al que lo hizo el fallador, hubiera tenido en el fallo. De tal manera, la censura carece de claridad y de precisión y, por lo tanto, no prospera.

b.- En criterio del defensor de Miguel Juan Francisco Camacho -cargo segundo de su demanda- el Tribunal incurrió en error de apreciación probatoria al dejar de considerar la prueba documental obrante a folios «252 y siguientes del expediente» que no especifica en su contenido, pero que según advierte, es documento público e idónea para demostrar que hubo novación de la obligación y que en verdad existía una deuda del denunciante con la firma Confinanciera; esa prueba confirmaba el dicho de este implicado y demostraba además la legalidad del endoso. Su no consideración implicó la transgresión de los artículos 246, 249, 247, 33 y 180-4 del C. de P.P., así como la aplicación indebida del artículo 182 del C.P.

La estructuración del delito de fraude procesal partió en la sentencia acusada, del ponderado análisis de todo el material pertinente y legalmente allegado. Establecida que fue la condición de cliente de la firma Concarro, del denunciante Vásquez Soto para la adquisición del vehículo en que estaba interesado y que ofrecía la firma en desarrollo de su objeto social, se estableció también los cobros que por la vía ejecutiva se le adelantaron una vez salió favorecido en el sorteo ofrecido conforme a la información del proceso, carecían de causa. El primer proceso, que cursó en el Juzgado 42 Civil Municipal, terminó porque prosperó la excepción de prescripción de la deuda; sin embargo, un nuevo cobro se realizó -a través del mismo abogado- contra el mismo individuo y sus fludoras ante el Juzgado 17 Civil Municipal, por suma superior, con pagará con el que se aduce la novación a fin de esquivar el compromiso penal, argumento éste que en últimas lo que hace es reiterar la conducta delictiva, en efecto:

Habiendo prescrito la primera obligación y no habiendo en el demandado intención de pagarla ni siquiera como imperativo moral, mal podía novarse para efectos del segundo cobro; pero además, es de destacar la inconsistencia del argumento de la novación, pues, como se advirtió en la reseña de los hechos, las copias de los ejecutivos -no tachadas de falso- revelan que aún no había terminado el del Juzgado 42 Civil Municipal, cuando se instauró la del 17 Civil Municipal. Especial atención merecen los siguientes párrafos del memorial de sustentación de la apelación del fallo de primera instancia suscrito por uno de los defensores y hoy demandante en casación:

*«Señores magistrados, la existencia de esas comunicaciones lo único que está demostrado es lo que hemos venido sosteniendo, afincado en pruebas irrefutables y que tienden a explicar la negociación existente por endoso que Confinanciera hizo a Concarro de la deuda y al hacerse así operó la liberación de Vásquez por la deuda que tenía con Confinanciera y la asumió frente a quien mantenía la deuda.*

*«... al incumplir Vásquez con la obligación Novada, Confinanciera la exige el apeo (sic) a Concarro, esta cancela la deuda y Confinanciera le endosa el pagaré con el objeto de que pudiera realizar el Cobro Judicial.*

*«Al realizar esta negociación, la deuda inicial se extinguía y por ello era procedente el levantamiento del pacto de reserva de dominio, pues lo que existía era una nueva obligación Incumplida eso sí pero garantizada por el pagaré.» (fl. 103 cd. Tr., negrillas fuera de texto).*

La ilicitud del cobro tomó connotación con el extraño manejo impreso a la cuenta de Vásquez en la firma Concarro, la irrealdad de la obligación cobrada, las no convincentes explicaciones ensayadas por los acusados, avasalladas por la contundencia de la prueba en contrario, a lo cual se sumó y, ya en la indescartable reiteración del delito contra la administración de justicia, la información de que un tercero había pagado la totalidad de la deuda cobrada, suministrada al Juzgado que conocía de la causa cuando el proceso ejecutivo se hallaba para fallo de excepciones. En torno al asunto tanto el Juzgado de la primera instancia como el Tribunal fueron prolivos en consideraciones (fls. 598 y ss. cd. ppl. 2 y 183 y ss. cd. Tr.) que descubren la maniobra engañosa para el logro de la única decisión que con esa noticia podía adoptar el Juzgado, como lo era la terminación anticipada del proceso con sus consecuencias en detrimento de los demandados.

Bajo esta perspectiva, única posible de cara al nutrido y contundente elemento de juicio, la alegación del casacionista no pasa de ser una propuesta de examen probatorio para la formulación de un criterio opuesto al del fallador de las instancias, pero además sin que se hayan desquiciado todas las pruebas que sustentan el compromiso de su cliente.



*No prospera el cargo*

c.- Para el señor defensor de Agustín Leyva, la violación indirecta de la ley que afecta la sentencia proviene -cargo tercero de su demanda- de no haberse conferido credibilidad a su procurado en cuanto a ser ajeno a los hechos porque el pago que hizo a Concarro lo fue a nombre de un «Jaime Escobar» y nunca aceptó la coparticipación que le atribuyeron los falladores. La inclinación en su contra fue el efecto de la creación de pruebas «en la imaginación» de los funcionarios.

Como se observa, la censura se convierte en un glosario de comentarios sin sustento, sin demostración y sin concatenación con el todo probatorio que tomaron los sentenciadores en consideración para su fallo. Se trata de una crítica no oponible graciosamente al estudio probatorio contra el cual se alza, por lo que adquiere un franco cariz de inuidad, que la torna impróspera.

d.- El mismo profesional aduce que la sentencia incurrió en error de derecho porque, no obstante que ninguno de los comprobantes de la negociación de Vázquez Soto con Concarro está firmado o aceptado por Leyva, a éste se le imputó su autoría.

Omite el censor el análisis global y consecuente despoiciamiento del haz probatorio que llevó al sentenciador a concluir como lo hizo. Su objeción es un parcial oleo de la prueba, que desconoce la obligación de desnaturalizar a integridad los elementos que comprometen la responsabilidad del acusado y que por ello lo ligan con la conducta de los otros implicados convirtiéndolo en copartícipe en grado de cómplice, que es como viene sancionado.

En definitiva y, tal como ha quedado verificado, ninguna de las acusaciones que se formulan a la sentencia del Tribunal como violatoria por la vía indirecta de la ley sustancial, puede ser atendida.

No prosperan las objeciones basadas en la aducida violación indirecta de la ley sustancial.

4. Ser la sentencia violatoria en forma directa, de una norma de derecho sustancial.

El mismo apoderado del procesado Leyva Obregón sostiene en el cargo segundo de su demanda, que la sentencia viola en esa forma la ley sustancial, específicamente el artículo 1630 del C.C. al no indicar cuál fue la disposición legal que resultó transgredida con la conducta de los procesados, desconociendo el derecho a pagar por un tercero que concede este precepto extrapenal y que tal fue lo que hizo su cliente.

Olvida el distinguido casacionista que el derecho que efectivamente consagra el artículo del C.C. citado, es para ejercerlo dentro de lo lícito: no para utilizarlo como un claro abuso de las vías del derecho con el objetivo de lograr pronunciamientos de determinados empleados oficia-



les, atentatorios de los de quienes lealmente y por fuerza del litigio en que se ven envueltos hacen frente a la acción judicial.

Bajo este breve entendido, resulta extraño el reparo y protuberante el olvido de que en el caso materia de examen la ley contrariada fue básicamente el debido proceso ejecutivo, que de haberse seguido lealmente por las partes, no habría dado lugar a la terminación defraudatoria del juicio ejecutivo, en evidente perjuicio económico para los demandados y en una verdadera mofa para la administración de justicia que en adelantarlo, como es su deber, invierte ingentes esfuerzos y tiempo aplicables a causas de mejor fin.

Así pues, el cargo no prospera.

Ineficaces todos los reclamos formulados al fallo de segundo grado, se resolverá de conformidad.

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, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

*Dámaso Páez Velandía, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poverla, Carlos Augusto Gálvez Argoie, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Ricardo Calvete Rangel, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ RECURSO

*Según lo dispone el artículo 37B del Procedimiento Penal, tratándose de la sentencia anticipada o de la obtenida previa audiencia especial, el procesado y su defensor la pueden recurrir; pero "sólo respecto de 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".*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel*

*Aprobado Acta No. 154*

*Proceso: 12297*

### VISTOS

Se resuelve sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Pector Rey Alvarez, contra la sentencia del Tribunal Nacional que lo condenó a la pena de veinte años de prisión por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso con rebelión.

### ANTECEDENTES Y DEMANDA

El acriminado fue condenado por un Juzgado Regional de Santiago de Cali, mediante sentencia anticipada del 27 de julio de 1995, dando aplicación al artículo 37 del estatuto procesal.

Al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo, el Tribunal advirtió al defensor que su cuestionamiento sobre las agravantes aplicadas no podía ser resuelto de fondo por carecer de interés, ya que ellas formaron parte estructural de los cargos aceptados en su integridad por el juzgador.

En la demanda con la cual sustenta este extraordinario recurso, el defensor formula un reproche principal y otro subsidiario así:

El primero es por la causal tercera de casación, en concordancia con el numeral tercero del artículo 304 de Código de Procedimiento Penal, por cuanto considera que la sentencia se dictó en un proceso violado de nulidad por violación del derecho a la defensa.

El segundo es la causal primera, violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según lo dispone el artículo 37 B del Procedimiento Penal, tratándose de la sentencia anticipada o de la obtenida previa audiencia especial, el procesado y su defensor la pueden recurrir, pero "sólo respecto de 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".

Así las cosas, si bien es claro que el reproche por presunta nulidad del proceso por falta de defensa técnica puede ser estudiado de fondo, atendiendo a que el defensor está habilitado para presentar ese tipo de censura, y que su presentación y desarrollo se ajustan a los requisitos formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, también lo es que para el cargo subsidiario carece de interés, pues con él pretende que se analice la apreciación probatoria, aspecto excluido como objeto de impugnación para la defensa.

De acuerdo con lo anterior, se admitirá la demanda únicamente en lo referente al cargo principal.

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

#### RESUELVE

Declarar ajustada a derecho, en los términos expuestos en la parte motiva, la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Fedor Rey Alvarez.

Córrase traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal por el término de veinte (20) días, para que rinda concepto.

Cóptese, notifíquese y cúmplase

*Ricardo Calvete Rangel, Fernando Arboleda Rtpoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos E. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dédimo Píez Velandín, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## PORTE ILEGAL DE ARMAS

*Los tipos penales descritos en los artículos 1º y 2º del Decreto 3664 de 1986, sobre porte ilegal de armas de fuego, integran la categoría de los llamados en blanco o de reenvío, en cuanto que para determinar la naturaleza del arma, si de defensa personal o de uso privativo de la fuerza pública, y por ende el alcance de la conducta prohibida, habrá de acudirse necesariamente a la reglamentación legal sobre la materia.*

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

Aprobado acta No.151 oct. 24/96

Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll

Proceso: 9534

Desde la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 18 de febrero de 1991, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó al procesado Hugo Alfonso Chávez Rojas a la pena principal de 3 años de prisión, al declararlo responsable del delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares.

## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 18 de julio de 1991, en la transversal 24 con avenida Quito de esta ciudad, personal de la policía nacional decomisó al señor Hugo Alfonso Chávez Rojas un revólver marca Colt's, calibre .357 Magnum, sin salvoconducido, cuando se movilizaba en el vehículo de su propiedad, en compañía de Silvio Amadeo Pérez Díaz, su conductor.

La investigación fue iniciada por el Juzgado 112 de Instrucción Criminal, que mediante auto de 25 de julio del mismo año profirió medida de aseguramiento en contra de Chávez Rojas, por porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986. En la misma providencia, ordenó el envío del proceso a los Juzgados Superiores de la época, en virtud del procedimiento abreviado previsto para casos de confesión y flagrancia (art.474 Dro.050/87, modificado por el art. 26 del Decreto 1861 de 1989).

En su indagatoria, el procesado manifestó que el arma le fue entregada en la mañana del día de su decomiso por un amigo suyo, conocido en el medio de las esmeraldas como «El rubio Carlos», para que se la guardara hasta las horas de la tarde (fls.12). En idénticos términos declaró bajo juramento Silvio Amadeo Pérez Díaz (fls.18). También testificaron Luis Alvaro Mancera Lozano (fls.24) y Gloria Esperanza Barrios García (fls.27), quienes dijeron conocer a «El rubio Carlos», y haberle visto portar un arma de fuego.

El Juzgado 28 Superior de Santa Fe de Bogotá, tras recibir del Instituto de Medicina Legal, Sección Balística, los resultados relativos a las características del arma decomisada, en donde se concluye que, según el Decreto 2003 de 1982, es de uso privativo de las fuerzas militares, por tener en la boca de fuego una energía superior a 350 libras pie (fls.96), dispuso el envío del proceso a la fiscalía regional, por competencia (fls.98).

Cerrada la investigación, se la calificó con resolución de acusación por el delito de «conservación de arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas, definido en el artículo 2° del Decreto Legislativo 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto especial 2266 de 1991», mediante proveído de mayo 19 de 1993 (fls.113).

Ritulado el juicio, un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, en sentencia de fecha 27 de octubre del mismo año, condenó al procesado Chávez Rojas a la pena principal de 3 años de prisión, y a la accesoría de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito de porte de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares (fls.144 y ss).

Apelado este fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Nacional, mediante el suyo de 18 de febrero de 1994, que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación por el mismo impugnante, lo confirmó en todas sus partes (fls.3 y ss del cuaderno 2).

#### LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, el censor presenta un único cargo contra la sentencia impugnada, el cual enuncia en los siguientes términos: «Violación directa de la ley sustancial con fundamento en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal por indebida interpretación del artículo 1° del Decreto 2266 de 1991 y como consecuencia de error en interpretación de pruebas» (fls.22 y 23-2).

Al desarrollar el reproche, sostiene que durante todo el proceso ha venido invocando en favor de su cliente la ausencia de dolo, en atención a que el arma se encontró en la guantera del carro porque allí la dejó «El rubio Carlos», de cuyo hecho es testigo de excepción Silvio Amadeo Pérez Díaz, quien es un todo concordante con el procesado.

Agrega que, a pesar de ello, se ha sostenido por los falladores de instancia que esta «situación no obedece a la verdad», habiendo dejado de valorar también los testimonios rendidos por Luis Alvaro Mancera Lozano y Gloria Esperanza Barrios García, quienes suministran detalles sobre «El Rubio Carlos», con lo cual se demuestra que su existencia no es producto de la imaginación del procesado.

Bajo este supuesto, afirma que «El rubio Carlos» le pidió a su cliente el favor de dejarlo guardar el arma en la guantera del carro, a lo cual accedió por la amistad que los unía, pero sin saber que no tenía licencia, condición sin la cual no es posible afirmar que la conducta sea dolosa.

Dice que al proferir sentencia condenatoria, Juzgado y Tribunal pasaron por sobre el andamiaje probatorio que en favor de su cliente milita en el plenario, desconociendo las probanzas atrás relacionadas y el principio de culpabilidad.

Consecuente con sus apreciaciones, pide que se case la sentencia impugnada y se absuelva al procesado.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicia su discurso diciendo que el libelista, sin precisarlo, formula su reproche a partir de un error de hecho, como quiera que alega apreciación errónea de las pruebas, pero que rápidamente se desvía hacia uno de derecho por falso juicio de convicción, al mostrar su inconformidad con la valoración probatoria y deducciones hechas por el juzgador, distintas a su personal criterio.

Sostiene que, contrario al concepto que los fallos de instancia le merecen al censor, en ellos sí se apreciaron los testimonios de Silvio Amadeo Pérez Díaz, Luis Alvaro Mancera Lozano y Gloria Esperanza Barrios García, solo que poca trascendencia hubo de dárseles, porque, frente a las circunstancias conocidas en el proceso, la presencia del dolo en el actuar del acusado aparecía clara.

El hecho de haber recibido el revólver, y portarlo sin documentos, estructura la conducta típica, como quiera que el artefacto llegó a su poder con conocimiento pleno de tratarse de un arma, y sin los documentos que legalizaban su porte, aparte que los testigos, quienes avalan la existencia de «El rubio Carlos», solo logran identificarlo de esta manera, resultando esta persona casi anónima y, por tanto, de poca confianza, como para permitirle que guardara el revólver en el vehículo.

Ninguna distorsión se presenta en torno al contenido de las pruebas. Simplemente se trata de una valoración distinta de la pretendida por el casacionista, reproche improcedente por estar las sentencias amparadas de la doble presunción de acierto y legalidad.



Tampoco puede afirmarse que se hayan presentado errores de hecho por falsos juicios de existencia, con capacidad para destruir el fallo, pues si bien es cierto los testimonios de Luis Alvaro Mancera Lozano y Gloria Esperanza Barrios García no fueron objeto de expreso análisis en las sentencias, tal omisión ninguna incidencia tuvo en la decisión, ni el actor logra demostrarla.

La culpabilidad la dedujo el Juez de instancia no solamente de la conducta del procesado, sino de su profesión de comerciante en esmeraldas, en cuyo gremio es ampliamente conocido el carácter delictivo del porte de armas sin salvoconducto. Y no está de más recordar que, según el informe de la policía, Chávez Rojas pretendió evadir el control policial, circunstancia que habla del conocimiento que tenía del porte ilegal del revólver.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la ley penal colombiana ha dado cabida a los tipos penales llamados de peligro abstracto, con los cuales se adelanta el momento de la protección del bien jurídico, ante la necesidad de salvaguardar intereses colectivos, por lo que el juicio de reproche propio de la culpabilidad no se construye a partir de la finalidad del agente al momento de la realización de la acción jurídico-penalmente relevante, sino con base en el conocimiento de la prohibición (fs. 11 cd. Corte).

Considera que el cargo no está llamado a prosperar, pero advierte que la sentencia de segunda instancia debe ser invalidada oficiosamente, por carecer el Tribunal Nacional de competencia para proferirla, puesto que al entrar en vigencia el Decreto 2535 de 1993, el arma decomisada dejó de ser, por su calibre, de uso privativo de las Fuerzas Militares, para clasificarse como de defensa personal.

Sostiene que este tránsito de legislación reclama la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en los artículos 44 de la ley 153 de 1887 y 6° del Código Penal, por resultar las nuevas normas mucho más ventajosas para el procesado, siendo entonces pertinente la sanción procesal de nulidad, acorde con lo previsto por el artículo 304 del numeral 1° del estatuto procesal, toda vez que, en las actuales condiciones, el funcionario competente para que se surta la segunda instancia es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

#### SE CONSIDERA

Aunque la Delegada, en su concepto, solicita la declaración oficiosa de una nulidad, la Corte se ocupará inicialmente del estudio de la demanda, por ser la que le otorga competencia para revisar la legalidad del fallo, y porque el principio de prevalencia en el estudio de las causales que impone la técnica del recurso está referido a las alegadas en la demanda.

*Cargo Único*

Al anunciar el censor violación directa de la ley sustancial, por errónea interpretación del artículo 1º del Decreto 2266 de 1991, como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas, incurre en un contrasentido, pues cuando se alega esta forma de violación, no es posible desconocer las conclusiones probatorias de los fallos de instancia.

Otra inconsistencia de carácter técnico prima facie acusable, dice relación a la disconformidad existente entre el sentido de la violación propuesto y la petición final de absolución del procesado. Cuando, como en el caso sub judice, se alega interpretación errónea de una norma de derecho sustancial, se está aceptando que es la aplicable al asunto y que su selección fue por ende correcta, solo que el juzgador la falseó en su sentido, razón por la cual no es posible, por tornar el planteamiento contradictorio, pedir a la vez que se inaplique, que es a donde conduce la solicitud final de absolución que el recurrente impetra.

Un desacuerdo adicional, consiste en afirmar que la violación de la norma sustancial proviene de errores de apreciación probatoria, lo cual no es posible frente al sentido de la infracción planteado por el recurrente, toda vez que a la interpretación errónea de un precepto no se llega a través de la prueba, sino del análisis directo de la misma, de donde se sigue que también por este aspecto el cargo deviene contradictorio.

Al margen de estas falencias técnicas, suficientes para desestimar el reparo, se tiene que los cuestionamientos que el casacionista hace a la apreciación probatoria carecen de fundamento.

Para empezar, dígase que no es cierto que los juzgadores de instancia desatendieron la versión del procesado y su acompañante Silvio Amado Pérez Díaz sobre la forma como el arma llegó al vehículo, o que ignoraron los testimonios de Luis Alvaro Mancera Lozano y Gloria Esperanza Barrios García, quienes declaran sobre la real existencia del personaje llamado por todos ellos «El rubio Carlos».

De la lectura de los fallos de primer y segundo grado se desprende que el estudio de la culpabilidad se proyecta sobre la base de la existencia de dicho personaje, muy a pesar de la vaga información que los declarantes suministran acerca de su identidad, situación que no deja espacio alguno de discusión en torno a la apreciación de estos testimonios y el cierto grado de credibilidad que merecieron para los juzgadores de instancia. Basta, para demostrarlo, repasar lo dicho a este respecto en las sentencias. En la de primer grado, el juzgador precisó:

*«Es cierto que tanto el acusado como su conductor Silvio Pérez, manifestaron que el arma era del Rubio Carlos, el guaguero, porque según sus dichos se las dio a guardar. Pero aún aceptando este hecho igualmente infringe las tantas veces mencionada disposición legal porque ninguna persona se encontraba autorizada para portarla o poseerla.*

«El defensor del señor Hugo Chávez en su alegato como excusa defensiva, alega la falta de dolo, con el argumento de que éste no tenía intención de portar, ni de conservar. Para el despacho, si existió la culpabilidad del procesado en el hecho punible a título de dolo, toda vez que como comerciante en esmeraldas y tal como lo manifiesta en su injurada respecto que de la misma deriva su sustento y a esa actividad se dedica, no es menos cierto que por el rol en dicho medio, de nadie es desconocido o ignora que el Código Penal reprime el porte ilegal de armas y municiones. El mismo sujeto Carlos El Rubio lo sabía si diéramos por cierto la versión del procesado, cuando éste en su indagatoria dice que el mono le manifestó que al sitio donde iba no la podía portar o llevar y por esa razón, le solicitó que se la guardara.

«Si la intención del procesado hubiera sido solamente hacerle el favor a su conocido el guaguero Carlos El Rubio, considera el despacho que el comportamiento normal y lógico sería solicitarle que junto con el revólver le entregara el salvoconducto respectivo y no habiéndolo hecho, sería indiferente esa conducta si la División de Control y Comercio de Armas y Municiones del Ministerio de Defensa certificara que el revólver en referencia fue vendido o adquirido por «Carlos N. El Rubio», persona que estaría autorizada para portarla o poseerla como su adquirente legítimo...»

«El procesado sabía que respecto del arma incautada no se tenía el correspondiente salvoconducto, esto lo colegimos y se toma como indicio en su contra según el informe policial en que se manifiesta que en momentos en que el agente del CAI 135 de la Policía Metropolitana de esta ciudad se encontraba haciendo un puesto de control en la calle 78 con carrera 25, el mencionado... al darse cuenta del retén lo quiso evadir, motivo por el cual el Agente Hurtado Fierro Dunlers, le dio alcance en la transversal 24 con avenida Quito... Entonces preguntamos porqué quiso evadir el retén de la policía? y la respuesta no es otra que porque sabía que no tenía el debido permiso de la autoridad competente para portar o llevar consigo el arma sea adherida a cualquier parte del cuerpo o en cualquier lugar o sitio de su vehículo» (fs. 153, 154 y 155 -1).

El Tribunal, por su parte, puntualizó:

«Muy distinto, pudiera ser, en cambio, ahora, la situación de Chávez Rojas frente a la justicia, si por ejemplo, éste hubiera manifestado que accedió al favor que le pidió su amigo de guardar en la guantera de su vehículo un paquete, con desconocimiento absoluto de que contenía un arma de fuego, porque en tal caso, demostrada esta aseveración, no se le podría responsabilizar de infracción a las normas respectivas, por ausencia de culpabilidad, ya que al hacerlo, en tales condiciones, sería abrirle paso a la proscrita responsabilidad objetiva, pero si como ocurrió en el caso que ocupa la atención de la Sala, Chávez Rojas, a sabiendas de que se trataba de un bien de restringido comercio y porte, como lo es un arma de fuego, la recibió de su amigo en una precaria situación legal, el ilícito salta a la vista

de manera clara, porque su comportamiento se acomoda a una de las conductas descritas en el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986.

*«De manera, pues, y en ello ha de insistirse, que si Chávez Rojas tuvo pleno conocimiento de que dicha arma no tenía, para su porte o conservación, permiso de autoridad competente, como bien puede inferirse del hecho de que su amigo Carlos El Rubio le hubiese dejado a guardar el arma, pero no le hubiese entregado el salvoconducto, de tenerlo como era apenas lo normal, y a subterfugios, entonces, de esa situación, realizó el comportamiento imputado, ha de afirmarse, indudablemente, que esa actitud en tales circunstancias asumida, revela en el implicado, la decisión de contrariar la ley, esto es, la de obrar dolosamente (fls. 9 y 10 Cd. Tribunal).»*

Como puede observarse, los juzgadores no descartaron la existencia de «Carlos el Rubio», ni se apoyaron en este hecho para afirmar la culpabilidad del procesado, como lo sugiere el censor. Por el contrario, sobre la hipótesis de su existencia y teniendo en cuenta otros aspectos, como el conato de huida del acusado y su profesión, dedujeron el actuar doloso, frente a lo cual la demanda guarda absoluto silencio.

El cargo no prospera.

#### CASACIÓN OFICIOSA

Los tipos penales descritos en los artículos 1° y 2° del Decreto 3664 de 1986, sobre porte ilegal de armas de fuego, integran la categoría de los llamados en blanco o de reenvío, en cuanto que para determinar la naturaleza del arma, si de defensa personal o de uso privativo de la fuerza pública, y por ende el alcance de la conducta prohibida, habrá de acudirse necesariamente a la reglamentación legal sobre la materia.

El Decreto 2003 de 1982, vigente para cuando sucedieron los hechos, clasificaba como armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, entre otras, las pistolas o revólveres cuya energía en la boca de fuego superase las 350 libras pie (arts. 2° y 4°).

De acuerdo con el dictamen del Instituto de Medicina, Sección Balística, el arma de la cual se ocupa esta investigación es un revólver marca Colt's, calibre .357 Magnum, con energía cinética de 557 libras pie y cañón de 4 pulgadas de longitud, de uso privativo de las Fuerzas Militares según los criterios de clasificación tenidos en cuenta por el Decreto que viene de citarse (fls. 96).

En consideración a la naturaleza del arma y de conformidad con las normas reguladoras de la competencia entonces vigentes, y las que se dictaron con posterioridad, (Decretos 2790/90 art. 9°; 099/91 art. 1°; 2271/91 art. 9°; y 2700/91 art. 71), el conocimiento del proceso debía ser asumido por la justicia regional.

La sentencia de primera instancia fue dictada el 27 de octubre de 1993, por un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, el cual, como se recuerda, condenó al procesado Chávez Rojas a la pena principal de 3 años de prisión «como autor responsable de portar armas de uso privativo de las Fuerzas Militares».

El 17 de diciembre del mismo año, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2535, por el cual derogó los Decretos 1663 de 1979 y 2003 de 1982, donde deja de considerarse la energía cinética como criterio de diferenciación entre los revólveres y pistolas de uso privativo de la fuerza pública y de defensa personal, y se adopta como patrón básico de clasificación, su calibre, teniendo fundamentalmente en cuenta si es inferior, igual o superior a 9.652 mm (.38 pulgadas).

Para la Corte, la siguiente es, en síntesis, la nueva clasificación que trae el citado Decreto 2535, en lo que atañe a esta clase de armas, según pronunciamientos reiterados en torno al tema (Cfr. Autos de febrero 22/96, Mag. Pte. Dr. Córdoba Poveda y agosto 22/96, Mag. Pte. Dr. Torres Fresneda):

1) De calibre inferior a 9.652 mm (.38 pulgadas). Serán de defensa personal si reúnen estas características:

-Longitud máxima de cañón 15.24 cm (6 pulgadas).

-En tratándose de pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomático y capacidad en el proveedor no superior a 9 cartuchos con excepción de las que originalmente sean calibre 22, en cuyo caso podrá ser de 10 cartuchos (Art.11, literal a).

2) De calibre igual a 9.652 mm (.38 pulgadas). Serán de uso privativo de la fuerza pública si no reúnen las características relacionadas en el numeral anterior (art.8º, literal a).

3) De calibre superior a 9.652 mm (.38 pulgadas). Serán siempre de uso privativo de la fuerza pública ( art. 8º, literal b).

4) Pistolas automáticas. Serán de uso privativo de la fuerza pública, sin importar el calibre (art. 8º, literal d).

5) Pistolas o revólveres que lleven dispositivos especiales como miras infrarrojas, lásericas o accesorios como lanzagranadas o silenciadores. Serán de uso privativo de la fuerza pública (art.8º, literal f).

De acuerdo con esta nueva clasificación, es claro que el revólver incautado al procesado Hugo Alfonso Chávez Rojas dejó de pertenecer a la categoría de armas de uso privativo de las fuerzas Militares, para ser considerada de defensa personal, pues su calibre es de apenas .357 pulgadas y la longitud de su cañón de 4 (fs.96).

Al variar la naturaleza del arma, por virtud de la nueva reglamentación contenida en el decreto 2535 de 1993, se presenta, ipso iure, cambio



en la adecuación típica de la conducta, porque ya no sería aplicable el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986 (adoptado como legislación permanente por el Decreto 2666 de 1991), que describe y sanciona el porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, sino el 1° ibidem, que penaliza la misma conducta cuando se trata de armas de defensa personal, por resultar su pena favorable al procesado.

Este cambio en la adecuación típica de la conducta traduce, a su vez, variación de la competencia para conocer del proceso, porque según las normas positivas que la regulan, del delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal conoce la justicia ordinaria, no la regional (art. 71.4 del estatuto procesal, modificado por el art. 9° de la ley 81 de 1993).

Dicho desplazamiento operaba desde la entrada en vigencia del Decreto 2535 (17 de diciembre de 1993), pues de acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1987, las normas sobre competencia prevalecen sobre las existentes y son aplicables desde el momento en que empiezan a regir.

Quiere esto decir que por efecto y desde la entrada en vigencia del referido estatuto, los jueces regionales perdieron competencia para conocer de este proceso, y que, por consiguiente, el Tribunal Nacional no podía dictar el fallo de segunda instancia, sin desconocer la nueva regulación sobre armas de fuego, como finalmente lo hizo, si se toma en cuenta que para entonces (febrero 18 de 1994), ya estaba rigiendo el pluricitado Decreto.

Por esta razón, se declarará nula la sentencia del ad quem, y se ordenará remitir el proceso, por competencia, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se pronuncie respecto del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado, como lo sugiere el Ministerio Público en su concepto.

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

- 1). DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Hugo Alfonso Chávez Rojas.
- 2). CASAR OFICIOSAMENTE la sentencia impugnada.
- 3). DECRETAR LA NULIDAD de la actuación de segunda instancia, cumplida por el Tribunal Nacional en este asunto.
- 4). Remitir el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se pronuncie sobre la apelación interpuesta contra el fallo de primer grado.



Notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla (con aclaración de voto), Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Paulette Salazar Cuéllar, Secretaria*

## COMPETENCIA / NULIDAD

### *Aclaración de Voto*

*Esta aclaración va simplemente dirigida a reiterar mi posición contraria a que la efectividad del derecho sustancial siga siendo sacrificada en aras de contingencias adjetivas, como ocurre en este caso, al tenerse que decretar la nulidad de actuación de segunda instancia atendida por el Tribunal Nacional, a consecuencia de las oscilaciones legislativas, derivadas de factores ventales, que le hicieron perder competencia pero no fueron comprendidas y subsecuentemente aplicadas por ese ente especial de la jurisdicción.*

*Según he venido manifestando, la eficiencia de la justicia no puede continuar sometida a que unos días, unos pesos o, como ocurre en el presente caso, unos milímetros de más o de menos, puedan demorar un proceso a parte de él, que por lo demás haya sido correctamente adelantado.*

*Dado con remisión en esta oportunidad a lo expresado en anteriores salvedades de voto, como frente a la nulidad decretada el 17 de abril de 1995 en el trámite de casación No. 8954, M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, ahora en simple aclaración de lege ferenda, ante el hecho insubsanable que conlleva este caso, donde el cambio legislativo vino a generar modificaciones no sólo procesales, sino también sobre la adecuación típica y la punibilidad.*

Respetuosamente,

Nilson Pinilla Pinilla

Magistrado

Proceso: 9534

## CONFESION/ LEGALIDAD DE LA PENA-Multa

*Si en realidad, la ley de procedimiento penal no asigna un valor específico a la confesión y al testimonio, sino que le señala al juez ciertos criterios para determinar su mérito probatorio -fundamentalmente las reglas de la sana crítica-, es decir, lo deja en libertad para apreciar su valor conforme a los parámetros contemplados en los artículos 294 y 298 del mencionado código, mal puede endilgársele al Tribunal el cargo de no haber apreciado la confesión en "su verdadero valor" o el de haber "apreciado equivocadamente" el testimonio de la ofendida, por la potísima razón de que ninguno de tales medios de persuasión aparece signado con un valor preestablecido que haya podido ser ignorado o rebasado por el juzgador.*

*Reiteradamente se ha sostenido por esta Corporación, que la legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino también para el Estado pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley sin que pueda ser soslayado o ignorado discrecionalmente por el Juez.*

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santafé de Bogotá, D.C., Octubre treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta No. 151 (Octubre 24 de 1996)

Proceso: 9282

### VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado Roberlo Rubio Morales, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Honda, que lo halló responsable, a título de autor, de los delitos de lesiones personales,

constreñimiento ilegal y acto sexual violento, condenándolo a purgar la pena principal de 37 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, así como al pago en concreto de los perjuicios materiales y morales causados por los delitos.

### HECHOS

*Los narró así el Tribunal:*

*"En su denuncia formulada ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Honda, la señora Yolanda López de Rubio manifestó, que pasada la media noche del veintitrés (23) de abril de 1990, llegó a la casa su marido Roberto Rubio Morales y al abrirle la puerta de inmediato la cogió a golpes, diciéndole que tenía que quitarle el embargo al camión y la denuncia de separación de cuerpos y bienes, pues de lo contrario la mataría, que colocaría una bomba en su casa e iría agredir a su familia. Que luego procedió a romperle la ropa interior que llevaba puesta y abusó de ella sexualmente para lo cual utilizó la mano y una linterna. Se dejó constancia que la denunciante presentaba hematomas en las piernas, la cara y el oído izquierdo." (fl. 15 - cuaderno 2).*

### ACTUACION PROCESAL

El tres de mayo de 1990, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Honda inició la correspondiente investigación y escuchado en indagatoria Roberto Rubio Morales, le resolvió la situación jurídica profiriendo medida de aseguramiento, consistente en conminación, por el delito de lesiones personales.

Por considerar que de lo probado se configuraba además un delito contra la libertad y el pudor sexuales, dispuso remitir la actuación a los juzgados de instrucción criminal de la ciudad de Honda.

Mediante interlocutorio del 31 de diciembre de 1991, el Juzgado 38 de Instrucción Criminal, con sede en esa municipalidad, modifica la medida de aseguramiento y en su lugar dispone la detención preventiva, con beneficio de excarcelación, por los ilícitos de tortura, lesiones personales, injuria y daño en bien ajeno, cometidos en concurso.

Perfeccionada y clausurada la investigación, correspondió a la Fiscalía 38 Seccional la calificación de su mérito, emitiendo resolución acusatoria en contra de Rubio Morales por los delitos de lesiones personales, acto sexual violento y constreñimiento ilegal, conforme a los artículos 334, inciso 1o; 299 y 276 del C.P., respectivamente, en concordancia con el 26 idem. La providencia halló ejecutoria el 18 de mayo de 1993.

Rituada la etapa de la causa y realizada la audiencia pública, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Honda profirió sentencia condenatoria en contra de Roberto Rubio Morales por los hechos punibles imputados

en la resolución acusatoria, imponiéndole como pena principal 37 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, negando la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional. Por tal motivo, revocó la libertad provisional e impartió la orden de captura, que aún no se ha hecho efectiva.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sede de apelación, el 14 de octubre de 1993, confirmó íntegramente el fallo de primera instancia.

#### LA DEMANDA

El libelista presenta dos cargos contra la sentencia impugnada:

El primero lo formula al amparo de la causal primera del artículo 220 del C. de P. P., así:

*"acusó la sentencia de violación indirecta de los artículos 276 y 299 del C.P., por indebida aplicación a causa de los errores de hecho en que incurrió el ad quem en la apreciación del testimonio de Yolanda López y la confesión calificada del procesado" (fl. 61 - cuaderno 2).*

En su desarrollo comienza por advertir que el legislador estableció como criterio obligado para la apreciación del testimonio y de la confesión los principios de la sana crítica, según infiere del contenido de los artículos 294 y 298 del C. de P. P., "los cuales no puede el fallador desconocer para imponer a su antojo su personal criterio. Cuando el fallador infringe tales principios incurre en error de hecho en la valoración de la prueba." (fl. 61 - cuaderno 2).

Precisa a continuación que el ad quem, apartándose de lo dispuesto en el artículo 294 del C. de P. P., le dió entero crédito al testimonio único de la ofendida "para dar por probada la materialidad y la intencionalidad de los delitos de constreñimiento ilegal y acto sexual violento" ( fl. 62 - cuaderno 2 ). Sobre una pluralidad de citas doctrinarias apoya el censor su criterio de la ineffectia del testigo único para probar los elementos materiales del delito y los subjetivos de la responsabilidad del acusado.

En cambio, advierte, desconociendo lo preceptuado en el artículo 298 del C. de P. P., el Tribunal "le negó a la confesión calificada del procesado la credibilidad que ésta merece" ( ídem ). Al efecto, considera que si el testimonio de la ofendida no conlleva credibilidad, la confesión del procesado se torna indivisible y por ello hay que aceptar su cualificación que incorpora la negación del elemento volitivo en relación con los delitos de constreñimiento ilegal y acto sexual violento. Trae a consideración concepciones doctrinarias sobre la indivisibilidad de la confesión en materia penal.

El segundo cargo que presenta como subsidiario, lo fundamenta en la causal primera del artículo 220 del C. de P.P., en estos términos :

*"acusó la sentencia de violación directa de los artículos 26, 276 y 299 del C.P., por aplicación indebida, al dar el Tribunal por probado un concurso formal de delitos de lesiones personales, constricción ilegal y acto sexual violento" (fl.65 cuaderno 2 ).*

En la motivación pertinente, el casacionista considera que en el caso a estudio se presenta un concurso aparente de hechos punibles, donde sólo el delito de lesiones personales adquiere entidad delictiva y los demás ( el constricción ilegal y el acto sexual violento ) se subsumen en él por razón del elemento violencia, que le es común a estos tipos penales.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia recurrida, como conclusión de las siguientes observaciones :

En cuanto al cargo primero, advierte que el demandante formuló la censura por error de hecho pero la desarrolló equivocadamente en el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción al cuestionar la eficacia probatoria dada por el sentenciador al testimonio de la ofendida y a la confesión del procesado.

Si la impugnación se orientaba a la errónea apreciación probatoria, el impugnante tenía el deber de demostrar desaciertos manifiestos en la existencia o materialidad de los medios de prueba, lo que no hizo en este caso, porque sus reparos "constituyen ataques a la valoración que del haz probatorio efectuó el fallador y que implican un error de derecho imposible de exhibir en sede de casación por cuanto la ponderación probatoria en nuestro sistema procesal carece de tarifa legal, por lo cual el sentenciador aprecia el acervo probatorio conforme a los principios de la sana crítica basada en la lógica, la experiencia ordinaria y la racionalidad" (fl. 52 cuaderno 3-).

En relación con el testigo único, precisa que la ley no lo predetermina su valor, sino que su eficacia la deja al criterio del juzgador, como lo dispone el artículo 294 del C. de P. P. y lo ha enseñado la jurisprudencia.

Agrega que falla igualmente el demandante al mostrar y valorar como pruebas únicas el testimonio de la ofendida y la confesión cualificada del acusado, desconociendo una pluralidad de medios de convicción que consideraron conjuntamente los juzgadores de instancia para deducir tanto los elementos materiales que dan estructura típica a los hechos punibles imputados como los de la responsabilidad del convicto.

El segundo cargo, a juicio de la Delegada sí está formulado con precisión, pero las pretensiones del casacionista no pueden prosperar porque



el sentenciador derivó con acierto el concurso delictivo regulado por el artículo 26 del C. Penal, "cada vez que la realidad fáctica y probatoria comprueba que los delitos imputados al procesado tienen plena autonomía e identidad y que su ejecución se produjo por las acciones simultáneamente desarrolladas por el procesado" (fl. 54 - cuaderno 3 -).

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

##### *Cargo Primero*

Como la demanda no plantea un falso juicio de identidad, por haberse desfigurado el sentido objetivo o distorsionado el contenido fáctico de algún medio de prueba, se observa a primera vista que bajo el ropaje de presuntos errores de hecho, el censor aduce en realidad errores de derecho, por falso juicio de convicción, al cuestionar el valor o la fuerza probatoria del testimonio de la ofendida Yolanda López de Rubio y de la confesión del procesado Roberto Rubio Morales, analizados por el fallador y que le sirvieron para formar su convencimiento; argumentación que por regla general deviene impropia en sede de este extraordinario recurso, teniendo en cuenta que la prueba atacada no tiene tarifa legal para su estimación. La eliminación de este justiprecio normativo, dejando en manos del juez la evaluación consiguiente dentro de los linderos que marcan las reglas de la sana crítica, convirtió en inidónea esta vía para intentar dicho cuestionamiento.

Si en realidad, la ley de procedimiento penal no asigna un valor específico a la confesión y al testimonio, sino que le señala al juez ciertos criterios para determinar su mérito probatorio - fundamentalmente las reglas de la sana crítica -, es decir, lo deja en libertad para apreciar su valor conforme a los parámetros contemplados en los artículos 294 y 298 del mencionado código, mal puede endilgársele al Tribunal el cargo de no haber apreciado la confesión en "su verdadero valor" o el de haber "apreciado equivocadamente" el testimonio de la ofendida, por la potísima razón de que ninguno de tales medios de persuasión aparece signado con un valor preestablecido que haya podido ser ignorado o rebasado por el juzgador.

Al margen del yerro que comporta la sustentación anterior, que por sí sólo bastaría para dar al traste con el cargo, la Sala relleva estas otras falencias :

1. Si se acude a la causal primera, en su segundo apartado de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, como lo hace el casacionista, debe precisarse en primer término si se originó en un falso juicio de existencia de la prueba o en un falso juicio de identidad de la misma, y si es en esta última, habría que demostrar que el juzgador tergiversó el contenido material de la prueba o se apartó de las normas de la

sana crítica al estimar el mérito de la prueba, cumplido lo cual, se deberá igualmente acreditar la incidencia incontrastable del yerro en las conclusiones de la sentencia impugnada; pasos estos lógicos e imprescindibles en la técnica casacional que no pueden ser soslayados, como lo hizo el impugnante.

Las simples concepciones hermenéuticas de la doctrina en materia del testimonio único y de la indivisibilidad de la confesión que presenta el actor, sin demostrar que el sentenciador desconoció manifiestamente la experiencia, la lógica y los postulados de la ciencia o de la técnica pertinentes al análisis de estas probanzas, desfigurando su sentido objetivo, no pueden tenerse como claro enunciado y menos como atendible fundamentación de un reproche al amparo de la causal primera de casación, en su segundo apartado, porque a manera de simple alegato de inatencia, sustancialmente inepto para los fines del recurso extraordinario interpuesto, sirven únicamente para enfrentar el criterio personal del demandante al del fallador en punto a la valoración de la prueba, lid que en el campo de la casación está destinada al descalabro pues a ella arriba la decisión judicial amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Pese a lo anterior, aún cabe una glosa al enunciado del testigo único, en orden a rebatir el criterio del casacionista que no lo concibe con capacidad probatoria suficiente para sustentar un fallo de condena. La Corte, en muchas determinaciones sobre el particular, ha estimado que cuando esta clase de declarante ostenta poudercación, es razonado, coherente y no vacilante, confuso ni contradictorio en sus términos, su testimonio es suficiente elemento para informar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad del acusado.

Al respecto, dijo:

*"El recurrente, soslayadamente, trata de revivir la polémica sobre la eficacia del testimonio único o la del valor que corresponde al dicho del ofendido. No es el caso de adentrarse, como lo hace él, en una discusión teórica ya dejada de lado tanto por los que cultivan los goces de la especulación como por los que se mueven en ámbitos de empírico ajetreo judicial. El testimonio único, purgado de sus posibles vicios, defectos o deficiencias, puede y debe ser mejor que varios ajenos a esta purificación. El legislador y también la doctrina ha abandonado aquello de TESTIS UNUS TESTIS NULLUS. La declaración del ofendido tampoco tiene un definitivo y apriorístico demérito. Si así fuera, la sana crítica del testimonio, que por la variada ciencia que incorpora a la misma y mediante la cual es dable deducir cuándo se miente o cuándo se dice verdad, tendría validez pero siempre y cuando no se tratase de testimonio de persona interesada o en solitario. Estos son circunstanciales obstáculos, pero superables; son motivos de recelo que obligan a profundizar más en la investigación o en el estudio de declaraciones tales, pero nunca pueden llevar al principio de tenerse en menor estima*

*y de no alcanzar nunca el beneficio de ser apoyo de un fallo de condena"* (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez. Casación de julio 12 de 1989).

Ahora, en tratándose del cuestionamiento a la prueba de apoyo de un fallo, por error de hecho - violación indirecta de la ley sustancial - como ocurre en el sub-examine, el casacionista está en el deber de desvirtuar uno a uno todas aquellas medias de convicción que son pilares de la decisión; si su ataque deja vigente el alcance y la trascendencia de una sola prueba legalmente producida que tenga eficacia suficiente para sostener la sentencia, obviamente la censura se torna inocua.

Es lo que acontece en este caso en donde el actor ninguna consideración fáctica hace de los testimonios de Heriberto Valderrama Restrepo (fl. 29 a 30), María Abxa Villarreal de B. (fl. 31 a 32), vecinos a la residencia de la ofendida, y los de sus hijos Cristian Roberto y Yury Neil (fl. 97, 99), que percibieron y refirieron circunstancias anteriores, concomitantes y subsiguientes a los hechos punibles materia de juzgamiento, como tampoco alude a la prueba documental y pericial que apuntala los asertos de la víctima Yolanda López de Rubio.

Si sobre la valoración de estos medios de convicción, legalmente producidos en el proceso, el Tribunal también arribó a la certeza de los delitos imputados y a la responsabilidad del acusado, y respecto de ellos el censor guarda silencio, cuestionando sólo los que condicionan a sus intereses, su reclamo, en sede de casación, resulta incompleto y, por ende, inatendible.

El cargo no prospera.

#### *Cargo Segundo*

Se equivoca el censor cuando afirma que el delito de lesiones personales, cuya existencia no cuestiona, subsume los punibles de constricción ilegal y acto sexual violento, porque "la violencia que es elemento esencial de la estructura del primero, es común a los restantes y por ello se integra en uno sólo tipo penal, siendo el concurso meramente aparente" (fl. 66 -cuaderno 2-).

La realidad fáctica y probatoria apunta a la demostración de un concurso real o efectivo, sucesivo y heterogéneo de hechos punibles donde varias acciones penalmente relevantes se acomodan a las descripciones típicas de los artículos 276 y 299 del C. P. En efecto, las lesiones sufridas por Yolanda López, a causa de la tremenda golpiza que le propinó su esposo Roberto Rubio Morales, dejándole una incapacidad de veinte días y como secuela "una obstrucción nasal por septodesviación izquierda" (fl. 1 y 95 - cuaderno 1), constituyen indudablemente un hecho punible con estructura autónoma e independiente, toda vez que se conculcó el bien jurídico de la integridad personal en desarrollo de una acción delictiva

contentiva de dolo como elemento subjetivo de la culpabilidad. Esta realidad jurídica ni siquiera el censor se atreve a desconocer.

Empero, la reiterada exigencia del acusado a su esposa para que desistiera de la demanda de separación de cuerpos y de bienes que ella había instaurado y levantará el embargo que como medida cautelar había solicitado sobre un vehículo de su propiedad, acompañada de sucesivas amenazas como que "iba a colocar una bomba en la casa e iba a agredir a mi familia" o "me iba a llevar a las Tecas a desnudarme delante de toda la gente" (fl. 1 - cuaderno 1), y vejámenes tales como rasgarle la totalidad de su vestimenta y cortarle con un cuchillo parte del cabello, así como del brutal arrastramiento por todo el interior de la residencia, son todos actos que constituyen una injusta agresión a la autonomía de la víctima y dan lugar a otra acción delictiva con escuificación material distinta, elemento intencional diferente y estructura típica autónoma e independiente del hecho punible de lesiones personales.

Así pues, cuando la voluntad de Yolanda López de Rubio se vio perturbada por la conducta violenta de su cónyuge que la compelia a hacer algo contra sus propias determinaciones, como era el desistimiento de la demanda de separación de cuerpos y de bienes y el levantamiento del embargo preventivo del vehículo, se presenta un nuevo comportamiento cuya lesividad trasciende el interés de la integridad personal y agrede otro bien jurídico como es la autonomía personal, lo que conduce al surgimiento del hecho punible concurrente de constreñimiento ilegal.

Otro tanto debe decirse en relación con el acto sexual violento que emerge en el proceso con identidad propia.

En efecto, de lo probado se deduce que cuando el acusado terminó de golpear a su esposa optó por atropellarla sexualmente ejecutando sobre su cuerpo maniobras libidinosas siempre contra su voluntad pues la tenía absolutamente dominada y doblegada con su primario comportamiento. Fueron entonces nuevos actos, bajo el imperio de la violencia física y moral, con fines meramente lujuriosos, constitutivos de una conducta unitaria que atentó contra otro bien jurídicamente tutelado cual es la libertad y el pudor sexuales, dando estructura autónoma al delito tipificado en el artículo 299 del C.P.

Así las cosas, no es posible admitir, como lo plantea el censor, la existencia de un concurso aparente de tipos, porque más allá del número de intervenciones musculares del acusado, su comportamiento evidencia desde el punto de vista óptico varias acciones naturalísticamente diferentes, lesivas de distintos bienes jurídicos y ejecutadas cada una de ellas con finalidad propia. Lo que en verdad se presenta en este caso es una pluralidad de acciones que al ser negativamente desvaloradas por la antijuridicidad y la culpabilidad suponen el surgimiento de tres hechos

punibles que concurren materialmente, como acertadamente lo dedujo el Tribunal acatando la preceptiva del artículo 26 del C. Penal.

Este reproche también debe rechazarse.

#### CASACIÓN OFICIOSA

De acuerdo con el artículo 334, inciso primero, del C. P., la pena fijada al delito de lesiones personales es de prisión de veinte (20) meses a siete (7) años y multa de tres mil a doce mil pesos.

En el presente caso el Juez Tercero Penal del Circuito de Honda omitió imponer en la sentencia la multa que le correspondía pagar al convicto Roberto Rubio Morales como parte de la pena principal: lo propio le ocurrió al Tribunal Superior de Ibagué cuando le impartió íntegra confirmación. Por lo tanto, se impone la necesidad de ajustar la punibilidad a la normatividad aplicable según el fallo recurrido, en acatamiento al principio de la legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental al debido proceso, consagrada en forma expresa en la Constitución Política (artículo 29).

Reiteradamente se ha sostenido por esta Corporación, que la legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino también para el Estado pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley sin que pueda ser soslayado o ignorado discrecionalmente por el Juez.

Por este motivo, en ejercicio de la facultad que le otorgan los artículos 228 y 229-1 del C. de P. P., la Corte casará parcialmente y de oficio la sentencia recurrida, únicamente para adicionar en la tasación punitiva la multa que según el artículo 334, inciso primero del C.P., se debe imponer también como pena principal y que para el caso se fija, atendiendo las prescripciones del artículo 46 ídem y en proporción a los parámetros observados por el a-quo en la dosimetría de la pena privativa de la libertad, en la suma de cuatro mil pesos m. l. que deberá pagar el procesado en favor de la Nación de conformidad a lo prescrito en el artículo 3º Ley 66 de 1993.

En mérito a 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

- 1.- DESESTIMAR la demanda presentada.
- 2.- CASAR de oficio parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de imponer además la pena de multa de cuatro mil pesos m. l. que

deberá pagar Roberto Rubio Morales en favor de la Nación, como autor responsable de los delitos de lesiones personales, constreñimiento ilegal y acto sexual violento, cometidos en concurso de hechos punibles en las circunstancias de que da cuenta el proceso.

En lo demás rige el fallo.

En firme, DEVUELVASE el proceso al Despacho de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*



## COMPETENCIA/ FUERO/ AGENTE DIPLOMATICO

*Es un deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (Const. Pol., art. 4, inciso 2º). Es en virtud de este mandato que el artículo 13 del Código Penal prevé la norma de la territorialidad de la ley penal colombiana, según la cual ésta se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, "salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional".*

*Precisamente la Convención de Viena, adoptada por las Naciones Unidas el 18 de abril de 1961 y aprobada por la ley 6a. de 1972, consagró lo que en derecho internacional se denomina inmunidad o privilegio diplomático. En efecto, los agentes diplomáticos y consulares acreditados ante el Gobierno Colombiano están exentos de jurisdicción penal, civil y administrativa (art. 31). Esta exención de jurisdicción se extiende al personal administrativo y técnico de la misión y a los miembros de la familia de aquéllos y de éstos, siempre que no sean nacionales colombianos y no tengan residencia permanente en nuestro país (art. 37).*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

*Aprobado Acta N° 154 (Octubre 30 de 1996)*

*Proceso: 12081*

*El señor Jefe del Área de Privilegios e Inmunidades de la Dirección de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, por medio de oficio recibido el 23 de julio pasado, envió a la Corte las diligencias de investigación previa que, en relación con el ciudadano norteamericano Jay Eric Sherman, venía adelantado la Fiscalía General de la Nación, en razón de las presuntas amenazas proferidas por el extranjero en contra de la dama colombiana Alba Patricia Bustos Chamucero, con el fin de que la Corporación "conozca del asunto y nos comunique lo procedente, de conformidad con lo señalado en el artículo 235, numeral 5 de la Constitución Nacional".*

En relación con el tema planteado se imponen las siguientes reflexiones:

#### LA CORTE CONSIDERA

Es un deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (Const. Pol., art. 4, Inciso 2°). Es en virtud de este mandato que el artículo 13 del Código Penal prevé la norma de la territorialidad de la ley penal colombiana, según la cual ésta se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional.

Precisamente la Convención de Viena, adoptada por las Naciones Unidas el 18 de abril de 1961 y aprobada por la ley 6a. de 1972, consagró lo que en derecho internacional se denomina *inmunidad o privilegio diplomático*. En efecto, los agentes diplomáticos y consulares acreditados ante el Gobierno Colombiano están exentos de jurisdicción penal, civil y administrativa (art. 31). Esta exención de jurisdicción se extiende al personal administrativo y técnico de la misión y a los miembros de la familia de aquéllos y de éstos, siempre que no sean nacionales colombianos y no tengan residencia permanente en nuestro país (art. 37).

La exención de jurisdicción penal es absoluta, mientras que la exención de jurisdicción civil y administrativa no se aplica en los tres casos de acción real, sucesoria, profesional o comercial taxativamente señalados en los literales a), b) y c) del citado artículo 31 de la Convención. Es por razón de estas salvedades, sólo en materia civil o administrativa, se repite, que el artículo 235 de la Carta Política, cuando señala las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, dice que le corresponde a la Corporación "conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional" (subrayas fuera de texto). Y en armonía con esta disposición constitucional -también como desarrollo de la misma-, el numeral 5° del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, señala que la Corte conoce en Sala de Casación Civil "de los procesos contenciosos en que sea parte un agente diplomático acreditado ante el gobierno de la república, en los casos previstos por el derecho internacional" (se ha enfatizado).

No existe, en cambio, similar disposición en el Código de Procedimiento Penal, pues el artículo 68, norma que consagra la competencia de la Sala de Casación Penal, por el contrario, ni siquiera se refiere a los procesos contenciosos que menciona el numeral 5° del artículo 235 de la Carta Fundamental, sino que sólo remite a los numerales 2°, 3° y 4° del precepto superior (Cfr. num. 6°). Además, el vocablo técnico-jurídico "procesos contenciosos", que se utiliza por oposición a los "procesos de jurisdicción

voluntaria", es una terminología propia de la actividad procesal civil o administrativa, que no tiene sus equivalentes en el proceso penal.

Ahora bien, con el fin de estrujar eventuales confusiones, téngase en cuenta que estas reflexiones se refieren a los miembros de misiones diplomáticas acreditadas ante el Gobierno Colombiano y exentos de jurisdicción, porque los embajadores y jefes de misión diplomática o consular de nuestro país, por ser nacionales colombianos, obviamente están sometidos al juzgamiento de esta Sala, previa acusación del Fiscal General (Const. Pol., art. 235-4 y C. P. P., art. 68-6).

De modo que si, de acuerdo con la diligencia de inspección judicial practicada por la Fiscalía, el Cabo *Jay Eric Sherman* es súbdito de los Estados Unidos de América y funga de guarda marino de la embajada de ese país en Colombia, cargo previsto dentro del personal administrativo de la embajada norteamericana (fs. 4), indudablemente no se le puede aplicar ni la ley ni la jurisdicción penal de nuestro país, salvo que se hiciera renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción por el Estado acreditante, cuestión que en este caso no se ha producido (Convención, art. 32). Claro que este privilegio en relación con la jurisdicción penal colombiana, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 31 de la Convención de Viena, no lo exime de la jurisdicción de su Estado de origen, razón por la cual se devolverán estas diligencias al Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de que, por la vía diplomática, el hecho investigado llegue a conocimiento de la autoridad competente de los Estados Unidos de Norteamérica.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

#### RESUELVE

Declarar la incompetencia para conocer de las diligencias de investigación identificadas en la motivación.

En consecuencia, remítase la actuación a la Jefatura del Área de Privilegios e inmunidades de la Dirección de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, con el fin de que provea en la forma señalada en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Arubal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dádimio Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ACCION DE REVISION/ TESTIMONIO

*El problema en el fondo es el mismo del testimonio único, sobre el que la Corte ya ha señalado su criterio de que en él perfectamente puede fundarse la certidumbre de una sentencia, pues lo que realmente importa es la credibilidad que aquel irradie una vez sometido a las reglas de la sana crítica.*

*Y si sobre el punto se tratara de ser gráficos, permítase a la Sala recordar la frase atribuida a Napoleón al señalar que, de imperar el postulado que se critica, "un hombre honrado no podría hacer condenar por medio de su testimonio a un pícaro, mientras que dos pícaros sí podrían lograr que se condenara a un hombre honrado".*

*Así, pues, si resultaba incontestable que el afortisimo testis unus testis nullus, en rigor no consulta la mejor doctrina, sin duda que se transita la contravía del absurdo -como así lo hace el accionante- cuando se profija el criterio de que la credibilidad se acrecienta por la sola circunstancia de un mayor número de deponentes sobre el hecho a probar.*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D. C., noviembre primero (1º) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado: Acta No.154 (octubre 30/96)

Proceso : 12198

## VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia de la admisión de la demanda de revisión, presentada mediante apoderado por Carlos Mario Restrepo Chavarriaga, condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Titiribí el 6 de junio de 1995 a la pena principal de diez (10) años y cinco (5) meses de prisión por el delito de homicidio en la persona de Johnny de Jesús Estrada Rendón, determinación esta que fue confirmada por el Tribunal de Antioquia el 11 de agosto del mismo año, al conocer del asunto por la vía de la apelación.

## HECHOS

1. Tuvieron ocurrencia el primero de enero de 1993, en el área urbana del corregimiento conocido como 'La Estación', fracción territorial del municipio de Angelópolis, de una a dos de la tarde, cuando Johnny de Jesús Estrada Rendón se asomó a la puerta del establecimiento de cantina de propiedad de Irene Cano, donde -ingiriendo licor- se encontraba Carlos Mario Restrepo Chavarriaga. Al querer aquel regresarse, éste le hizo tres disparos, dos de los cuales lo impactaron en el maleolo interno del tobillo izquierdo y en la región temporal izquierda, razón por la que se desplomó en la mitad de la vía pública. De allí recogido, fue trasladado al Hospital de San Fernando del municipio de Anagá, donde falleció. El homicida -desde un principio se sindicó a Restrepo Chavarriaga- huyó, para presentarse ante el funcionario instructor catorce meses después, cuando ya había sido declarado persona ausente.

## LA DEMANDA

La acción de revisión se promueve con fundamento en el artículo 232 del C. de P.P., en su numeral 3o.

Se afirma que las sentencias de primera y segunda instancia, fueron proferidas por delitos intencionales, bajo el presupuesto de que el arma homicida era portada por el acusado y que entre éste y la víctima, no existió instantes antes de los hechos altercado ni forcejeo alguno, habiendo el procesado actuado sorpresivamente y sin razón.

Sin embargo -continúa el demandante- con posterioridad a los fallos objeto de revisión "se ha establecido plenamente" que los acontecimientos juzgados no ocurrieron de manera intencional, sino que los disparos de arma de fuego -uno de los cuales cobró la vida de Estrada Rendón- sobrevinieron de manera accidental, cuando Restrepo Chavarriaga luchaba con la hoy víctima, tratando de apartar de su cuerpo el arma con que ésta le apuntaba al buscar hurtarle las cadenas de oro que llevaba al cuello, "y en clara acción de legítima defensa de sus bienes y su vida".

Acompaña como prueba de sus asertos las declaraciones rendidas bajo juramento, ante Novario, por Rosa Emilia Guzmán Marín, Remaldo de Jesús Londoño Vélez y Alvaro de Jesús Restrepo Hernández.

Con la demanda se presentó copia autenticada de la resolución acusatoria, y de las sentencias de primera y segunda instancia.

## CONSIDERACIONES

1. Dispone el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal: "La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos...3. Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan

hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.

2. Como lo dice el demandante en su libelo y lo establecen, igualmente, las sentencias, procesalmente se dieron dos grupos de testigos, uno conformado por el propio procesado Restrepo Chavarriaga y por John Jalro Gómez Castaño, Alba Irene Cano de Quintero y Alba Jair Bedoya Londoño, para quienes Estrada Rendón ingresó al establecimiento portando un arma de fuego con la que apuntó al cuello de Restrepo en el expreso propósito de despojar a éste de las cadenas de oro que llevaba al cuello, teniendo entonces lugar un forcejeo, fruto del cual se dieron los disparos que le ocasionaron la muerte del por ellos tenido por agresor.

Jorge William Osorio Montoya, Luz Myriam Osorio Montoya (no es hermana del anterior), Johnny Alberto Rojas Cano y Rubén Darío Cano Velásquez, al contrario, aseguran que no existió brega, lucha de ninguna especie entre Restrepo y Estrada Rendón, y que -simplemente- cuando el hoy interfecto se asomó a la puerta de la cantina donde el condenado se encontraba consumiendo bebidas embriagantes, el procesado le hizo tres disparos, en los instantes mismos en que aquel intentaba regresarse, ocasionándole así la muerte, con uno de ellos.

En los fallos se hizo un detenido análisis de las dos versiones y -fruto de él- se halló que los declarantes que presentaban los hechos responsabilizando de los mismos a Carlos Mario Restrepo Chavarriaga, eran los que merecían credibilidad. Desde luego, los sentenciadores consignaron las razones que los condujeron a conclusión de tal tenor y precisaron las circunstancias por las cuales lo declarado por el otro grupo no los llevaba a igual convencimiento.

3. Pretende ahora el accionante, aduciendo como prueba tres declaraciones rendidas ante Notario, y que contienen los mismos puntos de vista de los testimoniantes que colocan a Restrepo Chavarriaga defendiendo sus cadenas de oro de un ataque armado de Estrada Rendón, destruir la fortaleza de la res iudicata.

Sobre este particular hay que decir de manera rotunda que la exposición que del asunto hace el accionante obedece al criterio altamente equivocado de que basta un mayor número de declarantes para demostrar lo que un número menor de ellos no logró. Se olvida así que -como suele decirse- los testimonios se pesan y no se suman y que es, obviamente, su capacidad de prueba por se lo a tomarse en consideración y no su número.

Por parte alguna se le ocurrió al accionante señalar cuáles las razones o los argumentos por los que estos nuevos declarantes que refieren -hay que recalcarlo- exactamente lo mismo de los ya obrantes en el proceso, sí logran probar lo que los otros no hicieron, y de ahí que la Corte, fatalmen-



te, tenga que considerar que, para el libelista, basta un mayor número de testimoniantes -y no lo que con lo manifestado realmente aporten al esclarecimiento de los hechos- para arribar a las comprobaciones que un número menor no consiguió.

El problema en el fondo es el mismo del testimonio único, sobre el que la Corte ya ha sentado su criterio de que en él -perfectamente- puede fundarse la certidumbre de una sentencia, pues lo que realmente importa es la credibilidad que aquel irradie una vez sometido a las reglas de la sana crítica.

Y si sobre el punto se tratara de ser gráficos, permítase a la Sala recordar la frase atribuida a Napoleón al señalar que, de imperar el postulado que se critica, "un hombre honrado no podría hacer condenar por medio de su testimonio a un pícaro, mientras que dos pícaros sí podrían lograr que se condenara a un hombre honrado".

Así, pues, si resulta incuestionable que el aforismo *testis unus testis nullus*, en rigor no consulta la mejor doctrina, sin duda que se transita la contravía del absurdo -como así lo hace el accionante- cuando se prohija el criterio de que la credibilidad se acrecienta por la sola circunstancia de un mayor número de deponentes sobre el hecho a probar.

4. Lo que el grupo de testimoniantes desechado por los sentenciadores pretendía demostrar era que el procesado Resarepo Chavarriaga había desarrollado una legítima defensa al enfrentar una tentativa de hurto a mano armada y que, en el natural forcejeo, sobrevinieron los tiros que ocasionaron la muerte del agresor Estrada Rondón. Y esto es -valga la iteración- lo que con la presunta prueba nueva se pretende acreditar.

Mas para la Corte, con tales testimonios, no se da la prueba nueva exigida por el legislador para la procedencia de la acción de revisión, ni con ellos se comprueban los hechos nuevos que la institución jurídica de que se trata demanda.

Precisamente, ese es el punto, no basta que otras personas manifiesten con posterioridad al proceso lo mismo que otros expresaron en él, para viabilizar el trámite de la exigente acción de revisión. En un evento así, lo real es que no hay nada nuevo, ni siquiera el repetido debate que sobre igual asunto, con exactos matices, habría de darse en el evento de disponerse el adelantamiento de la acción. Otra cosa bien distinta sería si circunstancias con trascendencia grave en la sentencia y de las que no se tuvo noticia en el discurrir del proceso se dieran a conocer. Pero -desde luego- éste no es el caso.

5. Por vía informativa y para que se aprecie cómo si es verdad que nada nuevo aportan las declaraciones en que pretende fundamentarse la presente acción de revisión, quiere la Corte transcribir lo que el Tribunal

de Antioquia, al desairar la alzada, consignó en su sentencia, sobre los puntos centrales del debate procesal, así:

*"...si la prueba se analiza en su conjunto y desprevenidamente, consultando las reglas de la sana crítica, el intérprete no puede menos que darle credibilidad a la versión de Jorge William y Luz Myriam Osorio Montoya, o sea la que prohibió el aquo para formular el juicio de reproche al acusado. Es que ninguna tacha de objeción puede hacerse a estos testimonios, pues a fuer de que son unívocos, responsivos y convergentes, no es cierto que no hubieran podido presenciar el desarrollo de los acontecimientos, como así lo sostiene el impugnante, dado que en la inspección judicial se comprobó que los dos pudieron ver lo que averiguaron porque tenían perfecta visibilidad (fls. 218 y 220 vto.).*

No puede decirse lo mismo de quienes sostienen lo contrario, vale decir que Johnny Estrada pretendió despojar a Carlos Mario Restrepo de unas cadenas de oro y que los disparos se produjeron en medio de un forcejeo, no sólo porque el comportamiento asumido con posterioridad por Restrepo Chavarriaga -huir durante 14 meses-, no es el propio de quien ha actuado conforme a derecho, sino también porque el acusado y el declarante Gómez Castaño incurren en protuberantes incoherencias y contradicciones que no es del caso reproducir ahora porque de ello se preocupó con esmero el funcionario del conocimiento, que ponen de presente su mendacidad y el no ocultado afán de sacar adelante a como dé lugar tan desacreditada versión. Y la mentira sube de punto cuando se advierte que Irene Cano que en su primera versión había dicho que no presenció los hechos porque estaba muy borracha (fl. 15 vto.), en otra declaración salió con el cuento que vio a Carlos Mario 'en un forcejeo', pero como cosa curiosa dizque no observó más porque fue empujada hacia adentro. Y como último y desesperado recurso para salir del apuro en que la prueba de cargo tenía al procesado, apareció un testigo fantasma que ni siquiera Restrepo Chavarriaga ni Gómez Castaño lo habían mencionado. Se trata de Alba Jair Bedoya Londoño, quien declaró a folios 216 y aserveró que estaba conversando con Carlos Mario cuando apareció 'El Tigre', quien empezó a discutir con aquél, le echó mano del cuello y ella no vio más por haberse entrado para una pieza. Si en gracia de discusión se aceptara el testimonio en alusión, habría que convenir en que Bedoya Londoño lo que hace es darle un olímpico mentís al dicho del imputado, porque pese a que supuestamente estaba tan cerca de Carlos Mario no vio que 'El Tigre' lo hubiera amenazado con un arma de fuego y menos escuchó que le exigiera la entrega de las cadenas que tenía puestas al cuello.

Pero en el proceso existe una prueba que de por sí desacredita en grado suma la rebuscada legítima defensa y pone de relieve que la verdad está de parte de los testigos oculares William y Luz Myriam Osorio Montoya. La Sala alude a una constancia tan objetiva como la necropsia que deja al

descubierto la mendacidad del inculpado, sobre todo cuando afirma que el occiso resultó lesionado cuando ambos estaban trabados en lucha por la posesión del arma de fuego. Es que tal lesionamiento en esas condiciones no puede ser cierto porque al examen del cadáver de Johnny Estrada (fl. 21) el forense no descubrió tatuaje que es la marca de pólvora que inexorablemente debió quedar al borde de los orificios de entrada de los proyectiles por haberse producido supuestamente a quemarropa. Esta circunstancia derrumba estrepitosamente el álibi defensivo y corrobora los testimonios de los Osorio Montoya cuando afirman que Estrada Rendón en ningún momento atacó a Restrepo Chavarriaga, que entre ellos no hubo forcejeo y que Carlos Mario disparó desde el interior de la cantina de Irene Cano, cuando aquel se asomó a la puerta de entrada y había girado con el fin de devolverse.

En este orden de ideas, si no hubo agresión de parte de Johnny de Jesús Estrada no hay para qué hablar de una legítima defensa de la vida y los bienes que solo existe en la fantasiosa versión del justiciable, por lo que acertó el funcionario de primera instancia al no aceptarla. ...".

6. Para ser consecuente con el hilo conductor que ha guiado el discurso de la presente providencia, así como en la sentencias se dispuso que se expidieran copias de las declaraciones de Irene Cano de Quintero, John Jairo Gómez Castaño y Alba Jair Bedoya, Quintero, "con el fin de que se inicie pesquisa por el pumible de falso testimonio", aquí ha de disponerse que se compulsen copias de las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento, ante notario, por Rosa Emilia Guzmán Marín, Reinaldo de Jesús Londoño Vélez y Alvaro de Jesús Restrepo Hernández, para que se envíen al reparto del funcionario competente, para que éste decida sobre la averiguación a que sus deposiciones pueden dar lugar por un presunto falso testimonio.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, -SALA DE CASACION PENAL-,

#### RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de revisión presentada a nombre del condenado por el delito de homicidio, Mario Restrepo Chavarriaga, y,

2. Por la SECRETARIA DE LA SALA, expídanse las copias a que se hizo referencia en la parte motiva y háganse llegar a la autoridad competente, para lo de ley.

Notifíquese y cúmplase

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

*Patricia Salazar Chiéllar, Secretaria*

## PRUEBA ANTICIPADA/ FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN

1.-A la "ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso" se refiere el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, figura que exige como presupuesto para su procedencia que la versión cuya ratificación se intenta haya ocurrido en otro proceso o se haya practicado como prueba anticipada.

2.-Pero no se trata, como lo sugiere el Procurador Delegado, de que las sentencias sean inmunes a los ataques por una errónea ponderación probatoria, pues qué tal si se encara un examen de prueba de instancia que verdaderamente no lo es, por ser el más absurdo, por ser abiertamente contrario al buen sentido y a la justicia; o porque ni siquiera fuera crítica racional sino arbitrariedad. De verdad que el método de la persuasión racional o de la sana crítica, dispensarlo como herramienta de evaluación probatoria a los jueces y de efectos notoriamente distintos a la abandonada tarifa legal, les otorga clara soberanía reglada en esta materia, razón por la cual no es admisible rediscutir en casación los juicios de valor de las instancias que lleven imbricados mínimos elementos de la criptología; pero, obviamente, si caben las censuras en contra de las sentencias que sólo formalmente y como componente autoritario de su redacción invocan la sana crítica de las pruebas, pero que en realidad no la hacen o la emprenden de manera ostensiblemente torcida o defectuosa. En este campo la Corte ha variado sustancialmente su posición, a partir de la sentencia de casación fechada el 13 de febrero de 1995, cuya ponencia correspondió al magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, en cuyos apartes pertinentes se dijo:

"Trátase ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le suele admitir cuando se vulneran las Reglas de la Sana Crítica o Persuasión Racional (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar, en la práctica, la censura, bajo la consideración de que la prueba, por no ser tarificada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impugnación, se aten-

de sí se logra evidenciar un **ERROR DE HECHO** por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatende cuando el casacionista está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente esilmada, no ha sufrido menoscabos, esto es, que ni se la ha supuesio ni se la ha ignorado, ni se la ha tergiversado. Porque lo que objetu es la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que tentándose una prueba en el nivel real y legal en que aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiera dársele pretextándose fl el apego y respeto a esa sana crítica. Tal como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de **ERROR DE HECHO** por no acomodarse a lo que se alega y vsuattiza en las dos eventualidades del mismo. Y, tampoco sería viable el **ERROR DE DERECHO** porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios de convicción, ni se ocupa de las pautas que permiten hacer que la deducción o inferencia se correspondan con la experiencia vital.

"Pero alegar el **ERROR DE HECHO** resulta válido si se mira que todo apuramiento o tración fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógico y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

"En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría hacer por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimientos y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

"Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso, es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoa la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia.

"En consecuencia, 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 infrac-

*ciones a norma positiva probatoria alguna, pues que ninguna ley sino la realidad de la vida social, señala cuáles deben ser en cada tiempo y en cada tema, aquéllas. Por eso el error concebido a través de esta vía, es de hecho y no de derecho" (El énfasis pertenece al texto).*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

*Aprobado Acta N° 157*

*Proceso: 9481*

### VISTOS

En relación con la sentencia fechada el 14 de diciembre de 1993, dictada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el sentenciado José de Jesús Betancur Vélez interpuso el recurso de casación que, por haber sido oportunamente presentado, fue concedido por la corporación de distrito judicial y posteriormente sustentado por medio de demanda de casación que formuló su defensor.

Como preliminarmente se advirtió que la demanda de casación reunía los requisitos formales exigidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, se declaró ajustada, se le concedió el traslado al Procurador Delegado en lo Penal y se obtuvo el correspondiente concepto. Procede ahora la Corte sobre el contenido y el mérito de esta impugnación extraordinaria.

### HECHOS

En el primer piso de la residencia situada en la calle 100 con la carrera 46A, número 46A-20, barrio Santacruz de la ciudad de Medellín, vivía el matrimonio conformado por Bernardo Emilio Giraldo Ríos y Ana Cecilia Betancur Serrano. Acompañados de Aníbal de Jesús Betancur Vélez, Tío de la dama, y María Inés Ríos Mesa, prima de Aquél. En el segundo piso de la edificación habitaba El señor José de Jesús Betancur Vélez, hermano de Aníbal.

A pesar de la cercanía física y familiar entre los esposos Giraldo Betancur y los hermanos Betancur Vélez, habíanse distanciado emocionalmente por disputas hereditarias, motivo que produjo un violento enfrentamiento, aupado por el licor, entre Bernardo Emilio y Aníbal de Jesús, la noche del 6 de diciembre de 1992, contienda en la cual el primero golpeó duramente con la cabeza al segundo. Erant aproximadamente las 7 de la mañana del día siguiente, los rjosos revivieron la disputa y salieron en desafío a la calle, provistos de armas cortocortundenas y



cortopunzante, y, cuando apenas discutían y se disponían a usar sus medios de ataque, Bernardo Emilio fue sorprendido por un impacto de bala que le penetró por la parte posterior de su cuerpo -región intraescapular derecha- y lo derribó de inmediato. Atribúyese el disparo del arma de fuego a José de Jesús Betancur Vélez, quien la accionó desde el balcón de su residencia, y fue percibido tanto cuando dirigía el instrumento letal hacia la víctima, como en el momento en que ingresaba de nuevo a sus aposentos, después de lesionar a la víctima.

Bernardo Emilio sufrió una grave herida consistente en el seccionamiento de la médula espinal, la cual le produjo inicialmente una cuadriplejía y, dado que le sobrevino como consecuencia directa una sepsis secundaria, se produjo su deceso el 10 de marzo de 1993.

#### ANTECEDENTES

1. Los hechos fueron investigados inicialmente, a título de lesiones personales, por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Medellín, despacho que recibió en indagatoria al imputado José de Jesús Betancur Vélez, el día 18 de febrero de 1992 (fs. 57), y ordenó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como autor del delito de lesiones personales previsto en el artículo 336 del Código Penal (fs. 66-79).

2. Conocida la muerte de la víctima del lesionamiento, la instrucción fue radicada en la Unidad Primera de Delitos contra la Vida de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, dependencia que, por conducto del Fiscal Octavo Delegado, dictó la resolución fechada el 18 de marzo de 1993, por medio de la cual ajustó la situación jurídica del sindicado, en el sentido de que éste era provisionamente responsable, a título de autor, de un concurso de hechos punibles de homicidio simple y porte ilegal de armado fuego de defensa personal -C. P., art. 323 y Decretos 3664/86 y 2266/91, art. 1º- (fs. 119-125).

3. El funcionario fiscal, previo cierre de la investigación (fs. 289), calificó el mérito de la misma, por medio de resolución de acusación fechada el 11 de junio de 1993, providencia en la cual se le atribuye al acusado José de Jesús Betancur Vélez el concurso material de delitos de homicidio preterintencional (art. 325 C. P.) y violación a los Decretos 3664 de 1986 y 2266 de 1991, hecho este último que se concreta en el porte de arma de fuego de defensa personal, sin salvoconducto (fs. 309-329).

4. Evacuada la audiencia pública (fs. 341-350), el señor Juez Treinta y Seis Penal del Circuito de la misma ciudad, funcionario al cual correspondió por reparto el juzgamiento, dictó la sentencia de condena fechada el 13 de octubre de 1993, por medio de la cual declaró al acusado Betancur Vélez autor responsable de los hechos punibles deducidos en la resolu-

ción acusatoria y le impuso la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual período. A título de responsabilidad civil, el juzgado le ordenó al condenado que debería pagar el equivalente a 1500 y 600 gramos-oro, por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente, en favor de la esposa y la prole que le sobrevivan al finado Betancur Vélez. Además se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional (fs. 373-404).

5. En virtud de la apelación interpuesta por el procesado y su defensor, se produjo la intervención de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, corporación que dicta entonces el fallo de segunda instancia, fechado el 14 de diciembre de 1993, por el cual se confirma integralmente la sentencia de primer grado.

#### LA DEMANDA DE CASACIÓN

Después de cumplir con los requisitos formales de entrada del libelo de casación (encabezamiento, identificación de las partes, síntesis de la actuación procesal y recuento de los hechos materia de juzgamiento), el impugnante aduce como puntal de inconformidad la causal primera de casación, en la modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el juzgador "incurrió en varios errores de hecho, que se presentan de manera manifiesta en los autos, ya que no se apreciaron pruebas en la debida forma y que fueron legalmente producidas y solicitadas..." (fs.s 431 y 432).

La censura tiene el siguiente desarrollo:

1. En el capítulo que titula "motivos de casación", el censor se refiere a un cargo único por error de hecho, irregularidad en la cual incurrieron los dos juzgadores de instancia, pues ambos ignoraron la existencia de medios probatorios que, de haber sido valorados debidamente, seguramente no habían concluido el proceso con sentencia condenatoria. Explica que, a pesar de haber solicitado oportunamente "oír en ratificación lo declarado por el señor José de Jesús Echavarría Bedoya" y no obstante que el testigo fue citado para la audiencia, en últimas se desechó la solicitud y ello condujo a que se dieran por demostradas las conductas delictivas que se atribuyeron a su defendido.

2. El casacionista pretende demostrar el cargo formulado a la sentencia por medio de la transcripción de buena parte del testimonio rendido por el señor José de Jesús Echavarría Bedoya, testigo que él moteja de "fantasmagórico", pues apareció como por encanto en el proceso, para ofrecer una versión completamente alejada de la realidad y de la verdad de los hechos y, no obstante que se le citó para desmentirlo y así dejar al

descubierta la conspiración montada en contra de su proffgado judicial, no fue posible hacerlo por su ausencia en la audiencia pública.

De la extensa cita que se hace en la demanda, se entiende que el testigo declaró que, pocos días después del lesionamiento inferido a Bernardo Emilio Giraldo Ríos, se encontró con el agresor José de Jesús Betancur Vélez, en el pasaje Boyacá -cerca a la iglesia de La Candelaria- del centro de la ciudad, y éste le preguntó que si "Chila" (se refiere a Ana Cecilia Betancur S.) ya le había comentado un problema que él tenía y que, ante la manifestación de ignorancia de lo ocurrido por parte del deponente, aquél le confió que, el día de los hechos, había escuchado un alegato en la calle, salió al balcón de su residencia que está situada en el segundo piso de la edificación que habitan familiarmente, para percatarse que los enfrentados eran Bernardo Emilio y su hermano Aníbal, y que, como quiera que éste "es muy enfermo entonces él lo tenía que defender", fue cuando decidió dispararle por detrás y después se refugió en su casa.

No sólo porque el acusado negó rotundamente haberle ofrecido tal confesión al testigo Echavarría Bedoya, dice el demandante, sino porque le parece imposible que se actúe de tal manera con quien no se tiene la suficiente confianza, pues apenas lo veía una vez a la semana, el día sábado que aquél acostumbraba a visitar el barrio de su residencia, para hacer un recorrido ritual por todo el suburbio con una imagen de la virgen, ocasiones en las cuales se alojaba y comía en la morada que compartían Bernardo, Cecilia y Aníbal.

Sostiene el censor que ese gracioso encuentro entre el testigo y el acusado, lo mismo que las presuntas manifestaciones confesorias de uno al otro, hacen parte de una impostura liderada por la viuda Ana Cecilia Belancur Serrano, con el fin de saciar la animadversión que surgió por razones herenciales, trata para la cual se prestó el señor Echavarría Bedoya, pues de tal manera compensaba los favores recibidos semanalmente por alojamiento y comida. Prueba de ello es que la misma "Chila" le entregó al testigo la orden judicial de citación y lo acompañó a la Fiscalía el día en que rindió la acomodada y oprobiosa versión.

No le parece cuerdo ni corriente al impugnante que el testigo aduzca que, antes de llegar a la Fiscalía, nada conocía sobre los motivos de su citación a ese despacho investigador o que nada había conversado con Ana Cecilia sobre el particular, cuando la amistad entre ellos es evidente, por razón de las visitas periódicas al harrio y el alojamiento en su residencia. Esta negación testimonial, en sentir del casacionista, hace parte de esa misteriosa aparición del señor Echavarría Bedoya como testigo en este asunto, se integra al preconcebido plan para perjudicar a su asistido y para reforzar el scilicet acusador del testimonio de la dama María Inés Ríos Mesa, prima del occiso, quizá con el propósito de encubrir a un tercero. Además, reflexiona el abogado, resultaría bastante curioso que si el

testimonio de matras se produjo el 30 de marzo de 1993, esto es, 4 meses y 19 días después de los hechos, y el presunto diálogo de confianza con el acusado ocurrió apenas transcurridos 4 días enseguida del episodio, el deponente dizque ningún comentario sobre el tema abordó con sus amigos y benefactores de cada sábado.

Para el libelista resulta evidente que, si se hace real la posibilidad de practicar la "ratificación" del testimonio en cuestión, indudablemente habría demostrado los reparos que anteriormente se han condensado.

3. Finalmente, para evidenciar la influencia de los errores señalados en la sentencia, el demandante cita textualmente el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, para concluir que si se hubiera apreciado en debida forma la prueba y se hubiese permitido controvertir el testimonio del señor José de Jesús Echavarría Bedoya, de seguro se habría descubierto la farsa probatoria dirigida por la señora Ana Cecilia Betancur de Giraldo, quien no sólo manipuló aquella deponencia sino la de María Inés Ríos Mesa, "su sobrina política" (sic).

#### EL CONCEPTO DE PROCURADURÍA

Si algo se extraña en la demanda de casación examinada, dice el Procurador Delegado en su concepto, es la claridad y precisión que con razón exige el numeral 3° del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, de modo que no es posible encerrar el ataque a la sentencia con diferentes fundamentos indiscriminados, que en veces se excluyen entre sí, porque una mezcla tal de argumentaciones hace confusa la pretensión y le resta eficacia al escrito para provocar el examen de fondo de los reparos.

La Delegada muestra cómo, a pesar de que el libelista eligió la causal primera de casación, perfunctoriamente en algún espacio de su escrito toca con los supuestos fácticos de la causal tercera, la nulidad, sin referirlo expresamente así, pero que nada diferente puede extraerse de su lamentación al expresar que "de haberse tenido la posibilidad de practicar la prueba solicitada por el suscrito a folios 339 y ordenada por el sentenciador a folio 340, hubiese sido posible probar lo anteriormente argumentado", desafortunada confusión que lleva involucrados dos ataques inconciliables si se exhiben simultáneamente y no separada y subsidiariamente, como lo recomienda la técnica del recurso de casación.

Cuando todo presagiaba que el censor se ocuparía de demostrar los "varios errores de hecho" que le atribuye a la sentencia de grado, dice el Ministerio Público, bien por ser falsos juicios de existencia ora por tratarse de falsos juicios de identidad, aquél simplemente se dedicó a confrontar la trascendencia que se le otorgó al testimonio de José de Jesús Echavarría Bedoya con la propuesta de valoración que él hace del mismo, fundada ésta en la supuesta demostración de la falacia y la impostura de dicho testigo.

De modo que, en sentir de la Procuraduría Delegada, con tal forma de fundamentar la censura, antes que yerros por vías de hecho, el proponente señala más bien equivocaciones de derecho, por falso juicio de convicción del fallador, "aspecto que según lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte y por la doctrina, es de imposible alegación en sede extraordinaria debido a la inexistencia de valores tarifados de las pruebas" (fs. 13). Además, del todo inútiles resultan los esfuerzos del recurrente para demeritar el cuestionado testimonio, pues las conclusiones que sobre el particular presentó el fallador ni siquiera sugieren atentado a las reglas de la sana crítica, única limitación que vincula al juez en el curso de la ponderación probatoria.

La Delegada también advierte artificiosidad en el énfasis de la censura sobre el testimonio atacado, como supuesto para demeritar la sentencia, pues no tuvo presente el demandante que, además de dicha prueba, bastantes y suficientes fueron los otros medios de convicción acogidos para sustentar el fallo de condena, prueba de lo cual la constituyen las reflexiones de la primera instancia, que en lo pertinente se copian textualmente en el concepto. De modo que, con la ratificación testimonial que el censor echa de menos o sin ella, subsiste en el plenario un conjunto probatorio suficiente para fundar una sentencia condenatoria; porque, si además aparece claro el propósito del actor de inducir un reacomodo de la realidad procesal favorable a los intereses que defiende, estéril resulta esa forma de actuar por vía de casación, de cara a la doble presunción de acierto y legalidad de la que viene precedido el fallo de instancia.

Consecuente con tan sustancial motivación, la Procuraduría Delegada en lo Penal sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El casacionista ataca la sentencia del Tribunal por error de hecho, fundado en la presunta ignorancia de la existencia de medios probatorios que, de haber sido valorados en debida forma, seguramente no habrían conducido a la sentencia condenatoria que se objeta; concretamente, por haber desechado "la solicitud de oír en ratificación lo declarado por el señor José de Jesús Echavarría Becoya...". Parece referirse el demandante así al error de hecho por falso juicio de existencia, cuyo perfil lo define la jurisprudencia como el que ocurre cuando el fallador desconoce una prueba que obra en el proceso o supone la que ni siquiera aparece en la actuación procesal; para distinguirlo de ese modo del error de hecho por falso juicio de identidad, cuya caracterización parte de la real existencia del medio probatorio pero el juzgador tergiversa su sentido fáctico.

Lo que se advierte en el sub-judice es que la anomalía que pregonan el libelista no cabe dentro de ninguna de las hipótesis del error de hecho, primero porque en realidad el testimonio del señor José de Jesús Echavarría



Bedoya no sólo aparece en la actuación procesal, sino porque fue valorado con juicio crítico en ambas instancias, eso sí, con resultancias completamente adversas a las que pretende la demanda de casación (falso juicio de existencia); y segundo, porque el fallador hizo un aquilatanamiento del testimonio a partir de sus propias expresiones fácticas, sin adjudicarle al deponente manifestaciones distintas a las que en realidad hizo, o amañadas o fingidas (falso juicio de identidad), tal como parece admitirlo el mismo impugnante cuando simplemente se dedica a combatir los señalamientos del testigo y a ofrecer una opinión crítica diversa del examen probatorio cumplido por los juzgadores, con lo cual la demanda adopta el patético contorno de un alegato de instancia, entre otras cosas, porque tal fue lo alegado por el demandante al momento de la audiencia pública.

Ahora bien, el actor se duele de que se haya menospreciado el pedido de ratificación del testimonio en cuestión, pero tal acusación merece un doble reparo: lo primero, la solicitud de ampliación del testimonio del señor Echavarría Bedoya no fue rechazada por el juzgado 36 penal del circuito que adelantó el juzgamiento, por el contrario, el despacho la acogió y ordenó la prueba para el acto de la audiencia pública, solo que infortunadamente el testigo no acudió a la cita (ls. 340 y ss.). La segunda objeción tiene que ver con una impropiedad técnica en la nominación de lo que echa de menos el demandante, pues no se trata en realidad de la "ratificación" sino de la ampliación del testimonio del señor Echavarría Bedoya. En efecto, a la "ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso" se refiere el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, figura que exige como presupuesto para su procedencia que la versión cuya ratificación se intenta haya ocurrido en otro proceso o se haya practicado como prueba anticipada, hipótesis que no son las que se avienen con las inquietudes del recurrente, como para contemplar en este caso la posibilidad de una aplicación del instituto por vía de integración (art. 21 C. P. P.).

Claro que la inconformidad manifiesta del impugnante es con los contenidos del testimonio analizado, en el sentido de que es una impostura y está plagado de falacia, mas tal insatisfacción aparece irregularmente canalizada por vía de casación. Podría admitirse eventualmente como queja que la defensa, por ausencia de la ampliación de dicha exposición jurada, no tuvo la oportunidad de interrogar y de contrainterrogar al testigo y de infirmar presencialmente su versión, pero tal defecto no constituye en manera alguna un error de hecho en los términos antes planteados (causal 1a., art. 220, inciso 2° C. P. P.), dado que el testimonio como prueba ya existe y fue regularmente practicado.

De modo que resulta desatinada la selección del sendero de ataque a la sentencia impugnada, cuestión que por obra del principio de limitación en materia de casación, fundado en la presunción de acierto y legalidad que cobija a las sentencias de grado, no puede suplirse por la



Corte (art. 228 C. P. P.). Pero la falencia sube de tono cuando se constata no sólo el equívoco radical en la escogencia del motivo de casación, sino también, como lo hace ver la Delegada, la completa ausencia de claridad y precisión en los cargos formulados en la demanda, pues, a la par que se ofrece como sustento del ataque la causal primera de casación, "... se presenta en algún espacio de su libelo un motivo de nulidad, sin afirmar que lo hace al auxilio de la causal tercera de casación y sin demostrar la solidez de su alegación, por cuanto se limitó a expresar que 'de haberse tenido la posibilidad de practicar la prueba solicitada por el suscrito a folios 339 y ordenada por el sentenciador a folios 340, hubiese sido posible probar lo anteriormente argumentado' llevando así insertos dos ataques distintos y contradictorios, por ende con consecuencias diversas".

Recuérdese que las glosas por vías de hecho en la estimación probatoria, que es lo pretendido por el recurrente, presupone para éste la aceptación de que la actuación está exenta de irregularidades relevantes o nulidades, que sólo le mortifica la trascendencia adjudicada a la prueba, pues choca lógicamente su planteamiento simultáneo. Pero el desentendimiento del escrito de demanda es tal que ni siquiera se percata que, en tratándose de inquietudes que cubran dos causales de casación tan distintas como las insinuadas, ni siquiera se le ocurre hacer planteos separados y subsidiarios, como lo exige por metodología y claridad el artículo 225, inciso final del Código de Procedimiento Penal.

Las deficiencias que hasta ahora se rellevan serían suficientes para desestimar la demanda, por incumplimiento de requisitos de dirección que la Sala de oficio no puede imprimirle, pero vale la pena agregar que también se advierte confusión cuando el casacionista acomete la tarea de demostrar el cargo, pues, aunque la expectativa que había generado en la introducción era en relación con la materialidad de la prueba (falso juicio de existencia o de identidad), en dicho capítulo se dedicó a hacer su personal evaluación crítica del testimonio del señor José de Jesús Echavarría Bedoya (ya no le hizo falta la ampliación del mismo), para enseñar cómo el propio acusado le dio un mentís al supuesto testigo, porque no es posible confiarle a alguien con quien no se tiene la suficiente amistad o acercamiento que se ha sido el autor de un delito; para indicar detalles que lo llevan a concluir que el señor Echavarría Bedoya no percibió de oídas lo que dijo ante la Fiscalía bajo la gravedad del juramento; y para estimar que todo obedece a una nefaria impostura urdida por los familiares del desaparecido Giraldo Ríos, sobre todo por la señora Ana Cecilia Betancur viuda de Giraldo, su esposa, con el supuesto testigo. Y en el acápite siguiente, al hablar de la influencia de los errores en la sentencia, el censor pone en evidencia el alejamiento de la inicial propuesta de las equivocaciones de hecho, por desconocimiento, suposición o distorsión de alguna prueba, para continuar por el otro camino de las presuntas falencias en la apreciación probatoria, cuando trae a colación el texto del artículo 254

del Código de Procedimiento Penal, según el cual las pruebas deben apreciarse en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, cuidándose el funcionario de exponer razonadamente el valor que le asigne a cada medio, para concluir que "de haberse apreciado en su debida forma dicha prueba (se entiende que es la forma indicada en la norma citada) y haberse profundizado sistemáticamente, permitiendo que lo allí manifestado por el señor José Echavarría Bedoya, se lograra controvertir, de seguro se hubiese puesto al descubierto el montaje y falsa acusación en contra de mi procurado judicial..." (fs. 438).

De tal manera que al inconforme ya no le incomoda tanto la falta de la ampliación del testimonio del señor Echavarría Bedoya, como el grado de convicción que se le otorgó al mismo en las instancias. Y aunque las dos clases de error ocurren en el momento de la estimación probatoria, la presentación formal de ambos difiere porque en el primero (el de hecho) hay un vacío de conciencia del juzgador sobre el medio probatorio, mientras que en el segundo (el referido a la apreciación racional) habría una disfunción en la valoración del mismo. Así entonces, de cierta manera le asiste razón a la Delegada cuando repara que "Con esto emerge claro que el fundamento de la censura, lejos de propender por la puesta de presente de cualquier error de hecho cometido sobre la prueba, lo que demuestra es la proposición de un error de derecho por falso juicio de convicción..." (fs. 18), aspecto éste que, según lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte y por la doctrina, por regla general es de imposible alegación en sede extraordinaria de casación, dada la ausencia de valores tarifados en materia de pruebas.

Peró no se trata, como lo sugiere el Procurador Delegado, de que las sentencias sean inmunes a los ataques por una errónea ponderación probatoria, pues qué tal si se encara un examen de prueba de instancia que verdaderamente no lo es, por ser el más absurdo, por ser abiertamente contrario al buen sentido y a la justicia; o porque ni siquiera fuera crítica racional sino arbitrariedad. De verdad que el método de la persuasión racional o de la sana crítica, dispensado como herramienta de evaluación probatoria a los jueces y de efectos notoriamente distintos a la abandonada tarifa legal, les otorga cierta soberanía reglada en esta materia, razón por la cual no es admisible rediscutir en casación los juicios de valor de las instancias que lleven imbricados mínimos elementos de la criología; pero, obviamente, si caben las censuras en contra de las sentencias que sólo formalmente y como componente autoritario de su redacción invocan la sana crítica de las pruebas, pero que en realidad no la hacen o la comprenden de manera ostensiblemente torcida o defectuosa. En este campo la Corte ha variado sustancialmente su posición, a partir de la sentencia de casación fechada el 13 de febrero de 1995, cuya ponencia correspondió al magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, en cuyos apartes pertinentes se dijo:

"Trátase ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le suele admitir cuando se vulneran LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA O PERSUASIÓN RACIONAL (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar, en la práctica, la censura, bajo la consideración de que la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esa clase de error. En síntesis, la impugnación, se atiende si se logra evidenciar un ERROR DE HECHO por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatiende cuando el acusacionista está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente estropeada, no ha sufrido menoscabos, esto es, que ni se la ha supuesto ni se la ha ignorado, ni se la ha tergiversado. Porque lo que objeto es la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniendo una prueba en el nivel real y legal en que aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valoración que quiera dársele pretextándose fiel apego y respeto a esa sana crítica. Tal como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de ERROR DE HECHO por no acomodarse a lo que se alega y visualiza en las dos eventualidades del mismo. Y, tampoco sería viable el ERROR DE DERECHO porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios de convicción, ni se ocupa de las pautas que permiten hacer que la deducción o inferencia se correspondan con la experiencia vital.

"Pero alegar el ERROR DE HECHO resulta válido si se mira que todo apartamiento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

"En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría hacer por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimientos y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

"Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso, es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivooca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia.

"En consecuencia, 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, pues que ninguna ley sino la realidad de la vida social, señala cuáles deben ser en cada tiempo y en cada tema, aquéllas. Por eso el error concebido a través de esta vía, es de hecho y no de derecho" (El énfasis pertenece al texto).

Queda por decir que, a pesar de la incredulidad del casacionista, el testimonio que él proscribe tiene todas las trazas de la verosimilitud y de la medida correspondientes a su naturaleza de oídas, pues en más de una ocasión el testigo reitera que su confesante le dijo que le había disparado a Bernardo Emilio sólo por defender a su hermano Aníbal, que se mantiene bastante enfermo, expresión que por sí sola habilitaba al acusado para capitalizar una eventual legítima defensa. Ni en esas palabras ni en aquéllas referidas al estado del arma con la cual se le disparó a la víctima, un desvencijado revólver, según se lo confió el victimario, se advierte propósito perverso de daño o de exageración en el testigo, todo lo contrario, se palpa la cordura y el apego a lo escuchado por éste de parte del procesado, que, entre otras cosas, se compadece con lo expuesto y parcialmente observado por otros testigos, María Stella Castro Zapata, María Leonila Zapata de Echavarría y Mario Inés Ríos, para ver de comprobar que el fallo condenatorio tampoco se fundamentó exclusivamente en el testimonio combatido con tanto ahínco por el censor, sino en un haz de pruebas sensatamente examinado en ambas instancias.

Razón asiste entonces a la Delegada para recomendar la desestimación de la demanda por sus protuberantes fallas de forma, por lo cual la Sala actuará en consecuencia y recibirá como fundamentación, con las aclaraciones señaladas, las agudas observaciones pergeñadas por aquélla en su respectivo concepto.

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 indicados en la motivación.

Cópicse, cúmplase y devuélvase.

*Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente Rangel, Jorge Córdoba Pineda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresnoeda*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ APLICACION INDEBIDA DE NORMA/ REFORMATIO IN PEJUS**

*El error llamado de selección, se presenta cuando el juzgador se equivoca en la calificación jurídica de los hechos, o cuando habiendo acertado, elige una norma distinta para deducir las consecuencias jurídicas.*

*Ante todo debe decirse que para la fecha del fallo del tribunal, no estaba vigente la actual carta política, que prohibió la reforma de la sentencia en disfavor del procesado cuando es apelante único (art.31, inciso 2º), ni el actual estatuto procesal, que reproduce literalmente la misma disposición, en su artículo 17. Pero como se trata normas de contenido sustancial, favorables al procesado, no se discute su aplicación inmediata, máxime si se tiene en cuenta el contenido de su artículo 4º, según el cual, en caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, deben aplicarse las normas constitucionales.*

*La corte ha sido reiterativa al sostener que la prohibición de la reformatio in pejus tiene operancia cuando la revisión de la sentencia depende exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, de manera que el superior no puede revisar el fallo de no mediar dicha impugnación, hipótesis que se presenta cuando los otros sujetos procesales, con interés para hacerlo, no recurren, y la sentencia no está sujeta al grado jurisdiccional de consulta (art.217 código penal, modificado por el art.34 de la Ley 81 de 1993).*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

**Aprobado acta No.157**

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

**Proceso: 8576**

**Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de febrero de 1991, mediante la cual el Tribunal Superior de Orden Público condenó a los procesados Jesús Mesías**



Becerra y José Ricaurte González, a la pena principal de 152 meses de prisión, al declararlos responsables de los delitos de homicidio tentado y lesiones personales, en concurso material de hechos punibles.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 25 de agosto de 1989, a las 2:15 de la tarde, en las instalaciones del Instituto Nacional de Salamina (Caldas), el Ingeniero y dirigente político Pedro Yesid Vélez Trejos fue víctima de un atentado con arma de fuego, recibiendo varios impactos que le ocasionaron muy serias lesiones, impidiéndose un desenlace fatal, gracias a la oportuna intervención médica. En dicho atentado, resultó igualmente herido, en un brazo, el señor Moisés Cifuentes Tovar, a quien se le fijó una incapacidad definitiva de 20 días sin secuelas.

Por estos hechos, fueron capturados y vinculados al proceso mediante indagatoria Jesús Musías Becerra y José Ricaurte González, a quienes el Juzgado Primero de Orden Público de Manizales profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, mediante providencia de septiembre 1° de 1989, por los delitos de homicidio tentado, con fines terroristas, conforme a lo previsto en el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, modificado por el artículo 1° del Decreto 261 del mismo año, lesiones personales y cohecho (fls.46 y ss-1).

Perfeccionada la investigación, el Juzgado, de acuerdo con el procedimiento aplicable a estos casos, con fecha 2 de febrero de 1990, ordenó correr los traslados de ley para alegar, y dictó sentencia el 13 de marzo del mismo año, mediante la cual condenó a los procesados a la pena principal de 126 meses de prisión, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, por el mismo término, como autores responsables de los delitos de homicidio agravado, en el grado de tentativa, lesiones personales y cohecho. El primero, de acuerdo con las normas del Código Penal (art.324.7), en armonía con el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987, pues consideró que la prueba no permitía deducir propósito terrorista en la realización del hecho (fls.111 y ss).

En el trámite del recurso de apelación propuesto contra esta decisión por los acusados y la defensa, se trabó colisión negativa de competencias entre la justicia ordinaria y de orden público, que el Tribunal Disciplinario de la época dirimió asignándola a esta última, fundamentándose en que la víctima tenía la calidad de dirigente político, y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 474 de 1988, a esta jurisdicción especial le estaba atribuido su conocimiento. Descartó que se tratase de un atentado con fines terroristas (fls.169 y ss).

Mediante la sentencia que es ahora objeto de recurso de casación, interpuesto por la defensora de los procesados, el Tribunal Superior de Orden Público confirmó la condena por los delitos de homicidio tentado y



lesiones personales, y absolvió por el de cohecho. En cuanto a las penas, aumentó a 152 meses la privativa de la libertad, y disminuyó a 10 años la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (fls. 70 y ss-2).

Ha de aclararse que, por pérdida del cuaderno principal, el recurso extraordinario solamente fue concedido por el Tribunal mediante auto de 16 de febrero de 1994, y en razón a ello se dispuso la averiguación respectiva (fls. 123 *ibidem*).

#### LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, la defensa acusa la sentencia impugnada de violar, directamente, los artículos 22 y 61 del Código Penal, por falta de aplicación.

Dice que el Tribunal Nacional omitió deducir las consecuencias de un precepto punitivo que reconoció era aplicable, al no hacer la rebaja que ordena el artículo 22 del Código Penal, en armonía con el 61 *ibidem*.

Recuerda que la pena estatuida en el artículo 1º del Decreto 261 de 1988, modificatorio del artículo 29 del Decreto 180 del mismo año, para el homicidio con fines terroristas, en tratándose de delito consumado, es de 15 a 25 años de prisión y multa de 50 a 200 salarios mínimos mensuales.

Insiste en que el Tribunal erró al reconocer la existencia de la tentativa, y no darle al artículo 22 del Código Penal el alcance que corresponde, omitiendo hacer la rebaja respectiva sobre el delito consumado.

Pide, por tanto, que se case parcialmente la sentencia impugnada y se reduzca la pena impuesta a los procesados, aplicando no menos de la mitad del mínimo ni más de las tres cuartas partes del máximo de la sanción señalada para el delito consumado (fls. 132 y ss.).

#### Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Primero Delegado considera que la recurrente tiene razón, a pesar de su parquedad en el desarrollo del cargo propuesto. Empieza precisando que a los acusados se les condenó en la primera instancia a la pena principal de 10 años y 6 meses de prisión, por los delitos de homicidio con fines terroristas en grado de tentativa (art. 1º del Decreto 261 de 1988, modificatorio del artículo 29 del Decreto 180 *ibidem*, en concordancia con el artículo 22 del C. P.), lesiones personales (art. 332 del Código Penal) y cohecho (art. 143 C.P.), en concurso de hechos punibles. Que el Tribunal, en segunda instancia, absolvió por el delito de cohecho, manteniendo la condena por los punibles de homicidio tentado y lesiones, en concurso, imponiéndoles, no obstante, la pena principal de 152 meses de prisión.

Dice que sobre el supuesto establecido por el *ad quem*, de partir "DE LA BASE MINIMA ESTATUIDA EN EL CITADO ARTICULO 1º DEL

DECRETO 261 DE 1988", se deduce que usó la punibilidad partiendo del mínimo legal, lo cual lo obligaba a imponer una pena no menor de la mitad del mínimo, que siendo de 15 años, permitía llegar a 7 años y 6 meses, sobre los cuales se aumentarían dos meses por las lesiones concurrentes. Agrega que el a quo también partió del mínimo, criterio que se acompasa con el del Tribunal, razón por la cual la cantidad de pena debe mantenerse en el límite máximo del descuento, pues, de no ser así, se desatienden las reglas del artículo 22 del Código Penal.

Como el *ad quem* no efectuó la rebaja de pena de acuerdo con las previsiones del citado artículo, puesto que impuso 150 meses por el delito de homicidio, debiendo haber aplicado solamente 90 (7 años, 6 meses), vulneró la ley sustantiva, como lo sostiene la casacionista.

Al margen de esto, estima que por el solo hecho de haber incrementado el Tribunal la pena impuesta, siendo los procesados apalantes únicos, se quebrantaron los artículos 217 del Código de Procedimiento Penal y 31 de la Constitución Nacional.

Por estas razones, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para acomodar la punibilidad a los parámetros indicados. Impetra, así mismo, la invalidación de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, por absoluta falta de motivación (fs.61 y ss. del cuaderno de la Corte).

#### SE CONSIDERA

##### Lesiones personales y prescripción.

Antes de abordar el estudio de la demanda, es necesario señalar que la acción penal en relación con las lesiones personales de que fue víctima el señor Moisés Cifuentes Tovar se encuentra prescrita.

Como se sabe, las heridas causadas a Moisés Cifuentes Tovar y que junto con el delito de homicidio en las circunstancias antes reseñadas, integran el concurso de hechos por los cuales se profirió la sentencia impugnada, determinaron una incapacidad definitiva de veinte días, sin secuelas. Esta clase de lesiones, para cuando los hechos ocurrieron y se dictaron las sentencias de primera y segunda instancia, estaban tipificadas como delito en los artículos 331 y 332, inciso 1º, del Código Penal, con pena privativa de la libertad de 2 meses a 2 años de arresto. De suerte que el término prescriptivo, conforme a las normas de este estatuto (arts.80 y 84), sería de 5 años, que contados desde la fecha de la providencia equivalente al auto de proceder, habrían tenido cumplimiento antes de que el proceso entrara al Despacho para decidir el recurso.

Sobre la base, entonces, de la prescripción de esta conducta punible, la Sala aprehenderá el estudio de la demanda.

*Cargo único*

No es clara la casacionista en el desarrollo del reparo que formula por violación del artículo 22 del Código Penal, pues al precisar el sentido de la infracción, afirma que el juzgador no aplicó las consecuencias previstas en dicha norma, con lo cual da a entender que se la ignoró, a la vez que sostiene que no le dio el alcance correspondiente, proposición que presupone que la tuvo en cuenta, resultando el planteamiento, *ab initio*, contradictorio.

La falla de aplicación y la interpretación errónea se diferencian porque en la primera el fallador deja de aplicar al caso la norma correcta, en tanto que en la segunda selecciona el precepto apropiado, pero le da un alcance que no corresponde a su texto o espíritu.

De todas maneras, desde la perspectiva que se le mire, el ataque sería infundado. No es cierto que la norma haya dejado de ser aplicada, ni que se hubiese desconocido su sentido. Dicho precepto, establece que la pena para la tentativa, no podrá ser menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado, lo cual significa que los límites punitivos legalmente previstos para el hecho punible, se modifican *ipso iure* en las proporciones indicadas, y que es dentro de los nuevos extremos obtenidos, que el juzgador debe tasar la pena respectiva, aplicando los criterios que manda tener en cuenta el artículo 61 *ibidem*.

Pues bien, el *ad quem*, al redosificar la pena, partió de la prevista en el artículo 1° del Decreto 261 de 1988, modificadorio del artículo 29 del Decreto 180 del mismo año, para el homicidio con fines terroristas, que es de 15 a 25 años de prisión. La mitad del mínimo, equivale a 90 meses, y los 3/4 partes del máximo, a 225 meses, lo que quiere decir que podía moverse entre estos dos extremos al tasar la sanción respectiva. Y esto fue lo que hizo, al fijar en 150 meses de prisión la pena privativa de la libertad para este ilícito, *quantum* que se encuentra dentro de los límites previstos en las referidas normas. Si el juzgador hubiese dejado de aplicar el artículo 22 del Código Penal, como lo pregonan la demandante y la Delegada, no habría fijado la pena por debajo de 180 meses (15 años), que es el mínimo adscrito para el delito consumado, según las normas invocadas por el *ad quem*.

Bien claro fue además el Tribunal, al señalar que la pena impuesta en primera instancia, para el homicidio tentado, sería incrementada a 152 meses, siguiendo los criterios orientadores del artículo 61 del Código Penal, a los cuales agregaría dos (2) meses más por las lesiones personales, "partiendo de la base mínima estatuida en el citado artículo 1° del Decreto 261 de 1988, en armonía con lo presupuestado en el artículo 22 del Código Penal", expresión esta última a la cual no cabe darle el alcance que pretende la Procuraduría, en el sentido de que el aumento por el

concurso debía hacerse sobre la pena mínima prevista para el homicidio tentado por la citada norma, vale decir, 90 meses. Esto no fue lo que quiso expresar el juzgador, ni del contexto de la decisión se infiere tal aserto.

Distinto es que la impugnante no esté de acuerdo con la pena fijada por el ad quem, porque, en su opinión, no consulta los criterios señalados en el artículo 61 del Código Penal, pero este cargo, aparte de no haber sido desarrollado, no tendría asento por la vía de la violación directa, sino de la indirecta, por cuanto la concreción de la pena, dentro de los límites señalados en la ley, es tarea deferida al juzgador, que cumple de manera discrecional, y comporta consideraciones de orden puramente fáctico, verbigracia la personalidad del procesado, la gravedad y modalidades del hecho punible, y el grado de aproximación al momento consumativo, entre otras.

Por lo demás, el cargo, en los términos propuestos por la recurrente, deviene jurídicamente inalegable, porque la dosificación de la pena realizada por el Tribunal, que la demanda cuestiona, se fundamentó en el artículo 1º del Decreto 261 de 1988, que describe y sanciona el homicidio con fines terroristas, delito por el cual no fueron condenados los procesados. De donde el error, antes que de interpretación del artículo 22 del Código Penal, sería de selección, por aplicación indebida del citado artículo 1º y falta de aplicación de los artículos 323 y 324 del Código Penal.

En la sentencia de primera instancia, el Juez descartó, por falta de prueba, que la conducta hubiera estado motivada por fines terroristas. Por esta razón, aplicó las normas del Código Penal, relativas al homicidio agravado (arts.323 y 324.7), en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1631 de 1987, en razón a la calidad de dirigente político del sujeto pasivo, y no las de orden público (arts.29 y 30 del Decreto 180 de 1988, y 1º del Decreto 261 del mismo año), atañedoras al homicidio con propósitos terroristas. Veamos:

*"Debemos decir, en este momento procesal que, aún cuando al resolver la situación jurídica se dijo que, los encartados habían violado el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, modificado por el artículo 1º del Decreto 261 del mismo año, se debe aceptar que, en realidad de verdad, la disposición violada fue el artículo 323 del Código Penal, porque la tentativa no se cometió con fines terroristas. Con la circunstancia de agravación punitiva del numeral 7º del artículo 324 del Código Represor. Y, la del artículo 1º del Decreto 1631 de 1987" (fs. 117 y 118).*

Esta postura fue prolijada por el Tribunal Disciplinario al dirimir la colisión surgida entre la justicia ordinaria y la de orden público, después del proferimiento de este fallo. La competencia, como se recuerda, se mantuvo en cabeza de esta última por la calidad de dirigente político de la víctima (art.2º del Decreto 174 de 1988).

En el fallo impugnado, ningún comentario en sentido distinto del expresado por el a quo en relación con la adecuación típica de la conducta, se hizo por parte del Tribunal. Por el contrario, se la acoge implícitamente, y se parte de ella para redosificar la pena, solo que al entrar a cuantificarla, se aplicaron equivocadamente las normas de orden público relativas al homicidio con fines terroristas, como se desprende de los siguientes apartes:

*"Ya se vio que a los inculpaados se les condenó a la pena principal de 10 años y 6 meses de prisión, como conatores de las conductas punibles consagradas en los artículos 323, 324, ordinal 7°, en armonía con el artículo 22 del Código Penal, por el homicidio intentado en concurso con el de lesiones personales, art.332 de la obra en cita y el cohecho.*

*"Es este orden de ideas, la Sala, siguiendo los criterios orientadores para fijar la pena señalada en el artículo 61 del Código Penal, estima que, dada la forma y manera como se llevó a cabo la empresa criminal, la colocación de las víctimas en estado de indefensión, la forma premeditada y fría, la sanción punitiva debe ser incrementada en virtud de las exigencias del art.1° del Decreto 261 de 1988, modificatorio del art.29 del Decreto 180 del mismo año, norma que consagra como sanción mínima para sus infractores la de 15 años de prisión y multa de 50 a 200 salarios mínimos legales" (fs.56-2).*

El error, llamado de selección, se presenta cuando el juzgador se equivoca en la calificación jurídica de los hechos, o cuando habiendo acertado, elige una norma distinta para deducir las consecuencias jurídicas. En esta segunda falencia, incurrió el juzgador, la cual, por ser de mayor cobertura, deja sin piso la dosificación cuestionada en la demanda.

Por carecer entonces de fundamento, se desecharán las pretensiones de la impugnante y las consideraciones que en su discurso de prohilación hace la Delegada en relación con el mismo punto.

#### CASACIÓN OTICIOSA

##### *Reformatio in pejus:*

Ante todo debe decirse que para la fecha del fallo del Tribunal, no estaba vigente la actual Carta Política, que prohibió la reforma de la sentencia en disfavor del procesado cuando es apelante único (art.31, inciso 2°), ni el actual estatuto procesal, que reproduce literalmente la misma disposición, en su artículo 17. Pero como se trata de normas de contenido sustancial, favorables al procesado, no se discute su aplicación inmediata, máxime si se tiene en cuenta el contenido de su artículo 4°, según el cual, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, deben aplicarse las normas constitucionales.



La Corte ha sido reiterativa al sostener que la prohibición de la reformatio in pejus tiene operancia cuando la revisión de la sentencia depende exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, de manera que el superior no puede revisar el fallo de no mediar dicha impugnación, hipótesis que se presenta cuando los otros sujetos procesales, con interés para haberlo, no recurren, y la sentencia no está sujeta al grado jurisdiccional de consulta (art.217 Código Penal, modificado por el art.34 de la ley 81 de 1993).

De acuerdo con las normas que se encontraban vigentes cuando el Tribunal de Orden Público resolvió el recurso de apelación (art. 5º, numeral 4º, Decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 1º del Decreto 99 de 1991), la sentencia no era consultable. Y, nadie más, aparte de los procesados y su defensor, la impugnó. De suerte que las nuevas normas, devienen aplicables al caso en estudio.

El Juzgado de primera instancia, al tasar la pena a imponer a los procesados, como autores responsables de los delitos de homicidio tentado, lesiones personales y cohecho, hizo, en lo fundamental, estas precisiones:

*"Cuando se trata de concurso de hechos punibles, dispone el artículo 26 del Código Punitivo que, se partirá de la pena que tenga establecida el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto,*

*"En conclusión, En el caso sub judice, debe partirse de la pena que señala el artículo 324 del Código Penal. Señala, para sus infractores, prisión de 16 a 30 años. Y, como nos encontramos ante un delito en la modalidad de tentativa, artículo 22 ibidem, esa penalidad sería ocho años.*

*"Y, ese mínimo de ocho años, debe tener un incremento de dos años, una cuarta parte, por nula del artículo 1º del Decreto 1631 de 1987. Concordante con el artículo 2º de la norma en cita. El ofendido Yesid Trejos es dirigente político,*

*"Y, por el concurso de hechos punibles, se hará otro aumento de seis (6) meses, quedando en definitiva, la pena a imponer, en diez años y seis meses de prisión" (fl. 119-1).*

Al revisar este fallo, el Tribunal absolvió a los procesados por el delito de cohecho, pero les incrementó la pena por el delito de homicidio, en el grado de tentativa, de 120 a 150 meses de prisión. A este último respecto, anotó:

*"Así las cosas, resulta obvio y jurídico imponer como pena principal a los acusados CIENTO CINCUENTA MESES DE PRISION por el delito de homicidio tentado y DOS MESES más en virtud del concurso con las lesiones personales, partiendo de la base mínima establecida en el citado artículo 1º del Decreto 261 de 1988, en armonía con lo presupuestado en el artículo 22 del Código Penal..." (fls.85-2).*



Por tanto, en aplicación del principio de la prohibición de la reformatio in pejus, la Sala casará parcialmente la sentencia impugnada, para mantener la pena fijada por el a quo en relación con dicho ilícito, y para hacer claridad en el sentido de que se la deduce por el delito de homicidio agravado, conforme a las previsiones de los artículos 1º y 2º del Decreto 1831 de 1987, 323, 324.7 y 22 del Código Penal, en los términos señalados en la sentencia de primera instancia.

#### PRESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES PERSONALES

De conformidad con lo anotado en la primera parte de las consideraciones de este fallo, se declarará prescrita la acción penal en relación con esta conducta y se harán los ajustes punitivos pertinentes, teniendo en cuenta que el Juzgado aumentó en seis (6) meses la pena por razón del concurso, es decir, por las lesiones personales y el cohecho, y que en relación con este último ilícito el Tribunal absolvió a los acusados. De allí que por estos aspectos no cabe hacer incremento alguno.

Esto significa que los procesados Jesús Mesías Becerra y José Ricaurte González, deben responder solamente por el delito de homicidio, en el grado de tentativa, y que por este ilícito deben purgar diez (10) años de prisión.

#### SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Encuentra la Sala que la imposición de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, por un tiempo igual a la principal, no mereció de los juzgadores de instancia motivación alguna, desconociéndose, por tanto, las razones que pudieron haber tenido para su aplicación. Ya en repetidas oportunidades, esta Colegiatura ha dicho que una tal decisión debe ser motivada, por cuanto es al juzgador a quien corresponde analizar su procedencia. Como no se hizo, habrá de invalidársele, pues además no se advierte que su aplicación sea necesaria en el presente caso.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, oído el concepto del Procurador Primero Delgado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESOLVE

- 1.- DESESTIMAR la demanda de casación presentada por la defensora de los procesados.
- 2.- DECLARAR PRESCRITA la acción penal respecto de las lesiones personales de que se hizo víctima al señor Moisés Cifuentes Tovar.
- 3.- CASAR PARCIALMENTE, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, para introducir las siguientes modificaciones:

a) Se condena a los procesados Jesús Mesías Becerra y José Ricaurte González, a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autores responsables del delito de homicidio agravado, en el grado de tentativa, de acuerdo con lo previsto en los artículos 328 y 324.7 del Código Penal, en concordancia con el Decreto 1631 de 1987, artículos 1º y 2º.

b) Dejar sin efecto la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a los procesados.

En lo demás, la sentencia recurrida conserva su validez.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

*Fernando E. Arhóleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Esrobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pirulla Pirulla, Juan Manuel Torres Presneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## HOMICIDIO/ SECUESTRO/ PENA

*En sentencias del 5 de noviembre de 1995 y 25 de julio de este año, con ponencias del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y quien ahora cumple igual función, ha afirmado la Sala que siendo un imperativo el acatamiento de la cosa Juzgada constitucional, inane resulta suscitarse debates sobre asuntos cuya consonancia con la constitución ya ha sido declarada, como acontece con los incrementos punitivos para los delitos de homicidio, extorsión y secuestro, pues la Corte Constitucional en Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993, los declaró exequibles, considerando además, que las razones de política criminal que dieron origen a dicha normatividad, se basaron en la necesidad de una mayor drasticidad en la sanción de este tipo de delitos, catalogados dentro de los de lesa humanidad, tanto por su naturaleza como por el daño y su trascendencia dentro de la sociedad.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gáñez Argote*

*Aprobado Acta No.157*

*Proceso: 9575*

### VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor de Noel de Jesús Ruiz Córdoba, contra el fallo proferido el 23 de febrero de 1994 por el Tribunal Superior de Pereira, que confirmó la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Virginia (Risaralda), por medio de la cual se condenó al procesado a la pena principal de 25 años de prisión, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y a la suspensión de la patria potestad por 15 años, al igual que al pago de los perjuicios ocasionados como autor del delito de homicidio.

## HECHOS

Sucedieron a las 2:00 p.m. del 28 de febrero de 1993, en el municipio de la Virginia (Risaralda), en un bar denominado «Las Camelias», en donde Noel de Jesús Ruiz Córdoba se encontraba ingiriendo licor, y luego de que llegara al mismo lugar Edgar Restrepo Valencia, sin mediar palabra fue agredido con cuchillo por NOE, quien le propinó 13 puñaladas a causa de las cuales falleció.

## ACTUACION PROCESAL

Con base en las diligencias practicadas por la Inspección de Policía de Virginia (Ris.) y el informe sobre la captura de Noel de Jesús Ruiz Córdoba, el 10. de marzo de 1993 la Fiscalía Seccional del mismo municipio abrió la investigación, vinculando mediante indagatoria al aprehendido y luego de practicada múltiple prueba testimonial, el 5 de marzo del mismo año le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio.

Perfeccionada la investigación, el 3 de junio de 1993 se decretó su cierre, decisión contra la cual el defensor del procesado interpuso recurso de reposición que le fue resuelto negativamente y el 8 de julio siguiente se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Ruiz Córdoba por el mismo delito imputado en la medida preventiva.

En la etapa del juicio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se negó una nulidad solicitada por el defensor del procesado; decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira al desaharse el recurso de apelación interpuesto.

El 30 de noviembre de 1993, se llevó a cabo la audiencia pública y una vez proferida la sentencia condenatoria, fue apelada por el defensor de Ruiz Córdoba, habiendo recibido confirmación por parte del Tribunal, en los términos precedentemente expuestos.

## LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera, cuerpo primero -que reproduce- del artículo 220 del C. de P.P., un solo cargo dice formular el defensor del procesado, no obstante que termina impetrando se «decrete la nulidad de la sentencia por haberse tomado un parámetro punitivo no aplicable como era el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, pues tal error engendra ILEGALIDAD DE LA PENA».

Para demostrar la censura, reproduce de la sentencia impugnada, lo relativo a la aplicabilidad de la Ley 40 de 1993, refiriéndose de inmediato a la opinión disidente de la Sala mayoritaria, en orden a sustentar su

criterio en cuanto a que la aplicabilidad de dicha ley únicamente procede en los eventos concursales entre homicidio y secuestro simple o extorsivo, pues, en su concepto, es claro que tal normatividad fue expedida con el «afán de reprimir específicamente el secuestro», lo cual pasa a demostrar con una descripción del contenido de cada uno de los capítulos de la misma, haciendo énfasis en la modificación que el artículo 28 del Estatuto Antisecuestro introdujo al 44 del C.P., en lo referente al máximo punitivo previsto en la legislación penal, ya que, a su modo de ver es «obvio», pues, «de no hacerlo habría creado un enfrentamiento entre la norma general y esta norma especial generando confusión y caos».

En el mismo sentido, aduce, debe entenderse que dicha modificación lo fue «exclusivamente en relación al secuestro» y afirma en consecuencia, que las únicas modificaciones sufridas por el código penal en razón de ésta ley son «en cuanto a los TIPOS PENALES que se agoten en relación con el ilícito de secuestro» y que resulta aplicable cuando se trata del delito de homicidio a que se refieren los artículos 323 y 324 del C.P., pues luego de resaltar el contenido de la causal de agravación contenida en el numeral 8o. del artículo 30 de la Ley 40 de 1993, collige su «naturaleza y carácter de la normatividad especial que se contiene en la Ley Antisecuestro».

Con base en dichos planteamientos, considera el casacionista que tanto el Fiscal como el Juez incurrieron en error al invocar la ley 40 de 1993 en el caso concreto, siendo que «no puede tener aplicación», puesto que de conformidad con una interpretación teleológica, sistemática e histórica, puede deducirse que tal ley nació para combatir el delito de secuestro, como un reconocimiento al clamor ciudadano; de ahí la severidad de sus penas.

Textualiza un aparte de una jurisprudencia de 1990 sobre el homicidio que con finalidad terrorista creó el Decreto 180 de 1988, así como de una decisión del Tribunal Superior de Cali en donde se decretó una nulidad por considerar que la norma aplicable a un caso concreto, por el delito de homicidio, era el original artículo 323 del C.P. y no la Ley 40 de 1993, concluyendo por tanto, que sería «inconcebible», que a un homicidio simplemente voluntario, «producto de una riña como los que suelen darse en las cantinas, que nada tienen que ver con el orden público y mucho menos con el terrorismo o el secuestro» se les aplicara dicho estatuto, dándole el mismo tratamiento que al «homicida depravado que asesina a la víctima secuestrada».

Solicita entonces, casar la sentencia impugnada y en consecuencia se declare la nulidad.

## CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN LO PENAL

Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal, el aumento de penas a que se refiere el Título VI de la Ley 40 de 1993, es independiente y además no ofrece «elemento de confusión, motivo que fuerza el acalamiento de su tenor literal», pudiéndose además colegir que no fue el interés del legislador crear en dicha ley tipos especiales sino incrementar punitivamente los delitos allí contenidos, rehaciendo las fórmulas típicas que de los mismos traía el C.P., ni mucho menos puede deducirse «válidamente» que la descripción típica del homicidio exija conexidad con el de secuestro, como que tampoco quiso el legislador «convertir el homicidio en agravante del punible de secuestro, dejando vigente para los demás casos, ajenos a esa modalidad delictiva, la regulación contenida en el Decreto 100 de 1980».

En consecuencia, estima que se debe desechar el cargo.

De otra parte, solicita la casación oficiosa y parcial del fallo impugnado, en razón a que en las sentencias de instancia se impuso al procesado la pena accesoria de la pérdida de la patria potestad por 15 años sin motivación alguna.

## CONSIDERACIONES

1º. Evidente es la confusión conceptual en que incurre el casacionista al acusar la sentencia impugnada por indebida aplicación de la Ley 40 de 1993, la cual conduciría a la falla de aplicación del artículo 323 del Decreto 100 de 1980, esto es, por la vía de la violación directa de la ley sustancial y concluir impetrando de la Corte la declaratoria de nulidad del fallo recurrido.

2º. Este vicio técnico, comportaría de suyo la improperidad del cargo, habida cuenta de que no se complace con la técnica casacional la formulación y demostración de una censura con amparo en una determinada causal y terminar solicitando el proferimiento de una decisión correspondiente a otra, más aún cuando esta corresponde a una petición de nulidad.

3º. No obstante, y aún entendiendo que el pedimento del casacionista se comprenda como un lapsus o como una imprecisión, si se tiene en cuenta que la demostración que hace de la censura la desarrolla en armonía con el cargo propuesto, cree la Sala oportuno enfatizar en las razones jurisprudenciales que viene reiterando sobre esta misma temática y que aún en las circunstancias técnicas del libelo, dejan claro la falta de razón que le asiste al demandante en la inconformidad propuesta.

3º. En efecto, en sentencias del 5 de noviembre de 1995 y 25 de julio de este año, con ponencias del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y quien



ahora cumple igual función, ha afirmado la Sala que siendo un imperativo el acatamiento de la cosa Juzgada constitucional, inane resulta suscitar debates sobre asuntos cuya consonancia con la constitución ya ha sido declarada, como acontece con los incrementos punitivos para los delitos de homicidio, extorsión y secuestro: pues la Corte Constitucional en Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993, los declaró exigibles, considerando además, que las razones de política criminal que dieron origen a dicha normatividad, se basaron en la necesidad de una mayor drásticidad en la sanción de este tipo de delitos, catalogados dentro de los de lesa humanidad, tanto por su naturaleza como por el daño y su trascendencia dentro de la sociedad.

4o. Así, en la mencionada sentencia, entendiendo una inescindible equiparación axiológica entre los bienes jurídicos a tutelar con estos delitos, coligió la justificada drásticidad en las sanciones establecidas por la Ley 40 de 1993 para este tipo de conductas, al afirmar en la aclaración preliminar:

*«Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas (arts. 29, 39 y 31 de la Ley 40/93), cuyo aumento de penas le corresponde examinar en este estrado, hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica, dada por la identidad de los bienes jurídicos que el legislador busca proteger al incrementar el homicidio y el secuestro, la cual en este caso se refleja en el incremento del quantum punitivo de los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente.*

*En cuanto a lo primero, y según se analizará en detalle más adelante, 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.*

*En cuanto a lo segundo, es sabido que por lo general, con el objeto de obtener la utilidad, provecho o finalidad perseguidos, los autores o copartícipes en el delito de secuestro presionan la entrega o la verificación de lo exigido, con la amenaza de muerte o lesión de la víctima. Del mismo modo, lamentablemente, las más de las veces sobreviene la muerte o lesiones personales por causa o con ocasión del secuestro. De ahí que las circunstancias mencionadas se hayan erigido en causales de agravación punitiva, las primeras del delito de secuestro (artículo 3o., numerales 7 y 11 de la Ley 40 de 1993) y las segundas del delito de homicidio (artículo 30, numeral segundo ibídem).*

*Es también sabido que con frecuencia se mata al secuestrado para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible; para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los partícipes.» (Resalta la Sala).*

5o. Por ello, debe entenderse que, la mencionada ley conservando la misma descripción típica que de los delitos de homicidio, extorsión y secuestro traían el Código Penal y otras disposiciones especiales, aumentó sus consecuencias punitivas, precisamente por la necesidad de proteger con igual celo y severidad el derecho a la vida y el de la libertad, como que éste último se debe al primero, pues al fin y al cabo los demás derechos de los cuales pueda disfrutar un ser humano por su calidad de tal se sustentan en ellos, razón por la cual el legislador, y así lo entendió la Corte Constitucional, la Ley Antisecuestro ubica en un mismo plano de igualdad a éstos derechos que resultan seriamente lesionados con la comisión de esa clase de delitos, constituyendo las modalidades delictivas más graves y desestabilizadoras en el marco de la criminalidad ordinaria, afectando otros derechos constitucionales tan importantes como la dignidad, la familia y la paz.

6o. Implica lo anterior, que tanto el delito de secuestro como el de homicidio previstos en la Ley 40 de 1993 tienen la autonomía típica suficiente para que la aplicación de dicha ley, en relación con el delito de homicidio en concreto, no requiera además, la comisión de un secuestro, puesto que aparte de la clara y expresa advertencia de que allí se dictan unas normas sobre secuestro y «otras disposiciones» no significa, de manera alguna, que estuviera limitando su contenido a regulaciones estrictamente relacionadas con el secuestro.

7o. Así las cosas, es necesario concluir que la Ley 40 de 1993, tampoco tiene la «naturaleza y carácter especial» que le atribuye el casacionista con base en el numeral 8o. del artículo 30 (*ejusdem*), no sólo porque tal Estatuto vino a integrar y complementar el catálogo ordinario de punibles contenidos en el Decreto 100 de 1980, como que en el agravante que cita el casacionista se recogieron todas y cada una de las eventualidades que antes de su expedición y en virtud de legislación excepcional generaban un paralelismo normativo en torno al delito de homicidio en concreto, sino porque además, la sentencia de constitucionalidad de los artículos 1o, 28, 29, 30 y 31 de la ley 40 de 1993 por medio de los cuales se incrementaron las penas para los delitos de homicidio, extorsión y secuestro, no condicionó los efectos ni el alcance de dicha declaratoria, respecto del punible de homicidio a su conexidad con el de secuestro.

El cargo no prospera.

*Casación oficiosa:*

Razón le asiste al Procurador Delegado al solicitar la casación oficiosa del fallo impugnado en relación con la sanción accesoria de la pérdida de la patria potestad impuesta a Noel de Jesús Ruiz Córdoba por el término de 15 años, ya que a pesar de que en la sentencia de primera instancia, sobre esta sanción, no se observa ninguna consideración diferente a su imposición, fue confirmada por el Tribunal.

Por ello y como en repetidas oportunidades lo ha sostenido esta Corporación, la discrecionalidad otorgada por el artículo 52 al Juez para imponer este tipo de sanciones diferentes a la de interdicción de derechos y funciones públicas, no lo habilita para ejercer caprichosamente el poder punitivo, cuyo ejercicio le ha encomendado el Estado, pues se desconocería el principio de legalidad de la pena, si esta no se fundamenta y mucho menos se justifica su relación con el delito cometido, imperioso resulta acoger la petición del Ministerio Público, casando oficioso y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de dejar sin efectos la pena accesoria de la pérdida de la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 228 y 229.1 del C.P.P.

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

1o. Desestimar la demanda.

2o. Casar oficioso y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de dejar sin efectos la pena accesoria de la pérdida de la patria potestad que por 15 años le fue impuesta a Noel de Jesús Ruiz Córdoba, en las instancias.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## DEFENSOR/ PROCESADO

*El artículo 137 del Código de Procedimiento Penal le confirió al procesado «Para los fines de su defensa ... los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación», opciones cuyo ejercicio autónomo por el acusado no significan en modo alguno un abandono de los deberes del abogado que lo representa, quien no se puede considerar forzado a patrocinar cuando recurso o petición quiera intentar bajo su propio riesgo el procesado.*

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

*Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

*Aprobado Acta No. 137.*

*Proceso: 9444*

## VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto a nombre del procesado Henry Henao Carvajal, en contra de la sentencia proferida por El Tribunal Superior de Pereira el 26 de enero de 1994, confirmatoria de aquella que en primera instancia emitió el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sanuario Risaralda por considerar al acusado autor responsable del delito de homicidio agravado en concurso con el de hurto, y a la cual tan solo se le introdujo una reducción de la sanción de prisión a 18 años.

Las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad, se fijaron en el término de diez y quince años, mientras la condena por los perjuicios materiales y morales en la suma de \$41'081.040.00 y en el equivalente a 50 gramos oro respectivamente.

## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El 6 de octubre de 1992 en las horas del medio día, dos campesinos del lugar, Javier Torres Gómez y Manuel Antonio Echeverry, por casualidad hallaron entre unos matorrales en el sitio denominado la Coca

vereda de San Carlos en la carretera que une las poblaciones de Apía y Viterbo, el cuerpo baleado del señor David Antonio Suaza, procediendo a su traslado al hospital de la localidad.

Pese al estado agónico en que se encontraba el herido, en el recorrido informó su nombre y señaló a su amigo Henry Henao como el autor de los disparos recibidos y de la sustracción de una camioneta de su propiedad, solicitando se le informara de lo ocurrido a su hermana Inez Delia Suaza empleada de la Alcaldía de Pereira. El herido fue trasladado a un centro hospitalario donde horas después falleció como consecuencia de la gravedad de las heridas.

Al día siguiente, el padre de crianza del occiso se dirigió a la localidad de Apía para entrevistarse y agradecer a las personas que habían auxiliado a su hijo, y luego les solicitó que le señalaran el sitio en donde lo habían encontrado, dirigiéndose allí en compañía de un cabo y tres agentes de la policía. De regreso divisaron la camioneta hurtada, la que quedó retenida junto con el forastero de nombre Javier de Jesús Palacio Montoya quien se encontraba en su interior.

2.- La Unidad de Fiscalía Seccional de Apía dispuso la apertura de la investigación, escuchando en indagatoria a Palacio Montoya y Henry Henao Carvajal. También recepcionó un sin número de testimonios, entre ellos, el del Comandante de la Policía Raúl de Jesús Mira Serna, quien reafirmó haberle escuchado a la víctima en el hospital de San Vicente que el autor de los disparos había sido su amigo Henry Henao para hurtarle la camioneta.

La situación jurídica de Henao se resolvió con medida de aseguramiento de detención preventiva, mientras que el segundo indagado fue dejado en libertad, decisión que sometida al recurso de apelación mereció ratificación por la Fiscalía Cuatro Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira.

Clausurada la instrucción, el sumario fue calificado mediante resolución de acusación en contra de Henry Henao Carvajal por los delitos de homicidio agravado en concurso con hurto agravado y calificado, y mediante preclusión a favor de Javier de Jesús Palacio Montoya, determinando que por separado se adelantaran los trámites a fin de vincular a los otros posibles copartícipes a la investigación.

El acusado interpuso el recurso de alzada, pero la Fiscalía Tres Delegada ante el Tribunal le impartió confirmación, modificando la adecuación típica para que el apelante respondiera por el delito de homicidio agravado en concurso con el de hurto simple. Respecto de Palacio Montoya se revocó la preclusión, así como el auto de cierre de la investigación, para que la averiguación continuara por separado, y otro tanto se determinó respecto de los copartícipes no conocidos.

3. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía inició el trámite de la causa el 12 de abril de 1993 notificando al implicado el 19 del mismo mes y año, y posteriormente designó perito para establecer el monto de los daños y perjuicios, despachando desfavorablemente una nulidad planteada por el acusado, determinación que motivó sin éxito final la interposición del recurso de apelación.

El 3 de junio siguiente se recibió en la secretaría del Juzgado un memorial suscrito por el procesado solicitando el aporte de las siguientes pruebas: oficiar al Comando del Ejército reclamando copia de su intachable hoja de vida; a la Cámara de Comercio por certificación de su condición de vendedor profesional con registro mercantil y a la Oficina de Tránsito informes sobre propiedad del vehículo hurtado; a la Empresa Zamora Editores para determinar si el Doctor Gonzalo Gómez Giraldo adquirió una obra para niños, y que además se llamara a declarar a este individuo el día de la audiencia, a fin de que exhibiera la obra adquirida, pues se proponía demostrar que el día de ocurrencia de los hechos, se habían entrevistado personalmente. De otra parte, que se le sometiera a reconocimiento en fila de personas por parte de quienes lo incriminaban en el hecho investigado, se oyera a las personas que auxiliaron al herido para que expusieran qué era lo que habían escuchado, y de considerarse indispensable, se indagara con su familia en relación con las prendas que fueron encontradas dentro del automotor hurtado. Así mismo, que fuera llamado a declarar el Agente de la Policía que se hallaba en el Hospital de Perpetra en el momento del ingreso del herido.

Igualmente ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía formuló solicitud para la terminación anticipada del proceso, pero como en el curso de la diligencia no se ailaró a los cargos formulados por la Fiscalía, el conocimiento de la actuación pasó al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santuario. A la terminación de la audiencia pública se produjo el fallo de resultados mencionados, a cuya revisión por vía de apelación, el Tribunal le impartió confirmación con las modificaciones señaladas. Esta última es la determinación sometida por la defensa al recurso extraordinario.

#### LA DEMANDA

Con invocación del numeral tercero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dice el recurrente que el fallo se profirió en un proceso viciado de nulidad, y luego de transcribir algunos apartes del pronunciamiento del Tribunal obrantes a folios 19 y 20, donde se alude a la propuesta de la defensa sobre posibles irregularidades procesales, dice que se incurrió en violación al debido proceso por no haberse puesto en su conocimiento el dictamen que establecía el monto de los perjuicios, y quebrantado al derecho de defensa por la no práctica de algunas pruebas, lo que en su sentir resulta suficiente para solicitar la nulidad de lo actuado.



Admite que de conformidad con pronunciamientos de la Corte, no es cualquier irregularidad la que determina la nulidad, pero que en todo caso ante la petición del acusado sobre la práctica de algunas pruebas que consideraba fundamentales para su defensa, debió ordenarse su decreto y práctica, así en ese momento se surtiera una apelación, ya que, «el enjuiciado no tenía ni tiene la versación jurídica suficiente para comprender tal hecho. Para él era suficiente que estas se solicitaron durante el término de preparación de la audiencia, y aún si ello no lo fuera, mal puede el juzgador recortar al procesado esta garantía de orden suprallegal...».

Más adelante asegura sobre la conducencia y pertinencia de las pruebas que las solicitadas por el implicado cumplían con los mencionados requisitos, y con la invocación de algunos criterios doctrinarios concluye en que al acusado se le vulneró el derecho de defensa, y el debido proceso. Además, por cuanto en el trámite de la segunda instancia no estuvo asistido por un defensor, pues aquel que le había sido designado por la Defensoría Pública apenas actuó durante la primera instancia.

Con base en lo anterior solicita que la Corte case la sentencia de segundo grado y en su lugar decrete la nulidad de la actuación a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, para que en su lugar disponga la práctica de las pruebas que oportunamente fueron solicitadas por el procesado.

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal estima que la problemática planteada por el casacionista permite abordar directamente y sin preámbulos su estudio, advirtiendo de entrada la improsperidad de los tres reproches formulados: haber guardado el Juzgado Promiscuo de Santuario silencio respecto del memorial de solicitud de pruebas obrante a folio 354 del c.o.; la falta de traslado a las partes del dictamen pericial sobre los perjuicios folio 353 del c.o. con lo que se ocasionó detrimento al derecho de defensa, y la falta de asistencia de un defensor en el trámite de la segunda instancia.

Sin embargo, el primer desatino que vislumbra la Delegada, lo atribuye al incumplimiento del censor respecto de los requisitos de forma que exige el recurso extraordinario, pues omitió reseñar objetivamente la irregularidad en que funda la alegación, así como la trascendencia procesal y sustancial de la tacha tal como lo sostuviera la Corte en sentencia del 19 de marzo de 1994 con ponencia del Magistrado Doctor Ricardo Calvente Rangel.

Dejó de señalar el casacionista la incidencia o trascendencia de la falencia en el fallo, así como las normas sustanciales o procesales que

consideraba infringidas. De los tres cuestionamientos formulados, agrega, apenas intentó desarrollar el relacionado con la no práctica de pruebas que fueran solicitadas por el procesado: sin embargo, aunque el derecho de defensa obedece tanto al ejercicio técnico como material, la ignorancia jurídica del procesado no puede servir para avasallar el procedimiento penal, esto es, que por esas razones no estuviera sujeto al rito establecido en la ley. De otra parte recuerda, la solicitud se presentó de manera extemporánea el día 3 de junio ya que el término había vencido el día primero del mismo mes y año.

Pero así se pensara de manera laxa en el rito procesal respecto del imputado que ejerce su defensa al margen de la normatividad, el argumento impugnatorio carece de razón, pues de las pruebas pedidas en el escrito como la referida a la hoja de vida militar del procesado o la constancia de que ejercía actividades de comercio, no se avizora su trascendencia, ya que esos documentos en nada modificaban la robusta y certera prueba incriminatoria deducida por el Tribunal.

De otra parte, la no puesta a disposición de las partes del dictamen pericial, como lo reconociera el mismo casacionista en citas de la jurisprudencia, es irregularidad que no posee la suficiente entidad para socavar la estructura procesal del debido proceso o la del derecho a la defensa, máxime si en nada modificaba la responsabilidad que le fuera atribuida y demostrada al acusado en el fallo impugnado.

Téngase en cuenta, continúa la Delegada, que si es cierto que la figura del traslado de la prueba pericial a los demás sujetos procesales, artículo 270 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, constituye la manera en que el legislador quiso asegurar su conocimiento, no vinculó ese mecanismo a una inmediatez con su aducción, toda vez que el mismo numeral segundo menciona: «la objeción podrá proponerse hasta antes de que finalice la audiencia pública»; por lo tanto, mal puede alegarse la existencia de un vicio in procedendo en la aducción del dictamen pericial pasados tres meses desde el momento de su aducción (3 de julio de 1993) hasta la fecha en que se celebró la audiencia pública (13 de octubre de 1993), sin que durante ese tiempo, teniendo la posibilidad real de conocerla no se le hubiera formulado objeción alguna.

El actor se aleja de la realidad procesal cuando afirma la ausencia de defensa técnica «en el trámite de segunda instancia», pues como aparece a folio 227 del c.o. N.1, contó con un defensor debidamente reconocido y posesionado; además, el trámite en la instancia mencionada fue promovido por el procesado en ejercicio del derecho de defensa material que le asistía.

En esas condiciones, la Delegada estima que la improsperidad de la censura es manifiesta, por lo que se permite sugerirle a la Corte que no case el fallo objeto de impugnación.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es innegable que el censor descuida la debida sustentación del recurso extraordinario interpuesto, pues no solo refunde al interior de un mismo cargo reparos indistintamente encaminados a proponer la violación del debido proceso y del derecho de defensa que hubieran merecido su formulación en capítulos separados, sino que al interior de cada una de sus objeciones desatiende el deber de precisar cual es la trascendencia e irremediabilidad de los errores de actividad que invoca, cuales las normas vulneradas, y mucho menos dice de qué manera esas equivocaciones afectan las garantías del procesado o desconocen las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, lo que muy poco se explica cuando la propia demanda reconoce que no toda irregularidad en el proceso es génesis de invalidaciones.

Así se observa, principalmente y en relación con el reparo que apunta a que el dictamen valorativo del perjurio no fue dejado al conocimiento de las partes, que el impugnante se resigna a consignar las razones por las que el Tribunal menosprecia ese defecto, pero ni aún tras advertirlo indica en qué consiste la equivocación de la segunda instancia, porque de inmediato pasa es a censurar que el Juzgado no respondió a la solicitud de pruebas que le hiciera el procesado.

Con todo, si se mirara aquella sola omisión del trámite previsto en el artículo 270-2 del Código de Procedimiento Penal, es lo cierto que con ella no se vulneró grave ni irremediablemente interés alguno del procesado, en cuanto el dictamen no estuvo oculto ni fue tardíamente agregado al expediente, apareciendo su anexión a los autos tan pronto como se produjo -folio 353 del segundo cuaderno-, donde bien pudo ser consultado y a su propia iniciativa controvertido por los intervinientes procesales, además de permitirse sin obstrucción alguna su objeción aún en la diligencia de audiencia, cuya celebración se llevó a cabo más de cuatro meses después de la aducción de la antedicha experticia, por lo que es predicable la inocuidad del defecto en términos del artículo 308-1 del Código de Procedimiento Penal, dado que las opciones de controversia de la prueba tuvieron sus oportunidades amplias y adecuadas.

Dice también el impugnante a manera de agregado y sin explicación adicional alguna, que el derecho de defensa se conculcó porque Henao Carvajal no tuvo la asistencia de un letrado en el trámite de la segunda instancia, critica que el procesado adiciona en un escrito extemporáneo traído ante la Corte, el que no puede ser analizado por marginar expresas exigencias de los artículos 222 y 225 del Código de Procedimiento Penal, que tanto obligan al procesado a intervenir en casación mediante abogado, como le imponen a la demanda unos requisitos y una oportunidad que el memorialista desatiende.

Pero si en aras de una posible intervención oficiosa de la Sala (artículo 229 del C. de P.P.) entra a repasar la actuación, fácil se observa que de ninguna manera ese derecho a la defensa aparece quebrantado.

Es de reconocer que al momento de rendir indagatoria ante la Fiscalía de Apia, el procesado Henry Henao Carvajal no presentó un defensor de su confianza, pero como el funcionario no contó con un abogado para asignarle de oficio, ni la defensa prueba que los hubiera en esa localidad y fecha para surtir el indispensable acto procesal, ha de tenerse por válido el nombramiento que con autorización del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal se hizo recaer en persona honorable, pues la inexecutable de este último precepto no había sido hasta entonces declarada por la Corte Constitucional.

Mas, ese excepcional procedimiento no derivó al desconocimiento de la asistencia profesional debida para el procesado, porque apenas definida su situación provisional la Fiscalía le nombró de oficio al abogado Octavio Quinchía Grisales, a quien se dio oportunidad de recurrir aquella providencia, y a cuyo cargo quedó la representación de Henao Carvajal hasta que la asumió la defensoría pública en cabeza del profesional Ramón Antonio Pineda Henao, quien se hizo cargo de alegaciones precalificadoras y la intervención en el juicio, hasta surtir su desplazamiento por el profesional que actualmente interviene.

Bajo estas condiciones, toda oportunidad legal se dio al procesado en el ejercicio defensivo, en la controversia de la prueba, en el conocimiento de decisiones adversas e interposición de los recursos pertinentes, de donde resulta incomprensible el sentido de la alegación actual del impugnante, como no sea porque el actor olvide que el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal le confirió al procesado «Para los fines de su defensa ... los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación», opciones cuyo ejercicio autónomo por el acusado no significan en modo alguno un abandono de los deberes del abogado que lo representa, quien no se puede considerar forzado a patrocinar cuanto recurso o petición quiera intentar bajo su propio riesgo el procesado.

Queda, entonces, como punto focal y objeto del verdadero énfasis del casacionista, el relativo a la desatención de las pruebas que de manera directa pidió el enjuiciado en la etapa de la causa.

A ese respecto se hace necesario poner de bulto la inoportunidad del pedimento, porque después de cotejar la fecha de su presentación (junio 3 de 1993), con la de la constancia de la Secretaría que le precedía dos folios antes, pronto se ve que el término para formulación de ese pedimento había sido superado, sin que se pueda, como se insinúa, darle cabida a un escrito tardío o improcedente sólo porque quien lo suscribe es un procesado lego en asuntos de derecho, pues de por medio están las disposiciones de procedimiento con sus efectos preclusivos, que dada su

naturaleza de orden público inexcusablemente obligan tanto al juez como a las partes (artículo 60. del Código de Procedimiento Civil), y de añadido la obligación de todos los intervinientes procesales de proceder con lealtad, lo que impide conceder a unos ventajas por fuera de los parámetros estrictamente normativos, y con sorprendimiento de otra u otras de las partes, lo que desnaturalizaría esta norma rectora y garante del principio de igualdad entre las partes (artículo 18 del Código de Procedimiento Penal).

Ahora bien, si a juicio del impugnante la irregularidad se dio porque las pruebas omitidas eran del interés del procesado, variando de modo sustancial y favorable su situación en tanto que excluían su responsabilidad o cuando menos la atenúan, se hace notoria en el escrito petitorio inatendido la inocuidad de los medios insinuados, porque ninguna relación vincula un interés definitivo y práctico de la defensa en el allegamiento de una certificación sobre nexos anteriores de Henry Henao con el Ejército Nacional o entidades comerciales, ni hay necesidad para determinar con los registros de tránsito la titularidad de la camioneta hurtada. El reconocimiento en fila de personas, además de tardío, tampoco hallaba justificación alguna, si el juzgador reconoció que no se dio un señalamiento testimonial directo referencial del procesado, como no fuese el de la víctima cuyo fallecimiento haría imposible la práctica de semejante prueba.

Quedaría tan solo la invocación del testimonio que diera Gonzalo Gómez Giraldo con quien el procesado afirma que estuvo acompañado el día del suceso. Sin embargo se tiene, que ya el Juzgado había señalado al folio 499 de la actuación que se trataba de declarantes que no merecían credibilidad, aspecto sobre el cual se pronunció el *ad quem* en términos no menos expresivos: «Por lo que respecta a la prueba de descargos, ha sido incisivo el acusado en tratar de acreditar su presencia en lugar diferente al de los hechos, sin fortuna. No solo testimonios de quienes acuden a corroborarlo son frágiles, indecisos y contradictorios, sino que no acierta en las fechas acerca de un pedido como vendedor de Ediciones Zamora. Obsérvese, para el efecto cómo se insiste irregularmente en ese punto y a último se expide una constancia de pedido con fecha cinco de octubre, cuando los hechos ocurrieron el día 6, no concordando su relato con ese acontecer.» Fl. 613 C. # 2.

Es evidente, por lo demás, que si se hubiese tratado de pruebas necesarias, por sobre la extemporaneidad de su pedido había podido el defensor insistir por su recaudo, aún requiriendo que el juzgador las asumiera de oficio. Ni ello sucedió, ni se acredita que por indispensables y conducentes fuera deber del Juez el disponerlas, y mucho menos el casacionista muestra esa necesidad, ni aún identifica el defecto que pudo redundar en vicio que lleve a la invalidación del rito, lo que torna indiscutible que ante la falta de sustentación y de razón, el cargo intentado 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 por el procesado Henry Henao Carvajal.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

*Juan Manuel Torres Fresneda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Alvaro O. Pérez Pinzón (con juez), Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## **COLISION DE COMPETENCIA/ NARCOTRAFICO**

*Resulta por demás sorprendente que autoridades judiciales encargadas de administrar justicia en forma oportuna y eficaz susciten conflictos de esta naturaleza por motivos rebuscados que indican más un ánimo de sustraerse al conocimiento de los procesos que al de acertar y hacer justicia oportunamente.*

*En efecto, en este particular caso no es que la determinación del peso de la sustancia decomisada resulte intrascendente, pues es la misma ley la que hace radicar en ella la competencia y las consecuencias punitivas, sino que por pericia fue determinado el pesaje en desarrollo de una diligencia de inspección judicial, y tanto ésta como la peritación allí realizada obran como pruebas legalmente ordenadas y practicadas. Por manera que determinada la competencia con base en ellas y aceptada por el funcionario correspondiente, no es dable cuestionarla de entrada cuando objetiva y funcionalmente se imponía conocer del fallo impugnado. Independientemente del resultado que pueda arrojar la revisión cuidadosa de la legalidad del mismo. Cuestionar una competencia dada en tales condiciones, acudiendo al expediente de la crítica probatoria por fuera del desarrollo de la instancia, es ubicarse más en el desconocimiento de la eficacia debida para administrar justicia que en el acierto de las decisiones.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Dámino Páez Velandú*

*Aprobado Acta No. 157*

*Proceso: 12414*

*Decide la Corte de plano, por mayoría al no haber sido aprobada la ponencia original, el incidente de colisión de competencias suscitado entre el Tribunal Nacional y el del Distrito Judicial de Villavicencio, para conocer en segunda instancia de la causa seguida contra Guillerino Ariza y otros por el delito de tráfico de estupefacientes.*

## ANTECEDENTES INMEDIATOS

1.- El 17 de septiembre de 1993 agentes del DAS adscritos a la seccional de Arauca, al ser informados de la compraventa de estupefacientes que se verificaba en la localidad, realizaron un operativo que arrojó como resultados positivos la captura de los sujetos Guillermo Ariza, José Numar Viáfara, José Del Carmen Arias y Danny's Santiago Calderón, encontrándose en poder del primero dos bolsas plásticas cuyo contenido resultó ser cocaína de 150 y 1.850 gramos, respectivamente, de peso.

Adelantada la investigación por la Fiscalía, se vincularon mediante indagatoria a los procesados y se practicó diligencia de inspección judicial, en desarrollo de la cual se dispuso un nuevo pesaje de la sustancia, llevado a cabo por el perito del DAS, Alexander Rodríguez, quien se hallaba presente en la diligencia, arrojando como peso total bruto 2.133 gramos; se realizó la prueba de «Mathers», que confirmó la clase de sustancia, se tomaron las muestras para remitirlas al Instituto de Medicina Legal y se destruyó el resto de la cocaína decomisada.

Ese mismo día, de acuerdo con el resultado de la pericia, las diligencias fueron remitidas por competencia a la Dirección Regional de Fiscalías de Cúcuta; el Fiscal regional a quien le fue repartido el proceso, definió la situación jurídica de Ariza con auto de detención por infracción al art.33 de la Ley 30 de 1986 y la de Numar Viáfara, con la misma medida pero adicionándola por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Recurrido en reposición el auto, a Numar Viáfara se le revocó por infracción a la ley 30, pero se le dejó por Concusión, y se ordenó expedir copias para el juzgado de familia correspondiente, en consideración a que Danny's Santiago Calderón resultó ser menor de dieciocho años.

El proceso fue calificado con resolución acusatoria, para Ariza por infracción a la Ley 30186; para Viáfara por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y con proclusión de investigación, para Arias Cruz.

El Juez regional de Cúcuta condenó a los procesados a 4 y 2 años de prisión, según las imputaciones hechas en la respectiva resolución de acusación. El fallo fue impugnado, pero el Tribunal Nacional se declaró incompetente para desatar la alzada.

## ARGUMENTOS DE LOS COMISIONADOS

1.- El Tribunal Nacional fundamenta su incompetencia en un análisis de la prueba pericial; realizada en desarrollo de la diligencia de inspección judicial que practicó la Fiscal seccional que conoció inicialmente de; proceso para terminar inclinándose por el pesaje relacionado en el acta de incautación que suscribieron los agentes del DAS que realizaron el operativo, el cual considera de plena validez. Concluye, reconociendo que el

verdadero pesaje de la cocaína encontrada fue de 2.000 gramos, lo que da la competencia al Juez Penal del Circuito de Arauca; se abstiene de conocer de; proceso y le propone colisión de competencia negativa al Tribunal del Distrito Judicial remitiéndole el proceso.

2.- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, por su parte, dice estar más de acuerdo con la diligencia de pesaje que se realizó en la etapa de investigación porque se utilizó una balanza electrónica que ofrece mayor exactitud, mientras que el realizado en el DAS ni siquiera menciona el tipo de balanza utilizada; acepta la colisión y remite la actuación a la Corte para que se resuelva el incidente.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Es la Corte competente para resolver el conflicto de competencias negativo que se ha trabado entre dos tribunales, de conformidad con lo previsto en el art.68-5 del C. de P. P.;

2.- Resulta por demás sorprendente que autoridades judiciales encargadas de administrar justicia en forma oportuna y eficaz susciten conflictos de esta naturaleza por motivos rebuscados que indican más un ánimo de sustraerse al conocimiento de los procesos que al de acertar y hacer justicia oportunamente.

En efecto, en este particular caso no es que la determinación del peso de la sustancia decomisada resulte intrascendente, pues es la misma ley la que hace radicar en ella la competencia y las consecuencias punitivas, sino que por pericia fue determinado el pesaje en desarrollo de una diligencia de inspección judicial, y tanto ésta como la peritación allí realizada obran como pruebas legalmente ordenadas y practicadas. Por manera que determinada la competencia con base en ellas y aceptada por el funcionario correspondiente, no es dable cuestionarla de entrada cuando objetiva y funcionalmente se imponía conocer del fallo impugnado, independientemente del resultado que pueda arrojar la revisión cuidadosa de la legalidad del mismo. Cuestionar una competencia dada en tales condiciones, acudiendo al expediente de la crítica probatoria por fuera del desarrollo de la instancia, es ubicarse más en el desconocimiento de la eficacia debida para administrar justicia que en el acierto de las decisiones.

3.- Tampoco puede acudirse para resolver un incidente al principio de la duda en favor del procesado, porque este principio opera frente a la responsabilidad del imputado no para el señalamiento de la competencia, mientras la prueba en que se fundó ésta conserve su validez en el proceso.

4.- Así las cosas, la Corte no puede hacer cosa diferente en este estadio procesal que reconocer la competencia para desastar la instancia en el Tribunal Nacional, al que se le remitirá el proceso para lo de su cargo, comunicándole, con copia de esta decisión, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio lo resuelto.

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

RESUELVE

**DIRIMIR** el presente conflicto de competencias en favor del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, asignándole la competencia para desatar la alzada en el proceso de la referencia al Tribunal Nacional. Remítasele inmediatamente la actuación e infórmese, con copia de este proveído, al tribunal primeramente mencionado.

Cópiese y cúmplase:

*Dámino Páez Velandía, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallejo (con salvamento de voto), Carlos E. Mejía Escobar (salvó el voto), Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## COMPETENCIA/ NARCOTRAFICO

Proceso: 12414

### SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, de cuyo contenido me aparto, considero necesario dejar como constancia el texto del proyecto que presenté y que fué derrotado, pero que a mi juicio resuelve adecuadamente el problema jurídico aquí suscitado. Me permito transcribir a continuación.

### "HECHOS Y ANTECEDENTES

Hacia las 9:30 de la noche del 17 de septiembre de 1993, detectives adscritos a la sección de inteligencia de la seccional Arauca del Das, sostenidos en datos suministrados por un informante -relacionados con compra y venta de estupefacientes en la localidad-, lograron la captura de Guillermo Ariza, José Numar Viáfara, José Del Carmen Arias Cruz y Dannys Santiago Calderón. Encontraron en poder del primero dos bolsas plásticas, cuyo contenido resultó ser cocaína. Y en poder del segundo el revólver calibre 38, marca taurus, número 1116117.

Según acta de "decomiso, pesaje y prueba de campo" llevada a cabo por el Director Seccional del Das Arauca, en la cual intervinieron el Personero Municipal Carlos Armando Ramírez, los detectives que realizaron el decomiso y el retenido Guillermo Ariza, uno de los paquetes arrojó un peso bruto de 150 gramos y el otro de 1.850 gramos.

Con base en la anterior diligencia el caso fue asignado a un fiscal delegado ante juez penal del circuito, quien vinculó mediante indagatoria a los capturados y, antes de resolverles situación jurídica, llevó a cabo "diligencia de inspección judicial, prueba de campo, toma de muestras y destrucción de sustancia". En el marco de la misma, en la cual estuvieron presentes la personera delegada en lo penal Luz Melida Bermúdez y el perito del Das Alexander Rodríguez, la Fiscal le ordenó a éste pesar la sustancia. Lo hizo inmediatamente, dentro de la diligencia, en el supermercado La Mapora, "donde gentilmente facilitaron una balanza electrónica marca Mobba, con capacidad para cinco kilogramos". El resultado

fue un peso bruto de 266 gramos para uno de los paquetes (peso neto: 235 gr.) y 2.019 gramos para el otro (peso neto: 1.898 gr.). Es decir, peso bruto total de 2.285 gramos y neto de 2.133.

Acto seguido fue aplicado el reactivo de Mathers a la sustancia, dio positivo para cocaína, se tomaron muestras para remitirlas al Instituto de Medicina Legal y el resto de la sustancia fue disuelta en agua y arrojada. (fl. 53 c.o. 1).

El mismo día de la inspección, 21 de septiembre de 1993, atendida la variación en el peso del alcaloide, la Fiscal instructora decidió enviar el proceso, por competencia, a la Dirección Regional de Fiscalías de Cúcuta.

El 5 de octubre siguiente el Fiscal Regional a quien se asignó el proceso profirió detención preventiva por la conducta descrita en el artículo 33 de la ley 30 de 1986 en contra de Guillermo Ariza, José Del Carmen Arias, Dannys Santiago Calderón y José Numar Viáfara, sin derecho a libertad provisional. A este último, además, le derivó el cargo de "porte de arma de fuego de defensa personal previsto en el decreto 3864 de 1986, adoptado como legislación permanente por el decreto 2266 de 1.991, art. 1o.". El 24 de enero de 1994, en desarrollo del recurso de reposición, la Fiscalía revocó la detención preventiva a José Numar Viáfara en relación con el atentado contra la ley 30 de 1986 y lo afectó con la misma medida por concusión, dejando vigente el concurso con el porte de arma de defensa personal. Y en cuanto se demostró que para el día de los hechos Dannys Calderón era menor de 18 años, se expidió copia de lo actuado con destino al Juez Promiscuo de Familia de Arauca. (fls. 77 y 174 c.o. 1).

El 1o. de julio de 1994 fue calificado el sumario. Guillermo Ariza fue acusado por el cargo descrito en el artículo 33 de la ley 30/86 y José Viáfara, a quien le fue concedida libertad provisional, por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. A José Del Carmen Arias Cruz se le precluyó la investigación. (fl. 48 c.o. 2).

Mediante decisión del 3 de agosto de 1994 el Juez Regional de Cúcuta a quien correspondió el proceso, ordenó abrir el juicio a pruebas. El 29 de diciembre siguiente citó para sentencia y el 28 de marzo de 1995 condenó a Guillermo Ariza y a Jose Numar Viáfara, a 4 y 2 años de prisión respectivamente, por los cargos atribuidos en la acusación. (fls. 118, 175 y 155 c.o. 2). El defensor del primero apeló, el recurso fue concedido el 15 de mayo de 1995 y el Tribunal Nacional, mediante providencia de agosto 28 siguiente, expresó que carecía de competencia para pronunciarse sobre el recurso, considerando que el peso de la sustancia encontrada a Guillermo Ariza era de sólo 2.000 gramos según la diligencia llevada a cabo por el Das. Ordenó remitir las diligencias, en consecuencia, al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, a quien le propuso colisión negativa de competencias. Esta Corporación, aduciendo que era el Tri



bunal de Villavicencio el superior jerárquico de los Jueces del Circuito de Arauca, procedió a remitir el proceso a ese destino el 2 de octubre de 1995.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, a donde llegaron las diligencias el 29 de noviembre de 1995, decidió no aceptar la competencia mediante providencia del 26 de agosto de 1996 y para dirimir el conflicto envió el proceso a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de donde fue remitido, por competencia, a la Corte para su resolución.

#### ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL NACIONAL

Afirmó esa Corporación que ante la diferencia del peso de la sustancia incautada, optaba por estar "en total acuerdo" con el resultado de la diligencia del Das, pues aunque la Fiscal Seccional ordenó y realizó una segunda, debidamente facultada para ello, "...ésta necesariamente debió adelantarse procurando que los elementos a utilizarse fueran los adecuados para el desarrollo de la diligencia, pues no se explica el despacho cómo en las instalaciones de la Fiscalía no se cuenta con un instrumento idóneo para el pesaje de las sustancias incautadas y se tenga que acudir para esta clase de diligencias a particulares que en calidad de préstamo facilitan la labor investigadora, como en el presente caso, donde el segundo pesaje se llevó a cabo en una balanza electrónica prestada en un supermercado de la localidad".

Aunque el Tribunal no lo dijo expresamente, supuso que el Das utilizó una "balanza gramera" cuando pesó la sustancia y éstas "presentan una mayor exactitud que las utilizadas por los expendedores de artículos, cuya venta se realiza por medio del peso..." Puso en duda, además, la fidelidad de una balanza utilizada en un establecimiento comercial, donde "el peso es diferente para el comprador y el vendedor" y recordó que el legislador "creó un tipo relativo a la alteración o modificación del peso en perjuicio del consumidor, porque esa práctica no es nueva (artículo 231 C.P.), y en este proceso emerge con nitidez cómo la diferencia es marcada hacia el expendedor en forma favorable".

Señaló el Tribunal Nacional, de otra parte, que "debido a la mayor perfección de la báscula gramera, las autoridades de policía judicial la adoptaron para las labores propias de sus funciones, específicamente las relativas al pesaje de sustancias, y resultaría necio desconocer la efectividad de los aparatos utilizados por las autoridades y reconocer de mayor fidelidad los que utilizan los particulares en sus transacciones comerciales donde priman sus intereses económicos".

Adujo finalmente que la diligencia realizada por el Das tiene plena validez, en cuanto cumple con los requisitos que le dan existencia jurídica

al acto como medio probatorio. Igualmente se preservaron en su realización las garantías constitucionales (estuvo presente el agente del Ministerio Público) y el derecho de defensa (asistió el implicado Guillermo Ariza), no dejándose en el acta manifestación de inconformidad de ninguna naturaleza por parte de alguno de ellos. Por el contrario en la segunda diligencia de pesaje fue violado el derecho de defensa y el de contradicción, pues no se comunicó su realización al defensor de Guillermo Ariza y tampoco se realizó en presencia de ninguno de los procesados.

Siendo entonces el peso bruto de la sustancia 2.000 gramos, según la policía judicial, concluyó el Tribunal Nacional que el Juez competente para conocer del caso era el penal del circuito de Arauca y no el regional de Cúcuta. Se abstuvo por lo tanto de pronunciarse sobre la apelación de la sentencia y propuso colisión de competencias negativa.

#### ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE VILLAVICENCIO

El planteamiento es sencillo. Que ha de preferirse el pesaje efectuado durante la etapa instructiva, ya que lo realizó la Fiscalía en uso de sus atribuciones legales y en especial cuando en el acta correspondiente a la diligencia del Das no se dejó constancia sobre el elemento utilizado, mientras que en la otra se acudió a una balanza electrónica "...cuyo avance tecnológico revela su confiabilidad, siendo, por supuesto, mera apreciación caprichosa y subjetiva insinuar su posible alteración sólo por utilizarse en un supermercado como parece ser fundamento de la decisión del Tribunal Nacional para inaceptar dicho pesaje".

Según el Tribunal Superior de Villavicencio, en consecuencia, el peso de la droga incautada fue el obtenido en la diligencia de la Fiscalía y por lo tanto la competencia para conocer del caso era de un juez regional.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Que el presente proceso haya llegado a la situación en que se encuentra no deja de sorprender. Las cosas eran demasiado sencillas y el apresuramiento de la Fiscal Seccional que inicialmente estuvo a cargo del caso y su falta de sentido común y actitud práctica, propiciaron que a estas alturas se discutiera la competencia a partir de las diferencias de peso que arrojaron las diligencias de pesaje mencionadas en la introducción de esta providencia.

Luego de las pesquisas iniciales, el Das remitió el caso a la Fiscalía, a disposición de la cual dejó la droga y los capturados. En desarrollo del artículo 78 de la ley 30 de 1986 tal autoridad de policía judicial había llevado a cabo el procedimiento de identificación técnica de la sustancia y precisado su peso, actos que se hicieron constar en un acta suscrita por

el Director del Das- Arauca, por los detectives que lograron el hallazgo, por el Personero Municipal del lugar y por Guillermo Ariza, persona en poder de la cual se encontró el estupefaciente.

Se descarta entonces la inobservancia por parte del organismo de las acciones que deben seguir al descubrimiento de sustancias estupefacientes y no era predicable en aquel entonces, como tampoco hoy, la existencia de alguna circunstancia específica que condujera a pensar en un pesaje amañado, dirigido por ejemplo a favorecer a la persona en poder de la cual se encontró el alcaloide.

Aunque es cierto que en el "acta de decomiso, pesaje y prueba de campo" no se hizo mención del instrumento utilizado para la medición, podía suponer la Fiscalía con atendible fundamento que se trataba de uno idóneo para ese tipo de labor, en atención a la naturaleza de la entidad que lo realizó, y en tal medida ese pesaje inicial se tornaba en un referente trascendental con el cual comparar el resultado de una segunda diligencia referida al mismo tema.

Pero la Fiscal Seccional que inicialmente estuvo a cargo del caso no lo pensó así. Es verdad que dio correcta aplicación al artículo 79 de la ley 30 de 1986, procediendo a inspeccionar la sustancia en presencia de un agente del Ministerio Público, en cuyo marco volvió a pesar el alcaloide estableciendo un peso neto de 2.133 gramos, bien distinto al del Das que fue de 2.000 gramos de peso bruto. Fue, sin embargo, sumamente apresurada al emitir la orden de destrucción, pues era de simple sentido común adivinar que el proceso sería polémico a partir de las diferencias de peso del elemento incautado, en especial cuando de por medio estaba la determinación de competencia y una diferencia importante de pena para el autor o los autores de la conducta, dependiente únicamente de acoger uno u otro resultado.

El simple hecho de que uno de los pesajes lo haya realizado la policía judicial y el otro el fiscal instructor o en su presencia, no le otorga a éste el carácter de definitivo e incontrovertible. Mal puede hacerse primar sobre el otro, surgido de la facultad deber de la policía judicial, por la sola consideración de su origen. Es cierto que la diligencia de pesaje realizada con la presencia de la fiscal seccional de Arauca goza completamente de la presunción de veracidad y en tal medida no tiene cabida ninguna duda en cuanto a su contenido, pero de aquí no puede derivarse con grado de certeza que en realidad el peso del alcaloide fuera el obtenido en dicha diligencia y no el declarado por el Das en el acta de decomiso, pesaje y prueba de campo.

Es que la seguridad en la determinación del peso de una sustancia en forma alguna emana del hecho de quien hace la medición, sino que surge necesariamente de la fidelidad del instrumento utilizado para hacerla. Y con razón advierte el Tribunal Nacional que dicha confiabilidad no la daba

la báscula de un establecimiento de comercio, de la cual se sirvió la Fiscalía para la realización del segundo pesaje.

En tal orden de ideas, lo mínimo que debió haber hecho la fiscal instructora al obtener en la balanza electrónica del supermercado La Mapora una medición diferente a la de la policía judicial, era deducir que la controversia que se originaría por razón de la obtención de un nuevo peso, que modificaba la competencia y la pena atribuida a la conducta de tráfico de estupefacientes objeto de la investigación, debía dirimirse de manera física, convocando de inmediato a un nuevo pesaje mucho más riguroso (incluido el examen de las balanzas utilizadas en las diligencias anteriores), y no haber optado por la destrucción apresurada de la evidencia y dejado a la fuerza del discurso la solución de la polémica.

Con la destrucción de la sustancia se destruyó también el camino más idóneo para dilucidar un sencillo problema material pero de trascendental importancia para el proceso, que hoy es imposible solucionar. En ningún momento a lo largo del proceso se tuvo la ocurrencia de averiguar qué tipo de instrumento fue el utilizado por el Das y mucho menos se le sometió a examen, acción ésta que tampoco se asumió en relación con la báscula electrónica utilizada por la Fiscalía, con lo cual se disolvió igualmente otra posibilidad de solución. Y pensar hoy en dichos exámenes o haberlo hecho en la etapa probatoria del juicio, es y habría sido completamente inútil debido al tiempo transcurrido desde cuando se hicieron los pesajes y a la natural mutación de los aparatos.

La Sala, en consecuencia, a diferencia del razonamiento del Tribunal Nacional —según el cual le otorga mayor fuerza al pesaje efectuado por el Das a partir de la suposición de que el organismo utilizó una “balanza gramera”, de mayor exactitud que una usada en un establecimiento comercial—, y a diferencia del argumento del Tribunal Superior de Villavicencio —según el cual el mayor avance tecnológico de una balanza electrónica revela su confiabilidad—, carece de elementos de juicio para concluir cuál era el peso exacto del alcaloide y debe en tales condiciones reconocer la existencia de una duda insalvable que tiene que resolverse a favor del sindicado, según lo prescribe el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal. Esto significa que deberá asumirse como peso de la sustancia hallada la cantidad de 2.000 gramos, de conformidad con el acta de la Dirección del Das en Arauca, obrante a folio 12 del cuaderno original 1 del proceso, otorgándose como corolario la competencia para conocer del proceso al Tribunal Superior de Villavicencio.

Quiere la Sala, por último, referirse a dos aspectos:

1. A la actividad de la defensa frente al tema de la controversia, y

2. A la supuesta violación de los derechos de defensa y de contradicción en que incurrió la Fiscalía en la práctica de la inspección, según conclusión del Tribunal Nacional.

En cuanto al primer punto, inclusive suponiendo que el defensor hubiera omitido cualquier discusión sobre la diferencia de los resultados obtenidos en las diligencias de pesaje, la conclusión de la Corte sería idéntica a la plasmada. La inactividad de la defensa sobre ese específico tema en manera alguna podría tomarse como circunstancia para convalidar una eventual falta de competencia, ya que esta irregularidad es insubsanable y el principio de convalidación sólo es predicable de los actos irregulares subsanables.

De todas maneras la defensa no pasó por alto la situación y únicamente a manera de reseña, cabe precisar que en el alegato previo a la resolución de situación jurídica cuestionó la diligencia de pesaje efectuada por la Fiscalía, advirtiendo que la objetaba (fl. 73 c.o. 1). La Fiscalía Regional de Cúcuta simplemente respondió, sin argumentos, que la "verdadera diligencia" fue la realizada por la Fiscal Seccional (fl. 82 c.o. 1).

Cerrada la investigación el Agente del Ministerio Público criticó también el segundo pesaje, estimó válida la diligencia de la policía judicial y solicitó la remisión del proceso, por competencia, a la Fiscalía Seccional de Arauca (fl. 38 c.o. 2). El planteamiento lo desechó el instructor en la acusación y la razón fue simplemente que el acta sobre el pesaje de la sustancia por parte del Das no señaló el tipo de balanza utilizada ni la forma como se realizó la medición, al tiempo que el segundo cumplió con las formalidades legales (fl. 55 c.o. 2). Es de resaltar que el defensor de Guillermo Ariza no presentó alegato y que ninguna de las partes apeló la resolución acusatoria.

El 17 de agosto de 1994, ya en curso la fase del juicio, Guillermo Ariza consiguió que lo asistiera un defensor público (fl. 113 c.o. 2). Este procedió el 3 de octubre siguiente a solicitarle al Juez Regional la remisión del proceso a la Fiscalía Seccional de Arauca por competencia, debido a la existencia de "duda en el cuerpo del delito", referida a la diferencia de los pesajes (fl. 122 c.o. 2). El funcionario le advirtió que esa "petición de nulidad" sería resuelta en la sentencia (fl. 132 c.o. 2). El 19 de octubre solicitó la formulación de un cuestionario a los peritos que intervinieron en el pesaje de la sustancia y al tiempo le pidió al Juez Regional, al tenor del artículo 100 del Código de Procedimiento Penal, provocar colisión negativa de competencias (fls. 142 y 145 c.o. 2). El 23 de diciembre de 1994, todavía sin producirse respuesta del juzgado Regional, el defensor pidió que se resolvieran sus peticiones (fls. 151 y 173) y el funcionario judicial, el 29 de diciembre, le dijo que las pruebas decretadas en el juicio habían sido practicadas y que el hecho de suscitar una de las partes la colisión de competencias era absolutamente improcedente, pues la figura "está destinada solamente para jueces" y "por ningún lado" aparece que pueda ser "invocada por un sujeto procesal" (fl. 175). En la misma decisión citó para sentencia.

En la sentencia condenatoria el juez no hizo ninguna referencia al primer memorial del defensor público, en el que le había pedido la remisión del proceso a un Fiscal delegado ante Juez Penal del Circuito para que allí se anulara lo actuado a partir del cierre de investigación, por lo cual el abogado volvió sobre el tema en el memorial de sustentación del recurso de apelación del fallo. Solicitó la nulidad por falta de competencia al Tribunal Nacional y éste consideró que en realidad carecía de ella el juez regional, por lo tanto también la Corporación, y propuso el conflicto que aceptó trabar el Tribunal Superior de Villavicencio.

La supuesta conculcación de los derechos de defensa y contradicción en el acto procesal de la inspección judicial realizada por la Fiscalía a que alude el Tribunal Nacional, para finalizar, no existió a criterio de la Sala. La Fiscal Seccional observó la ley en el ordenamiento y realización de la diligencia, estuvo presente en la práctica el representante de la sociedad y el medio probatorio fue de sobra conocido por la defensa, la cual, como se vio, lo controvertió durante todo el desarrollo del proceso.

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

#### RESUELVE

1.º. DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, a donde se ordena remitir las diligencias.

2.º. Dar aviso de esta decisión al Tribunal Nacional y a la coordinación de los Juzgados Regionales de Cúcuta.

Con el debido respeto,

*Carlos E. Mejía Escobar*

Me adhiero a las presentes consideraciones,

*Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Noviembre 6/96



## PRUEBA TRASLADADA

No constituye ninguna irregularidad el que las pruebas practicadas en un proceso administrativo sean incorporadas al proceso penal, ya que tal traslado está expresamente autorizado por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que establece:

*«Las pruebas practicadas validamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.*

*«Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial».*

En segundo lugar, y con referencia a las pruebas recaudadas en la fase de indagación preliminar, tampoco se desconoció el principio de legalidad, pues su práctica se encuentra autorizada por el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal (subrogado por el 40 de la ley 81 de 1993). Por lo tanto, si la propia ley faculta al funcionario para practicar y recaudar pruebas en esa fase preprocesal, resulta inconsecuente tacharlas de ilegales, por haberse allegado en ese momento. En Colombia, las pruebas practicadas en ese estadio son válidas, a diferencia de lo que ocurre en otros países, que siguen un sistema acusatorio acentuado, en los que las diligencias practicadas en esa fase preliminar son simples medios de investigación y no de prueba, debiendo repetirse, para que adquieran tal calidad, de manera oral en la audiencia pública.

El derecho de contradicción de la prueba se efectiviza no sólo cuando se asiste a su recaudo, sino cuando se critica en sí misma y con relación al resto del material probatorio, cuando se solicitan y aportan elementos de convicción tendientes a demeritar la que milita en contra del acusado y cuando se argumenta y contra argumenta en su favor.

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

Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda

Aprobado Acta Nro.157

Proceso: 9412

## VISTOS

El 25 de junio de 1993 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Palmira condenó a Elibardo Millán García, Carlos Enrique Avila Merlano y Jairo de Jesús Colorado Gómez a la pena principal de diez y seis (16) años de prisión como coautores responsables del delito de homicidio agravado cometido en perjuicio de Servio Román Pasichana Cañar. Con el carácter de penas accesorias, les fueron impuestas la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y la suspensión en el ejercicio de la patria potestad. Además se les condenó a pagar el equivalente a quinientos gramos oro como indemnización moral.

El Tribunal Superior de Santiago de Cali, en sentencia del 8 de septiembre de 1993, confirmó la decisión anterior en cuanto a la pena principal, pero revocó la condena a la indemnización moral y complementó el fallo motivando la pena accesoria de suspensión de la patria potestad por el término de quince años.

## HECHOS

El 28 de abril de 1991 en el corregimiento Tenerife, del Municipio de Cerrito, los agentes policiales Elibardo Millán García (vestido con ropa deportiva) y Jairo de Jesús Colorado Gómez y Carlos Enrique Avila Merlano, uniformados, condujeron a Servio Román Pasichana Cañar del bailarero El Chivor a un punto denominado El Basurero y allí le dieron muerte con un disparo de arma de fuego en el pómulo derecho.

## ACTUACIÓN PROCESAL

Las diligencias de indagación preliminar se ordenaron mediante autos del 29 de abril y del 15 de mayo de 1991, y el proceso penal se abrió mediante provido del 29 de mayo de 1991.

Los agentes Elibardo Millán García, Carlos Enrique Avila Merlano y Jairo de Jesús Colorado Gómez fueron oídos en indagatoria, en su orden, los días 17, 18 y 19 de julio de 1991. Su situación jurídica fue resuelta el 10 de diciembre de 1991, habiéndose ordenado la detención preventiva de los tres sindicados.

Con fecha del 13 de junio de 1992, se dictó resolución de acusación contra los sindicados en calidad de coautores del delito de homicidio calificado.

La audiencia de juzgamiento se realizó el 20 de mayo de 1993.

La sentencia condenatoria de primera instancia se dictó el 25 de junio de 1993 y la de segunda el 8 de septiembre del mismo año.

El Tribunal concedió el recurso extraordinario de Casación, oportunamente interpuesto por los tres sentenciados y por los defensores de Millán García y Colorado Gómez.

A nombre de Carlos Enrique Avila Merlano no se presentó demanda de casación, por lo que respecto de él se declaró desierta el recurso extraordinario.

En esta Corporación, las demandas elaboradas por los defensores de Millán García y Colorado Gómez se declararon ajustadas a las formalidades de ley, por lo que se dispuso oír al Ministerio Público, que representado para este asunto por el Procurador Primero Delegado en lo penal, solicitó no se casara la sentencia en cuanto a lo demandado, pero sí parcialmente para reducir la pena de interdicción de derechos y funciones públicas a diez (10) años.

#### DEMANDA DE ELIBARDO MILLÁN GARCÍA

Dos cargos contiene esta demanda. El primero de ellos, por violación indirecta de la ley sustancial por haberse incurrido en un error de derecho, por falso juicio de legalidad, en cuanto se otorgó plena validez a testimonios ilegalmente aportados al proceso.

Sostiene la defensora impugnante que el único testigo presencial de los hechos, William Amic Tabares, al igual que Carlos Enrique Hincapié, Hauserbrió Giraldo Vásquez y Jairo Martínez Tabares rindieron sus declaraciones en la etapa de indagación preliminar, sin que los procesados, ni los defensores hubieran intervenido en su recaudo, y que al no repetirlos en la etapa instructiva, no se pudo ejercer el derecho de contradicción respecto de ellas.

La actora comenta que la resolución de acusación y el fallo condenatorio se estructuraron con base en estos medios de convicción, pues se dedujo la existencia de un indicio grave de oportunidad para delinquir. Si los testimonios no cumplieron las formalidades legales, mal podían ser tenidos en cuenta para efectos de dar por demostrado el hecho indicador, fundamento del indicio grave por medio cual se deduce la responsabilidad de los procesados.

Ese proceder, en sentir de la recurrente, significó la violación de los artículos 70, y 246 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, solicita se case la sentencia y se dicte la de reemplazo prescindiendo del análisis de los testimonios irregularmente recibidos.

En el segundo cargo, la demandante menciona la nulidad, pero desvía el ataque hacia la violación indirecta, en la modalidad de error de derecho "por haberse utilizado un medio probatorio, el reconocimiento fotográfico, ilegalmente producido".

Al efecto afirma que en el informe rendido por la Sijin no se expresa el número de fotografías sobre las que se realizó el reconocimiento, ni sobre la presencia del defensor, ni del agente del Ministerio Público. Por consiguiente, en su opinión, fueron violados los artículos 369 y 246 del estatuto de procedimiento penal. Y en esas condiciones la casacionista solicita que se profiera un nuevo fallo en el cual no se tenga en cuenta ese elemento de convicción.

#### DEMANDA DE JAIRO COLORADO GÓMEZ

También este libelo contiene dos cargos. El primero, por estimar que la sentencia se dictó en un juicio violado de nulidad, pues no existe la plena prueba para condenar, porque en la tenida en cuenta se incurrió en error de derecho que consistió en otorgar a unas pruebas el valor que no tenían y en negar a otras el valor que efectivamente poseían.

Considera, igualmente, que se le ha dado valoración a una prueba aportada ilegalmente, pues fue en la etapa de indagación previa cuando se recaudaron los testimonios de Nidia Ante de Tabares, Patricia Arcila Valencia, William Ante Tabares, Hausberto Giraldo, María Helena López, Jorge Didier Ocampo Román, Eduardo Valencia, Efraín David Andrade, Carlos Enrique Hincapié, Neil Isaac Graff Fontalvo, Jhon Jairo Rosero, Jesús María Giraldo, Jairo Martínez Tabares, Armando Alirio Telpiz, Wilson Quintero, Jose Azael Mosquera, Sneider Nañez.

El actor puntualiza que el fallador le dió plena credibilidad a la declaración del testigo presencial William Ante Tabares y a los testimonios de Carlos Enrique Hincapié, Jairo Martínez Tabares y Hausberto Giraldo Vásquez, que no hacen parte de ninguna etapa del proceso, con lo cual se violó el derecho de contradicción.

Dice que la declaración de Ante Tabares, único testigo presencial fue recibida en una investigación administrativa sin el lleno de los requisitos legales, al igual que las de Carlos Enrique Hincapié, Hausberto Giraldo Vásquez y de Jairo Martínez Tabares, motivo por el cual no puede darse por probado el delito de oportunidad.

Solicita se case la sentencia y se absuelva al procesado al ser desestimadas las pruebas irritualmente allegadas.

El actor formula un segundo cargo al amparo de la causal tercera de casación, por la existencia de graves irregularidades que afectan el debido proceso y el derecho de defensa y que hace consistir en que un funcionario administrativo recibió los testimonios de William Ante Tabares, Hausberto Giraldo Vásquez, Jairo Martínez Tabares y Carlos Enrique Hincapié Londoño, con violación del principio de contradicción, pues en el momento de su recaudo no estuvieron presentes ni los procesados ni sus defensores y tampoco fueron ratificados ante el funcionario competente.

Igualmente, considera irregular el reconocimiento fotográfico que se hizo de los procesados, pues el informe de la oficina investigativa no da cuenta del número de fotografías, ni rescña la presencia del defensor, ni del agente del Ministerio Público.

Con los anteriores argumentos el representante judicial de Jairo Colorado Gómez solicita se case la sentencia y se declare la nulidad del proceso a partir del cierre de investigación para que se rehaga la investigación.

#### CRITERIO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

El representante del Ministerio Público advierte que como las dos demandas contienen los mismos argumentos, las contestará de manera conjunta. Así, en el análisis de ellas, comenta que desde el punto de vista técnico, ni siquiera precisan con claridad la causal, ni el sentido de la misma, pues "Se dice de violación indirecta por error de derecho respecto del falso juicio de legalidad de las pruebas recogidas, y luego se discute la valoración de la prueba, y a la par se alega nulidad sobre las pruebas ilegales reclamando la imposibilidad de controvertirlas, y de presentar su práctica. Ello envuelve un contrasentido, como que no se puede admitir el supuesto del ejercicio de los derechos de contradicción y de participación y de contrainterrogatorio, en frente a una prueba ilegal como es lo afirmado por el recurrente".

En opinión del Delegado, se trata de una mezcla de causales, motivos y sentidos de casación en forma imprecisa que dificultan la comprensión, a pesar de lo cual, anunció que daría contestación a las tesis planteadas.

Con relación al primer argumento, el funcionario colaborador estima que el recaudo de pruebas en la investigación disciplinaria de la Policía o en la etapa preliminar, no afecta su validez, por cuanto:

*"...es plenamente válido el recaudo probatorio, siempre que la aducción de pruebas en sí mismas sea correcta. En efecto, si se trata de actuación procesal disciplinaria, que validamente adelanta la policía nacional respecto de tres de sus miembros que han cometido el delito, es claro que tales declaraciones de testigos del hecho o de sus circunstancias inmediatamente anteriores o posteriores pueden, y deben, trasladarse al proceso penal que se refiere al mismo hecho en cuanto fenómeno de licitud penal. Ello lo permite el artículo 255 del C. de P. P. bajo el nombre de prueba trasladada, que dice: "Las pruebas practicadas validamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código". Es decir, el texto legal citado establece la categoría de las pruebas que se trasladan de una actuación judicial diversa o admi-*

administrativa, para admitirlas con plenitud de pruebas a la manera de las pruebas verificadas por el propio investigador o juez penal, bajo las reglas y criterios de aducción, producción y valoración que se utilizan para las pruebas propias del proceso penal. El criterio básico parece el de la unidad de la persona jurídica del Estado, y el de conceder a tales pruebas la legitimidad que por sí mismas tienen como fuentes y medios de prueba para la obtención del conocimiento de la autoridad judicial, indispensable en el juzgamiento de los hechos punibles."

En referencia a la ilegalidad de la prueba, por haberse practicado en la etapa preliminar considera que si es el propio legislador quien autoriza la práctica de pruebas en esta etapa absurdo sería pensar que ellas no tuviesen validez y en tal sentido sostiene:

"Por manera que en las hipótesis de los recurrentes, es claro que hubo la oportunidad procesal de controvertir las pruebas bien sea si se consideran trasladadas, o si se estima que fueron practicadas en la investigación previa. De manera que es claro que las pruebas referidas fueron válidamente practicadas, y debían ser valoradas por el juez penal, de lo cual se viene a decir que no es cierto que haya un error de derecho por falso juicio de legalidad de las pruebas. Como que ciertamente no existe vicio de legalidad de cada medio probatorio en sí, y su incorporación al proceso es correcta, bien como prueba trasladada; o bien como prueba de investigación previa según lo dicho".

Con referencia al segundo cargo, por la presunta ilegalidad del reconocimiento sobre fotografías el Procurador sostiene que en realidad no se hizo un verdadero reconocimiento sobre fotografías, sino que se le pusieron a disposición del testigo varias tarjetas biográficas de los diversos agentes de la Estación y reconoció a los tres agentes, identificando a uno de ellos por su apellido pues dice haberlo conocido como agente Millán. Respecto del mismo afirma que en el proceso colombiano existen diversas opciones para individualizar al autor de un hecho ilícito, como son: el reconocimiento sobre fotografías de persona no capturada, el reconocimiento en fila de personas para persona capturadas y las pruebas de identidad que es objeto propio de la investigación penal, puesto que la ley así lo permite y para ello existe libertad probatoria y todavía más cuando precisamente la investigación preliminar está destinada a individualizar o identificar a los autores o partícipes. Por ello considera que el cargo debe ser rechazado.

Finalmente, el representante del Ministerio Público solicita se case la sentencia para que se ajuste la pena de interdicción de derechos y funciones públicas al máximo legal, esto es diez años.



## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El cargo primero de ambas demandas, como lo sostuvo el Procurador Primero Delegado, es idéntico, por lo cual se responderá de manera conjunta.

Ante todo es necesario señalar que los libelos adolecen de fallas técnicas, de manera especial el presentado a nombre de Jairo Colorado Gómez, en el que se denuncian, dentro del mismo cargo la nulidad, el error de derecho por falso juicio de convicción y el error de derecho por falso juicio de legalidad, desconociendo que cada uno de estos yerros tiene su propia individualidad y autonomía, pues obedecen a motivos disímiles y producen consecuencias jurídicas distintas, por lo que no resulta lógico ni técnico formular el mismo reproche amparado por diferentes causales, planteadas conjuntamente.

No obstante los anteriores desaciertos, y haciendo un gran esfuerzo podría inferirse que la censura es por error de derecho por falso juicio de legalidad, por haberse apreciado unos testimonios allegados al proceso penal sin el cumplimiento de los requisitos legales, ya que unos fueron recibidos en una actuación administrativa-disciplinaria y otros en la indagación preliminar, sin que los procesados ni sus defensores hubieran intervenido en su recaudo y sin que hubieran sido repetidos en la etapa instructiva, por lo que no pudieron ejercer el derecho de contradicción y defensa.

El cargo está condenado al fracaso, porque ninguna razón asiste a los casacionistas, pues, en primer lugar, no constituye ninguna irregularidad el que las pruebas practicadas en un proceso administrativo sean incorporadas al proceso penal, ya que tal traslado está expresamente autorizado por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que establece:

"Las pruebas practicadas validamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.

"Si se hubieren producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial".

En segundo lugar, y con referencia a las pruebas recaudadas en la fase de indagación preliminar, tampoco se desconoció el principio de legalidad, pues su práctica se encuentra autorizada por el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal (subrogado por el 40 de la ley 81 de 1993). Por lo tanto, si la propia ley faculta al funcionario para practicar y recaudar pruebas en esa fase preprocesal, resulta inconsecuente tacharlas de ilegales, por haberse allegado en ese momento. En Colombia, las pruebas practicadas en ese estado son válidas, a diferencia de lo que ocurre en otros países, que siguen un sistema acusatorio acentuado, en los que las

diligencias practicadas en esa fase preliminar son simples medios de investigación y no de prueba, debiendo repetirse, para que adquieran tal calidad, de manera oral en la audiencia pública.

En tercer lugar, en ninguno de los casos se vulneró el derecho de la parte defensora a contradecir los testimonios censurados porque tanto en la actuación disciplinaria como en el proceso penal tuvo ocasión de conocerlos y controvertirlos, derecho que, por lo demás, fue ejercido a cabalidad, pues se enteró de su contenido y lo cuestionó ampliamente, de manera escrita y oral (en la diligencia de audiencia pública) y, así mismo, tuvo la oportunidad de solicitar y aportar pruebas tendientes a desvirtuarlos.

Por otra parte, es preciso reiterar que el derecho de contradicción de la prueba se efectiviza no sólo cuando se asiste a su recaudo, sino cuando se critica en sí misma y con relación al resto del material probatorio, cuando se solicitan y aportan elementos de convicción tendientes a demeritar la que milita en contra del acusado y cuando se argumenta y contra argumenta en su favor.

Así las cosas, no se incurrió en la vulneración indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de derecho, ni se desconoció el derecho a controvertir la prueba, como lo pretenden los censores. En consecuencia, tal como lo solicita el Procurador Primero Delegado en lo Penal el cargo será rechazado.

El segundo cargo en ambas demandas es idéntico. Se alega, con fundamento en la causal tercera, la ilegalidad de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, por no haberse dejado constancia sobre el número de fotografías sobre el que se realizó, ni tampoco de la participación del defensor o del Agente del Ministerio Público.

Aquí nuevamente en la censura se confunden las causales primera y tercera de casación. Sin embargo, es cierto que las irregularidades ocurrieron en la práctica del reconocimiento a través de fotografías, y en tales condiciones la prueba está viciada en sus propios ritos de formación, configurándose así una violación indirecta de la ley sustancial, por la existencia de un error de derecho.

Sin embargo, el vicio no alcanza a producir efectos sobre la sentencia impugnada, puesto que los agentes fueron debidamente individualizados y acusados por numerosos testigos, por lo que obra prueba más que suficiente para dar sustento a la sentencia impugnada.

Se debe recordar cómo el testigo principal menciona a los agentes Millán y Colorado, como personas ampliamente conocidas por él por su condición de tales, razón por la cual se podría afirmar que la prueba del reconocimiento fotográfico sobra. Además, se debe tener en cuenta que tal diligencia tiene su razón de ser en la individualización de personas desconocidas. Pero si quien lo hace se refiere de manera concreta a perso-

nas ya conocidas, como en el caso presente, la diligencia resulta totalmente innecesaria.

En las condiciones precedentes y de conformidad con lo pedido por el Agente del Ministerio Público se debe rechazar el cargo formulado.

Por lo demás, es de advertir que la garantía de la legalidad de la sanción fue desconocida, en cuanto se le impuso a los procesados la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término que el de la pena privativa de la libertad, que es de dieciséis años, cuando el tope legal es el de diez años, como máximo, según lo pregoná el artículo 44 del Código Penal. Tal exceso debe ser reparado, casando parcialmente la sentencia impugnada para ajustar esa dosificación al máximo permitido por la ley, conforme a los artículos 228 y 229.1 del Código de Procedimiento Penal.

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

#### RESUELVE

PRIMERO: DESESTIMAR la demanda.

SEGUNDO: CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE el fallo impugnado para limitar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas al término de diez (10) años.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

*Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arbolera Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez, Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Paez Velandín, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricio Salazar Cuéllar, Secretaria*

## **VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY**

*Subido es que si se alega una violación directa de la ley sustancial (falta de aplicación - ERROR DE EXISTENCIA - o aplicación indebida - ERROR DE ADECUACION - o interpretación errónea - ERROR DE SENTIDO -), el ataque debe ser eminentemente jurídico, jamás probatorio.*

*2. Si seleccionó la violación indirecta de la ley sustancial, como así puede colegirse de la forma como el actor hace consideraciones en torno a los presupuestos fácticos y al análisis probatorio realizado por el fallador, le era imperativo identificar si la incorrecta apreciación de los medios de convicción surge por error de hecho o de derecho.*

*2.1. Si dirige su ataque hacia el error de hecho, el recurrente debe clarificar si el error se originó al haber incurrido el fallador en falso juicio de existencia por omitir la consideración de una prueba o por tener en cuenta una que no existe materialmente en el proceso, o en falso juicio de identidad por haber tergiversado el contenido fáctico de algún medio probatorio en particular .*

*2.2 Si se acude al error de derecho, resulta indispensable precisar alguna de las hipótesis que al respecto pueden ocurrir: si falso juicio de legalidad porque el juzgador le otorgó mérito a una prueba ilegalmente producida, o falso juicio de convicción por haberle negado a un medio probatorio el valor que le corresponde o por otorgarle valoración diversa de la que la ley le ha conferido.*

*Corte Suprema de Justicia . - Sala de Casación Penal . - Santafe de Bogotá, D. C., noviembre siete (7) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego*

*Aprobado Acta No. 158*

*Proceso: 11964*

## VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de Ernesto Antonio Mendoza Guerra contra la sentencia calendarada el 16 de noviembre de 1995, obra del Tribunal Superior de Ibagué.

## ANTECEDENTES

1.- Aproximadamente a las nueve de la mañana del 13 de mayo de 1994, cuando conducía el taxi de placas WT 53-86 por la zona urbana de Ibagué, Benjamín Zamora fue requerido por dos individuos en frente a las instalaciones de la Cruz Roja, para que los transportara hasta el sector de Picafeña. No bien abordaron el vehículo, los sujetos intimidaron al conductor con revólver y navaja, aduciendo que necesitaban el carro, luego de lo cual lo dejaron atado con una manilla cerca de la carretera central.

Más tarde, como los vecinos del corregimiento de Buenos Aires notaron que por los alrededores de las haciendas la Honda, la Palmera y la Mariposa circulaban sospechosamente un campero y un taxi, acudieron a la Policía, lográndose interceptar este último, que resultó ser el hurtado poco antes, en cuyo interior fueron capturados Ernesto Antonio Mendoza Guerra y Luis Alfonso Cardozo Díaz cuando apresuradamente se deshacían de un paquete contentivo del arma de fuego y sus municiones.

2.- Por estos hechos inició investigación la Fiscalía 21 Permanente de Ibagué y escuchó en indagatoria a Ernesto Antonio Mendoza Guerra y a Luis Alfonso Cardozo Díaz.

El 19 de mayo de 1994, la Fiscalía Antitextorsión y Secuestro de la misma ciudad, les resolvió la situación jurídica profiriendo medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Perfeccionada y clausurada la investigación se profirió resolución de acusación en contra de Cardozo Díaz y Mendoza Guerra por las mismas hipótesis delictivas. Apelada la decisión, la Fiscalía 6ª Delegada ante el Tribunal Superior, el 23 de octubre de 1994, le impartió confirmación en relación a los punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, descartando la hipótesis delictiva del secuestro simple.

Rituada la etapa de la causa y realizada la audiencia pública, el Juzgado 9º Penal del Circuito de Ibagué, profirió sentencia condenatoria en

contra de Luis Alfonso Cardozo Díaz y Ernesto Antonio Mendoza Guerra, por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal imponiéndoles como pena principal 80 meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y la obligación de pagar los perjuicios materiales causados.

El Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, en sede de apelación, confirmó la sentencia de primera instancia, pero reformándola en el sentido de fijar la pena principal en 60 meses de prisión para cada uno de los procesados. Ambos interpusieron el recurso extraordinario de casación, pero sólo Ernesto Antonio Mendoza Guerra presentó la respectiva demanda, por intermedio de abogado.

#### LA DEMANDA

1.- En lo que se anuncia como un recuento de la actuación procesal, el recurrente se limita, a manera de alegato de instancia, a exponer argumentos encaminados a mostrar que la prueba aportada no ofrece la certeza con respecto a la responsabilidad de su defendido y por ende, no podía pronunciarse fallo de condena sin resultar "violatorio del artículo 247 del Estatuto Procesal Penal" (fls. 97-1 ).

2.- Al invocar la causal primera del artículo 220 del C. de P.P. como motivo de casación, indica el impugnante que la violación de la norma sustancial proviene de "error en la apreciación de la prueba" (fls.98 - 1 ).

Sustenta la censura, inicialmente, señalando que el propio ofendido Benjamín Zamora manifestó que el acusado Mendoza Guerra no había participado en el apoderamiento violento del automotor y por ello, en ausencia de otros testigos presenciales, no debió darse por probada la coautoría en el hecho.

Luego, señala que "al no considerar ninguna clase de prueba para la sindicación que se hace de coautoría, el Despacho dedujo objetivamente una responsabilidad de unos indicios que aunados no pueden tener esa relación procesal y sustancial" (fl.98 -2 ).

3.- Bajo el epígrafe "NORMAS INFRINGIDAS", cita los artículos 28, 29, 31 y 32 de la Constitución Política y otras muchas normas del Código de Procedimiento Penal, sin ensayar una posición jurídica que las individualice para soportar la censura, concluyendo así su antitécnica demanda :

*"La causal invocada con anterioridad y sustentada, para demostrarse la errónea e indebida interpretación de la prueba, son suficientes para establecer la indebida valoración de las (sic) luz probatorio, por parte de las dos instancias precedentes, y a las irregularidades sustanciales que afec-*



*taron las garantías procesales de Ernesto Antonio Mendoza Guerra, que igualmente desconocieron las bases fundamentales de la instrucción generando la violación al debido proceso y al derecho de defensa. "(fls.99-1).*

Y sin lógica alguna hace esta petición final:

*"Por no existir otro mecanismo procesal, ruego a usted resolver sobre lo aquí manifestado. CASANDO LA SENTENCIA RECURRIDA y haciendo efectivo el derecho material y las garantías de vida y CONCEDIENDOLE LA LIBERTAD A MI DEFENDIDO" (fls.99-1).*

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En forma indiscriminada el censor discurre en el campo de la violación indirecta y la nulidad del juicio por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa, pero sin presentar de manera ordenada y lógica los fundamentos de sus reproches; sin demostrar la ocurrencia objetiva ni desarrollar armónica y adecuadamente la causal invocada y sin ofrecer la solución correcta que la Corte debe brindar de prosperar el cargo que se hace a la sentencia recurrida.

Por el contrario, expone su particular criterio frente a la valoración que de los medios de convicción hizo el Tribunal y los fundamentos probatorios del fallo, sin demostrar suficientemente la naturaleza del yerro en que pudo haber incurrido ni las consecuencias jurídicas del mismo, como pasa a observarse:

1.- Expresamente aduce la causal primera del artículo 220 del C. de P.P.: "la violación de la norma sustancial por error en la apreciación de la prueba"(fl.98-1), sin precisar si se trata de violación directa o indirecta.

Sabido es que si se alega una violación directa de la ley sustancial ( falta de aplicación -ERROR DE EXISTENCIA- o aplicación indebida - ERROR DE ADECUACION - o interpretación errónea -ERROR DE SENTIDO-), el ataque debe ser eminentemente jurídico, jamás probatorio.

Del contexto de la demanda no se alcanza a inferir que la censura del actor esté encaminada a esta especie de reproche.

2.- Si seleccionó la violación indirecta de la ley sustancial, como así puede colegirse de la forma como el actor hace consideraciones en torno a los presupuestos fácticos y al análisis probatorio realizado por el fallador, le era imperativo identificar si la incorrecta apreciación de los medios de convicción surge por error de hecho o de derecho.

2.1.- Si dirige su ataque hacia el error de hecho, el recurrente debe clarificar si el yerro se originó al haber incurrido el fallador en falso juicio de existencia por omitir la consideración de una prueba o por tener en

cuenta una que no existe materialmente en el proceso, o en falso juicio de identidad por haber tergiversado el contenido fáctico de algún medio probatorio en particular.

2.2 Si se acude al error de derecho, resulta indispensable precisar alguna de las hipótesis que al respecto pueden ocurrir: si falso juicio de legalidad porque el juzgador le otorgó mérito a una prueba ilegalmente producida, o falso juicio de convicción por haberle negado a un medio probatorio el valor que le corresponde o por otorgarle valoración diversa de la que la ley le ha conferido.

La presencia de estas falencias bastaría para provocar el desquiciamiento formal de la demanda dado que la imprecisión en el enunciado y en su desarrollo impiden conocer a ciencia cierta el pensamiento del censor que no puede ser dilucidado o complementado por la Corte. El principio de limitación que rige el recurso se lo impide, debiéndose circunscribir su análisis y decisión a los hitos que en forma ordenada debe fijarle el casacionista.

3.- Desviando el ataque inicial, al final de la demanda el impugnante aduce "irregularidades sustanciales que afectaron las garantías procesales de Ernesto Antonio Mendoza Guerra, que igualmente desconocieron las bases fundamentales de la instrucción generando la violación al debido proceso y al derecho de defensa (fl. 99 -2 ).

Si alguna censura quiso hacer el impugnante en torno a estas situaciones, debió encauzar su demanda también por la causal tercera de casación, caso en el cual esta sería principal y la primera en su cuerpo segundo subsidiaria, pues de prosperar aquella, carecería de objeto el estudio de la restante toda vez que sería repugnante a la lógica suponer que un juicio pueda ser inválido y legal al mismo tiempo. A fuerza de no haberse invocado esta causal, se echa de menos su fundamentación y desarrollo, con clara precisión de los hechos que dan lugar a ella.

Délese recordar que desde hace mucho tiempo esta Corporación, de manera uniforme y reiterada, ha venido sosteniendo que la declaratoria oficiosa de las nulidades en el recurso extraordinario de casación se convierte en una excepción al principio de limitación, según el cual el juez de casación solo puede pronunciarse en relación con los puntos planteados en la demanda, sin que le sea permitido corregir, adicionar o de cualquier manera llenar los vacíos que se presentan en la misma. Pero esta excepción tiene su plena explicación política, porque si el recurso de casación es un juicio a la sentencia, para efectos de garantizar la legalidad de la misma y del proceso, en cuanto se señalan como fines del recurso, entre otros, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación procesal, en tales circunstancias es lógico que advertida

por el Tribunal de Casación una irregularidad sustancial que afecte los derechos de las partes o la estructura del proceso, se declare de manera oficiosa la nulidad.

Sin embargo, el reconocimiento jurisprudencial anterior no ha significado que el planteamiento de la nulidad por los recurrentes en casación sea de libre formulación, porque, igualmente de manera reiterada y uniforme, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que quien pretenda el reconocimiento de una nulidad debe demostrar la existencia de la irregularidad y además probar de qué manera afecta derechos sustanciales de las partes o las bases mismas de la instrucción y el juzgamiento. lo que no hizo el impugnante. Sólo se limitó a meras aseveraciones que no son suficientes para la cabal demostración del yerro ni para que la pretensión de nulidad adquiera entidad, así sea para dar curso a la demanda.

El casacionista debe tener en cuenta que la finalidad de este extraordinario recurso no es prolongar un debate ya agotado en las instancias y sobre el cual tomó partido el Tribunal al resolver el recurso de apelación, sino demostrar que por errores in iudicando o in procedendo la sentencia es ilegal.

La ley ha sido clara en la estricta fijación de los requisitos de pertinencia, oportunidad y sustentación del recurso de casación, en orden a asegurar la cumplida eficacia de la tarea de la Corte circunscrita a los fines previstos en el artículo 219 del C. de P. P., y entre aquellos presupuestos se destaca, en primer término, la idoneidad de la demanda que al efecto ha de presentarse como punto de partida ineludible de toda consideración, la cual ha de ceñirse a las preceptivas formales del artículo 225 ibídem.

Y como en el caso que nos ocupa resulta evidente para la Corte que el impugnante no cumplió con las exigencias previstas en este último canon adjetivo, no queda otra alternativa distinta a la de disponer el rechazo in limine de la demanda y declarar desierto el recurso interpuesto.

En mérito a 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

RECHAZAR in limine la demanda de casación presentada por el defensor de Ernesto Antonio Mendoza Guerra.

En consecuencia, se declara DESIERTO el recurso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## DEMANDA DE CASACION/ NULIDAD

*La Corte, en providencia del 24 de enero del año en curso, con ponencia de quien hoy funge como tal, reiteró las exigencias técnicas que la ley impone para la admisión de la demanda sustentada bajo los postulados de la causal tercera de casación. En esa oportunidad se dijo:*

*"Una vez más debe reiterar la Corte que la causal tercera de casación no es de libre postulación, pues, dada la naturaleza y especificidad del recurso extraordinario, no escapa a las exigencias técnicas que la gobiernan. Por tanto, cuando se trata de esta causal, no sólo el recurrente está en la obligación de señalar la clase de nulidad invocada, sino que debe precisar, con logicidad y orden, los fundamentos y la trascendencia del yerro in procedendo alegado.*

*"Conforme a estas ineludibles premisas, debe tenerse en cuenta que si la nulidad invocada atañe a la violación del debido proceso, como se enuncia en este caso, se impone establecer la demostrada existencia de una irregularidad sustancial que altere la estructura del proceso; por ejemplo, que se haya omitido la correspondiente apertura de instrucción, la no vinculación del procesado, la ausencia de la etapa probatoria del juicio, etc.*

*"Y si de violación del derecho de defensa se trata, el recurrente tiene el deber de precisar tanto la actuación procesal que estima lesiva como la respectiva norma transgredida, para posteriormente demostrar cómo esa violación incidió adversamente sobre las garantías constitucionales y legales del procesado".*

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de noviembre mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. Jorge E. Córdoba Pineda

Aprobado acta No.158

Proceso: 11875

## VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado Luis Segundo Fernández Mendoza.

## ANTECEDENTES

1.- Los hechos los sintetizó el Tribunal, así:

*"Ocurrieron el 27 de agosto de 1.994 en Fonseca, La Guajira, plaza principal, estando en las festividades del denominado «Festival del retorno», a eso de la primera hora de la madrugada, cuando a raíz de impacto de proyectil de arma de fuego resultó herido y posteriormente muerto el señor Camilo Francisco Arias Martínez quien departía en una mesa ubicada en uno de los quioscos habilitados para la venta de bebidas refrescantes y/o alcohólicas. Se sindicó del hecho de disparar el arma y producir la herida y causar la muerte aludida, al señor Luis Segundo Fernández Mendoza".*

2.- El Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (La Guajira), mediante sentencia del ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), condenó al citado procesado a la pena principal de 31 años de prisión y a las accesorias de ley, como autor responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Al conocer del recurso de apelación interpuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha disminuyó la pena principal a 27 años y 6 meses de prisión y a 10 años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas; en todo lo demás le impartió confirmación.

## LA DEMANDA DE CASACIÓN

Con base en las causales primera y tercera de casación el defensor del procesado formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, así:

En el primer reproche acusa al fallador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial por errores en la apreciación de las pruebas.

Con relación al delito de porte ilegal de armas, dice, existen serias dudas acerca de si el arma incautada fue la utilizada en la ejecución del delito, pues del informe de la policía y de los dictámenes periciales surgen, en su criterio, varias incongruencias que conducen inevitablemente a la duda.

En cuanto a la prueba de responsabilidad, sostiene que no existe certeza que sustente la sentencia condenatoria, conforme lo estipula el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.



Luego de criticar el grado de estimación que el Tribunal dio a varios testimonios y a la indagatoria del sindicado, concluye el casacionista afirmando que:

*"Considero que en la apreciación de la prueba el Tribunal Superior de Riohacha, así como el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar, incurrieron en error al dictar sentencia condenatoria sin haber certeza sobre la materialidad de los hechos punibles de porte ilegal de arma de fuego y correspondiente homicidio, en contra de los principios generales que gobiernan la sana crítica..."*

En la segunda censura acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, vicio que, en su opinión, surgió en el momento en que el funcionario judicial que tenía el proceso para adelantar algunas diligencias por las cuales se le comisionó, no aceptó el nuevo poder mediante el cual el procesado le otorgaba facultades de sustitución, desistimiento, etc., "las cuales no me había conferido en la diligencia de indagatoria.

Teniendo en cuenta que en el lapso en el que no se le quiso reconocer la nueva personería se recibieron tres importantes testimonios, ello constituye, en su opinión, violación al derecho de defensa y al debido proceso, derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.

Concluye, entonces, solicitando a la Corte casar la sentencia recurrida diciendo el fallo que un derecho corresponda.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda de casación presentada a nombre del procesado Luis Segundo Fernández Mendoza no reúne los requisitos de claridad y precisión en que se apoya para solicitar la nulificación de la sentencia.

En efecto, ni siquiera acierta en la presentación del cargo, pues se limita a denunciar una violación indirecta de la ley sustancial por error en la apreciación de la prueba, sin expresar si tal error provino de error de derecho o de hecho y si lo fue por suposición o preterición de la prueba o por tergiversar su contenido fáctico. Así mismo, no dice si la infracción de la ley sustancial lo fue por exclusión evidente, por aplicación indebida o por interpretación errónea.

En lo que atañe al presunto error en la apreciación de la prueba, no lo demuestra, sino que con relación al arma desconocida se limita a enumerar, las que según su personal perspectiva constituyen dudas sobre la misma, en cuanto que estima que las hay en lo que respecta a si con la incautada se cometió el homicidio, sobre las características de la misma, sobre dónde fue encontrada, etc.

Pero en ninguna parte dice en qué consistió el error del juzgador, ni cuál su incidencia en el fallo.

En lo atinente a la responsabilidad del acusado, y aunque también denuncia error en la apreciación de la prueba, tampoco lo demuestra, sino que se limita a reprochar al juzgador por haberle dado credibilidad a los agentes de policía que lo incriminan y no habérsela otorgado a la versión del procesado y de las personas que dicen que no fue el autor del homicidio.

Desconoce el censor que la simple discrepancia de criterios entre el casacionista y el juzgador, en cuanto al grado de convicción de los medios de prueba, no constituye error de ninguna naturaleza, a menos que se vulneren las reglas de la psicología, la experiencia o la racionalidad. Además, porque el criterio del sentenciador prevalece pues el fallo se presume no sólo legal sino acertado.

Lo que plantea el impugnante es un error de derecho por falso juicio de convicción, que en tratándose de pruebas no sometidas a la tarifa legal, ninguna cabida tiene en esta sede extraordinaria.

Finalmente, se recuerda al recurrente que no existe norma alguna que obligue al juez a creerle a unos testigos y no a otros, sino que su justiprecio se somete a los principios de la sana crítica o persuasión racional.

El cargo de nulidad presentado tampoco escapa a los yerros técnicos.

En efecto, la Corte, en providencia del 24 de enero del año en curso, con ponencia de quien hoy funge como tal, reiteró las exigencias técnicas que la ley impone para la admisión de la demanda sustentada bajo los postulados de la causal tercera de casación. En esa oportunidad se dijo:

*"Una vez más debe reiterar la Corte que la causal tercera de casación no es de libre postulación, pues, dada la naturaleza y especialidad del recurso extraordinario, no escapa a las exigencias técnicas que la gobiernan. Por tanto, cuando se trata de esta causal, no sólo el recurrente está en la obligación de señalar la clase de nulidad invocada, sino que debe precisar, con lógica y orden, los fundamentos y la trascendencia del yerro in procedendo alegado.*

*"Conforme a estas ineludibles premisas, debe tenerse en cuenta que si la nulidad invocada atañe a la violación del debido proceso, como se enuncia en este caso, se impone establecer la demostrada existencia de una irregularidad sustancial que altere la estructura del proceso; por ejemplo, que se haya omitido la correspondiente apertura de instrucción, la no vinculación del procesado, la ausencia de la etapa probatoria del juicio, etc.*

*"Y si de violación del derecho de defensa se trata, el recurrente tiene el deber de precisar tanto la actuación procesal que estima lesiva como la respectiva norma transgredida, para posteriormente demostrar cómo esa violación incidió adversamente sobre las garantías constitucionales y legales del procesado".*

Estos postulados no fueron tenidos en cuenta en la elaboración del cargo, toda vez que lejos de desarrollarlos, se queda en simples enunciados.

Por otra parte, el demandante confunde el concepto de debido proceso con el del derecho a la defensa, ya que en el desarrollo de la censura los trata de igual manera y no distingue el ámbito de la presunta irregularidad demandada.

Además, limitándose a exponer una irregularidad sustancial que, en su criterio, atenta contra los mencionados derechos fundamentales, no desarrolla y mucho menos demuestra la incidencia del yerro in procedendo que denuncia.

Tanto es así que la precaria labor demostrativa la centró el actor en sostener que en el lapso en que presuntamente se le impidió ejercer el derecho a la defensa, se recibieron tres «importantes» testimonios, pero en modo alguno se preocupó por enseñarle a la Corte cómo en verdad su intervención en dichas diligencias hubiese variado el contenido de las mismas al punto de incidir en el desquiciamiento de la sentencia.

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 CASACION PENAL.

#### RESUELVE

RECHAZAR la demanda de casación presentada por el defensor de Luis Segundo Fernández Mendoza. En consecuencia, se declara desierto el recurso extraordinario de casación.

Cóptese, notifíquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## COMPETENCIA/ NULIDAD

*Es cierto que en cualquier momento, antes de tomar cualquier decisión final sobre la relación jurídico procesal, los jueces pueden y deben examinar el presupuesto procesal de la competencia, pues, de otro modo, sería entender absurdamente que la resolución de acusación proferida por el fiscal le señala vinculadamente la competencia al juez, cuando en verdad ésta se refiere a la capacidad funcional de la jurisdicción y al derecho fundamental al juez natural o legal, fenómenos que, por su naturaleza y jerarquía, deben estar previamente definidos por la ley y no podrían quedar librados al albur del posterior pronunciamiento judicial (Const. Pol., art. 29 y C. P. P., art. 1°). En esta postrísima realidad se fundamentan las colisiones o conflictos de competencia, cuya regulación legal no tendría sentido si los jueces estuvieran atados a la calificación jurídica y a la consecuente atribución de competencia que se hace en la resolución de acusación (arts. 97 y ss.).*

*Pero aunque el juez debe y puede declararse incompetente para conocer de determinados hechos delictivos, como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, no le concierne en cambio decretar nulidades dentro de esa actuación procesal que presuntamente él señala como ajena a su competencia, habida cuenta de la manifiesta contradicción que encierra un razonamiento de tal jaez. De modo que el señor juez penal del circuito de (...) simplemente debió declarar su incompetencia, sin que fuera procedente anular lo que él veía que estaba fuera de su cuerda funcional, y, como quiera que corría la fase del juzgamiento, proponerle la colisión de competencias al juez regional, evento en el cual se suscitaría la intervención dirimente de esta Sala (C. P. P., art. 68-5). Y sólo cuando esa Corporación hubiese discernido la competencia, como sensata y razonablemente lo señala el artículo 101 idem, habría lugar a que el funcionario designado decretara la nulidad por incompetencia, si es que tal designación llegase a recaer en un juez distinto al que venía sustanciando el juicio.*

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N°158 (Noviembre 7 de 1996)

Proceso: 12407

La Fiscalía Delegada ante esta Corporación, integrada en el conocimiento de que la resolución del 13 de septiembre pasado, obra de un fiscal regional de la ciudad de Medellín, advierte que en tal proveído se hizo remisión a la Sala de Casación Penal y no a la Fiscalía Delegada ante la misma, con el fin de resolver una "colisión de competencias" que propuso el Juzgado Penal del Circuito de Cisneros (Antioquia) y de la cual participa el mencionado funcionario regional. Es la razón por la cual se remite el expediente a la Corte y se procede a resolver de acuerdo con los siguientes antecedentes:

Se discute la competencia para conocer del delito consistente en el porte ilegal de una pistola marca Colt, calibre 25, de proveedor con capacidad para siete (7) cartuchos, cuyo funcionamiento inicialmente se dijo que era automático y después se señaló que era semiautomático, lo cual tiene incidencia en su clasificación de arma de fuego de defensa personal o de uso privativo, según hechos ocurridos el 10 de febrero de 1992 en el municipio de Guadalupe (Antioquia), que se atribuyen al ciudadano Jhon Alberto Vanegas Rodríguez.

Por virtud de la resolución acusatoria proferida por el fiscal seccional con sede en el municipio de Cisneros, el juez penal del circuito de la misma población asumió el conocimiento y avanzó hasta la celebración de la audiencia pública. Con todo, antes que dictar la correspondiente sentencia, el funcionario judicial profirió el auto fechado el 17 de mayo de 1995, por medio del cual irregularmente decretó la nulidad a partir del cierre de investigación, inclusive, por cuanto el ilícito se refería a un arma de uso privativo de las fuerzas armadas, de competencia de la jurisdicción regional, y de una vez le propuso "colisión negativa de competencia" al fiscal regional que señaló como habilitado para el conocimiento de los hechos (fs. 73 a 77).

El fiscal regional requerido como competente se propuso aclarar la duda sobre la naturaleza jurídica del arma decomisada y, por medio de una relación pericial -por cuanto no se pudo hallar el instrumento-, determinó que el funcionamiento de armas como la incautada era semiautomático, clasificada legalmente como de uso personal y, por ende, de competencia del Fiscal Noventa Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cisneros, funcionario al cual remitió el expediente y de una vez le propuso "conflicto negativo de competencia para que sea dirimido por los señores Fiscales Delegados ante la Sala Penal" (fs. 84 y ss. y 111 a 114).

El fiscal seccional señalado como competente, no obstante que asumió el conocimiento para continuar la instrucción (fs. 116), también de manera irregular decidió después que pendía la resolución de un conflicto planteado antes por el señor juez penal del circuito de Cisneros, supuesto bajo el cual decretó la nulidad del cierre de investigación que nuevamente se había proferido, y ordenó enviar el expediente a los fiscales regionales de la ciudad de Medellín, quienes serían los encargados de remitirlo al funcionario competente para decidir la controversia pendiente (fs. 121 a 123).

Finalmente, el fiscal regional que interviene, por medio de resolución fechada el 13 de septiembre pasado, señala a esta Sala como destinataria de la resolución del conflicto planteado e inútilmente extendido, tal vez por el reparo que hace en el sentido de que al juez penal del circuito no le era dado decretar la nulidad (fs. 132 a 134).

#### LA SALA CONSIDERA

Es cierto que en cualquier momento, antes de tomar cualquier decisión final sobre la relación jurídico-procesal, los jueces pueden y deben examinar el presupuesto procesal de la competencia, pues, de otro modo, sería entender absurdamente que la resolución de acusación proferida por el fiscal le señala vinculantemente la competencia al juez, cuando en verdad ésta se refiere a la capacidad funcional de la jurisdicción y al derecho fundamental al juez natural o legal, fenómenos que, por su naturaleza y jerarquía, deben estar previamente definidos por la ley y no podrían quedar librados al albur del posterior pronunciamiento judicial (Const. Pol., art. 29 y C. P. P., art. 1°). En esta potísima realidad se fundamentan las colisiones o conflictos de competencia, cuya regulación legal no tendría sentido si los jueces estuvieran atados a la calificación jurídica y a la consecuente atribución de competencia que se hace en la resolución de acusación (arts. 97 y ss.).

Pero aunque el juez debe y puede declararse incompetente para conocer de determinados hechos delictivos, como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, no le concierne en cambio decretar nulidades dentro de esa actuación procesal que precisamente él señala como ajena a su competencia, habida cuenta de la manifiesta contradicción que encierra un razonamiento de tal jaez. De modo que el señor juez penal del circuito de Cisneros simplemente debió declarar su incompetencia, sin que fuera procedente anular lo que él veía que estaba fuera de su cuerda funcional, y, como quiera que corría la fase del juzgamiento, proponerle la colisión de competencias al juez regional, evento en el cual se suscitara la intervención dirimente de esta Sala (C. P. P., art. 68-5). Y sólo cuando esta Corporación hubiese discernido la competencia, como sensala y razonablemente lo señala el artículo 101 *idem*, habría lugar a que el funcionario designa-



do decretara la nulidad por incompetencia, si es que tal designación llegase a recaer en un juez distinto al que venía sustanciando el juicio.

Sin embargo, como infortunadamente ese proceder irregular del juez penal del circuito no fue cuestionado en su momento, la providencia del 17 de mayo de 1995 alcanzó ejecutoria y, aunque munida de tal defecto, tampoco ha sido anulada por funcionario competente para hacerlo. Es decir, a través del proveído en cuestión, la actuación procesal regresó a la etapa de la instrucción y la disputa ahora está planteada entre fiscales, porque ha sido superada dentro del proceso, aunque regresivamente, la participación del juez.

Es necesario declarar entonces que la Sala de Casación Penal carece de competencia para dirimir conflictos que no sean entre jueces y/o tribunales, en las condiciones señaladas en el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal. Tampoco se puede remitir la controversia a la Sala Plena de la Corporación, la cual si bien se ha pronunciado sobre conflictos entre fiscales y jueces (autos de 4 de julio y 10 de octubre de 1996), en virtud de la competencia residual que le atribuye el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), no tendría facultad para hacerlo ahora, dado que en este caso no está vigente la oportunidad procesal para la intervención del juez que eventualmente participa de la discusión.

Así las cosas, se devolverá el diligenciamiento al remitente fiscal regional, funcionario que examinará si jurídicamente está vigente la disputa con el fiscal seccional y, en el evento de que se insista en ella, deberá tenerse en cuenta que la solución al conflicto sólo puede dispensarla el funcionario fiscal con facultad vinculante en relación con ambos disputantes.

Por lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

#### RESUELVE

Abstenerse de decidir el conflicto planteado en estas diligencias. En consecuencia, devolver el expediente al remitente fiscal regional de la ciudad de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Arribas Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente 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.*

## **NULIDAD/ ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION**

*La nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, como toda nulidad, debe proponerse siempre bajo la égida de la causal tercera de casación, demostrando el impugnante que los hechos que dio por establecidos el juzgador o que resultan de las pruebas allegadas al proceso, fueron encuadrados en un tipo penal que no les corresponde, sino en otro diferente, con precisión sobre cuál debió ser en definitiva la correcta denominación del hecho punible.*

*Si se propone probar dicho error aduciendo equivocada valoración del causal probatorio, como acontece en el presente caso, debe comprobar que los yerros endilgados al juzgador fueron determinantes de una errada adecuación típica de la conducta imputada.*

*Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santiago de Bogotá D. C., noviembre trece (13) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.*

*Aprobado Acta No. 151 (Oct. 24/96)*

*Proceso No. 9320*

### **VISTOS**

Ha sido recurrida en casación por los defensores de los procesados Fernando Mahecha Perdomo y José Fernando Mahecha Angarita, la sentencia de 12 de agosto de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó, con modificaciones, la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Llerida, que los condenó como cómplices del delito de homicidio agravado.

### **HECHOS**

La tarde del 24 de diciembre de 1991, departían en el establecimiento Los Faroles de la población de Armero-Guayabal (Tolima), el agente de la Policía Nacional Rubén Darío Ramírez Mora, que disfrutaba de franquía

cia, Fernando Mahecha Perdomo y su hijo Fernando Mahecha Perdomo Angarita y de allí se dirigieron en un vehículo Mazda conducido por este último, a la residencia de David Granda sobre quien recaían sospechas de haber sido el autor de un hurto en perjuicio de Mahecha Perdomo (f. 53 cdno. Trib.).

Como Granda se escapara y en su lugar se encontrara Jesús Antonio Cubillos Sánchez, "según ellos... cómplice de Granda" (f. 58 lb.), procedieron a capturarlo e introducirlo a la fuerza en el automotor, no obstante los gritos de auxilio que lanzaba, siendo intimidado con arma de fuego por el policial y golpeado en la cabeza por Mahecha Perdomo, dirigiéndose luego a la carretera que conduce a Mariquita, donde fue ultimado de dos balazos y arrojado su cadáver al margen de la vía.

#### TRÁMITE PROCESAL

El entonces Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Lérda inició la investigación con base en las diligencias practicadas por la Inspección de Policía de Armero-Guayabal y luego de oír en indagatoria al policial Ramírez Mora le definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio agravado, logrando fugarse posteriormente del Cuartel de Policía de Honda, donde se hallaba recluido.

Mahecha Perdomo y Mahecha Angarita, padre e hijo, fueron vinculados al proceso como personas ausentes, después aquél se presentó voluntariamente a rendir indagatoria, definiéndosele su situación jurídica y la de su hijo con detención preventiva por homicidio agravado, el primero de ellos como coautor y el segundo como cómplice.

El 10 de septiembre de 1992 la Fiscalía Cuarenta de Lérda calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de Ruben Darío Ramírez Mora, Fernando Mahecha Perdomo y José Fernando Mahecha Angarita por el delito de homicidio, los dos primeros a título de coautores y el último como cómplice (fs. 404 y Ss. cdno. inicial), enjuiciamiento apelado por la defensa y confirmado, con la expresa manifestación en la parte motiva de que el señor Cubillos Sánchez «muy seguramente cuando fue ultimado se encontraba en situación de indefensión» (f. 470 lb.), por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué el 30 de octubre del mismo año.

Ritulado el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Lérda finiquitó el 23 de abril de 1993 la instancia, condenando a Ruben Darío Ramírez Mora a la pena principal de 16 años de prisión como autor, y a Fernando Mahecha Perdomo y José Fernando Mahecha Angarita a 12 y 8 años de prisión respectivamente, como cómplices del delito; a la sanción accesoria de interdicción de dere-

chos y funciones públicas «por un tiempo igual al de la pena principal» y a la indemnización en concreto y en forma solidaria de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué mediante el que es objeto del recurso de casación, con la única modificación de reducir a diez años el término de la sanción accesoria de los dos primeros.

#### DEMANDAS DE CASACIÓN

##### Demanda a nombre del procesado Fernando Mahecha Perdomo

El defensor del procesado Fernando Mahecha Perdomo luego de referirse a los hechos y criticar la forma como fueron apreciadas las pruebas y calificada la conducta de su asistido, apoyándose en la causal tercera de casación acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en juicio violado de nulidad, aduciendo la existencia de irregularidades que afectan el debido proceso y generan falta de competencia.

Afirma que para llegar a establecer la existencia de dichas irregularidades es preciso acudir a la violación indirecta de la ley, alegando error de derecho por atribuírsele a las pruebas un alcance del cual carecen. Enumera una serie de "verdades" que resultan probadas, entre las cuales, que Mahecha Perdomo y el policial Ramírez Mora penetraron arbitrariamente en domicilio ajeno y utilizaron la violencia para introducir a la víctima en el vehículo; que aquél lo golpeó en la cabeza con una piedra lesionándolo y éste, lo ultimó de dos disparos, concluyendo que su representado debió responder por violación de domicilio (hoy convertida en contravención), por lesiones personales y privación ilegal de la libertad mas no como cómplice de homicidio agravado porque *"no existe prueba alguna que indique, así remotamente que el señor Mahecha Perdomo hubiese ordenado, determinado, aconsejado al señor Ramírez a que disparara en contra de Cubillos y mucho menos el que terminara con su vida."*

*El señor Cubillos, en el desesperado intento por evadirse, tiene un forcejeo con el agente quien procede. SIN ACUERDO CON NADIE, por su propia iniciativa, a disparar alevemente en contra del hoy occiso.*

*Si aceptamos los testimonios, si los leemos con detenimiento, nadie puede decir que existió acuerdo para matar y mucho menos el que los Mahecha pudieran imaginarse que el señor Ramírez dispararía su arma.*

Refiriéndose a las declaraciones que obran en autos, expresa que se les dio un "alcance que no tienen porque en ninguna de ellas se dice que los Mahecha se pusieron de acuerdo con Ramírez, ni que determinaron al agente para que disparara, ni mucho menos que sabían que Ramírez dispararía", configurándose error de derecho y consecuente quebranto de los artículos 294 y 247 del Código de Procedimiento Penal, que condujo a la

aplicación indebida del artículo 324-7 del Código Penal y a la falta de aplicación de los artículos 331 y 272, en armonía con el 24 de la misma codificación, que se ocupan de la complicidad en las lesiones personales y la privación ilegal de la libertad, no pudiendo hablarse de violación de domicilio por tratarse de una contravención de policía.

Solicita casar la sentencia recurrida y decretar la nulidad del proceso a partir del auto calificadorio.

Demanda a nombre del procesado José Fernando Mahecha Angarita

Por su parte, la defensora del procesado Mahecha Angarita acogiendo-se a la causal primera de casación acusa la sentencia impugnada de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial por habérsele dado a la prueba existente «una valoración, un alcance y una interpretación absolutamente errónea y de ella se sacaron conclusiones forzadas que nunca han debido sacarse». Comenzando por afirmar que la prueba testimonial recaudada solo serviría para absolver a su cliente por las circunstancias que de ella se derivan, las cuales enumera, advierte que los falladores ubicaron la responsabilidad de Mahecha Angarita en que tenía el deber jurídico de evitar el resultado y no hacerlo equivale a producirlo.

Acepta que su protegido conducía el vehículo en el que fue trasladada la víctima "pero no disparó, ni existe prueba alguna que permita concluir que se había puesto de acuerdo con Ramírez para eliminar a Cubillos, por el contrario, existen factores muy claros que permiten concluir la ausencia total de ese acuerdo", tales como que el hombre a quien se buscaba era Grandá y no Cubillos, y fue el policial quien disparó el arma, al punto que "por poco mata o lesiona a Mahecha Angarita".

Advera que la responsabilidad penal deducida en su contra lo fue por no haberse presentado a las autoridades a responder por su conducta y por haber colaborado con la conducción del vehículo, de lo que no puede inferirse que hubiese sido cómplice del delito de homicidio, violándose de tal modo los artículos "323 y concordantes" y 24 del Código Penal, al igual que las normas que aluden a la apreciación conjunta de la prueba y la certeza exigida para condenar.

Pide en consecuencia casar la sentencia y absolver al recurrente.

Subsidiariamente reclama la nulidad del embargo decretado sobre un inmueble adjudicado por el Incora a la familia Mahecha, conforme a la escritura pública cuya copia acompaña, puesto que de hacerse efectiva la medida el inmueble se perdería definitivamente por ser de aquellos bienes adjudicados a familias desplazadas por el desastre de Armero, nulidad que deprecia con fundamento en los artículos 52 y 513 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta Política.

## EL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal examina las demandas en el orden en que fueron presentadas, para concluir solicitando que no se case la sentencia recurrida porque ninguno de los cargos en ellas contenidos está llamado a prosperar.

Refiriéndose al libelo introducido a nombre del procesado Fernando Mahecha Perdomo, manifiesta que el supuesto error de adecuación típica de su conducta se basa en un falso juicio de convicción sobre pruebas que no permiten esa clase de verro probatorio por no estar sujetas en su evaluación a tarifa legal sino al sistema de persuasión racional y además, porque la sustentación del cargo se queda en simples enunciados, insuficientes para desvirtuar la doble presunción de legalidad y acierto que ampara a la sentencia protestada.

Igual reparo le merece la demanda presentada en nombre de José Fernando Mahecha Angarita, fundada en un cuestionamiento a la prueba testimonial sin precisar la clase de error que pudo haber cometido el Tribunal, ni arrojar claridad y precisión respecto al sentido y alcance de la violación a la ley.

En cuanto a la petición subsidiaria de nulidad del embargo del inmueble, opina que la peticionaria carece de interés para formularla porque el bien embargado no figura como de propiedad de su defendido y se trata de una «genérica apreciación» sin apoyo legal concreto.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda a nombre del procesado Fernando Mahecha Perdomo

La nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, como toda nulidad, debe proponerse siempre bajo la égida de la causal tercera de casación, demostrando el impugnante que los hechos que dió por establecidos el juzgador o que resultan de las pruebas allegadas al proceso, fueron encuadrados en un tipo penal que no les corresponde, sino en otro diferente, con precisión sobre cuál debió ser en definitiva la correcta denominación del hecho punible.

Si se propone probar dicho error aduciendo equivocada valoración del caudal probatorio, como acontece en el presente caso, debe comprobar que los yerros endilgados al juzgador fueron determinantes de una errada adecuación típica de la conducta imputada.

Apartándose el demandante de estos postulados, acudió a la violación indirecta de la ley por error de derecho respecto a pruebas no tarifadas, como la testimonial, sometida a la apreciación racional del juzgador siguiendo en ello las reglas de la sana crítica, pruebas de las cuales no puede predicarse que fueron mai tasadas, porque ningún valor específico les asigna la ley instrumental.



La argumentación del libelista se centra en criticar a su manera el acervo probatorio, anteponiendo a las inferencias y conclusiones del fallador su personal y subjetiva apreciación, sin lograr demostrar el error de subsunción denunciado ni su incidencia en la sentencia objeto de impugnación.

Efectivamente, mientras el impugnante pretende que se subsuma dicho comportamiento en una fantástica complicidad en los delitos de privación ilegal de la libertad y lesiones personales en quien murió a consecuencia de la letal agresión de que fue objeto y en una contravención de competencia de las autoridades policivas (violación de domicilio ajeno), por los cuales no ha sido adelantado el proceso, para los sentenciadores la conducta observada por Mahecha Perdomo se ubica en el terreno de la colaboración idónea para que se ejecutara el homicidio agravado contra Jesús Antonio Cubillos Sánchez, por haber contribuido de manera eficaz a sacarlo por la fuerza de su casa de habitación, en presencia de familiares y circunstantes, golpeándolo en la cabeza y ayudándolo a introducir contra su voluntad en el vehículo conducido por su hijo, con dirección no al Cuartel de la Policía, como era de esperarse o a un centro hospitalario según manifestaron a los curiosos que indagaban por la suerte del capturado, sino a la carretera que conduce a Mariquita, en cuyo trayecto fue ultimado de dos balazos por el policía Ramírez Mora.

El *nomen juris* de homicidio es incuestionablemente acertado y nada consigue el impugnante tratando de rebatirlo.

No probada entonces la existencia de una irregularidad sustancial vulnerante del debido proceso, por error en la adecuación típica de la conducta observada por el procesado Mahecha Perdomo, el cargo por dicho motivo debe desestimarse.

No prospera la impugnación.

*Demanda a nombre de José Fernando Mahecha Angarita*

Pese a que la demandante acudió a la violación indirecta de la ley sustancial en su afán de demostrar la inocencia de su patrocinado, no identificó el supuesto error probatorio cometido por el sentenciador ni mucho menos, como es apenas obvio, probó su existencia, como tampoco su incidencia en el fallo protestado, dejando el cargo formulado a la sentencia en el terreno de los simples enunciados y conjeturas.

Se limitó a cuestionar el grado de participación que le fue deducido al procesado Mahecha Angarita, afirmando que haber conducido el vehículo en que se movilizaron los protagonistas la tarde de autos, no configura

complicidad en el delito perpetrado máxime que no medió acuerdo entre ellos para eliminar a Cubillos Sánchez y que la muerte de éste fué obra exclusiva del agente Ramírez Mora.

Olvida, sin embargo, que la complicidad predicable de su cliente, lo fue porque sin haber provocado él mismo, por su acción directa, heridas a la víctima, facilitó en el suceso una ayuda importante, pues se prestó a conducir a su progenitor y al policial hasta la casa de Granda y los esperó en el automóvil hasta que se produjo la retención abusiva de Cubillos Sánchez; luego encaminó el automotor, no en dirección al Cuartel o al centro hospitalario como se esperaba, sino a la carretera que conduce a Marigüita, en cuyo trayecto se consumó el homicidio, para luego huir del lugar sin presentarse a las autoridades a responder por sus actos. Es decir, que dentro de las circunstancias del hecho, su comportamiento intencional resultó coadyuvante a la ejecución del homicidio.

El fenómeno de la complicidad aparece descrito en el artículo 24 del Código Penal, en el aspecto aplicable a este caso, como la contribución a la realización del hecho punible.

La conducta desplegada por el joven José Fernando Mahecha Angarita encuadra perfectamente en tal descripción normativa de dicho fenómeno, por lo que la participación a él deducida resulta correcta.

Tampoco prospera la impugnación.

Respecto a la petición subsidiaria de nulidad del embargo decretado por el funcionario instructor sobre un inmueble adjudicado al coprocesado Fernando Mahecha Perdomo, es preciso destacar su absoluta improcedencia en razón a que dicho pedimento lo hace quien carece de interés jurídico para ello y porque su decisión escapa a la limitada competencia de la Corte como tribunal de casación.

Así mismo, será el funcionario de instancia competente quien actúe en consecuencia frente al desistimiento de la acción civil, presentado ante esta corporación por el apoderado de la parte civil y coadyuvado por uno de los defensores.

#### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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.

Cópicse y devuélvase al despacho de origen. Cúmplase.

*Nilson Pinilla Pinilla, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Eduardo Torres Escullón (con juez), Jorge A. Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria*

## COMPETENCIA FUNCIONAL/ CONSULTA/ NULIDAD

*La competencia funcional prevista legalmente para desatar el grado jurisdiccional de consulta no puede obviarse con apriorísticos razonamientos referentes a la adecuación típica de la conducta -como pretende hacerlo el Tribunal Nacional-, porque de ser ello posible, el ad quem podría, pretextando incompetencia, no sólo abstenerse de revisar el fallo cuya legalidad está funcionalmente llamado a sopesar, sino que a su vez -y en forma contradictoria-, sin revisar la actuación, resultaría formulando juicios de valor en torno a la jurisdicción de la misma, haciendo de paso mágica la estructura jerarquizada que por Ley se ha hecho de los funcionarios llamados a resolver los recursos y el grado de jurisdicción, pues en últimas, un Juez Penal del Circuito resultaría desafiando la consulta de la sentencia proferida por un Juez Regional.*

*En pretérita oportunidad la Sala se pronunció en igual sentido cuando, con ponencia del Magistrado Calvete Rangel, precisó:*

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

*"El principio de que las nulidades deben ser decretadas por el funcionario competente se respeta en esos eventos, porque por mandato legal el único que puede invalidar una sentencia es el superior funcional del juez que la dictó, y esto opera en segunda instancia y en casación. Una indebida interpretación de este principio genera una situación no contemplada en la ley, como es que la apelación o la consulta la terminen resolviendo horizontalmente, o lo que es más inadmisiblemente, por parte de un inferior" (auto de abril 24/96).*

Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado ponente : Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

Aprobado acta No. 160.

Proceso No. 11834.

## 1. ASUNTO

Desatar la colisión negativa de competencias surgida entre el Tribunal Nacional y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Montería -Córdoba-, en el proceso que por el delito de porte ilegal de armas se adelanta contra Miguel Angel Paniagua Garcés y otros.

## 2. ANTECEDENTES

Por portar munición calibre 16, y dos escopetas «hechizas» del mismo calibre -según peritaje balístico visible al folio 16 del cuaderno principal, una de dos cañones de 30 cms. de longitud (11,81 pulgadas), recortada, y la otra de un cañón de 29 cms. de longitud (11,41 pulgadas), también recortada, el 25 de noviembre de 1990 (fl. 3 c.o.) fueron capturados Miguel Angel Paniagua Garcés, Freddy Eduardo Echavarría Ramos y Juan de Jesús Gutiérrez.

El 12 de diciembre de 1991, el entonces Juzgado de Orden Público de Medellín proferió resolución de acusación en contra de los prenombrados por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares (fls. 198 y ss. c.o.), la cual fue confirmada en segunda instancia por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, el 20 de noviembre de 1992 (fl. 332 c.o.).

El 21 de julio de 1995, un Juzgado Regional de esa misma ciudad, los condenó a la pena principal de tres (3) años de prisión y ordenó el decomiso de las armas y municiones incautadas, como coautores responsables del delito tipificado en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991. Adicionalmente, les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Al no haber sido apelada la sentencia, se enviaron las diligencias al Tribunal Nacional para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

El Tribunal Nacional se abstuvo de conocer de la consulta del fallo, habida consideración de que con posterioridad a la resolución de acusación, con el proferimiento del Decreto 2535 de 1993, la imputación por porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares varió por la de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Las siguientes fueron sus razones:

*"(...) la imputación hecha inicialmente por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (art. 2 Decreto 3664 de 1986) era correcta. Sin embargo, conforme a la nueva legislación sobre armas (Decreto 2535 de 1993) no incluye dentro de las armas de uso privativo a las escopetas calibre 16, y por el contrario considera de defensa personal a las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas, de lo que se sigue, y al contrario de la legislación anterior, que en el evento de no reunir esas características no se convierte en arma de uso privativo, sino que, en respeto del principio del tipo-garantía, es un porte ilegal de armas de defensa personal".*

Con esos argumentos, en forma contradictoria consideró en la motivación que "carece este Tribunal de competencia para conocer del proceso, por lo que se abstendrá de hacerlo y ordenará su devolución al Juzgado de origen para que lo remita al Juez competente"; pero finalmente resolvió enviar el expediente "al Tribunal Superior de Medellín provocándole colisión de competencia (sic) negativa en caso de no estar de acuerdo con los planteamientos expuestos" (fl. 13 cuaderno del Tribunal Nacional).

El Magistrado del Tribunal Superior de Medellín a quien por reparto correspondieron las diligencias, las remitió a los Jueces Regionales de esa ciudad, anotando que los hechos sucedieron en jurisdicción del Departamento de Córdoba (fl. 568 c. o.). El Juzgado Regional dispuso que: "Dando cumplimiento a lo ordenado por el H. Tribunal Nacional y el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, REMITASE EL PROCESO AL H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA (CÓRDOBA), POR COMPETENCIA" (fl. 571 ib.).

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Montería, consideró:

*"la colisión de competencia (sic) provocada por el Tribunal Nacional constituye una expresión desafortunada del manejo procedimental pues si esa Corporación advirtió al revisar la sentencia, por ministerio del grado de jurisdicción denominado consulta, que el aquí no era competente, lo regular habría sido decretar la respectiva nulidad y remitir el expediente al Juez Penal de Circuito de Montería, que es a quien correspondería, por el cambio de legislación, el conocimiento del caso teniendo en cuenta el factor territorial y la naturaleza de la infracción, o no invalidar por considerar que la nulidad solo la decreta quien es competente y simplemente hacer la remisión provocándole la colisión de competencia (sic) negativa".*

Con fundamento en esas premisas, remitió las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Montería. Reparto-, precisándole que «si considera ser el competente asumirá el caso, pero si lo desestima deberá promoverle la colisión de competencia (sic) negativa al H. Tribunal Nacional» (fl. 7 c. No. 3).



Finalmente, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Montería, también se declaró incompetente, y remitió las diligencias a esta Corporación "para que de una vez por todas resuelva lo concerniente a la colisión". Cimentó su decisión en "la gran dificultad que encuentra el Juzgado para asumir competencia, por cuanto si lo que está pendiente en el proceso es el de que se surta la consulta, resulta carecer de competencia para ello, por cuanto es grado de jurisdicción atribuido únicamente al Honorable Tribunal Nacional en los procesos que son de conocimiento de esa especial jurisdicción ordinaria".

### 3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte es competente para dirimir la presente colisión de competencias surgida entre el Tribunal Nacional y un Juez Penal del Circuito, de conformidad con el numeral 5º del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

A raíz de la variación en la adecuación típica de la conducta, surgida como consecuencia de la expedición del Decreto 2535 de 1993 -contenitivo de la última regulación sobre armas de fuego-, se suscitó la controversia que ahora ocupa la atención de la Sala.

Se sabe por la información consignada en el expediente, que a los aquí procesados les fue hallado en su poder -y por ello se les capturó-, municiones para escopeta calibre 16, y dos escopetas "hechizas" recortadas, la primera de dos cañones de 30 cms. (11,81 pulgadas), y la otra de un cañón de 29 cms. de longitud (11,41 pulgadas).

El Decreto 1663 de 1979 -modificado por el Decreto 2003 de 1982-, regulaba para la época de los hechos -noviembre 25 de 1990- la clasificación de las armas de fuego. Según esa normatividad, se consideraban armas de fuego de defensa personal, o para deporte y caza, las escopetas de cualquier calibre, cuya longitud de cañón no fuera inferior a 40,64 cms. (16 pulgadas); de donde se deduce que las escopetas cuyo cañón estuviere por debajo de la longitud señalada -como las incautadas en el presente caso- se consideraban armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares (art. 4, lit. a Decreto 2003 de 1982).

A la luz de esa clasificación, y de conformidad con el art. 2º del Decreto 3664 de 1986, surgía acertada la acusación por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, hecha el 12 de diciembre de 1991 por el Juzgado de Orden Público de Medellín.

Pero no procede tan afortunado comentario con relación a la competencia que para conocer del asunto detentaba el Juzgado Regional que mediante auto del 13 de enero de 1994 ordenó el traslado "para que los sujetos procesales intervinientes presenten alegatos de conclusión" (fl. 439 ib.).

En efecto, con posterioridad a la acusación, se expidió la última regulación sobre armas de fuego, el Decreto 2535 de 1993, el cual no incluye dentro de las de uso privativo de las Fuerzas Militares (art. 8º), las escopetas y sí en cambio, considera armas de fuego de defensa personal, en el artículo 11, literal c), a "las escopetas cuya longitud de cañón no sea superior a 22 pulgadas" (55.88 cms.).

Con esta nueva clasificación, ipso jure varió la adecuación típica de la conducta, pues ya no quedaba recogida en la hipótesis normativa del artículo 2º del Decreto 3664 de 1986 -con una sanción de tres (3) a diez (10) años de prisión-, sino en el artículo 1º ejusdem -con una pena mucho más benigna, de uno (1) a cuatro (4) años de prisión-.

Al estar en curso la etapa del Juicio, cuando sobrevino esta reclasificación que de las armas de fuego hace el Decreto 2535 de 1993, por virtud del principio de favorabilidad -art. 29 C. N., resultaba imperiosa una nueva adecuación típica de los hechos y con ella, como lógica consecuencia, la variación de la competencia para seguir conociendo del asunto.

Pero ello no sucedió así y el 21 de julio de 1995, un Juzgado Regional de esa misma ciudad, los condenó a la pena principal de tres (3) años de prisión y ordenó el decomiso de las armas y municiones incautadas, como coautores responsables del delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, tipificado en el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Por tratarse de una sentencia proferida por un Juez Regional, y no haber sido apelada, en acatamiento del "debido proceso" -art. 29 de la Carta Política-, y por imperativo legal, debe inexorablemente ser sometida a ese control-garantía previsto en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal -modificado art. 29 Ley 81/93-, cual es el grado jurisdiccional de consulta.

Ello es así en razón a que el factor de competencia en juego en la presente controversia no es el objetivo -que dice relación con la naturaleza del hecho-, sino el funcional, el cual otorga competencia al Superior Jerárquico del Juez que proferió la sentencia -es decir, el Tribunal Nacional-, para desatar la consulta y a través de la revisión que sin limitación alguna puede hacer de la actuación -art. 217 ejusdem, modificado art. 34 Ley 81/93-, valorar la legalidad del fallo y del proceso en general, y acorde con esa valoración, confirmar, modificar o revocar la decisión, o anular la actuación; con las consecuencias que una u otra determinación conlleven para el proceso.

La competencia funcional prevista legalmente para desatar el grado jurisdiccional de consulta no puede obviarse con apriorísticos razonamientos referentes a la adecuación típica de la conducta -como pretende

hacerlo el Tribunal Nacional-, porque de ser ello posible, el ad quem podría, pretextando incompetencia, no sólo abstenerse de revisar el fallo cuya legalidad está funcionalmente llamado a sopesar, sino que a su vez - y en forma contradictoria -, sin revisar la actuación, resultaría formulando juicios de valor en torno a la juridicidad de la misma, haciendo de paso nugatoria la estructura jerarquizada que por Ley se ha hecho de los funcionarios llamados a resolver los recursos y el grado de jurisdicción, pues en últimas, un Juez Penal del Circuito resultaría desatando la consulta de la sentencia proferida por un Juez Regional.

En pretérita oportunidad la Sala se pronunció en igual sentido cuando, con ponencia del Magistrado Calvete Rangel, precisó:

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

*"El principio de que las nulidades deben ser decretadas por el funcionario competente se respeta en esos eventos, porque por mandato legal el único que puede invalidar una sentencia es el superior funcional del juez que la dictó, y esto opera en segunda instancia y en casación. Una indebita interpretación de este principio genera una situación no contemplada en la ley, como es que la apelación o la consulta la terminen resolviendo horizontalmente, o lo que es más inadmisiblemente, por parte de un inferior" (auto de abril 24/96).*

Le asiste entonces razón al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Montería al declararse incompetente para conocer de la consulta a que fue sometida la sentencia dictada por el Juez Regional de Medellín.

Pero a su vez observa la Sala que el carácter contradictorio del proveído mediante el cual el Tribunal Nacional se inhibió de conocer del asunto, motivó la reprochable dilación que se evidencia en el trámite de la presente causa.

En efecto, nótese como esa Corporación, luego de afirmar su incompetencia, en forma apresurada e incoherente anunció que «ordenará su devolución al Juzgado de origen para que lo remita al Juez competente»; pero inexplicablemente en la parte resolutive ordenó remitir el expediente "al Tribunal Superior de Medellín provocándole colisión de competencia (sic) negativa en caso de no estar de acuerdo con los planteamientos expuestos" (fl. 13 cuaderno del Tribunal Nacional).

Y por su parte, el Tribunal Superior de Medellín, dándose por no aludido (fl. 568 c. p.), y no obstante evidenciar que los hechos sucedieron "en

jurisdicción del Departamento de Córdoba", remite el diligenciamiento a los Jueces Regionales de dicha ciudad, de donde pasó por competencia al Tribunal Superior de Montería y de allí al Juzgado Quinto Penal del Circuito de esa capital.

Este tipo de apresuradas determinaciones entran en el trámite de los procesos y alejan lastimosamente el ideal de una pronta y cumplida administración de justicia.

Así las cosas, atendido el factor funcional, debe dirimirse la presente colisión, asignando al Tribunal Nacional la competencia para desatar la consulta del fallo proferido por un Juez Regional de Medellín.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

ASIGNAR la COMPETENCIA para conocer de este asunto al TRIBUNAL NACIONAL, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta providencia al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Montería -Córdoba-.

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 Pérez Velandía, Nilson Píñilla Píñilla Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ACCION DE REVISION / SENTENCIA ABSOLUTORIA

*Un estudio retrospectivo de la legislación procesal nos muestra cómo hasta 1987 la revisión sólo podía intentarse contra fallos condenatorios, siendo a partir del estatuto adoptado ese año que el legislador extendió sus efectos a las sentencias absolutorias, cuando eran producto del comportamiento delictivo del Juez o de un tercero, o se fundamentaban en una prueba falsa (Decreto 050 de 1987), entre otras razones porque en tales eventos el fallo más que ser resultado de un error, lo es de la actividad delictiva.*

*El estatuto procesal vigente mantiene esta restricción, la cual surge de manera nítida de la redacción de la norma, no siendo por tanto posible desconocer su literalidad, que por igual, es coincidente con la razón de ser de este instituto y su evolución histórica.*

*Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll.*

*Aprobado Acta número 160.*

*Proceso N°. 11426*

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado de Claudia Inés Rojas Gracia, en su condición de titular de la acción civil dentro del proceso penal.

### ANTECEDENTES

El 3 de julio de 1992, en la ciudad de Santa Marta, se presentó una pelea callejera entre Claudia Inés Rojas Gracia y Luisa Cotes Osorio. Minutos después, Juan de Dios Cotes Osorio, hermano de esta última, disparó un arma de fuego contra Claudia Inés, causándole una herida en la cara antero lateral izquierda próxima a la base del cuello, que trajo como consecuencia una parálisis permanente de sus miembros inferiores. La denuncia señaló como responsables de los hechos a Juan de Dios Cotes Osorio y su padre Jorge Alberto Cotes Guerra, quien, según la misma, entregó el arma a su hijo y lo indujo a que disparara.

Por estos hechos fueron vinculados al proceso y llamados a responder en juicio, Juan de Dios Cotes Osorio y Jorge Alberto Cotes Guerra, en calidad de autor material y determinador, respectivamente, del delito de homicidio en el grado de tentativa. Riquada la causa, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta, mediante sentencia de 12 de octubre de 1993, que fue confirmada por el Tribunal Superior del lugar, absolvió al presunto determinador y condenó a Juan de Dios a la pena principal de 7 años de prisión, en armonía con el pliego de cargos.

#### LA DEMANDA

Se fundamenta en las causales tercera y sexta del artículo 232 del estatuto procesal y, aun cuando el accionante expresamente no lo dice, del desarrollo de la demanda se deduce que su pretensión de revisión está referida exclusivamente a la absolución de Jorge Alberto Cotes Guerra.

Inicialmente sostiene que las causales previstas en la citada norma no pueden considerarse consagradas sólo en favor de los condenados, como pareciera desprenderse del contenido de algunas de ellas, toda vez que estos sujetos, con su conducta, han causado un perjuicio, por lo que sus víctimas pueden igualmente hacer uso de esta acción para obtener del Estado la reparación de decisiones injustas, que de otra manera quedarían irremediablemente en firme.

A continuación, afirma que la prueba en favor de su representada es la providencia del Tribunal Superior de Santa Marta, de febrero 14 de 1991, cuya copia acompaña a la demanda, en la cual dicha Corporación, en un caso pasmosamente similar, con ponencia del mismo Magistrado, adoptó un criterio totalmente distinto al tenido en cuenta para confirmar la absolución de Cotes Guerra.

Opina que esta providencia es inquestionablemente una prueba nueva en derecho, no conocida al tiempo de los debates, que establece la responsabilidad del absuelto en la comisión del delito. Y agrega: "No queremos hacer disquisiciones al respecto, pero lo que sí tenemos por bien sabido es que no se puede so pena de quebrantar su esencia y de paso resquebrajar el imperio de la justicia sostener razonamientos encontrados u opuestos para juzgar válidamente acciones similares. Ello sería tanto como dejar en manos del Juez el juzgamiento onnipotente de cada caso en particular" (fl. 49).

Sostiene que en el proceso existen pruebas que comprometen la responsabilidad de Cotes Guerra hasta la saciedad, pero que éstas fueron analizadas con el mope razonamiento del fallador, no siendo posible volver sobre las mismas, puesto que convertiría la acción en una tercera instancia. Aclara, que antes que el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño, interesa más hacer valer la presencia del Estado.



En síntesis, pide que se revise la sentencia atacada, en virtud de haber surgido una nueva prueba en derecho, para que prevalezca el imperio de la ley y la justicia.

#### SE CONSIDERA

Presupuesto necesario para que proceda la acción de revisión al amparo de las causales primera, segunda, tercera y sexta del artículo 232 del estatuto procesal, es que la sentencia contra la cual se orienta sea de carácter condenatorio.

No se discute que un fallo, desde el punto de vista del interesado, puede contener decisiones ilegales o injustas contra sujetos procesales distintos del sentenciado, pero no debe olvidarse que la acción de revisión ha sido concebida históricamente como mecanismo de protección fundamentalmente de la inocencia, y que es por esta razón que las causales hoy reconocidas, siguen en lo básico esta orientación.

Un estudio retrospectivo de la legislación procesal nos muestra cómo hasta 1987 la revisión sólo podía intentarse contra fallos condenatorios, siendo a partir del estatuto adoptado ese año que el legislador extendió sus efectos a las sentencias absolutorias, cuando eran producto del comportamiento delictivo del Juez o de un tercero, o se fundamentaban en una prueba falsa (Decreto 050 de 1987), entre otras razones porque en tales eventos el fallo más que ser resultado de un error, lo es de la actividad delictiva.

El estatuto procesal vigente mantiene esta restricción, la cual surge de manera nítida de la redacción de la norma, no siendo por tanto posible desconocer su literalidad, que por igual, es coincidente con la razón de ser de este instituto y su evolución histórica.

Como se dejó visto, la acción de revisión promovida por el apoderado de Claudia Inés Rojas se fundamenta en las causales tercera y sexta del estatuto procesal, motivos ambos que pueden alegarse para pretender la rescisión de una sentencia condenatoria, pero en modo alguno, una de carácter absolutorio.

Además del incumplimiento de esta exigencia normativa, suficiente de suyo para declarar la improcedencia de la acción en el caso *sub judice*, debe decirse que las razones expuestas por el demandante para fundamentar el pedimento de revisión, no corresponden al contenido de las causales invocadas. En alusión a la tercera, insistentemente la Corte ha sostenido que las pruebas nuevas que le sirven de sustento deben versar sobre hechos, no sobre criterios o conceptos jurídicos jurisprudenciales o doctrinales. Y, en relación con la sexta, se ha precisado que esta opción se refiere específica y exclusivamente al criterio jurídico de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no al de otras autoridades

judiciales o administrativas, en virtud de la función de unificación de la jurisprudencia nacional que la ley le asigna (Cfr. Autos de octubre 31 de 1995 Mag. Pte. Dr. Nilson Pinilla Pinilla y marzo 11 de 1996, Mag. Pte. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

Se inadmitirá, por tanto, la demanda en cuestión.

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

#### RESUELVE

INADMITIR la demanda de revisión presentada por el apoderado de la señora Claudia Inés Rojas Gracia.

Notifíquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## CAMBIO DE RADICACION

*Nuestro estatuto procedimental penal, en su artículo 68-8, señala que la Corte Suprema de Justicia conoce "De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro, durante la etapa de juzgamiento".*

*A su turno, el artículo 69-3 ibidem, le atribuye al Tribunal Nacional el conocimiento "De la solicitud de cambio de radicación de procesos penales que adelanten los jueces regionales".*

*Y, el artículo 70-4 ejusdem, le fija competencia a los Tribunales Superiores de Distrito para conocer "De las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo Distrito".*

*Pero, cuando precisa la competencia de los Fiscales Delegados ante esta Corte (art. 123-6 C. P. P.) lo que dispone es que, durante la etapa de instrucción, a ellos corresponde: "ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado ante el Tribunal superior de distrito a otro despacho", expresión aquella que es la misma utilizada por el Código al determinar las atribuciones de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito (art. 125-6 ibidem).*

*No queda, pues, duda alguna de que -con propiedad- sólo puede hablarse de cambio de radicación en la etapa de juzgamiento. Es que, en la fase investigativa, tal fenómeno no se da por cuanto la Fiscalía tiene competencia a nivel nacional y de ahí que sólo se trate de realizar una nueva asignación del proceso.*

*Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., trece de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote.*

*Aprobado Acta número 160.*

*Proceso N° 12247*

## VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el cambio de radicación impetrado por el defensor del procesado Gerardo Cuéllar Botello, contra quien fue proferida resolución de acusación por la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca como presunto autor responsable "en concurso heterogéneo, homogéneo y sucesivo de los delitos de Uso de Documento Público Falso y Concierto para Delinquir; y como determinador de Falsedad material de Particular en Documento Público, Falsedad Ideológica en Documento Público, Prevaricato y Peculado".

Es del caso precisar que sobre otras personas -también- se proferió resolución de acusación.

## ANTECEDENTES

1. Los hechos por los que se adelanta el presente proceso, han sido consignados en diversas providencias del mismo, así:

"Se contraen a la investigación a que dieron origen los hechos de que tuvo conocimiento el Tribunal Superior de Neiva, Huila, en el mes de noviembre de 1991, acerca de la conducta del entonces Juez Segundo laboral del Circuito de la misma ciudad, doctor Héctor Ramiro Trujillo, que decían de presuntas irregularidades en el trámite de procesos ejecutivos laborales, anteriores al mismo año, donde aparecía la Caja Nacional de Previsión Social como sujeto demandado, anomalías, a partir de la presentación de la demanda, consistentes entre otras, en una sospechosa acumulación posterior de pretensiones, anexo de documentación conténiva de poderes, algunos con la ciudad de destino alterada, otros, con la nota de presentación personal, sellos y firmas de pensionados, falsos; resoluciones que en su gran mayoría no reunían los requisitos del título ejecutivo y en consecuencia no eran expresas, claras o exigibles. Igualmente, en el trámite de tales procesos, se comprobó la existencia de irregularidades, tales como que la gran mayoría de los poderdantes no residían en Neiva, pese a que las direcciones registradas son aparentemente de allí, que en la solicitud y decreto del pago de intereses se rebasaron los parámetros legales, observándose similar situación respecto de las agencias en derecho; el embargo de cuentas que por disposición legal vigente para entonces era inembargable, y dobles pagos. Por esta vía, plagada de illictudes y con la participación activa de los apoderados de los pensionados, la Entidad en mención fue penosamente defraudada.

"Los procesos ejecutivos laborales a que se contrae la investigación son: Magdalena Jiménez Duque y otros, tramitado por Gerardo Cuéllar Botello; Antonio José Hidalgo y otros tramitado por Gilberto Cuéllar Botello, que lo fuera sustituido por su hermano Gerardo; Pascual Angulo Sintsterra

y otros adelantado por Gerardo Cuéllar Botello; Alba Ruth Escobar Vda. de Montoya y otros tramitado por Gerardo Cuéllar Botello con la intervención final de José Federico Ospina Galvis, Jorge Alberto Parra Toro y otros, gestionado por Alvaro Medina Valderrama; María Elisa Calcedo de Cabrera y otros tramitado por Hernando Díaz Castro; Inés Arango Ruiz y otros adelantado por Alvaro Medina Valderrama; y Dioselina Vargas y otros tramitado por Gerardo Cuéllar Botello.

"Nótese que se trata de ocho (8) ejecutivos laborales, de los cuales cinco tramitó Gerardo Cuéllar Botello; son proceso independientes entre sí unidos en esta investigación por virtud del nexo que se desprende del sujeto calificado que los conoció en razón de sus funciones; corolario de lo anterior, su examen, en principio sería autónomo, salvo aquellos que de una u otra forma giran en torno a Cuéllar Botello, los cuales denotan una especial circunstancia de asociación, que en su debida oportunidad será tenida en cuenta respecto de los involucrados en ella."

2. Quien ahora pretende la variación de la radicación del presente expediente ya lo había intentado en anterior oportunidad, habiendo sido esa solicitud despachada –favorablemente– por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente un Fiscal de la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, en la misma providencia –diciembre 15 de 1995– en que dispuso la resolución de acusación, ordenó que "En firme esta decisión, vayan las diligencias al Tribunal Superior de Neiva, para lo de su cargo", determinación ésta que encontró confirmación en otro Fiscal diferente de aquél de la Unidad de Fiscalía Delegada ante esta Corporación que había decretado el cambio.

Los argumentos con los que ahora se peticiona la modificación de la radicación, son los mismos que en anterior oportunidad se esgrimieron y por el mismo libelista, hallándolos en esa ocasión la Fiscalía suficientes para disponerlo.

3. Es del caso, entonces, recordar los argumentos que llevaron a la Fiscalía a disponer, el 2 de octubre de 1992, el cambio de radicación del presente proceso, el cual venía adelantándose –como quedó visto– en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Así, pues:

Se parte de la base de que se debe preservar, para poder impartir justicia, la imparcialidad del investigador y del juez. Y, a continuación, se apunta: "Con la solicitud de cambio de radicación de este proceso se aportaron medios probatorios indicativos de la manera como se pueden conculcar los principios de imparcialidad e independencia, lo que de otra parte comportaría transgresión al 'debido proceso penal'. Son claramente señalativos de tal acaecer los testimonios del señor Bolívar Trujillo y del doctor Hugo Tovar Marroquín, deponentes estos que merecen credibilidad por las características intrínsecas de sus declaraciones. Otros hechos

indiciarios, como aparues informativos de la prensa nacional y tomas fotográficas, confluyen a otorgar mérito al pedimento". En el fondo, esto es todo.

4. En la declaración rendida ante Notario, Hugo Tovar Marroquín, el 10 de abril de 1992, respondiendo al cuestionario formulado por el abogado, que en el proceso representa los intereses de Gerardo Cuéllar Botello, señaló que había concedido una entrevista radial en la que refería que "claramente algún funcionario o algunos funcionarios habían tomado decisiones que tenían connotaciones políticas, a tal punto que habían originado problemas de orden público, circunstancias que obligaban a la Secretaría de Gobierno a actuar. Así lo hice en ejercicio de mis funciones, dialogando con los del Directorio del Movimiento de Salvación Nacional y logrando apaciguar los ánimos para que no se realizara una manifestación pública que se tenía prevista para ayer nueve (9) de abril, frente al Palacio de Justicia...".

Comenta el testificante, además, que, en el Departamento del Huila, se dieron desde hace unos tres (3) años —se reitera, está declarando en 1992—, enfrentamientos crudos en el campo político, los cuales convulsionaron la vida del departamento a tal extremo que se identificaron dos bloques políticos formados, en términos generales, por liberales y conservadores de distintos matices, desde el gobierno del doctor Félix Trujillo Trujillo, pasando por el doctor Jorge Eduardo Gechén Turbay, hasta hace unos meses en que logró aclimatarse cierta paz política, digo cierta paz porque aún parecen no haberse restañado las heridas. Cuando el gobierno del doctor Félix Trujillo yo era Diputado a la Asamblea, lo mismo que el doctor Gerardo Cuéllar Botello. Hubo enfrentamientos muy fuertes entre el doctor Gerardo Cuéllar Botello y el gobierno del doctor Félix Trujillo Trujillo, enfrentamientos que continuaron con el gobierno del doctor Gechén, con mayor beligerancia, especialmente por la corrupción administrativa que movía a reacciones en debates públicos y en corporaciones."

A continuación señala el doctor Tovar Marroquín que se formaron dos bloques opositores, en uno se encontraba Gechén Turbay, Trujillo Trujillo y otros, siendo configurado el otro grupo por Julio Enrique Ortiz Cuenca, Gerardo Cuéllar Botello, el declarante y otros. Una denuncia por éstos formulada, 'originó la caída de Gechén Turbay', por lo que los enfrentamientos fueron mayores. "Sucedió que durante el gobierno del doctor Félix Trujillo, la Presidenta del Tribunal era la doctora Soledad Uribe de Trujillo, quien dicho sea de paso, dio posesión al doctor Eduardo Gechén Turbay, en su condición de tal, oportunidad en la cual hizo por cierto un discurso en el cual resaltaba su especial admiración por la persona del Gobernador, es decir, simpatías por el mandatario al cual le daba posesión. Siempre vi con malos ojos el que se presentaran estas situaciones, pues temía que eso condujera a una politización de la justicia... tengo



conocimiento de que varios sumarios o investigaciones sobre el caso de Distribuidora fueron archivados, sin profundización en las investigaciones, muy posiblemente porque a ella, se vinculaba al doctor Félix Trujillo. Se aceleraron algunas decisiones dentro de procesos penales, como las órdenes de captura a los señores Luis Alfredo Gómez y Gerardo Cuéllar, justamente cinco (5) u ocho (8) días antes de las elecciones, con un bombo extraordinario. Digo bombo para referirme a la resonancia y a los operativos que se montaron, especialmente contra el último.

"Mientras esto sucedía, en la Corte Suprema de Justicia y en la Procuraduría se adelantaban investigaciones penales contra los doctores Jorge Eduardo Gechén y Félix Trujillo, quienes recientemente fueron sancionados por el organismo fiscalizador. Según entiendo, la denuncia penal ante la Corte contra el doctor Gechén y pienso que también contra el doctor Trujillo, fue formulada por el señor William Sánchez a instancia del doctor Gerardo Cuéllar... Por todas estas razones yo pienso que sí se estaban dando tendencias politizantes al interior del Tribunal y extrañas solidaridades políticas."

A su turno, en su declaración extrajudicial, Bolívar Trujillo, refiere que es del mismo movimiento político de Gerardo Cuéllar Botello, quien fue Diputado a la Asamblea del Huila de 1988 a 1990, época en la cual se desempeñó como Gobernador del departamento Félix Trujillo Trujillo, esposo de la entonces Presidente del Tribunal Soledad Uribe de Trujillo. Que, aquel atacó a éste, tanto en su carácter de Diputado como de Presidente del Directorio Departamental del Movimiento de Salvación Nacional, por irregularidades en su gestión.

Que, tanto Trujillo como Gechén Turbay fueron sancionados por la Procuraduría, por las quejas formuladas en gran parte por Cuéllar Botello. Y que, por todo lo anterior, existe una persecución de aquellos contra el aquí procesado.

Que, 8 o 10 días antes de las elecciones del 27 de octubre de 1991, donde se elegía además de Gobernador a Senadores y Representantes a la Cámara, se emitió una orden de captura 'politizada' contra Cuéllar Botello, 'al parecer' por las influencias del doctor Trujillo, ya que su señora es Magistrada de la Sala Penal.

Que Gerardo Cuéllar Botello obtuvo su victoria en las urnas como cabeza de lista del Movimiento de Salvación Nacional a la Asamblea, pero que mediante fraude fue desplazado por la señora Lucy Artunduaga de Gechén, quien pasó indebidamente del puesto 17 al 14, por lo que se le dio poder a un abogado para que adelante las demandas a que haya lugar ante el Contencioso Administrativo.

Finalmente, que lo de la orden de captura contra Cuéllar Botello se dio a conocer por los medios de comunicación hablada, los que precisaban

que si no se presentaba en un lapso determinado, sería declarado 'reo ausente', violándose así la reserva del sumario y "dejando eminentemente claro el afán de persecución política de las partes interesadas".

"...En la manifestación del 24 de marzo de los corrientes (la declaración se rindió el 25 de marzo de 1992) los manifestantes pidieron el traslado del proceso a otro lugar del país porque según los humildes campesinos que allí se agolparon, consideran que no hay garantías políticas ni ciudadanas por parte del Tribunal que investiga la conducta del doctor Gerardo Cuéllar Botello. Por el hecho de haberse librado esta orden de captura en vísperas electorales contra el doctor Cuéllar Botello, según los manifestantes expresaron sus dudas sobre el insano proceder supuesta mente de la justicia huilense."

#### LA SOLICITUD DEL CAMBIO DE RADICACIÓN

Se comienza por señalar la extrañeza por la disposición de la Fiscalía, al momento de calificar el mérito del sumario, de que el proceso retornara al Distrito del que, precisamente, ella misma había ordenado se suscitara en guarda de la imparcialidad debida al juzgamiento, y cuando "no se trajo al proceso prueba invalidante de la que se aportó para acreditar la existencia de aquellos extremos, aún incuestionables para que permaneciera vigente la variación de la radicación".

Se añade que los elementos de juicio aportados en la primera ocasión en que se demandó el cambio, los que no han sido infirmados, son los a tenerse en cuenta para que proceda la petición que, nuevamente, se formula. "pues, simplemente, la situación en el Distrito Judicial de Neiva persiste, vale decir, es idéntica a la época en que se cuestionó la procesabilidad del doctor Cuéllar Botello".

Y vuelve el peticionario sobre los mismos fundamentos, así:

1. Los documentos que acreditan la activa participación política y la fuerza electoral del doctor Gerardo Cuéllar Botello.

2. Fotografías alusivas a su constante actividad política y social, en las que aparece con los doctores Alfonso López Michelsen, Enrique Gómez Hurtado y Carlos Lleras de la Fuente.

3. "Fotografías que enseñan y demuestran las marchas de respaldo realizadas para protestar por la violación de los derechos y demás actitudes adversas al doctor Gerardo Cuéllar Botello, en el departamento del Huila, dada su condición de líder de la organización política que arriba se especificó".

4. Comunicación de protesta del Movimiento de Salvación Nacional del 19 de marzo de 1992 para ante el Gobernador del Huila, "por la maniobra fraudulenta que se verificó en el escrutinio para escamotear la

diputación del doctor Gerardo Cuéllar Botello, y la orden de captura impartida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en circunstancias francamente razonadas que no dejan dudas sobre la imparcialidad (sic) de algunos de sus integrantes, dado que fue mi hoy defendido, doctor Cuéllar Botello, quien participó en denuncias contra un ex Gobernador de indudable influencia en los medios judiciales del Huila, según se expresa y sostiene."

5. Fotocopia de apartes de las páginas 1ª y 3ª del 'Diario del Huila', del martes 29 de octubre de 1991, sobre la réplica de la Procuradora Regional del Huila a la denuncia que le fuera formulada por Lucy Artunduaga Vega, esposa del ex Gobernador del Huila doctor Jorge Gachén Turbay.

6. Declaraciones del entonces Secretario de Gobierno departamental del Huila, doctor Hugo Tovar Marroquín y del Diputado Bolívar Trujillo, en orden a que se evalúe en su exacta dimensión el conflicto.

7. Comunicación de la 'Emisora RCN, de marzo 17 de 1992, sobre la difusión de la noticia de la orden de captura librada por el Tribunal contra Cuéllar Botello, 'información suministrada directamente por las autoridades que adelantan la correspondiente investigación'. Y

8. La misma resolución de octubre 2 de 1992, de la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, con la cual se dispuso la variación de la radicación del presente proceso.

#### CONSIDERACIONES

1. Nuestro estatuto procedimental penal, en su artículo 68-8, señala que la Corte Suprema de Justicia conoce "De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro, durante la etapa de juzgamiento".

A su turno, el artículo 69-3 *ibidem*, le atribuye al Tribunal Nacional el conocimiento "De la solicitud de cambio de radicación de procesos penales que adelanten los jueces regionales".

Y, el artículo 70-4 *ejusdem*, le fija competencia a los Tribunales Superiores de Distrito para conocer "De las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo Distrito".

Pero, cuando precisa la competencia de los Fiscales Delegados ante esta Corte (art. 123-6 C. P. P.) lo que dispone es que, durante la etapa de instrucción, a ellos corresponde "ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado ante el Tribunal superior de distrito a otro despacho", expresión aquella que es la misma utilizada por el Código al determinar las atribuciones de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito (art. 125-6 *ibidem*).

No queda, pues, duda alguna de que —con propiedad— sólo puede hablarse de cambio de radicación en la etapa de juzgamiento. Es que, en la fase investigativa, tal fenómeno no se da por cuanto la Fiscalía tiene competencia a nivel nacional y de ahí que sólo se trate de realzar una nueva asignación del proceso.

Se equivocó, pues, el Fiscal Delegado ante la Corte al ordenar el cambio de radicación, cuando sólo se trataba de disponer la remisión de la actuación que debería adelantar un fiscal delegado de un distrito a otro diferente.

Desde luego que las cosas se encausaron debidamente cuando la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, al proferir la resolución de acusación en contra de Gerardo Cuéllar Botello y otros, dispusieron que el proceso fuera al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva “para lo de su cargo”, determinación esta que, atinadamente, encontró confirmación en la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte.

2. *Iterada*, pues, la petición del cambio de radicación, debe la Corte pronunciarse sobre la misma. Ya se ha dicho que ella se fundamenta en los mismos argumentos que, en su momento y según apreciación de la Fiscalía, stabilizaron el cambio del funcionario competente para conocer del presente asunto.

Pero no puede desconocerse que las cosas han cambiado, fundamentalmente, la prueba que, entonces, se arruinó se refería a los años 1988-1992, que cumplió así sus efectos en la determinación de la Fiscalía de octubre 2 de 1992 que dispuso el cambio de radicación.

Se probó desde luego que, para tal época, Gerardo Cuéllar Botello fue Diputado a la Asamblea Departamental del Huila y Presidente del Directorio del Movimiento de Salvación Nacional y que tuvo sus enfrentamientos con el doctor Félix Trujillo Trujillo, cuando éste fue Gobernador del citado departamento y siendo su esposa Magistrada del Tribunal de tal Distrito.

Pero, de lo que esté sucediendo hoy por hoy, nada se halla probado, salvo que Trujillo Trujillo ya no es Gobernador, que el procesado Cuéllar Botello, se encuentra en detención domiciliaria y que la esposa de aquel, doctora Soledad Uribe de Trujillo, continúa como Magistrada de la Sala Penal (firma el auto con el que se remite el expediente a la Corte). Pero estos hechos desde luego, no permiten asegurar en manera alguna que en el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Huila, no se den las condiciones que permitan un juzgamiento imparcial del doctor Cuéllar Botello, o que exista razón fundada de que el orden público podría llegar a alterarse de llevarse a cabo allí el plenario.

Está comprobado que hubo manifestaciones —hace años— de respaldo político al doctor Cuéllar Botello porque los de su movimiento considera

ban que, mediante fraude, había perdido su representación en la Duma del departamento del Huila y porque se creía que la orden de captura impartida con anterioridad a las elecciones del ocho (8) de marzo de 1992, había tenido un origen político, sin fundamento legal.

*Pero la verdad es que ello ocurrió hace ya un tiempo considerable y que la misma documentación presentada precisa que se iban a intentar –lo que era el camino legal– las correspondientes acciones de tipo contencioso-administrativo a que hubiera lugar. También lo cierto es que si se consideró que la orden de captura no tenía piso legal y fue malintencionada en cuanto emitida a producir efectos políticos, la vía legal era el correspondiente denuncio y/o la queja de carácter disciplinario.*

De otro lado, resulta incuestionable que tal orden sí obedecía a que se daban los requerimientos legales en tal sentido demandados, y de ahí que al resolverse la situación jurídica (fue necesario declararlo persona ausente) a Gerardo Cuéllar Botello, se le dictara medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor responsable de los delitos fraude procesal, falsedad en documentos privados y falsedad en documentos públicos, en concurso real sucesivo y heterogéneo. Y si bien esta determinación se asumió en Sala de la cual hacía parte la doctora Soledad Uribe de Trujillo –fue Magistrada Ponente la doctora Luz Marina Tovar Zambrano–, la Unidad de Fiscalía delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca dictó en su propia resolución de acusación como autor de los presuntos delitos de uso de documento público falso y concierto para delinquir, y como determinador de falsedad material de particular en documento público, falsedad ideológica en documento público, prevaricato y peculado, lo que a todas luces comporta que los hechos permitían la apreciación que les dio el Tribunal, y que éste no estaba entonces obrando arbitrariamente o motivado por pasiones políticas o por influencias de tal género.

3. Es verdad que la doctora Soledad Uribe de Trujillo continúa siendo Magistrada del Tribunal Superior de Neiva, pero su esposo ya no es el Gobernador del Huila. Y, lo que es más importante dentro de lo a tenerse en cuenta en orden a decidir sobre la procedencia o no del cambio de radicación, si, con apego a la realidad, se teme que tal Magistrada (la que, ciertamente, hace parte de la Sala de Decisión que conoce del presente asunto, se recalca) no sea imparcial, lo procedente es accionar no el instituto del cambio de radicación sino el de los impedimentos y recusaciones.

Ha sostenido la Corte lo que ahora se reitera, así:

*“1. De la neta literalidad del resumen escrito tiénese que cuatro de los cargos que hace el actor, encambranse a cuestionar la rectitud de la administración de justicia por amistad, parentesco y ‘prejuizgamiento’, situaciones esas todas que halláanse consagradas expresamente como causales*



de recusación en el artículo 78, numerules 3º, 4º y 5º. Del Código de Procedimiento Penal.

"Pónese, pues, de relieve, la equivocación del peticionario en punto a la ruta procesal que eligió para manifestar su inconformidad con respecto a la aplicación de Justicia. Porque es de elemental entendimiento que cuando se esgrimen motivos tendientes a cuestionar la 'capacidad subjetiva' del Juez, la institución procesal que aparece de inmediato es la comprensiva de los impedimentos y recusaciones, y no el cambio de radicación, figura que constituye una excepción a la regla general de que el Juez competente para conocer del hecho punible es el del lugar donde éste se cometió.

"Desde luego que ambas figuras procesales persiguen un mismo fin: la absoluta imparcialidad del juzgador, pero la nota diferencial entre ellas no es otra que las condiciones reales dentro de las cuales emerge la posibilidad de desvío en la administración de justicia: si la causa es externa al juzgador -'ambiental', por decirlo así- e involuntaria por tanto, el resto de Jueces del mismo territorio, el cambio de radicación devendría examinable. Pero si el motivo no logra trascender la concreta esfera personal del Juez, el instrumento procesal operable es la recusación, para que otro Juez, de ese mismo territorio, asuma el conocimiento del asunto.

"2. Quizá si resulta por lo menos examinable la referencia final del apoderado sobre la influencia del doctor Bula Hoyos. Pero, contrario a lo que aquél afirma, en la actuación que ha llegado a la Corte, la conducta del mencionado político es explicable: lo unen lazos de parentesco y amistad con una de las partes, e incluso sirvió como testigo en el proceso penal por invasión.

"La sola presencia de una persona no autoriza a afirmar que la Justicia corre peligro, así aquella detente el poder que se quiera. Esta preeminencia por sí misma, no puede dar pie para pensar que las decisiones judiciales van a estar de su lado. Si así se razonara, la administración de justicia tornaría imposible." M. P. doctor Guillermo Duque Ruiz, Auto de abril 8 de 1986.

Lo incontestable es, entonces, que para este momento no obra demostrada ninguna causal viabilizante del cambio. Si otrora se dieron por probadas circunstancias que podían "conculcar los principios de imparcialidad e independencia" del juzgador, en la hora actual tal cosa no puede predicarse, y menos con virtualidad suficiente como para que la variación de radicación pueda llegar a disponerse. Con razón se ha dicho que la excepcional transferencia territorial que el cambio de radicación comporta no puede darse cuando otros funcionarios judiciales, en ese mismo lugar, pueden actuar -como aquí acontece-, en derecho.

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



## RESUELVE

DENEGAR el cambio de radicación impetrado.

Cópiese, 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 Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA

*Tratándose de la causal tercera, que es la que invoca el libelista, los hechos nuevos y las pruebas no conocidas al tiempo de los debates, además de acompañar el escrito deben ser trascendentes desde el punto de vista probatorio, de modo que determinen la procedencia del adelantamiento de la acción.*

*El período probatorio posterior es para que los sujetos procesales tengan oportunidad de controvertir las pruebas allegadas, y para que el funcionario judicial que conoce del trámite decida las que estime necesarias a fin de establecer si hay mérito para invalidar el fallo y ordenar la revisión del proceso, evento en el cual es que se aplica lo dispuesto en los artículos 240 y 241 del estatuto procesal.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., noviembre catorce (14) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel

Aprobado Acta No. 161

Proceso No. 12199

### VISTOS

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado del procesado Armando Chaparro Quintero, a quien el Tribunal Superior Militar le confirmó la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra convocado por el Comandante del Departamento de Policía de Santander, en la cual le impuso dieciocho (18) años de prisión por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y lesiones personales.

### HECHOS

El 8 de enero de 1988, el gerente del Banco de Bogotá Sucursal Zaparoca (Santander), señor Gonzalo Gonzáles Torres solicitó el servicio de miembros de la Policía Nacional de ese municipio para que lo escoltaran al aeropuerto local, con el fin de llevar tres tulas que contenían dieciocho

millones de pesos (\$18.000.000.00) en efectivo. Para ello contrató dos camperos, que transportaban a los agentes de la policía, y él se movilizó en su vehículo Daihatsu con la empleada bancaria Angélica Gutiérrez Díaz. En el sitio denominado «Calican» los ocupantes del primer vehículo vieron un tronco atravesado en la carretera, el cual lograron cruzar, oyendo a continuación un tiro que supuestamente fue respondido por los agentes que escoltaban al Gerente, quien perdió la vida y resultaron lesionados Angélica Gutiérrez Díaz, así como el agente José Asdrúbal Aguirre. El dinero fue sustraído en su totalidad.

Luego de practicadas algunas pruebas fueron vinculados a la investigación los agentes de la Policía Armando Chaparro Quintero, Rigel Parra Parra, José Asdrúbal Aguirre Monsalve y José de Jesús Arias Castaño, contra quienes posteriormente se profirió sentencia condenatoria.

#### LA DEMANDA

Con fundamento en la causal tercera del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el libelista impetra la revisión aduciendo la existencia de hechos nuevos y pruebas que no fueron conocidas al tiempo de los debates, y conforme a las cuales se establece la inocencia de Armando Chaparro Quintero. Al respecto, aportó un escrito de fecha 29 de septiembre de 1995, enviado por José de Jesús Arias Castaño y dirigido a su mandante en el que le manifiesta: «...estoy dispuesto a DECLARAR ante la AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE toda la verdad en relación con los hechos ocurridos el día 8 de Enero de 1988 en el Municipio de Zapatoca (Santander) en los cuales resultó muerto el señor Gonzalo González Torres y que originaron las SENTENCIAS del 22 de Agosto de 1991 y Abril 8 de 1992». «Espero mi CITACION para en esta forma COLABORAR EFICAZMENTE CON LA JUSTICIA Y REVELAR IMPORTANTISIMOS HECHOS que prueban la INOCENCIA SUYA en los crímenes que injustamente le han sido imputados y por los cuales Usted ha sido CONDENADO».

Por lo anterior solicita se ordene recibir el testimonio de Jesús Arias Castaño y llevar a cabo las diligencias que en esa declaración surjan. Igualmente pide la aplicación de lo dispuesto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Penal.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- El artículo 234 del Código de Procedimiento Penal establece en el numeral 4o., que el escrito con el cual se promueve la acción de revisión debe contener «La relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición».

Esto significa que mientras el interesado no allegue las pruebas que se requieren según la causal alegada, así solo tenga la calidad de sumaria, no es posible admitir la demanda.

2. En el caso que nos ocupa el abogado aportó un escrito que tiene fecha de hace más de un año, en el cual uno de los procesados dice que está dispuesto a declarar la verdad y a revelar hechos que prueban la inocencia del accionante, pero ese documento no es la prueba que se requiere para que se pueda iniciar la acción, ya que lo que ha debido hacer es allegar la declaración extra-proceso, para que previa la evaluación correspondiente se definiera si había lugar o no a ello.

Tratándose de la causal tercera, que es la que invoca el libelista, los hechos nuevos y las pruebas no conocidas al tiempo de los debates, además de acompañar el escrito deben ser trascendentes desde el punto de vista probatorio, de modo que determinen la procedencia del adelantamiento de la acción.

El período probatorio posterior es para que los sujetos procesales tengan oportunidad de controvertir las pruebas allegadas, y para que el funcionario judicial que conoce del trámite decida las que estime necesarias a fin de establecer si hay mérito para invalidar el fallo y ordenar la revisión del proceso, evento en el cual es que se aplica lo dispuesto en los artículos 240 y 241 del estatuto procesal.

De acuerdo con lo dicho se inadmitirá la demanda presentada.

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

#### RESUELVE

Primero: Reconocer personería al doctor Sergio González Vasquez en los términos del poder otorgado por Armando Chaparro Quintero.

Segundo: Rechazar in limine la demanda de revisión presentada, por las razones expuestas en precedencia.

Cóplese, 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, Dámaso Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

## COLISION DE COMPETENCIA

1° Es competente esta Corporación para resolver el conflicto de competencias originado por la interpretación que los funcionarios auididos han dado al Acuerdo No. 087 de fecha 9 de mayo de 1996 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que contiene la división territorial nacional para efectos judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Observa la Sala que la citada preceptiva administrativa, en su artículo 1°, numeral 10.16, reubrió el municipio de Chía dentro del Circuito Judicial de Zipaquirá, según el artículo 6° *ibidem* «a partir del primero de julio de 1996, fecha en la cual los despachos judiciales asumirán la nueva competencia territorial que les corresponde» (Destaca la Corte).

2° A su vez el artículo 5° del citado Acuerdo, dispuso que «Los despachos judiciales continuarán conociendo hasta la terminación de la correspondiente actuación, de los procesos y asuntos de segunda instancia que tengan a su cargo en la fecha en que, para cada caso, entre a regir la división judicial prevista en el presente Acuerdo» (Subrayas y negrilla fuera de texto).

No admite duda que la preceptiva apunta a que los asuntos ya radicados en un determinado despacho judicial con anterioridad al 1° de julio de 1996, continuarán al conocimiento del funcionario respectivo, competencia que la hace extensiva también a la segunda instancia, con lo cual se evita no solamente un traslado innecesario de procesos, sino el desconcierto entre funcionarios y sujetos procesales que ello generaría, con afectación de la oportuna administración de justicia.

3° Además de lo anterior, con relación a la entrada en vigencia del Acuerdo, la única excepción que se hizo en forma expresa y provisional, está contenida en el artículo 7°, cuando determinó que «Los nuevos Circuitos Judiciales establecidos en el artículo primero del presente Acuerdo, entrarán en funcionamiento en la medida en que sean creados y previstos los correspondientes despachos judiciales. Has-

*ta tanto continuará rigiendo la división territorial actualmente vigente, es decir, que en el caso presente en nada se afecta la competencia atribuida en la disposición de tránsito primeramente citada, con lo cual el Juzgado 55 Penal del Circuito debe conocer del proceso hasta su terminación. Como es lógico, para evacuar la segunda instancia si fuere necesario, así mismo la competencia la tiene el superior funcional, esto es, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.*

*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., catorce (14) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Dámaso Páez Velandía*

*Aprobada Acta No. 161.*

*Proceso No.: 12415*

Conoce la Corte del conflicto negativo de competencia suscitado entre los Juzgados 55 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y el 2º Penal del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), para seguir conociendo del proceso seguido contra Alvaro Pedraza Melo, procesado por el delito de homicidio culposo agravado.

#### LA COLISIÓN

Ejecutoriada la Resolución de acusación proferida por la Fiscalía Veintitrés Seccional Delegada de la Unidad Segunda de Vida de esta ciudad, contra Alvaro Pedraza Melo por el delito de homicidio culposo agravado en accidente de tránsito ocurrido el 25 de marzo de 1995 en el sitio denominado «Colombita» en jurisdicción del Municipio de Chía (Cundinamarca), y agotado el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgado 55 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá a quien correspondió por reparto, el 18 de abril del corriente año inició la audiencia pública (fl. 239).

Por haber entrado en vigencia el 1º de julio de 1996 el Acuerdo No. 87 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, «Por medio del cual se fija la División del Territorio Nacional para efectos judiciales en la Jurisdicción Ordinaria y se dictan otras disposiciones», por auto del 18 de los citados mes y año (fl. 279), el citado despacho judicial dispuso el envío del proceso a los Jueces Penales del Circuito de Zipaquirá, por competencia, correspondiéndole al Segundo (2º) quien avocó el conocimiento del asunto el 24 siguiente (fl. 285).

El debate público continuó durante los días 21 de agosto (fl. 300) y 17 de septiembre del presente año, pero en esta última fecha el Juzgado, estimó que de conformidad con lo previsto en el artículo 5º del citado Acuerdo, el Juzgado 55 Penal del Circuito de esta ciudad debía conocer del proceso hasta su terminación, razón por la cual, propuso colisión de



competencia en el evento de no ser atendidas sus razones, declarando la nulidad a partir del auto de fecha 24 de julio anterior, mediante el cual avocó el conocimiento del proceso (fl. 302).

Por auto del 7 de octubre el Juzgado 55 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá aceptó el conflicto suscitado, por cuanto la disposición a que se refiere su similar de Zipaquirá, sólo faculta a los Jueces que verían conociendo de un determinado asunto, para retener la competencia en los procesos de segunda instancia, no siendo ese preciso caso el presentado con relación al imputado Alvaro Pedraza Melo, ya que al momento de entrar en vigencia el aludido acuerdo sobre redistribución territorial, se estaba adelantando la audiencia pública, «luego no se encuentra incluido en la excepción antes señalada», motivo por el cual ordenó remitir el expediente a esta Corporación para que se dirima el conflicto. (fl. 306).

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º Es competente esta Corporación para resolver el conflicto de competencias originado por la interpretación que los funcionarios aludidos han dado al Acuerdo No. 987 de fecha 9 de mayo de 1996 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que contiene la división territorial nacional para efectos judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Observa la Sala que la citada preceptiva administrativa, en su artículo 1º, numeral 10.16, reubicó el municipio de Chía dentro del Circuito Judicial de Zipaquirá, según el artículo 6º *ibidem* «a partir del primero de julio de 1996, fecha en la cual los despachos judiciales continuarán la nueva competencia territorial que les correspondan» (Destaca la Corte).

2º A su vez el artículo 5º del citado Acuerdo, dispuso que «Los despachos judiciales continuarán conociendo hasta la terminación de la correspondiente situación, de los procesos y asuntos de segunda instancia que tengan a su cargo en la fecha en que, para cada caso, entre a regir la división judicial prevista en el presente Acuerdo» (Subrayas y negrilla fuera de texto).

No admite duda que la preceptiva apunta a que los asuntos ya radicados en un determinado despacho judicial con anterioridad al 1º de julio de 1996, continuarán al conocimiento del funcionario respectivo, competencia que la hace extensiva también a la segunda instancia, con lo cual se evita no solamente un traslado innecesario de procesos, sino el desconcierto entre funcionarios y sujetos procesales que ello generaría, con afectación de la oportuna administración de justicia.

3º Además de lo anterior, con relación a la entrada en vigencia del Acuerdo, la única excepción que se hizo en forma expresa y provisional,

está contenida en el artículo 7°, cuando determinó que «Los nuevos Circuitos Judiciales establecidos en el artículo primero del presente Acuerdo, entrarán en funcionamiento en la medida en que sean creados y provistos los correspondientes despachos judiciales. Hasta tanto continuará rigiendo la división territorial actualmente vigente», es decir, que en el caso presente en nada se afecta la competencia atribuida en la disposición de tránsito primeramente aludida, con lo cual el Juzgado 55 Penal del Circuito debe conocer del proceso hasta su terminación. Como es lógico, para evacuar la segunda instancia si fuere necesario, así mismo la competencia la tiene el superior funcional, esto es, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

4° Así las cosas, el proceso debe ser remitido al Juzgado 55 Penal del Circuito de esta ciudad para que continúe con la etapa del juicio, dándose aviso de lo aquí decidido al Juzgado 2° Penal del Circuito de Zipaquirá.

En mérito de lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

1° *DIRIMIR* el conflicto negativo de competencia planteado, en favor del Juzgado 2° Penal del Circuito de Zipaquirá. En consecuencia, ordena remitir la actuación al Juzgado 55° Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, para lo de su cargo.

Comuníquese esta determinación al Juez 2° Penal del Circuito de Zipaquirá y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## APODERADO/ PODER/ ACCION DE REVISION

*Siendo indiscutible que el poder constituye un elemento esencial de la representación, es claro que en el presente caso agotado en su contenido y alcance el conferido como autorización para iniciar la acción de revisión, no puede aducirse con miras a servir como apoderado en futuros procesos, pues ello implicaría la necesidad de reconocer que la facultad otorgada puede ejercerse indefinida e ilimitadamente en el tiempo, cuando la verdad es que el derecho de postulación en tales condiciones se agota «Por el desempeño del negocio para que fue constituido» (art. 2189 C.C.), que en este caso no es otro que el patrocinio de la revisión del proceso que ya obtuvo pronunciamiento judicial.*

*No sobra agregar que el reconocimiento de personería efectuado en la decisión que rechazó in limine la demanda anteriormente presentada, como es obvio limitaba las facultades del abogado exclusivamente a dicho trámite, por lo que el accionante no podría invocar ese mismo apoderamiento para presentar ahora una nueva acción de revisión.*

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

*Magistrado Ponente Dr.: Carlos Augusto Gálvez Argyle*

*Aprobado Acta No.16 ( 14-XI-96)*

*Proceso No.: 11992*

## VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de revisión que en **segunda oportunidad** presenta el defensor de Faver Henry Restrepo Blandon, contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín de fecha 8 de mayo de 1.992 confirmatorio de la sentencia dictada por el Juzgado 16 Superior de esa ciudad el 6 de marzo del mismo

año, por medio de la cual fue condenado a la pena principal de 38 meses de prisión, como responsable del delito de hurto calificado y agravado, absolviéndosele por el de porte ilegal de armas.

#### CONSIDERACIONES

1. Como ya se advirtió, esta es la segunda oportunidad en que el abogado Dr. Walter Correa Salazar presenta demanda de acción de revisión, pues ya la Sala hubo de ocuparse del escrito que con idéntica aspiración instaurara el mismo apoderado el año inmediato anterior a nombre de Faver Henry Restrepo Blandón, rechazando *in limine* la demanda por auto fechado el 15 de diciembre.

2. En esta ocasión, para efectos de acreditar la facultad de representación que le fuera otorgada por el condenado, el profesional del derecho allega una fotocopia informal del poder especial inicialmente conferido, en el entendido de que el mismo le sirve para acreditar el mandato frente a la nueva pretensión que por vía de igual acción persigue.

3. Siendo indiscutible que el poder constituye un elemento esencial de la representación, es claro que en el presente caso agotado en su contenido y alcance el conferido como autorización para iniciar la acción de revisión, no puede aducirse con miras a servir como apoderado en futuros procesos, pues ello implicaría la necesidad de reconocer que la facultad otorgada puede ejercerse indefinida e ilimitadamente en el tiempo, cuando la verdad es que el derecho de postulación en tales condiciones se agota "Por el desempeño del negocio para que fue constituido" (art. 2189 C.C.), que en este caso no es otro que el patrocinio de la revisión del proceso que ya obtuvo pronunciamiento judicial.

4. No sobra agregar que el reconocimiento de personería efectuado en la decisión que rechazó *in limine* la demanda anteriormente presentada, como es obvio limitaba las facultades del abogado exclusivamente a dicho trámite, por lo que el accionante no podría invocar ese mismo apoderamiento para presentar ahora una nueva acción de revisión.

5. En estas condiciones, al no ser posible someter a estudio la demanda de revisión, por carecer el abogado que la promueve de personería jurídica, la misma será inadmitida.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL.

#### RESUELVE

INADMITIR la demanda de revisión presentada a nombre del sentenciado Faver Henry Restrepo Blandón.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Rómulo Calvete Rangel, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Arubal Gómez Gallego, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## PERJUICIOS/ INTERES PARA RECURRIR

*Cuando el recurso extraordinario de casación verse exclusivamente sobre indemnización de perjuicios, el recurrente debe presentar la demanda con arreglo a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil, normatividad a la que se somete también lo relativo a la cuantía del interés para recurrir (art. 221 C. de P. P.).*

*El interés para recurrir es requisito de viabilidad del recurso, y su justiprecio, si bien en algunos casos puede coincidir con la cuantía de las pretensiones (sumas solicitadas), en estricto sentido corresponde al valor de la resolución desfavorable al recurrente.*

*El mecanismo para determinar la cuantía de ese interés para recurrir, en principio, puede resultar de una simple operación aritmética con el propósito de saber si el perjuicio es mayor o menor del previsto por la ley. Pero, en algunas ocasiones, es recomendable la intervención de un experto que estudie la repercusión desfavorable que tiene la sentencia frente a la aspiración del recurrente, para determinar si por la cuantía del perjuicio es viable la casación.*

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

Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta No. 168.

Proceso No.: 11637

## VISTOS

Decide la Corte el recurso de hecho y el subsidiario pedimento de nulidad, interpuestos por el defensor del procesado Dello Arquímedes Palacios Casas, en relación con el auto por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá negó el recurso extraordinario de casación contra el fallo de condena, en cuanto en él se impone el pago de la indemnización de perjuicios.



## ANTECEDENTES

1. El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en sentencia de 11 de noviembre de 1994, al conocer por apelación interpuesta por los defensores de los acusados Delio Arquímedes Palacios Casas y Humberto Ramírez Contreras, del fallo de primera instancia en que se les condenaba por los delitos de fraude procesal y fraude a resolución judicial, lo revocó parcialmente en el sentido de absolverlos del primero de los mencionados hechos punibles, pero les incrementó el monto de la obligación indemnizatoria, aspecto éste que así motivó y resolvió:

*"En cuanto a los perjuicios de orden material se debe tener en cuenta que el Juzgado 14 Civil del Circuito...ordenó la devolución del camión...al demandado..., o a quien lo tenía en el momento de la retención..., pero a pesar de ello...fue el procesado...quien lo retiró fraudulentamente y lo ha venido poseyendo desde entonces, a fin de que las cosas vuelvan a su estado original se les ordenará que se lo restituyan a sus legítimos poseedores, tal como lo ordenó el Juez Civil y además, que los dos procesados en forma solidaria indemnicen los perjuicios causados con la ilicitud los que se concretan al valor del usufructo del referido camión, y que se señalen prudencialmente en el equivalente a medio gramo oro por cada día o fracción que transcurra desde la fecha en que lo retiraron de la Patria (26 de abril de 1988) hasta cuando se materialice el reintegro, sin sobrepasar el límite máximo de 4000 gramos oro señalando en el art. 107 del C. P."*

... ..

## RESUELVE

... ..

**II. REVOCAR** la condena al pago de perjuicios morales y **MODIFICAR** en la forma indicada en la parte motiva de este fallo lo relativo a la condena al pago de los perjuicios materiales."

2. Contra el fallo del Tribunal ambos defensores interpusieron oportunamente el recurso de casación, pero solo uno de ellos, el de Delio Arquímedes Palacios Casas precisó que su inconformidad se concreta al aspecto indemnizatorio, dando así posibilidad a la impugnación extraordinaria de acuerdo con el artículo 221 del C. de P. P. Por auto de 24 de enero de 1995 el a quo admitió el recurso y dispuso los traslados de ley; en oportunidad el defensor de Palacios Casas presentó la demanda.

3. Esta corporación en auto de 6 de julio de 1995 (fs. 3 a 7), decretó la nulidad de lo actuado en el proceso a partir inclusive del mencionado auto de 24 de enero de 1995, por medio del cual el Tribunal Superior concedió el recurso de casación a nombre de Delio Arquímedes Palacios Casas y lo inadmitió en lo que respecta al inculminado Humberto Ramírez

Contreras, pues consideró que: "En el caso que motiva la atención de la Sala se tiene que el Tribunal omitió ordenar antes de resolver sobre la procedencia del recurso el justiprecio pericial de los perjuicios materiales, indispensable para establecer la cuantía para recurrir en casación", por ello dispuso que volviera el asunto al Tribunal para que obrara de conformidad con lo previsto por el artículo 370 del C. de P. C.

4. El Tribunal Superior con el fin de determinar en concreto el justiprecio del interés que le asiste al procesado Delio Arquímedes Palacios Casas para recurrir en casación, designó como perito a la doctora Flor Stella Zuñiga Lopez, quien rindió los siguientes dictámenes:

a) En el primero, dijo que como el camión de que se habla fue vendido por la suma de \$950.000 pero tan sólo se abonó \$450.000, esta última cantidad debe tenerse en cuenta para lo pertinente, "razón por la cual taso en gramos oro el JUSTIPRECIO en la suma de 37 GRAMOS ORO FINO." (sic, f. 12).

b) Como quiera que el Tribunal consideró que el anterior concepto no satisfacía la finalidad perseguida por el art. 370 del C. de P. C., por auto de 18 de septiembre siguiente ordenó a la perito remitirse a lo dispuesto en la sentencia. "pues la cuantía que le pide tasar incluye no sólo el valor del camión, sino su usufructo, que equivale a 'medio gramo oro por cada día o fracción' transcurrido desde la fecha en que el automotor le fue entregado por la Policía al acusado (26 de abril de 1988) hasta cuando éste interpuso el recurso de casación (enero 13 de 1995)." (f. 13). puntos que respondió la doctora Zuñiga López indicando: "el valor del vehículo dadas sus características para hoy en día éste tendría un valor de Nueve Millones de Pesos...En cuanto al *Usufructo* se deberá tener en cuenta un diario de \$120.000,00 en treinta días sería un producido de \$3.600.000 mensuales, que equivaldría a la suma de \$43.200.000,00 Mcte., pero como debemos tener en cuenta que éste fue entregado el día 26 de abril de 1988 a la fecha sería un total de \$824.000.000...llevados a medio gramo oro dicho *Usufructo* Sería de \$51.428.57 medio gramo oro." (sic, fs. 15 y 16).

c) Observó el Tribunal en auto de 11 de octubre que si "el gramo oro actualmente se cotiza aproximadamente a \$11.000,00, el acusado tendría que pagar, por el usufructo del camión, aproximadamente \$5.500,00 diarios, luego no se explica el porqué la perito, al tasar dicho usufructo tuvo en cuenta "un diario de \$120.000,00" (f. 17), motivo por el cual dispuso nuevo dictamen en lo referente al usufructo, punto que así respondió la perito:

"UN DIARIO SERIA DE \$ 5.500,00

DESDE EL DIA 26 DE ABRIL DE 1988

HASTA EL DIA 13 de Enero de 1995

Total días 2.447 suma a la cual multiplicamos por el valor del medio gramo oro es decir por un valor de \$5.000 que nos da un total de trece millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil quinientos pesos Mte. es decir que el usufructo sería de \$13.458.500.00". (Fs. 21 Y 22).

En relación con el precio del vehículo automotor consideró "el valor que realmente fue cancelado ya que sólo existió un pago de cuatrocientos cincuenta mil pesos Mte. \$450.000.00".

5. Con base en lo anterior, el Tribunal por auto de 11 de diciembre de 1995 (fs. 23 a 26), admitió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Palacios Bonilla, señalando que "según lo prevé el art. 221 del C. de P. P., se debe tener en cuenta como cuantía para recurrir la contemplada en la legislación civil, la cual, según el art. 366 del C. de P. C., para el año de 1995 es de \$19.600.000 (sic), lo que indica que es igualmente improcedente dado que, según dictamen rendido por la perito, doctora Flor Stella Zúñiga Lopez, la condena de perjuicios impuesta en este asunto a los acusados es inferior a dicho monto."

Este auto fue revocado por el propio Tribunal en proveído del 25 de enero del presente año (fs. 30 a 34), para en su lugar ordenar correr traslado del dictamen a los sujetos procesales, oportunidad que aprovechó el defensor del acusado Palacios Casas para pedir su aclaración y ampliación en los siguientes aspectos:

"1. A cuánto asciende en pesos colombianos el valor de la condena en perjuicios impuesta en la sentencia de 11 de noviembre de 1994 dictada en este expediente.

2. En consecuencia, con fundamento en los rubros que se fijan en el fallo y no en otros, a cuánto asciende el interés procesal representado precisamente por el resultado de las operaciones matemáticas que tienen por base esos valores y el precio del gramo de oro para el día en que se interpuso el recurso de casación.

3. Con fundamento en qué disposición vigente se pretende fraccionar la cuantía de los perjuicios señalada en la sentencia de segunda instancia que está impugnada, para fijar en una suma inferior el interés del recurrente, sentencia que no se puede ejecutar ni siquiera provisionalmente, y así impedir que se conceda el recurso." (f. 35).

6. Mediante providencia de 19 de febrero del presente año (f. 38 y ss.), el Tribunal Superior no accedió a la solicitud de aclaración y adición del dictamen propuesta por el defensor del implicado Palacios Casas y, en su lugar, admitió el recurso extraordinario de casación, considerando: "Si bien es cierto, que sólo hasta el momento en que logre su ejecutoria la sentencia le surge la obligación legal al condenado de pagar los perjuicios,

también lo es, que para determinar su interés para recurrir en casación, y únicamente con ese fin, es necesario tasar provisionalmente tales perjuicios al momento de la impugnación y, justamente eso es lo que hizo la perito que tasó el lucro cesante en \$13.458.500.00 y el valor del camión en \$450.000.00, cantidad inferior a los \$19.600.000 (sic) previstos por la ley como mínimo para poder recurrir en casación."

Contra este auto se alzó a través del recurso de reposición el defensor de *Palacios Casas*, quien subsidiariamente pidió la expedición de copias para recurrir de hecho, impugnación resuelta en lo primero en forma adversa (provido de 21 de marzo, fs. 48 a 52).

7. En el memorial sustentatorio del recurso de hecho que el defensor interpusiera contra la decisión del Tribunal Superior atrás comentada, pide "se revoque la providencia impugnada y en su lugar se conceda el recurso de casación. Subsidiariamente pido a la honorable corporación se declare la nulidad de la actuación relacionada con la prueba pericial que se tuvo en cuenta para denegar el recurso extraordinario..." (f. 70).

En apoyo de sus pretensiones, sostiene en relación con la primera, que ninguna norma permite fraccionar la condena por perjuicios para deducir de allí el interés para recurrir como lo hicieron equivocadamente tanto la perito como el Tribunal, pues no es posible que se tengan en cuenta "los días transcurridos entre el 26 de abril de 1988 y el 13 de enero de 1995, que multiplicados por la mitad del valor de 'cada gramo oro' y que de esta manera obtiene el valor de los perjuicios, lo que evidentemente es inexacto" (f. 63), toda vez que para efectos de la concesión del recurso extraordinario de casación deben considerarse los factores que determinan los perjuicios a que fue condenado su representado, con el límite expresamente señalado en el fallo, fines para los cuales "basta el correcto manejo de una calculadora para saber que al multiplicar el valor del gramo oro para el 13 de enero de 1995, día en que interpuso el recurso, \$11.000.00, por el máximo que la sentencia menciona, 4.000 gramos da un valor de \$44.000.000 muy superior a los \$19.000.000 (sic) que ordenaba la ley para la misma fecha." (f. 64).

Agrega, de otra parte, que "hacer una liquidación de los perjuicios hasta el 13 de enero de 1995, es ilegal y es contraria a la sentencia; ella no se puede liquidar así ni siquiera provisionalmente porque está recurrida en casación. Este cálculo sólo tiene fundamento en una ficción no creada ni autorizada por el legislador, porque el día 13 de enero de 1995 Arquimedes Palacios no tenía ninguna obligación legal de cumplirla ni en forma total ni en forma parcial. Esta es una realidad que no se puede desconocer y sería absolutamente aberrante que para interponer un recurso y defenderse, la obligación sea \$13.500.000.00. Pero sí queda en firme porque no tiene recurso, si tenga alcances muy superiores a los

\$19,000,000.00 (sic) que se exige como máximo para poderla impugnar." (f. 66).

En lo que tiene que ver con su aspiración subsidiaria, asevera que el dictamen tenido en cuenta para desestimar la impugnación extraordinaria "solo existe en apariencia" (f. 64), pues el Tribunal no dio traslado a la auxiliar de la justicia de su petición de aclaración y ampliación, además porque ordenó que dicha prueba quedara a disposición de las partes bajo los parámetros del Código de Procedimiento Civil cuando lo correcto, en su opinión, es atender lo dispuesto por el estatuto procesal penal (arts. 264 y 273).

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Como punto de partida hacia la decisión de este asunto, pueden recordarse los siguientes señalamientos efectuados por esta corporación (radicación 11.550, septiembre 5/96 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandía), de particular incidencia sobre lo que ahora va a ser resuelto:

*"..., 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 atendible 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 disenso 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 cuestiona 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 re-*



curso no se exprese el motivo específico de la discrepancia y solamente en la demanda, en cumplimiento de la regla contenida en el artículo 255-3 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'."

2.- Hecha esta aclaración, al abordar el estudio del caso planteado se tiene que cuando el recurso extraordinario de casación verse exclusivamente sobre indemnización de perjuicios, el recurrente debe presentar la demanda con arreglo a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil, normatividad a la que se somete también lo relativo a la cuantía del interés para recurrir (art. 221 C. de P. P.).

El interés para recurrir es requisito de viabilidad del recurso, y su justiprecio, si bien en algunos casos puede coincidir con la cuantía de las pretensiones (sumas solicitadas), en estricto sentido corresponde al valor de la resolución desfavorable al recurrente.

El mecanismo para determinar la cuantía de ese interés para recurrir, en principio, puede resultar de una simple operación aritmética con el propósito de saber si el perjuicio es mayor o menor del previsto por la ley. Pero, en algunas ocasiones, es recomendable la intervención de un experto que estudie la repercusión desfavorable que tiene la sentencia frente a la aspiración del recurrente, para determinar si por la cuantía del perjuicio es viable la casación.

En el caso tratado, el Tribunal Superior al modificar lo relativo a la condena en perjuicios dispuesta en primera instancia, determinó "que los dos procesados en forma solidaria indemnicen los perjuicios causados con la ilicitud, los que se concretan al valor del usufructo del referido canchón, y que se señalan prudencialmente en el equivalente a medio gramo oro por cada día o fracción que transcurra desde la fecha en que lo retiraron de la Policía (26 de abril de 1988) hasta cuando se materialice el reintegro, sin sobrepasar el límite máximo de 4.000 gramos oro señalado en el art. 107 del C. P.", punto de referencia que observó la auxiliar de la justicia para establecer que si el valor del gramo oro para el 13 de enero de 1995 era de \$11.000 (aproximación que nadie discute en este asunto, y que



Incluso admite el censor), la mitad corresponde a \$5.500, de manera que habiendo transcurrido un total de 2.447 días desde el 26 de abril de 1988 (fecha en que el automotor fue entregado al acusado) y el 13 de enero de 1995 (fecha en que interpuso el recurso de casación), el valor del usufructo arroja un total de \$13.458.500, cantidad a la que debe sumarse los \$450.000 entregados como parte de pago por la negociación del premencionado camión.

Así las cosas, determinada la cuantía del interés para recurrir del procesado Delio Arquímedes Palacios Casas en la suma de \$13.908.500, es claro que tal justiprecio resulta inferior a \$27.440.000, que conforme con lo dispuesto por el Decreto 522 de 1988, arts. 2° y 3°, en concordancia con el inciso 1° del art. 366 C. de P. C., modificado por el D.E. 2282/89 (el interés para recurrir en casación civil partió de \$10.000.000, suma aumentada en 40% desde el 1° de enero de 1990 y así "automáticamente cada dos años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha"), era la cuantía determinada para el bienio comprendido entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1995, dentro del cual caen tanto la fecha del fallo de segundo grado como la de interposición del recurso, y no de "\$19.600.000" o "\$19.000.000" como equivocadamente han entendido el Tribunal y el recurrente.

De esta clarificación surge aun con mayor fuerza, que acertó el *a quo* al inadmitir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del implicado Palacios Casas, porque el monto de la indemnización de los perjuicios a que fue condenado deviene inferior al mínimo establecido, como se ha indicado, para la resolución desfavorable que marca el interés para recurrir cuando el recurso de casación se interpone con referencia única a tal indemnización, como en el presente caso.

3.- Finalmente en lo que tiene relación con la nulidad propuesta por el recurrente, ha de decirse que el recurso de hecho tiene como finalidad establecer por el superior si los recursos de apelación o de casación denegados por el inferior, lo fueron conforme a derecho. Nada más. Por consiguiente, la Corte no tiene competencia para definir peticiones como la que formula "subsidiariamente". Lo anterior se observa sin perjuicio de indicar que el dictamen cuestionado fue dejado a disposición de las partes, y que en su momento el defensor del implicado Palacios Casas pidió aclaración y adición, pedimentos que oportunamente fueron negados por el *a quo*, como se anotó en los antecedentes de este pronunciamiento.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

#### RESUELVE

1° **ABSTENERSE** de resolver sobre la petición de nulidad planteada por el defensor del procesado Delio Arquímedes Palacios Casas.

2° **DECLARAR** que estuvo bien denegado el recurso de casación interpuesto por el mencionado defensor, contra la sentencia de fecha 11 de noviembre de 1994 proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que condenó a su asistido por el delito de fraude a resolución judicial.

3° Ordenar remitir la actuación al despacho de origen, para que forme parte del proceso.

Cópiese 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 Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## TRAICION A LA PATRIA

*El artículo 114 del Código penal consagra lo siguiente:*

*Insustigación a la Guerra. El colombiano, o el extranjero que deba obediencia a la Nación, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones, incurrirá en prisión de diez a veinte años.*

*Si hay guerra o se producen las hostilidades, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.*

*El texto de la norma es muy claro al indicar que los «actos» deben estar dirigidos a provocar contra Colombia «guerra u hostilidades», es decir, que no basta uno sólo sino que deben ser varios; además, el sujeto debe proceder con la especial finalidad a que alude el tipo, y la entidad e importancia de sus actos debe ser tal que pueda inferirse de ellos que tienen capacidad para producir el resultado, así éste no se produzca.*

*De otra parte, para el entendimiento del texto en estudio no debe olvidarse que se trata de una de las modalidades en que se puede manifestar la traición a la Patria, delito que compromete la existencia y seguridad del Estado, aspecto éste que es importante no perder de vista para la correcta valoración de la conducta, pues no basta la existencia de un hecho imprudente provocador de la guerra u hostilidades, ni de uno que aún conteniendo una provocación se ejecute para defender los intereses nacionales.*

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

*Magistrado Ponente: Ricardo Calvete Rangel*

*Aprobado Acta No. 164*

*Proceso No.: 11568*

## VISTOS

*Procede la Sala a resolver lo que corresponda en relación con la denuncia instaurada contra el Senador Jorge Santos Núñez.*

## ANTECEDENTES

El ciudadano Edgar Guarín Amaya formuló denuncia contra el Senador Jorge Santos Núñez, por la presunta violación del artículo 114 del Código Penal, infracción en que pudo haber incurrido el 7 de marzo del presente año al quemar la bandera de los Estados Unidos de América en el recinto del Senado, en el sitio destinado para las barras, mientras se llevaba a cabo una sesión de esa Corporación.

Estima que los actos realizados por el congresista Santos Núñez no son intrascendentes, sino que bien pueden provocar actos de hostilidad del Gobierno y del pueblo Norteamericano hacia Colombia. Es diferente que un hecho como el observado a través de las cadenas de televisión se ejecute en la plaza pública por personas que no representan majestad nacional, a que sea realizado por un Senador. Máxime si se toman en cuenta las circunstancias y acontecimientos antecedentes al hecho.

Además, como si fuera poca su irresponsabilidad con la actuación conocida por la ciudadanía por los medios audiovisuales, rindió declaraciones agresivas y provocadoras contra el Estado Norteamericano en la cadena radial «Caracol».

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°. Está acreditado mediante la constancia respectiva, que el doctor Jorge Santos Núñez es Senador de la República, cargo para el cual tomó posesión el 20 de julio de 1994. En consecuencia la Corte es competente para investigar y eventualmente juzgar al Congresista por los hechos que se le imputan.

2°. El artículo 114 del Código penal consagra lo siguiente:

«Instigación a la Guerra. El colombiano, o el extranjero que deba obediencia a la Nación, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones, incurrirá en prisión de diez a veinte años.

Si hay guerra o se producen las hostilidades, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte».

El texto de la norma es muy claro al indicar que los «actos» deben estar dirigidos a provocar contra Colombia «guerra u hostilidades», es decir, que no basta uno sólo sino que deben ser varios; además, el sujeto debe proceder con la especial finalidad a que alude el tipo, y la entidad e importancia de sus actos debe ser tal que pueda inferirse de ellos que tienen capacidad para producir el resultado, así éste no se produzca.

De otra parte, para el entendimiento del texto en estudio no debe olvidarse que se trata de una de las modalidades en que se puede manifestar

la traición a la Patria, delito que compromete la existencia y seguridad del Estado, aspecto éste que es importante no perder de vista para la correcta valoración de la conducta, pues no basta la existencia de un hecho imprudente provocador de la guerra u hostilidades, ni de uno que aún conteniendo una provocación se ejecute para defender los intereses nacionales.

En el caso que ocupa la atención de la Sala es evidente que la conducta realizada por el Senador denunciado puede ser objeto de reproches en el campo de la educación y las buenas maneras, así como en el que rige la disciplina del Congreso, pero no en el ámbito penal, pues las circunstancias en que ocurrió no permiten inferir que el propósito del Congresista fuera provocar contra Colombia guerra u hostilidades de parte de Estados Unidos, y es exagerado creer que un lamentable acto de descortesía de un Senador puede generar los resultados que señala la disposición en comento.

Es verdad que los ciudadanos presuponen que las actuaciones de quienes forman parte del Congreso son siempre responsables y maduras, de modo que cuando no corresponden a esas expectativas causan mala impresión, pero también lo es que ellos individualmente considerados no son voceros del pensar y sentir colombianos, y con sus afirmaciones y actos disonantes en los debates no comprometen la dignidad de la nación, circunstancias bien conocidas en el mundo de las relaciones internacionales.

Es explicable que el quejoso se sienta molesto por el espectáculo brindado por su denunciado a través de los medios de comunicación, pero se equivoca al valorar esos actos en una dimensión que realmente no tienen, y de los cuales no se puede inferir la modalidad de traición a la patria que imputa al Congresista, que por lo conocido parece que más bien quiso salir en defensa de intereses colombianos, solo que de una manera inadecuada.

Así las cosas, no comparte la Sala la apreciación del denunciante, y no existiendo ninguna disposición de carácter penal a la cual pueda adecuarse la conducta informada, lo procedente es dar aplicación al artículo 327 del estatuto procesal absteniéndose de abrir investigación.

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

#### RESUELVE

Abstenerse de iniciar instrucción en contra del Senador Jorge Santos Núñez por los hechos descritos en la parte motiva.

En firme este provido, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvele Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## **SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA/ EDAD DEL PROCESADO**

*El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal consagra tres motivos que permiten al funcionario judicial decretar la suspensión de la detención preventiva, dos de los cuales invoca el peticionario con el fin de obtener su «libertad» durante los últimos años de su vida.*

*El primero autoriza la referida suspensión «Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad y la naturaleza o modalidades del hecho punible hagan aconsejable la medida».*

*No basta el solo hecho de satisfacer dicho requisito objetivo previsto en la disposición citada, para que sea posible la suspensión de la detención preventiva o el aplazamiento de la ejecución de la pena, sino que, por mandato legal, debe recurrirse a todos los antecedentes que permitan al funcionario judicial realizar una evaluación respecto de su personalidad para determinar si la medida resulta o no aconsejable.*

*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Didiño Pérez Velandía*

*Aprobado Acta No. 164.*

*Proceso No.: 11572*

*El procesado Alejandro Aza Romero, quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional de Colombia "La Picota" en esta ciudad, con invocación del artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, solicita su "libertad" no solamente por ser un anciano mayor de 66 años, sino también por el estado de salud en que se encuentra en razón de su traslado desde la Cárcel del Circuito Judicial de Girardot.*

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Mediante sentencia de fecha 23 de agosto de 1995, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot condenó a Aza Romero a la pena privativa de la libertad de veinticinco (25) años de prisión, como coautor responsable del delito de homicidio simple en la persona de Juan de Jesús Laguna, sanción que fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en fallo del 1° de noviembre del mismo año, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

2° Practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el correspondiente reconocimiento físico ordenado por el Magistrado sustanciador, se estableció que «Se trata de un paciente senil con cuadro de cinco años de evolución caracterizados por hipertensión arterial con tratamiento irregular, lo cual por historia natural ha evolucionado tomando como órgano blanco el corazón. Actualmente se halla descompensado por ausencia de tratamiento, registrando cifras tensionales altas, lo cual favorece el incremento de la cardiopatía. Este tipo de pacientes requiere dieta y administración regular de tratamiento médico, lo cual puede obtenerse en forma ambulatoria con la participación de sanidad carcelaria. Amerita toma de Ecocardiograma y valoración de cardiología para reajustar tratamiento. El clima templado favorece a este tipo de pacientes ya que favorece la vasodilatación disminuyendo la postcarga. CONCLUSIÓN: En el momento del examen NEGATIVO PARA GRAVE ENFERMEDAD» (Negrillas fuera de texto).

3° El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, consagra tres motivos que permiten al funcionario judicial decretar la suspensión de la detención preventiva, dos de los cuales invoca el peticionario con el fin de obtener su «libertad» durante los últimos años de su vida.

El primero autoriza la referida suspensión «Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad y la naturaleza o modalidades del hecho punible hagan aconsejable la medida».

Demuestra el peticionario a través de partida de bautismo expedida por la Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de Cachipay (Cundinamarca) -Diócesis de Girardot-, que en efecto nació el 26 de febrero de 1930, esto es, que es mayor de 65 años, pero no basta el solo hecho de satisfacer dicho requisito objetivo previsto en la disposición citada, para que sea posible la suspensión de la detención preventiva o el aplazamiento de la ejecución de la pena, sino que, por mandato legal, debe recurrirse a todos los antecedentes que permitan al funcionario judicial realizar una evaluación respecto de su personalidad para determinar si la medida resulta o no aconsejable.

Respecto de estos últimos factores, ha de afirmarse la improcedencia de la pretensión del imputado, pues el solo hecho de alentar contra la

vida de una persona en las circunstancias consignadas en los fallos de instancia, denotan en el implicado una personalidad irrespetuosa de la vida ajena, máxime que según lo narró el único testigo de los hechos, Aza Romero luego de consumar el ilícito, lo amenazó con quitarle la vida si daba noticia del hecho.

Destacó el Tribunal de Cundinamarca en su sentencia que «la totalidad de los testimonios coinciden en señalar el tipo de personalidad conflictiva y agresiva del procesado, en sus respectivas declaraciones. Así mismo lo condensa el escrito visible al folio 51 del cuaderno original, donde se sostiene: «...Es una persona que ha presentado antecedentes de muy mala conducta en los Municipios de Anolaima y Cachipay y también como usted debe saberlo en la Vereda de El Piñal» (fl. 41).

4° En cuanto al motivo tercero previsto en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal para la suspensión de la detención preventiva, es decir, «Cuando el sindicado sufre grave enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales o médico particular ratificado bajo juramento», se tiene que los legistas llegaron a la conclusión de que Aza Romero no padece grave enfermedad y que las dolencias que actualmente padece en razón de su edad, pueden ser controladas en sanidad carcelaria, mediante controles especializados en cardiología, un adecuado tratamiento y dieta especial, todo lo cual debe cumplirse por parte del Centro de Reclusión donde actualmente se halla privado de su libertad.

Adicionalmente, se recomienda que el paciente permanezca en clima templado, pues ello «favorece la vasodilatación disminuyendo la postarga», criterio que debe ser atendido por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, desde luego en un sitio que reúna todas las condiciones necesarias para cubrir las recomendaciones médicas, o sea, controles especializados, toma periódicas de Ecocardiografías, dieta adecuada y seguimiento o tratamiento que los especialistas recomienden.

Son las anteriores razones las que impiden a la Corte acceder a la pretensión liberatoria del procesado. Se ordenará sí que copia de esta providencia y del dictamen de Medicina Legal, sean remitidos a los Directores General del Instituto Penitenciario y Carcelario y de la Penitenciaría Central de Colombia «La Picota», para que procedan de conformidad.

5° Finalmente, con relación a la solicitud de copias de los fallos de instancia, ha de decirse al procesado que su asunto se encuentra para decidir sobre la admisibilidad de la demanda presentada por su defensor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, motivo por el cual no es posible por ahora atender favorablemente su petición.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL,

## RESUELVE

1º **NEGAR** al procesado Alejandro Aza Romero la suspensión de la detención preventiva, por las razones consignadas en precedencia.

2º Por la secretaría de la Sala, remítanse a las Direcciones General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y de la Penitenciaría Central de Colombia «La Picota», copia de esta providencia y del dictamen de Medicina Legal para que procedan de inmediato conforme a lo consignado en la parte motiva.

3º Abstenerse por ahora de atender la solicitud de copias de los fallos de primera y segunda instancia, por el motivo indicado.

Notifíquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## DEBIDO PROCESO/ NULIDAD

*Debe fundamentarse toda sentencia en un proceso desprovisto de irregularidades sustanciales, respetando así las formas y reglas establecidas por el derecho positivo vigente conforme los lineamientos del Art. 29 de la Carta Fundamental, reiterado por el Art. 1º del C. de P. Penal; su incumplimiento genera un error de los denominados de actividad, de orden, de construcción o in procedendo por hallarse referido a defectos del acontecer procesal. Esta clase de yerros pueden tener ocurrencia tanto en la etapa de la instrucción, como en la del juicio y aun en la propia sentencia cuando hay inobservancia de las normas que regulan su producción como acto procesal, en cuyo caso debe cumplir ciertos requisitos formales, sin los cuales carece de eficacia jurídica.*

*Conforme lo dispone el Art. 308 del C. de P. Penal, aquellos vicios in procedendo generan nulidad cuando afectan las garantías de los sujetos procesales (errores de garantía) o socavan las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento (errores de estructura), debiendo ser invocados como motivos de nulidad en los casos que taxativamente prevé el Art. 304 ibidem.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar*

*Aprobado Acta No.164*

*Proceso No.: 9446*

## VISTOS

*Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación, presentado por el abogado defensor del procesado José Isaac Valencia Segura, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Pasto (Nariño) el diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), por medio de la cual confirmó parcialmente el fallo de primera*

instancia de agosto veintiséis del mismo año emanado del Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco, que condenó a aquél a la pena principal privativa de libertad de dieciséis (16) años de prisión y el pago de los perjuicios, tanto morales como materiales, al hallarlo responsable del delito de Homicidio agotado en Janier Montaña Perlaza; modificó por el aspecto de reducir la pena accesoria de interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas al tope máximo legal de diez (10) años.

#### ANTECEDENTES

Los hechos, acogiendo la relación realizada por la Delegada, se sintetizan así:

"...Sucedieron el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y dos, aproximadamente a la 1:30 de la mañana, en el municipio Olaya Herrera donde se suscitó una riña al ser agredido Eustaquio Cuero, por lo que Janier Montaña Perlaza (primo de aquél) intervino para mediar en el conflicto siendo agredido con garrote por Isaac Valencia Segura.

"Posteriormente y terminado el enfrentamiento, cuando Janier y Jimmy Castillo - quien lo acompañaba - se dirigían a su casa, aquél recibió un impacto de escopeta que le produjo la muerte al instante: informó Juan Segura Cuero que momentos antes, había sido encanionado por José Isaac Valencia Segura para que lo acompañara a comprar proyectiles a (sic) la escopeta que portaba y luego dirigirse al lugar del homicidio y allí escuchó el disparo.

"Por lo anterior se procedió a la retención de Valencia Segura, encontrando en el lugar una escopeta calibre 16 marca Maos, herciza con muestras de haber sido disparada recientemente y un cartucho para la misma marca y calibre (fs. 7 y 8 del cuaderno de la Corte; resalto del texto).

La Fiscalía 39 Seccional, radicada en El Charco, dispuso la apertura de la instrucción y el 4 de agosto de 1992 escuchó en indagatoria al imputado (fs. 25 y ss.), quien niega ser el autor de la violenta ocisión de Montaña Perlaza, no recordando mucho de lo sucedido dado el avanzado estado de embriaguez en que se hallaba. Al día siguiente, aquella dependencia Fiscal resuelve situación jurídica mediante medida de aseguramiento de detención preventiva, sin excarcelación provisional, en desmedro de Valencia Segura por el delito de Homicidio (fs. 29 y ss.).

El cierre del ciclo instructivo se produce el 19 de noviembre, de la misma anualidad y el proceso es calificado el 14 de diciembre siguiente, profiriendo acusación contra José Isaac, en calidad de autor presuntamente responsable del hecho punible, del homicidio ocasionado a Montaña Perlaza, ubicando la conducta de aquél en el tipo penal descrito por el Art.



323 del C. Penal, concurriendo la circunstancia de agravación punitiva del numeral séptimo del Art. 324 *ibidem* por el aprovechamiento de las circunstancias de indefensión en que se hallaba la víctima, disposición que aparejaba sanción de prisión de dieciséis (16) a treinta (30) años.

Por competencia, una vez ejecutoriada la resolución acusatoria, el proceso corresponde, previo reparto, al Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco; el cuatro de febrero de 1993 queda el expediente a disposición de los sujetos procesales para los fines del Art. 446 del C. de P. Penal; el procesado solicita ampliación de indagatoria (fs. 97), circunstancia que reitera a renglón seguido; además que sean escuchados algunos declarantes de conducta y tacha como testigo al declarante de cargos (fs. 98); el Despacho decreta la práctica de los testimonios y comisiona para el efecto al Juzgado Promiscuo Municipal de Bocas de Salinga c., igualmente, dispone "Por economía procesal ampliase la injurada del señor Jorge (sic) Isaac Valencia de acuerdo a su pedido el día a celebrarse la diligencia de audiencia pública" (fs. 100).

Deprecia Valencia Segura, el cambio del defensor de oficio (fs. 102), informando éste al Juzgado (fs. 113) que desde enero 5 renunció al cargo ante la Fiscalía Seccional de El Charco, por cuanto asumió funciones de servidor público. El 5 de mayo se señala el día 26 para la celebración de audiencia pública y se le designa defensora de oficio, quien toma posesión el 17 del mismo mes (fs. 115 y 122). Iniciada la vista pública, la defensora solicita sea ésta "aplazada" por sus múltiples ocupaciones y la carencia de tiempo para el estudio total del proceso; el Despacho accede y después de señalar varias fechas que resultaron fallidas, al fin realiza la audiencia el 10 de agosto de 1993 (fs. 148); el día 26 del mismo mes, proclama sentencia de primera instancia (fs. 154 y ss.), en virtud de la cual condena a Valencia Segura, en calidad de autor responsable, a la pena de dieciséis (16) años de prisión y a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, además del pago de cinco millones (\$ 5'000.000.00) de pesos por perjuicios materiales y un mil (1.000) gramos oro por los morales.

Contra dicho fallo, interpuso el condenado el recurso ordinario de apelación, sustentando para el efecto: en el término de fijación en lista, como sujeto procesal, el Procurador 144 en lo Judicial -Asuntos Penales- presentó alegato solicitando fuera reformada la sentencia, desechando la causal de agravación para el homicidio y condenando únicamente por el tipo básico del simple o voluntario del Art. 323 del C. Penal con la circunstancia genérica de agravación del numeral 3º del Art. 66 *ibidem* (fs. 175 y ss.).

El 10 de diciembre de 1993, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto confirmó el fallo de primera instancia, con la única reforma de tener como pena accesorio la interdicción para el ejercicio de derechos y funciones públicas y fijar en diez años el término de su dura-

ción, disponiendo también la compulsación de copias para que, por cuerda separada, sea investigado el posible delito de porte ilegal de arma de defensa personal en que pudo incursionar Valencia Segura (fs. 184 y ss.).

Plausible indicar que el Magistrado sustanciador salvó parcialmente el voto, al considerar que no existe demostración del daño material irrogado con la muerte de Montañón Perlaza y, de otra parte, al acogerse el Juez a la regla del Art. 107 del C. Penal, la tasación por el supuesto daño debió hacerse en gramos oro y no en la suma de cinco millones de pesos (fs. 217 y ss.).

#### LA DEMANDA DE CASACIÓN

Un solo cargo formula el censor contra la sentencia de segunda instancia, afincándolo en la causal tercera de casación del Art. 220 del C. de P. Penal, pues la sentencia se ha proferido en un juicio viciado de nulidad, pretermitiendo el derecho de defensa que informa el debido proceso.

Fundamenta, fácticamente el cargo en que los abogados de oficio redujeron su intervención a la simple posesión y la mediocre intervención en audiencia pública, de manera, que ni por asomo ejercieron el derecho de postulación, o el prudente análisis del caso, inherente a todo defensor.

De otra parte, personalmente el procesado intentó gestionar en su favor ante la inoqua presencia de sus defensores, con peticiones fuera de contexto, sin transcendencia jurídica, sin que haya encontrado eco de quienes intervinieron en el proceso; en efecto, oportunamente solicitó su libertad con base en el numeral 4º del Art. 415 del C. de P. Penal por vencimiento del término de 120 días de privación de libertad, sin calificación del mérito sumarial, misma que fue desconocida mediante simple resolución de sustanciación. "Si la Fiscalía hubiera obrado en forma debida, la petición de libertad era oportuna, puesto que la resolución de acusación y cualquiera interlocutoria, sólo toma cuerpo jurídico a su ejecutoria y en el presente caso, esa no se daba sin que se cumpla la notificación de la misma al procesado detenido"; la justificación del fallo, demandado de actitud "encarcelatoria y represiva", irrespetó el derecho de defensa y va en contravía de los mandatos contenidos en los Arts. 194 y 440 *ibidem*, pues la notificación de toda providencia a persona privada de libertad "se realizará en el respectivo establecimiento" y "La resolución calificatoria se notificará personalmente, cuando sea posible".

Consideró el Tribunal salvada la nulidad por falta de notificación, aduciendo que no "fue posible" notificar personalmente al procesado detenido, sin que pueda resultar tan apresurado sólo para coartar el derecho a la libertad, cuando existen medios de comunicación judicial que han mejorado ostensiblemente, sabiéndose a ciencia cierta en qué sitio estaba recluido Valencia Segura, y por orden del funcionario que profirió la acu-

sación, sin que dicha omisión sea subsanada por la conducta posterior del Implicado, motivada más por "desesperación" que por la "consideración técnica de ejercer una defensa". La Fiscalía 39 Seccional de El Charco ni siquiera se molestó en remitir un telegrama, como si lo hizo para notificar el cierre de investigación; simplemente "se atrevió a declarar la ejecutoria sin tener en cuenta cualquier opción de defensa que pudo ejercer el procesado", quien desconociendo dicha situación se atrevió a deprecia la libertad. En conclusión, carece de ejecutoria la resolución de acusación, debiéndose otorgar la libertad y retrotraer la actuación a dicho momento para garantizar el derecho de defensa.

Otro asunto planteado por la providencia impugnada, radica en que el Tribunal convalidó la irregularidad, por motivo de pedir el acusado práctica de pruebas, olvidando quién es aquel, para asimilarlo al letrado que debió cumplir la obligación de defensa, dejando de lado que la Corte en repetidas oportunidades ha señalado cómo "debe existir una flexibilidad entre la actividad procesal del sindicado, dada su condición cultural, ajena casi al derecho y la labor del abogado (auto de mayo 23 de 1984); no puede el Tribunal dar fuerza convalidante "a la humilde y desatinada petición de pruebas en juicio, en donde sólo se refiere a su conducta y pide una ampliación de indagatoria, que nunca se realiza"; las condiciones culturales de José Isaac le impiden defenderse técnicamente, siendo abandonado a su suerte y los memoriales que suscribió (fs. 97 y 98) ni por asomo constituyen defensa, fuera de ser desatendidos por el Juzgado de primera instancia (la ampliación de la indagatoria y la "tacha" al testigo de cargos).

Capítulo aparte, merece la actuación de los profesionales del derecho que oficiosamente atendieron la defensa de Valencia Segura. El primero tomó posesión, luego de tres meses de ocurrencia del delito, cuando la prueba de cargo ya había sido evacuada, notificándose de la acusación el domingo 20 de diciembre de 1992, sin realizar nada diferente a firmar en las dos ocasiones y sin controvertir la vital pieza procesal, sin que pueda decirse que el "silencio fue táctico" porque era la oportunidad brindada por la ley "para no quedarse callado, pues frente a la acusación la única forma de defensa es controvertirla y eso no se puede hacer con silencio". La segunda defensora se limitó a pedir aplazamientos de la vista pública y alegar situaciones fuera de toda posibilidad jurídica, como la aplicación del Art. 68 del C. Penal que ni por asomo era de recibo. "Así, nos preguntamos qué defensa pudo tener el sindicado".

Jurídicamente, apunta el cargo violatorio de la ley procedimental en "el planteamiento que ya la Corte hizo en ocasión anterior, que parece al calco con el que nos ocupa", transcribiendo *in extenso* la sentencia de la Sala de Casación Penal de mayo 18 de 1993 con ponencia del M. Ricardo Calvete Rangel la cual, por violación al derecho de defensa, decretó la nulidad de la actuación a partir del cierre de instrucción.

Continúa aseverando que el primer defensor oficioso, lo único que hizo fue estampar su firma en los actos procesales que se le notificaron; en la etapa del juicio, tocante con la preparación de la audiencia, quedó el sindicado abandonado a su suerte y a la samaritana ayuda que pudiera encontrar en la cárcel o a su propia iniciativa, salida de toda técnica, resultando imposible algún cambio en el resultado del proceso.

Menos resulta veraz el aserto del Tribunal consistente en que el procesado "desde la cárcel, elevó una serie de pedimentos que le fueron resueltos", porque la petición de ampliación de indagatoria y la "tacha de testigos" no fue atendida. Esta última ni siquiera fue tenida en cuenta y la primera, por "economía procesal" se dejó para la audiencia, donde el procesado fue sometido a "hacer una pequeña narración de los hechos", intervención que desde ninguna óptica puede considerarse de defensa ni ampliación.

"...la actividad infantil de la defensora en audiencia, solamente se conduce con el afán de 'salir del paso' y no con un juicio así sea breve análisis de la acusación a que estamos obligados los defensores", porque esa defensa no pasa de meros enunciados, sin fundamentación.

Los argumentos apelatorios esgrimidos por el condenado -continúa el censor-, no tienen la connotación del pleno ejercicio del derecho de defensa, pues sus planteamientos hacen alusión a lo que se viene discutiendo: la falta de defensa técnica "aunque en su inculta forma de proponer los recursos ... con una dialéctica simple y vulgar, dice verdades que merecen hacer parte de este libelo", transcribiéndolas.

Remata la demanda esgrimiendo como violado el inciso 4° del Art. 29 de la Carta Fundamental y el numeral 3° del Art. 304 del C. de P. P. (erróneamente se refiere al Art. 305), solicitando se case la sentencia, decretando la nulidad de la actuación a partir del auto de octubre 28 de 1992 que ordena nombrar abogado de oficio (fs. 60) y disponga la libertad provisional del procesado, con fundamento en el numeral 4° del Art. 415 *ibidem*, absteniéndose de imponer caución onerosa dado su estado de pobreza.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, los Arts. 29 de la Carta y 1° del C. de P. Penal pregonan el derecho de defensa tanto material como técnica y, en tales términos, si bien al recorrer el proceso se encuentran memoriales presentados por el sindicado, ellos se encuentran desprovistos de fundamento jurídico o formulados tardíamente. Trae el proceso una serie de irregularidades que transgreden el derecho de defensa de Valencia Segura que dejan claramente demostrado su precario conocimiento "de tal modo que no solicitó en su momento el derecho a la libertad cuando pudo obtenerlo porque resulta evidente que la Fiscalía 39

Seccional de El Charco calificó el mérito del sumario cuando ya habían transcurrido más de 120 días de efectiva privación de libertad. La deficiente capacitación e ineficiente labor del defensor ocioso permitió al instructor proferir la acusación en proceso con detenido, excediendo los términos legales. El sindicado presentó memorial con resultado negativo, pues la solicitud de libertad ya resultaba extemporánea, máxime cuando la acusación no se le notificó personalmente y, peor aún, fue respondida en inadecuado auto de sustanciación, impidiendo la legal interposición de recursos, circunstancia que en sí no constituye el núcleo de la violación al derecho de defensa, sino apenas una muestra de lo acontecido en el proceso, que la Delegada destaca por haberlo planteado el censor.

Fundamental resulta que desde la misma fase instructiva se menoscabó el derecho de defensa técnica, pues el nombrado de oficio se limitó a notificarse del cierre de instrucción y de la acusación, porque ya en la etapa del juicio hubo de ser requerido por el *a quo* ante la solicitud del procesado para que lo cambiaran, apreciándose tal abandono de su deber profesional que ya para la fecha de audiencia pública envió un telegrama informando que meses atrás había renunciado ante la Fiscalía instructora al haberse posesionado como servidor público, abandonando a su suerte a Isaac Valencía, quien carecía de capacidad jurídica para ejercer su propia defensa, debido a su escasa ilustración, "razones que ameritan la compulsión de copias pertinentes al Consejo Superior de la Judicatura para que se investigue disciplinariamente al abogado en su incumplimiento injustificado de la labor encomendada".

Sin embargo, según la Delegada, no es sólo la falta de asistencia jurídica la que permite colegir la violación al derecho de defensa técnica, porque resulta innegable que la material tampoco se puede predicar de los pocos escritos emanados del procesado, "máxime si cuando en la etapa del juicio refirió como dudoso el testimonio que sirvió de base de la acusación y solicitó la ampliación de indagatoria. Al primer pedimento no se atendió y el segundo se redujo a una intervención poco detallada, pues se ordenó su práctica en la diligencia de audiencia pública por 'economía procesal', con más formalismo que rigor".

Las indicaciones del encartado ameritaban del juzgador la verificación de tales citas para permitir una investigación integral y la verdad es que ningún esfuerzo se hizo para determinar quiénes intervinieron en el incidente de los billares y sus motivos, pues este fue el hecho antecedente a aquel en que perdió la vida "Jesús Antonio Osorio López" (sic). Decidió el Tribunal desvirtuar la tacha del testimonio de Segura Cuero con otros elementos de prueba para desatender el requerimiento, olvidando clarificar los oscuros incidentes anteriores al funesto desenlace en donde "la certeza *a priori* del juzgador impidió su comprobación en un flagrante detrimento del principio de contradicción de que trata el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal".



Completa la ausencia de defensa el hecho de que una vez se operó el cambio de defensor, la nueva poca atención dio al caso ante la premura de su actuación en la vista pública, intervención demostrativa del escaso estudio a tal punto que, como lo anota el censor, tratándose de un homicidio agravado solicita la condena de ejecución condicional. "En suma, la carencia de defensa técnica, la imposibilidad de defensa material y las diversas irregularidades quebrantan el derecho de defensa". Así que disiente de la opinión del fallador de segundo grado cuando, al apreciar las irregularidades, las estimó insuficientes para derribar las bases del proceso, pasando por alto la misma referencia de la Corte que le sirve de apoyo: "Pacíficamente se tiene aceptado que esa sanción se reserva para eventos en los cuales el defecto quebranta las bases sobre las cuales se estructura el proceso o genera detrimento a los derechos fundamentales de las partes" (Negrilla del texto).

En procura del derecho a la defensa, principio fundamental de la Carta Constitucional, no es viable desconocer su quebranto ante las rescatadas irregularidades que de ninguna manera se relacionan con la falta de memoriales de los defensores, "sino que aquí no se vislumbra que el silencio haya sido una maniobra defensiva", trayendo la Delegada a colación apartes de la sentencia del 18 de mayo de 1993 referenciada por el censor.

Acorde con lo anotado, finaliza la Delegada, dable apreciar que la vulneración del derecho de defensa se presenta desde la fase del sumario, por lo cual la sanción procesal debe cobijar desde allí, para reparar lo omitido y garantizar el fundamental derecho; sugiere a la Corte, por ende, casar el fallo materia de impugnación y declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de instrucción del 19 de noviembre de 1992 y, en consecuencia, conceder a Valencia Segura la libertad provisional con fundamento en el numeral 4° del Art. 415 del C. de P. Penal.

#### PARA RESOLVER, CONSIDERA LA CORTE

Debe fundamentarse toda sentencia en un proceso desprovisto de irregularidades sustanciales, respetando así las formas y reglas establecidas por el derecho positivo vigente conforme los lineamientos del Art. 29 de la Carta Fundamental, reiterado por el Art. 1° del C. de P. Penal; su incumplimiento genera un error de los denominados de actividad, de orden, de construcción o *in procedendo* por hallarse referido a defectos del acontecer procesal. Esta clase de yerros pueden tener ocurrencia tanto en la etapa de la instrucción, como en la del juicio y aún en la propia sentencia cuando hay inobservancia de las normas que regulan su producción como acto procesal, en cuyo caso debe cumplir ciertos requisitos formales, sin los cuales carece de eficacia jurídica.

Conforme lo dispone el Art. 308 del C. de P. Penal, aquellos vicios *in procedendo* generan nulidad cuando afectan las garantías de los sujetos



procesales (errores de garantía) o socavan las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento (errores de estructura), debiendo ser invocados como motivos de nulidad en los casos que taxativamente prevé el Art. 304 *ibidem*.

Para el concreto evento que ocupa la atención de la Sala, la garantía constitucional fundamental del derecho de defensa del procesado, tanto en su manifestación material como técnica fue conculcada desde varios ángulos, como pasa a analizarse.

Atinente a la defensa material, es decir, la preconizada por el acusado en su propio interés, ha de indicarse que sus escasos memoriales carecen, por falta de instrucción al respecto, del contenido y solidez jurídicos necesarios para sacar avantes sus tesis. El alegato precalificatorio presentado por Valencia Segura se limita a indicar que es persona decente, honrada y trabajadora, para luego citar algún articulado atinente a las disposiciones generales sobre pruebas (inclusive el Art. 247 propio de la sentencia condenatoria) y culminar deprecando se conceda su "libertad juratoria ya que soy un hombre de solemnidad (sic) pobre" (fs. 74); un segundo memorial lo refiere a reiterar la excarcelación por llevar más de 120 días privado de libertad sin que fuere calificado el mérito de la instrucción (fs. 91), pues no sabía que con antelación se había profirido en su detrimento resolución acusatoria, sin que se le hubiere notificado personalmente, pese a encontrarse físicamente detenido por razón del presente proceso y limitándose el Fiscal Instructor a responderle con un escueto proveído de sustanciación (fs. 92).

La tercera oportunidad que Valencia Segura se dirigió al Despacho, fue cuando se le notificó acerca del traslado de que trata el Art. 116 del C. de P. Penal a fin de que, entre otras, solicitara pruebas; deprecó la ampliación de indagatoria (fs. 97) y la reiteró después (fs. 98) al pedir también algunas declaraciones de conducta y tachar el testimonio de cargo de Juan Segura Cuero, primo hermano de su señora madre y quien "fue ilustrado por la policía por la Policía Judicial y pagado por los familiares del occiso ... se deben tachar como testigo ya que son parientes". La ampliación de indagatoria, por "economía procesal" fue diferida para la audiencia.

Empecé las falencias y precarias condiciones de los memoriales signados, que incuestionablemente merecían mejor suerte, olímpicamente desconocieron tanto el Fiscal Instructor como el Despacho a quo, el derecho de defensa del procesado al negarle rotundamente la posibilidad de hacer efectivo aquel, mediante la plena observancia de las garantías constitucionales y normas rectoras que alañen a la doble instancia y a la contradicción.

En efecto, rotundo y sin excepciones es el mandato contenido por el Art. 188 del C. de P. Penal cuando dispone notificar en forma personal al sindicado que se encuentre privado de libertad, disposición que fue desconocida de manera absoluta por el Fiscal 39 Seccional con sede en El Charco, quien ningún esfuerzo realizó frente a Valencia Segura a fin de ponerle en conocimiento de tan trascendental decisión como lo es la resolución acusatoria, pieza fundamental sobre la cual se adelantará la fase del juicio, constitutiva del pliego de cargos al que se habrá de circunscribir y delimitar todo el debate jurídico posterior: inadmisiblemente resulta soslayar dicha omisión pretextando que por el hecho de haber presentado un memorial posterior solicitando pruebas, se convalide la irregularidad por conducta concluyente o que ante el evento de la notificación por estados pueda la personal suplirse, máxime si a aquella se acude "... cuando no se hubiere podido hacer notificación personal, habiéndose intentado". (original Art. 188 del Decreto No. 2.700 de 1991, vigente para la fecha de proferir la calificación del mérito de la instrucción. Resalta la Corte).

Tan esencial en su contenido y consecuencias es la resolución acusatoria que, para efectos de su notificación, el primigenio Art. 440 *ibidem* (antes de ser modificado por el pertinente de la Ley No. 81 de 1993) consagraba, como todavía hoy lo hace con mayor ahínco, la específica forma como aquella ha de darse a conocer a los sujetos procesales ("... se notificará personalmente, cuando sea posible..."). Bien lo reseña el censor, cualquiera de los medios de comunicación hacía factible enterar personalmente a José Isaac del contenido de dicha pieza acusatoria, pues se hallaba privado de libertad en la cárcel de Tumaco, por cuenta de este proceso, sitio a donde había sido trasladado por iniciativa del propio Fiscal instructor, a los pocos días de ordenar la medida de aseguramiento de detención preventiva (fs. 38 y 39). Si el Despacho fue tan acucioso de trasladarse desde El Charco, su sede, hasta Bocas de Satinga (Olivia Herrera) un domingo 20 de diciembre de 1992 para notificar personalmente al defensor oficioso (fs. 88), ¿cuál el motivo para no hacer lo mismo con relación a José Isaac, o mínimo comisionar a alguna de las autoridades judiciales de Tumaco?

Resultó suficiente para la secretaría de la Fiscalía 39 Seccional que el susodicho pliego de cargos fechado el 14 de diciembre de 1992 fuera notificado por Estados No. 100 el día 16 del mismo mes (fs. 84 vto.), contravieniendo los claros mandatos legales a que se hizo alusión, impidiendo su conocimiento personal a Valencia Segura y haciendo nugatoria la oportunidad para interponer los recursos ordinarios.

Imposible el ejercicio del derecho de defensa contra una decisión judicial de la cual se desconoce, no sólo su contenido material y jurídico, sino su real y verdadera existencia procesal como sucedió a Valencia Segura

porque, con la expectativa de recobrar su libertad por vencimiento de términos sin calificar el mérito de la investigación, remitió el memorial recibido el 22 de diciembre en la Secretaría, solicitando aquella. El día 24 del mismo mes, el secretario informa al titular "que la Resolución de Acusación dentro de este asunto se encuentra ejecutoriada ya que las partes no interpusieron ningún recurso. Igualmente le doy cuenta del anterior memorial suscrito por el sindicado" (fl. 92; negrilla fuera del texto). ¿Qué recurso pretendía que interpusieran, señala la Corte, si Valencia Segura, el principal protagonista del proceso, desconocía que había sido acusado?

Ante semejante actuación procesal, Valencia Segura se enteró de la acusación sólo cuando le fue leído el proveído en la diligencia de audiencia pública, pues sus nulos conocimientos de la estructura del proceso penal le impedían conocer el significado de la remisión del expediente al Juez Penal del Circuito competente, el posterior traslado por treinta días para los fines del Art. 446 del C. de P. Penal, el auto decretando pruebas y la fijación de fecha para la vista pública.

Pero si la actuación cumplida por el Fiscal 39 Seccional de El Charco en la etapa de la instrucción conlleva los yerros anotados, la del Juez Primero Penal del Circuito de Tumaco tampoco se queda atrás. Razón acompaña a la Delegada cuando expresa al respecto: "Anteponc el juzgador de primer grado posición que avala el *ad quem*- aquel principio meramente formal a permitir con el detenimiento que ameritaban las indicaciones del encartado (folio 98) la verificación de tales citas en pro de la investigación integral y de la imparcialidad del funcionario para la determinación de la verdad real; tampoco hizo esfuerzos para determinar quiénes participaron en el incidente de los billares y los motivos, cuando al parecer de allí devino el hecho posterior en que perdió la vida ... olvidando además la necesidad de clarificar los incidentes anteriores completamente oscuros, para producir una decisión justa y en donde la certeza a priori del juzgador impidió su comprobación en un flagrante detrimento del principio de contradicción de que trata el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal". Desconoció el contenido del Art. 333 *ibidem* que demanda al funcionario la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del sindicado y de las demás partes.

Igualmente se pronunció el casacionista al siguiente tenor que merece entera acogida: "... Ya la Corte en sentencia de la Sala de Casación Penal, de agosto 6 de 1987, había manifestado que 'Prudente pero firme ha de ser la justicia en casación al calificar el valor e inferencia de las pruebas omitidas' y aceptando tal lineamiento, hemos de decir que la acusación hecha por el procesado en su escueto escrito (fl. 98), respecto a que la Policía Judicial 'ilustró' al principal testigo de cargo y este (sic) 'pagado por los familiares del occiso', tiene tal trascendencia, que en caso de real

demonstración, hacia caer el único testimonio generador del indicio con el que se ha venido vinculando al proceso al encartado.

"Hemos de entender que tal escrito se refiere al testigo Juan Segura Cuero, que ha sido basilar en este caso y si se logra desvirtuarlo (cosa que impidió la incuria de los defensores y del Juzgado mismo), se caería toda la acusación. Así las cosas, no se le ha permitido al procesado defenderse..." (fs. 267 y 268).

Para rematar, encuentra la Corte que el 25 de octubre de 1992, la Fiscalía 39 Seccional de El Charco practicó una diligencia de inspección "judicial" al sitio escenario de los hechos "con el fin de determinar las circunstancias de lugar, modo y tiempo en que sucedieron" (fs. 42, 49, 50 y ss.), haciendo comparecer para el efecto a los testigos Vicente Caicedo Tello y Juan Segura Cuero; sin embargo, pese a la trascendencia del medio de prueba, ninguna oportunidad se dio al inculcado porque no fue notificado al respecto, menos se contó con su presencia y tampoco tuvo defensor que lo representara, porque sólo se le proveyó uno de oficio el 28 del mismo mes, debiendo recordarse que para la indagatoria se le nombró a una persona de reconocida honorabilidad. Jamás se dio oportunidad a José Isaac Valencia para que en el mismo escenario de ocurrencia del evento explicara lo que a bien tuviera, vulnerando más todavía el derecho de defensa.

La imposibilidad en que se encontraba Valencia Segura para ejercitar el derecho de defensa material tampoco fue suplida por la representación técnica y oficiosa confiada a los dos abogados que como tales "oficiaron" en el proceso. A manera de preludio, anota la Corte, Valencia Segura careció de defensa técnica casi por espacio de tres meses (desde el mismo 31 de julio de 1992, fecha de su captura, hasta el 28 de octubre de la misma data), lapso dentro del cual fueron evacuadas la gran mayoría de pruebas. Mas acontece que el tal defensor oficioso limitó su gestión a posesionarse y notificarse del cierre de la instrucción y de la acusación, sin que esta situación pueda considerarse desde ningún punto de vista como técnica defensiva al guardar absoluto mutismo sobre la acusación, absteniéndose de interponer los recursos de ley; al contrario, trasluce la nula intención de afrontar con decisión los deberes que el cargo le imponía, tornándose casi en un convidado de piedra, en un defensor nominal con la simple pero insuficiente razón de figurar en el proceso como aquel a quien se le da a conocer que se clausuró la instrucción y calificó con acusación; nada más.

Sin embargo, la anterior situación se erige en mucho más de fondo si se aprecia que, cuando el 27 de abril de 1993, Valencia Segura pidió el cambio de defensor aduciendo que "casi no permanece en Tumaco" (fl. 102), ya el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta localidad había corrido traslado por treinta días de conformidad con el Art. 446 del C. de

F. Penal y decretado las ya acotadas pruebas. El Despacho, antes de proceder al cambio de defensor, solicitó al Dr. Germán Cifuentes Perlaza "su atención al proceso seguido ... y su asistencia a la diligencia de audiencia pública a celebrarse" (fl. 105). El defensor respondió el 29 de abril que desde el 5 de enero renunció al cargo ante la Fiscalía Seccional de El Charco al posesionarse como servidor público en la Contraloría de este municipio (fl. 113); el 5 de mayo siguiente, el Despacho señala como fecha para la vista pública (fs. 115 y 116) el siguiente día 26 de ese mes y como defensora de oficio, en reemplazo de Cifuentes, nombra a la Dra. María Ruth Ferrer Ruiz, quien se posesionó el 17 de ese mes.

Significa lo anterior, ni más ni menos, que José Isaac Valencia Segura careció de defensor técnico durante toda la fase de la instrucción y casi la integridad de la del juicio, pues la segunda defensora de oficio tomó posesión diez días antes de la realización de la audiencia, sin relacionar todavía que el despliegue del cargo por parte de ésta tampoco puede catalogarse como un verdadero ejercicio en defensa de los intereses del procesado, gravemente comprometidos ante la imputación formulada y por él desconocida, dada la falta de notificación personal, como se dejó relacionado.

La defensora, alegando múltiples ocupaciones en el ejercicio de la profesión, redujo su actuación a pedir aplazamientos de la audiencia y cuando, finalmente el 10 de agosto de 1993 pudo ésta llevarse a efecto, limitó su alegato a una serie de situaciones fuera de toda posibilidad jurídica, como inventarse una petición subsidiaria de suspensión de la ejecución en caso de sentencia adversa. Cierta es la crítica del censor a la actuación de la abogada oficiosa, cuando en la demanda explica que su "participación se transcribe en 27 renglones. Estos a su vez se pueden dividir en tres partes: a) Saludos y razón de su presencia en la audiencia, en 6 renglones, b) El cuerpo de la defensa que es la ausencia de testigos presenciales y la de la necropsia (sic), en 13 renglones, en los que no se vé ninguna ponderación, c) en (sic) los 8 renglones siguientes la defensora pide la aplicación del *in dubio pro reo*, definiéndolo pero sin ninguna ubicación fáctica en el caso y termina pidiendo algo fuera de contexto, un subrogado penal en un caso donde no cabe por simple comparación elemental" (fl. 247).

Equivocó el Tribunal sus apreciaciones, al considerar como insuficientes para generar un vicio procesal las irregularidades cometidas en desarrollo de la actuación: los aludidos defectos generan detrimento del derecho fundamental de defensa del acusado Valencia Segura, sin que resulten de recibo consideraciones tales como que a su defensor se le notificó la resolución acusatoria y "tanto éste como aquél conforman en sentido procesal una parte del mismo" o que "El ejercicio de la defensa técnica no puede medirse por la multiplicidad o ausencia de peticiones



que el abogado debe como malamente se entiende, de ahí que la inercia o incapacidad del profesional del derecho afecte a tan fundamental derecho debe ser examinada caso a caso" como lo discernió el Ad-quem.

Ya la Corte, para eventos como el presente, argumentó:

"... Es comprensible que en un proceso el defensor opte por no solicitar pruebas o resuelva no participar en la práctica de diligencias que no exigen su presencia pero para que esa actitud pueda ser calificada como una estrategia defensiva, deben existir elementos de juicio que permitan esa inferencia. En el caso que nos ocupa y dentro de una prelación lógica, es imposible llegar a semejante conclusión pues sería absurdo calificar de 'estrategia' la absoluta inactividad del abogado ... Otro aspecto que es importante precisar, consiste en que la Sala no desconoce que el defensor de oficio nombrado para la audiencia pública alegó ausencia de prueba para condenar, pero de ahí no puede deducirse que haya sido una estrategia defensiva no solicitar pruebas durante todo el proceso, pues de una parte, él no actuó sino en esa diligencia, y de otra, su intervención empezó cuando ya no había oportunidad probatoria, de manera que no le quedaba camino distinto a procurar cumplir su misión con lo que encontró en el expediente, lo cual lo obligaba a hacer un planteamiento que prácticamente no tenía ninguna posibilidad de éxito..." (Sentencia del 18 de mayo de 1993; M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Recentemente, mediante sentencia del ocho de mayo próximo pasado, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, reiteró la Corte:

"... Varios han sido ya los pronunciamientos hechos por la Sala a raíz de la consagración prevista en los artículos 29 Constitucional y 1° del Código de Procedimiento Penal sobre el alcance del derecho de defensa del sindicado 'a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento', innovación normativa que frente a la Carta Política anterior significa la expresa extensión de esa garantía a todas las etapas del proceso.

"... Verdad es, como ha tenido ocasión de precisarlo con reiteración la Sala, que no procede valorar la actividad profesional del abogado frente a la eficacia del ejercicio defensivo desde el punto de mira de los resultados, pues habrá intervenciones escrupulosas y esmeradas que no le sea posible acoger en derecho al fallador, como otras en que prospere el interés representado pese a la exigua labor de quien lo asiste.

"Por eso se ha sostenido con razón que la inactividad del defensor en una parte de la actuación no puede ser criterio que por sí solo conduzca a la declaratoria de la nulidad

"... salvo que se demuestre la vulneración de los derechos fundamentales o las garantías constitucionales en concreto. El concepto del derecho



de defensa no se puede construir, como lo hace el recurrente en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado (sea o no presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias de su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. Es fin, son demasiadas las alternativas compatibles con la garantía de la defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio' (casación de marzo 26 de 1996 Magistrado Ponente Dr. Carlos Mejía Escobar).

"Sólo que la situación expuesta en el caso sub examen lejos está de conducir a conclusiones por resultado, cuando el análisis de la conducta asumida indica la total ausencia de un amparo sujeto a los conocimientos jurídicos sin los cuales no se podría esperar una defensa eficaz, porque sumado a la omisión de una solicitud de pruebas, de la interposición de recursos o solicitud alguna en pro de la acusada, la pobre intervención en la diligencia de audiencia pública...".

Inuestionables y suficientes resultan los motivos para acoger la invalidación solicitada, la que se hará efectiva a partir, inclusive, de la resolución que decretó el cierre de la instrucción de cara a la reparación de las omisiones y a garantizar el fundamental derecho de defensa. Podrá gozar de excarcelación provisional el sindicado Valencia Segura, con fundamento en el numeral 4° del Art. 415 del C. de P. Penal, previa suscripción de caución prendaria por la suma de trescientos mil pesos (\$300.000.00 m.l.), con el fin de que garantice el cumplimiento de las obligaciones de que trata el artículo 419 *ibidem*; finalmente, participa la Corte del criterio de la Delegada en el sentido de que el total descuido del abogado de oficio Germán Cifuentes Perlaza, no puede menos que investigarse, ameritando compulsar copias para la averiguación disciplinaria correspondiente, las que estarán a cargo de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto, con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Narino.

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

1. CASAR la sentencia impugnada por el defensor del acusado José Isaac Valencia Segura, decretando como consecuencia, la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de cierre de la instrucción.

2. **Ordenar la libertad provisional** de José Isaac Valencia Segura, mediante caución prendaria en cuantía de trescientos mil pesos (\$300.000.00) m.l. y previa suscripción del acta correspondiente.

3. **Disponer la expedición de las copias** a que se refiere la parte considerativa, para investigar disciplinariamente la conducta del abogado Germán Cifuentes Perlaza.

Cópiese. Notifíquese y devuélvase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Diógeno Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

*Si pretende una acusación de violación indirecta por error de derecho resulta indispensable precisar alguna de las hipótesis que al respecto pueden ocurrir. Sí, falso juicio de legalidad porque el juzgador le otorgó mérito probatorio a una prueba ilegalmente producida o falso juicio de convicción por haberle negado a un medio probatorio el valor que le corresponde o por otorgarle valoración diversa de la que la ley le ha conferido, argumentación esta, que por regla general, deviene impropia en sede de este extraordinario recurso, teniendo en cuenta que la prueba que se busca censurar no tiene tarifa legal para su estimación. La eliminación de este justiprecio normativo, dejando en manos del juez la evaluación consiguiente dentro de los límites que marcan las reglas de la sana crítica, convirtió en indónea esta vía para intentar dicho cuestionamiento.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinte (20) de mil novecientos noventa y seis.*

*Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

*Aprobado Acta No. 164*

*Proceso No.: 9520*

### VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por la defensora del procesado Cesar Antonio Báez Beltrán, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que modificó la dictada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, condenándolo a la pena principal de diez años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios materiales y morales, por hallarlo penalmente responsable del delito de homicidio.

### HECHOS

Los sintetizó así el Tribunal:

"Se extrae de autos que hacia las tres de la tarde del 24 de mayo de 1992, luego de haber departido en un asadero de pollos y de ingerir abundante cantidad de bebidas embriagantes en el transcurso de las horas precedentes, retornaron Pablo Emilio Ramírez Garzón, César Armando Báez Beltrán y Janneth Cortés Londoño (compañera del segundo) al apartamento que ocupaban en arriendo en el inmueble situado en la carrera 106 No. 49-A-45 sur, barrio Brasil del sector de esta capital.

Algunos minutos más tarde fue sacado del precitado lugar Ramírez Garzón, ya moribundo como consecuencia de haber sufrido tres heridas infligidas con arma cortopunzante, siendo llevado hasta el Hospital de Bosa, sitio este al cual ingresó siendo las 4:25 de la tarde, dejándose constancia en el libro de población a cargo de los agentes de policía que allí cumplen turno en el sentido de que el ofendido ya no tenía signos vitales según pudo apreciar el médico que lo recibió y que era acompañado por una mujer que dijo llamarse Yamed Londoño quien manifestó habían sido atracados cuando salían de una tienda del barrio Brasil.

Posteriormente, ante las declaraciones de Julio Enrique Trujillo Torres y Carmen Farid Báez Beltrán, conyugado y compañera permanente del obitado, respectivamente, quienes informaron haber escuchado comentarios al tenor de los cuales no se había presentado ningún atraco sino que las mortales heridas se habían causado en el curso de una pelea que sostuvieron Pablo Ramírez y César Báez en el interior de la vivienda que compartían como inquilinos, se produjo la vinculación de este último al sumario mediante diligencia de indagatoria" (fl. 4,5 - cuaderno 3 -).

#### ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de mayo de 1992, el entonces Juzgado 63 de Instrucción Criminal inició la correspondiente investigación ordenando la captura de César Armando Báez Beltrán.

Aprehendido e indagado el sindicado, la Fiscalía 100 Delegada de la ciudad de Santafé de Bogotá, le resolvió la situación jurídica profiriendo medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva sin excarcelación, por el delito de homicidio (fl. 55 a 58 - cuaderno 1 -).

Perfeccionada y clausurada la investigación se procedió a su calificación emitiendo resolución de acusación en contra de Báez Beltrán por el mismo hecho punible, conforme a lo preceptuado en el artículo 323 del C.P. Impugnada la decisión, fue confirmada en su integridad por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, en providencia del 7 de abril de 1993. (fl. 22 a 26 - cuaderno 2 -).

Rituada la etapa de la causa y realizada la audiencia pública, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió sentencia condenatoria en contra de César Armando Báez Beltrán por el delito de

homicidio, agravado por la circunstancia consagrada en el numeral 1° del artículo 324 del C. P., imponiéndole como pena principal 16 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, con la obligación de pagar en concreto los perjuicios materiales y morales causados por el delito.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sanafé de Bogotá, en sede de apelación, en proveído calendado el 16 de diciembre de 1993, confirmó el fallo de primera instancia, pero lo reformó en el sentido de imponer a Báez Beltrán la pena de 10 años de prisión, por considerar que la circunstancia de agravación deducida por el *a quo* era improcedente por no haberse derivado previamente en la resolución de acusación.

### LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del C. de P. P. la recurrente formula un solo cargo contra la sentencia de segunda instancia, bajo este enunciado:

"por violación indirecta, toda vez que con ella conculcó la ley, pues se violó la prueba. Al no apreciar la misma en la sentencia, como lo ordena la ley y de conformidad con la sana crítica del testimonio", quebrantando los artículos 4, 10, 246, 247, 249 y 253 del C. de P.P. y 2, 29, 31, 32, 36, 38 y 60 del C.P ( fl. 41-42 - cuaderno 3 -).

En su desarrollo comienza por advertir que del contenido de los testimonios de Julio Enrique Trujillo Torres, Cármen Farid Báez Beltrán, Víctor Manuel Báez Beltrán, Manuel Guillermo Báez Morales y Janeth Cortés, se inferen evidencias tales como la embriaguez del occiso y su comportamiento belicoso hasta el punto de haber lesionado a Janeth Cortés Londoño; la inimputabilidad del procesado por trastorno mental preordenado a causa del licor que había ingerido esa noche y la ausencia de dolo homicida en la acción delictiva.

Precisa a continuación que el *ad quem* tomó como fundamento probatorio de la sentencia únicamente el testimonio de Janeth Cortés Londoño y la indagatoria de César Armando Báez Beltrán al resaltar las contradicciones existentes en sus contenidos, que para la demandante no recaían sobre aspectos esenciales y por ello -dice- se imponía una valoración diferente porque los hechos pudieron presentarse en la forma como ellos los narran, violando en esta forma "claros principios probatorios que son la esencia de la actuación procesal y que dan visos de legalidad a la sentencia," como son los artículos 246, 247, 249 y 253 del C. de P.P. (fl.43, 44 - cuaderno 3 -).

Se queja también la censorsa de que el sentenciador no se ocupó de otra forma de evaluación de la conducta del procesado distinta a la legiti-

ma defensa, cuando de las probanzas se podía predicar el exceso en la legítima defensa o el estado de ira e intenso dolor, la preterintención y la inimputabilidad por trastorno mental preordenado, violando así los artículos 2, 29, 31, 32 y 38 del C.P.

Aduce, finalmente, que al no tenerse en cuenta las pruebas que demostraban el estado de embriaguez del occiso y sus antecedentes personales, se infringió el artículo 249 del C. de P. P. que ordena "averiguar con igual celo tanto las circunstancias que demuestran la existencia del hecho punible como las que demuestran la ausencia de responsabilidad o la atenuación" (fl. 45 - cuaderno 3 -).

Concluye solicitando se case la sentencia impugnada y dictar la de reemplazo, al concretar su proposición inicial sobre este aserto:

" HAY VIOLACION INDIRECTA, porque al no tener en cuenta las pruebas aportadas y dejar de hacer otros análisis en la probable conducta del procesado a través de todas las circunstancias que antecedieron a los hechos, se llegó a la SENTENCIA OBJETO DE ATAQUE, que de no ser así, no se HABIA PRODUCIDO." ( fl. 45 - cuaderno 3 )

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia recurrida, como conclusión de las siguientes observaciones:

La formulación definitiva quedó incompleta porque la libellista no especifica a través de qué clase de error - si de hecho o de derecho- el sentenciador pudo violar indirectamente la ley sustancial, ni precisa el sentido del mismo, esto es, si por omisión, tergiversación, ilegal aducción o errada valoración de la prueba .

Al señalar diferentes testimonios dentro de la actuación procesal para llegar a sus propias conclusiones - dice la Delegada- la casacionista no precisa cuáles de ellos fueron omitidos o tergiversados, "quedando entonces sus afirmaciones en meras opiniones personales aisladas y que por lo inoportunas no alcanzan a ser idóneas para que se entiendan como seriamente cuestionadoras del fallo objeto de ataque." (fl. 12 - cuaderno 4 ).

Aduce que la afirmación de la censora en el sentido de que la sentencia " no analiza la posibilidad de que los hechos ocurrieran en la forma descrita por el procesado y confirmada por la declarante ", no es ajustada a la realidad procesal por cuanto los falladores de instancia expusieron abundantes razones para restarle credibilidad a tales medios de prueba dejando al descubierto su afán de anteponer sus conclusiones a las de la sentencia, olvidando que ella goza de la doble presunción de acierto y legalidad.



Precisa, de otro lado, que pretender que se examinen las distintas alternativas formuladas sobre el exceso en la legítima defensa, el estado de ira e intenso dolor, la preterintención y el trastorno mental preordenado, a efectos de que por el azar le prospere una cualquiera de las posibilidades enunciadas, "no es más que un disparatado ejercicio de una pretendida aproximación a lo jurídico en sede de casación, porque muy claro está que en punto de este extraordinario recurso, la Corte no es una tercera instancia." (fl.14 - cuaderno 4).

Agrega que falla la recurrente cuando termina la censura invocando la violación del artículo 249 del C. de P.P. que contiene el principio de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, porque su formulación debe hacerse en cargo independiente y sobre la causal tercera de casación, por vía de la nulidad.

Finaliza el Ministerio Público solicitando se case la sentencia, oficiosamente y en forma parcial, porque el *ad quem* únicamente modificó la pena principal reduciéndola a diez (10) años de prisión, sin pronunciarse respecto de la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, que en primera instancia se fijó en un período igual al de la pena principal, esto es, 16 años, lo que constituye violación al principio de legalidad, pues supera el máximo de 10 años previsto en el artículo 44 del C.P., debiéndose reducir a ese límite.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La ineficacia de la demanda no se rumbe a dudas : exhibe insalvables fallas de orden técnico dentro de la preceptiva que gobierna el recurso extraordinario de casación y además carece de fundamento en lo intrínseco del reclamo. En efecto:

La casacionista no alcanza a identificar el error probatorio - si de hecho o de derecho- endilgado al juzgador que lo llevó a violar indirectamente la ley sustancial. Las expresiones: " con ella se violó la ley ," " se violó la prueba ," " no se apreció la misma ," que utiliza para referirse a la sentencia impugnada, tienen un contenido confuso, impreciso y contradictorio que tornan imposible desentrañar el verdadero sentido de la censura.

Si pretende una acusación de violación indirecta por error de derecho resulta indispensable precisar alguna de las hipótesis que al respecto pueden ocurrir. Si, falso juicio de legalidad porque el juzgador le otorgó mérito probatorio a una prueba ilegalmente producida o falso juicio de convicción por haberle negado a un medio probatorio el valor que le corresponde o por otorgarle valoración diversa de la que la ley le ha conferido, argumentación esta, que por regla general, deviene impropia en sede de este extraordinario recurso, teniendo en cuenta que la prueba que se

busca censurar no tiene tarifa legal para su estimación. La eliminación de este justiprecio normativo, dejando en manos del juez la evaluación consiguiente dentro de los linderos que marcan las reglas de la sana crítica, convirtió en inidónea esta vía para intentar dicho cuestionamiento.

Ahora bien, los reparos que el libelo amerita se orientan principalmente hacia un análisis restrictivo y parcial de la prueba como al enfoque crítico subjetivo con que la misma se analiza, pues busca al parecer la formulación de un error de hecho, desconociendo la demandante que por la vía escogida estaba obligada además a desquiciar en su integridad el fundamento probatorio del fallo de condena y que le era ineludible demostrar el yerro protuberante o manifiesto, especificando si era debido a un falso juicio de existencia de la prueba o más bien a un falso juicio de identidad de la misma, demostrando en esta última hipótesis que el juzgador se apartó de las normas de la sana crítica al estimar el mérito de la prueba o cambió su sentido objetivo, cumplido lo cual, debía igualmente acreditar la incidencia incontrastable del yerro en las conclusiones de la sentencia impugnada: pasos estos lógicos e imprescindibles en la técnica casacional que no pueden ser soslayados, como lo hizo la recurrente.

Al margen del dislate que comporta la sustentación anterior, que por sí solo bastaría para dar al traste con el cargo, la Sala relieva estas otras falencias:

1. Al enunciar la prueba testimonial aportada al proceso, la censora se limita a exponer su criterio personal en relación al estado de embriaguez del occiso, su ánimo belligerante antes de los hechos, el trastorno mental preordenado del acusado y la ausencia de dolo homicida en la conducta delictiva, mas no indica, y mucho menos demuestra, el yerro en que pudo incurrir el Tribunal, bien porque hubiera ignorado la consideración de algún medio probatorio legalmente incorporado al proceso o supuesto alguno que no obrara allí (falso juicio de existencia), ora porque hubiera tergiversado su contenido material haciéndolo decir lo que no dice (falso juicio de identidad), todo lo cual impide plantear concatenadamente el quebrantamiento indirecto que alega.

2.- Cuando la recurrente hace referencia a la indagatoria del acusado y al testimonio de la señora Janeth Cortés Londoño, "como únicas pruebas que usó el Tribunal para edificar sobre ellas la sentencia condenatoria" con el fin de advertir que las contradicciones resaltadas por el ad-querent no recaen sobre puntos esenciales y luego predicar que en la sentencia "no se analiza la posibilidad de que los hechos ocurrieran en la forma descrita por el procesado y confirmada por la declarante", lo que pretende, tal como está concebida la censura, es oponer al criterio del fallador el suyo propio en torno al sentido y alcance de esos medios de persuasión, indicando, no con fundamento en errores atendibles en casación sino con especulaciones personales, lo que debió decidirse, olvi-

dando que el juzgador en las instancias cuenta con libertad para apreciar la prueba conforme a los principios de la sana crítica, facultad que no puede la Corte desconocer para imponer su análisis, pues su capacidad infirmatoria que le da este recurso extraordinario reposa exclusivamente en la demostración plena de los errores susceptibles de casación que hubieran determinado la sentencia equivocada.

3. La confusión se torna más evidente cuando la actora ceba de menos en la sentencia otras alternativas de evaluación de la conducta del convicto, diferentes a la legítima defensa. Pretender que los mismos hechos sean simultáneamente examinados a la luz de instituciones jurídico-penales, algunas de ellas en sí mismas excluyentes, como el exceso en la legítima defensa, el estado de ira e intenso dolor, la preterintención y la inimputabilidad por trastorno mental preordenado, es un despropósito que pone en evidencia la verdadera intención de la recurrente, quien no persigue demostrar un error en el fallador sino convencer a la Sala de la bondad de sus razonamientos propios de un alegato de instancia, a la espera de que por el azar le prospere una cualquiera de las posibilidades enunciadas, olvidando que en sede de casación se busca remediar el agravio resultante de una contradicción flagrante entre la decisión judicial y la normatividad y no la imposición de los particulares puntos de vista consignados en la demanda.

Al respecto, conviene anotar lo que en otra oportunidad expresó esta Corporación:

"Tratándose, como en efecto lo es, la demanda de casación de un juicio técnico-jurídico a la sentencia susceptible de ese medio impugnatorio, el escrito debe reunir exigencias de lógica y de contenido tendientes a la demostración de la causal alegada, expresadas en forma asertiva y concisa que pongan en evidencia el yerro del fallador, es decir, descubriendo los acontecimientos procesales equivocados si de errores de procedimiento se trata, o los errores conceptuales si los vicios advertidos son de los llamados errores *in iudicando*, sin dejar al arbitrio del juez de la casación la escogencia de cualquiera de las alternativas planteadas, porque para éste rige el principio de limitación: que no sólo le impone supeditarse a la o las causales aducidas, sino al contenido mismo de la alegación, porque se trata de hacer pronunciamientos claros y coherentes en el cometido de administrar justicia." (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandía. Abril 29 de 1993).

4. Como una protuberante falla adicional de la demanda se alza la argumentación simultánea, sobre el mismo cargo, de la supuesta violación al principio de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, contenido en el artículo 249 del C. de P.P. Frente a tal inconformidad, la casacionista tenía a su disposición la vía de la nulidad (causal tercera) para dirigir el ataque y demostrar que las señaladas fallas de la investigación socavaron las bases fundamentales del proceso, en desmedro del derecho a la defensa de su representado.

El cargo no prospera.

No se acoge la petición del señor Procurador Segundo Delegado de casar oficiosamente y en forma parcial la sentencia recurrida para ajustar al tope de los diez años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, toda vez que el Tribunal al reducir la pena principal a diez años de prisión, "confirmó en lo demás la providencia" (fl.16, C-3). Y si el *a quo* impuso la accesoria "por un tiempo igual al de la pena privativa" (fl. 258, C-1), debe entenderse que sobre aquélla operó, en la sentencia de segundo grado, la misma reducción que se hizo sobre la corporal, esto es, en 10 años, puesto que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

La decisión del Tribunal, pues, no constituye agravio al principio de legalidad de la pena, porque no desbordó el límite impuesto por el artículo 44 del C. de P.P., modificado por el 28 de la Ley 40 de 1993, en cuanto hace relación al máximo de la interdicción de derechos y funciones públicas y por ende, es improcedente la casación oficiosa y parcial demandada por el Ministerio Público.

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 la sentencia impugnada.

Cópiase. Devuélvase al Tribunal de origen y Cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calveire Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Wanda Fernández León. Conjueces; Jorge Aníbal Gómez Callego, Carlos E. Mejía Escobar, Óldimo Pérez Velundta, Nilson Pirilla Pinilla. Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria*

## FORTE ILEGAL DE ARMAS

Resulta suficiente para responder el planteamiento de atipicidad penal del porte ilegal de armas de fuego que plantea, con evocar lo que en ocasión anterior tuvo la oportunidad de analizar la Sala, respondiendo una sugerencia de la misma especie:

«...no obstante la expedición del Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 -dijo la Sala en providencia del 23 de agosto de 1994- el porte de armas continúa siendo delito, y de ninguna manera puede entenderse que el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 ha perdido vigencia.

Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina «contravención» y que dan lugar al decomiso de las armas, municiones, explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible por la legislación penal, expresamente señala que es sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar.

Esta previsión la observa en los literales «a», «e», «f», «g» y «m», del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 1o. de la Ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene ese alcance.»

A lo anterior cabe añadir, además, que los delitos previstos en el Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 constituyen normas en blanco que obligan su complementación mediante remisión a las disposiciones que describen las armas de fuego, sus características, las condiciones para la expedición de permisos para el porte o tenencia, etc., y ante todo distinguen entre aquellas de guerra o uso privativo de las fuerzas militares y las denominadas de defensa personal, finalidad que cumple precisamente el Decreto 2535 de 1993, que la demanda crítica, de manera que si en éste no se describen hechos punibles, no por

ello se puede inferir que las conductas del Decreto 3664 hayan desaparecido como tales, mucho menos si las facultades conferidas por la Ley 61 de 1993 que le sirvió de base a este Decreto Extraordinario, no se extendían a la modificación de aquellos tipos penales.

En el mismo sentido se ha pronunciado, por lo demás, la Corte Constitucional, al expedir por vía de control constitucional su sentencia C-296 de 1995, cuando al responder las críticas que allí el actor hacía a los artículos 98 y 99 bajo el entendido de que habrían introducido reformas al procedimiento civil y penal, se le aclaró que: ni siquiera en el evento de que tal modificación hubiese tenido lugar, las normas resultarían inexecutable, «debido a que se trataría de una reforma parcial que no afecta la estructura general del Código, ni establece la regulación sistemática e integral de una materia». Y en cumplimiento de la revisión de los artículos 23, 25, 33, 34, 44 y 45 del mismo Decreto 2535 todavía se añadió que para nada se afectaba en ellos la estructura de los delitos que vedan el porte ilegal de armas, con la intrusión de una supuesta «tesis peligrosista» que jamás allí se ha consagrado, al precisar que,

«El demandante confunde la adopción de una tesis peligrosista con la regulación de conductas culpables que atentan contra bienes jurídicos tutelados por el derecho.

Aquella se presenta cuando la legislación penaliza ciertas situaciones o determinado tipo de personas, bajo el supuesto de la amenaza social que representan, sin que exista una relación de causalidad necesaria entre el supuesto de hecho y la actividad delincencional. Es el caso, por ejemplo, de las normas que penalizan la mendicidad y la vagancia o el consumo mínimo de drogas: sin embargo, en el caso de la regulación del porte de armas, lo que se hace es prohibir una conducta culpable de un agente. En estos delitos, no se penalizan en abstracto, por el supuesto peligro social que representarían las personas, sino que se hace por una conducta específica que se estima atentatoria del orden público» (subrayado de la Sala).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinte (20) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente Dr. Juan Manuel Torres Fresneda

Aprobado Acta No. 164

Proceso No.: 9338

Visos

Le corresponde a la Sala decidir el recurso de casación interpuesto a nombre del acusado Faber Alvarez Chica en contra del fallo de condena



proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 21 de octubre de 1993, con el cual se confirma, modificando el monto de los perjuicios, la condena emitida por el Juzgado 64 Penal del Circuito de esta ciudad que le halló responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, motivo por el cual le impuso la pena principal de 16 años y 6 meses de prisión, y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de diez años.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En la madrugada del 3 de agosto de 1992, cuando la señora Luz Dary Díaz se disponía a abandonar la cigarrería «Vivaldi» ubicada en la transversal 82 No. 47-58 de esta ciudad acompañada de dos individuos con los cuales había estado ingiriendo licor desde tempranas horas, recibió sorpresivamente dos disparos de arma de fuego que le hiciera el individuo luego identificado como Faber Alvarez Chica, agente de la Policía Nacional que había quedado molesto por los comentarios hechos por la dama durante su permanencia dentro del establecimiento, y referentes a que uno de sus hijos era también integrante de esa institución.

Pese a que el agresor emprendió la huida, fue perseguido y aprehendido por el agente de policía Julio Enrique Vásquez Ruiz quien en esos momentos transitaba por el sector, hallándose en su poder el revólver Colt número 55882, calibre 32 largo con dos vainillas y tres cartuchos.

2. La apertura de la instrucción estuvo a cargo del Fiscal 14 de la Unidad de Investigación Previa y Permanente, quien alcanzó a disponer la vinculación mediante indagatoria del capturado, diligencia surtida por el Fiscal 97 de la Unidad Segunda de Vida, previa definición de la situación jurídica del imputado con medida de aseguramiento de detención preventiva. La instrucción prosiguió hasta su perfeccionamiento, y su mérito se calificó el 10 de diciembre de 1992 mediante resolución de acusación por el delito de homicidio agravado por la causal 7a. del artículo 324 del Código Penal, en concurso con el delito de porte ilegal de armas de defensa personal previsto en el artículo 1o. del Decreto 3884 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991.

Ejecutoriada la acusación, el expediente pasó al conocimiento del Juzgado 64 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el cual dispuso la práctica de las pruebas solicitadas por los sujetos procesales que halló pertinentes, y tras rituar la diligencia de audiencia pública emitió el fallo de condena de septiembre 6 de 1993, apelado por el defensor en relación con la certeza de la prueba requerida para condenar, y confirmado por el Tribunal, salvo en lo referente al resarcimiento, pues los perjuicios materiales fueron variados de una suma en pesos a la de 800 gramos oro y los morales a quinientos gramos del mismo metal.

La anterior decisión movió a la nueva defensora del acusado para interponer el recurso extraordinario de casación, el cual se ocupa la Sala de resolver.

### LA DEMANDA

Con invocación de las causales primera y tercera de casación, propone la casacionista la invalidación del fallo de segunda instancia argumentando como sigue:

#### *Carga Primero*

Acudiendo a la causal primera de casación, cuerpo primero, sostiene que el sentenciador violó directamente por aplicación indebida el artículo 324, numeral 7o. del Código Penal, dejando de aplicar el artículo 323 ibidem, en cuanto adicionó la agravante de la indefensión de la víctima basándola erradamente en su condición de mujer, en el hecho de encontrarse desarmada y en la sorpresa de la agresión.

El concepto de inferioridad, explica, no puede aducirse en razón del sexo de las personas, sino en aquellos eventos en que unos seres dependen de otros, lo cual los hace incapaces para valerse por sí mismos. El que la persona esté desarmada, continúa, es otro aspecto que debe entenderse incluido en el tipo básico del homicidio en su fase objetiva, ya que se trata de una conducta de medio libro que puede ser ejecutada por acción u omisión, utilizando métodos mecánicos, psicológicos, morales o emocionales, sin que el hecho en sí pueda considerarse como una circunstancia mayor, o amerite independiente valoración.

El que la víctima se encuentre inermis no puede considerarse como circunstancia de indefensión, pues si así fuese, ni podría ello predicarse de una persona armada; ni en su defecto, todo homicidio sobre persona desarmada, puede ser considerado como agravado.

Tampoco es de recibo que el sentenciador entienda cualquier ataque inesperado o sorpresivo como constitutivo de indefensión, ya que el agravante ha de entenderse cuando el sujeto agente corre el mínimo peligro, mientras la víctima sufre el máximo de indefensión, hecho que encierra traición, deslealtad y perfidia. Si se considerara lo inesperado como situación de indefensión dejando de lado la posibilidad real de la defensa, se reduciría el homicidio simple al plano eminentemente teórico, pues en la mayoría de los casos los homicidios son insospechados por quienes los padecen.

Sobre estos presupuestos estima que el error del sentenciador se muestra inobjetable, por lo que solicita a la Corte que profiera sentencia de reemplazo, imponiéndole al encausado el mínimo de la pena establecida para el tipo básico del homicidio.

### *Segundo Cargo*

Atenida también a la causal primera de casación y a la vía de la violación directa de la ley, dice aquí la actora que en la sentencia se omitió la aplicación del numeral a) del artículo 38, Decreto 2535 de 1993, y ello conlleva a la indebida aplicación del artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986.

Argumenta que la Ley 61 de 1993 revisió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, señalando en el artículo 1o. literal g), que uno de sus efectos sería el de «Establecer el régimen de contravenciones y medidas correctivas para la posesión y porte irregular de armas de fuego...».

En ejercicio de tales facultades se expidió el Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 en cuyo artículo 89 se dice que a quien se le decomisen armas, municiones, explosivos y sus accesorios incurre en contravención que da lugar al decomiso; mientras que el literal a) regula: «Quien porte o posea arma, munición o explosivos y sus accesorios sin permiso de autoridad competente, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.»

En semejantes condiciones opina que el Decreto descriminalizó el porte ilegal de armas de defensa personal, pues con una misma descripción típica no se puede constituir delito y contravención al mismo tiempo, y aunque al momento de proferirse la sentencia, este Decreto no se hallaba vigente, sí lo estará para la época en que se resuelva la demanda de casación, debiendo en ese momento aplicarse la mencionada disposición por tratarse de una ley favorable que tiene efectos retroactivos. Así las cosas, de prosperar este cargo se solicita que el acusado sea absuelto por el delito de porte ilegal de armas y se le imponga como única sanción el decomiso del revólver.

### **CARGO TERCERO**

El fallo de segunda instancia se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá para modificar lo atinente a los perjuicios, ya que ese aspecto no fue materia de impugnación. Para auspiciar en este caso la operancia de la causal tercera de casación, recuerda la actora que el artículo 217 de la ley procesal penal delimitó y restringió la competencia del superior en los casos de apelación, para que en esa sede se revisen exclusivamente los aspectos impugnados, sin que le sea dable al *ad quem* agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el agente del Ministerio Público o la parte civil -cuando le asista interés-, la hubieren recurrido.

En el presente asunto, el defensor de Faber Alvarez Chica interpuso y sustentó el recurso de apelación pregonando la existencia de dudas sobre la responsabilidad del procesado y solicitó su absolución. Pero el Tribunal en providencia de diciembre 14 de 1993 desestimó los plantea-

mientos y confirmó la providencia motivo de alzada en todas sus partes, excepto el numeral 3, el cual modificó para aumentar la condena en perjuicios, infringiendo con ello los artículos 217 y 304.1 del Código de Procedimiento Penal, este último por incompetencia.

Surgida la irregularidad en el fallo de segunda instancia, debe la Corte subsanar el error y anular la modificación de los perjuicios que hiciera la Sala de Decisión del Tribunal, pedimento que apoya en un salvamento de voto del 27 de abril de 1982 signado por los Magistrados doctores Darío Velázquez Gaviria y Gustavo Gómez.

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR

La Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal empieza por referirse al cargo tercero cuya propuesta se hizo por la vía de la nulidad, criticando porque para la casacionista la condena en perjuicios parecería ser parte de la sanción penal, ya que propone como sustento jurídico los artículos 70.1 y 34 de la ley 81 de 1993 reguladores del principio de la *reformatio in pejus* en materia penal, desarrollando el artículo 31 constitucional, y en virtud del cual el superior no puede agravar la pena impuesta por el inferior cuando el condenado sea el único apelante.

Como para el momento en que el Tribunal desata la apelación -octubre 21 de 1993-, la ley 81 de ese año no se hallaba vigente la improcedencia del reproche resulta evidente. Además, si bien es cierto que el anterior artículo 217 del Código de Procedimiento Penal no limitaba la competencia del superior cuando conocía del proceso en virtud del recurso de apelación como lo hace ahora, el Tribunal, sin embargo, no podía agravar la condena en perjuicios, pero no en virtud del artículo 34 de la referida ley 81, sino por el principio de integración del artículo 21 del Código de Procedimiento Penal y por remisión al artículo 357 del Código de Procedimiento Civil aplicable, tal como lo sostuvo la Sala de Casación en fallo de noviembre 10 de 1993 con ponencia del Magistrado, doctor Edgar Saavedra Rojas cuyos apartes transcribe.

Como lo expuesto se semeja a lo ocurrido en el presente caso, pues la sentencia condenatoria únicamente fue apelada por el defensor respecto de la responsabilidad penal, y el Tribunal oficiosamente entró a modificar lo referente a los perjuicios pese a que ninguna de las partes mostró inconformidad con la tasación que hiciera el fallador de primera instancia, la Delegada sugiere la Casación oficiosa y parcial del numeral 1o. de la sentencia impugnada y se decrete la nulidad de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1o. del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, que precisamente recogió el criterio a que alude la casacionista en los salvamentos de voto por ella citados.

Con respecto al cargo primero formulado a través de la causal primera por indebida aplicación del numeral 7o. del artículo 324 del Código Penal,

que condujo al Tribunal a la falta de aplicación del artículo 323 *ibidem*, responde la Delegada que la censora se desvía hacia la interpretación errónea de la norma agravatoria cuando asevera que el sentenciador se equivocó respecto de los conceptos de inferioridad e indefensión, o que el artículo 324.7 del Código Penal se aplicó indebidamente sobre circunstancias que no tienen la connotación exigida por el agravante punitivo, expresiones que además resultan inexactas frente a la sentencia impugnada.

Además, el cuestionar la aplicación de una norma como indebida, y al mismo tiempo por errónea interpretación, es claramente contradictorio y ríñe con la lógica, pues si se objeta el alcance interpretativo dado por el sentenciador es porque de antemano se reconoce como correcta su aplicación; sin embargo, al margen de esta equivocación, tampoco le asiste razón a la impugnante cuando asevera que el Tribunal tomó como circunstancia de indefensión el hecho de que la víctima fuera una mujer, basándose en la mención que los juzgadores hicieron de que «Una mujer que abandona el establecimiento público, sin que por su mente pasara el pensamiento que sería atacada», o en el caso del *ad quem*, respecto a que «Esta situación que agrava el homicidio -refiriéndose a la indefensión- se comprobó plenamente pues en la habitación no pudo existir malicia en cuanto al sujeto, en forma inopinada fuera a proceder de esa manera»; de lo transcrito lo que se deduce es la utilización del sustantivo mujer o el adjetivo habitada para referirse al sujeto pasivo del delito, que bien hubieran podido sustituir por los sinónimos de víctima o con el nombre de aquella, sin que haya lugar a entenderse que se le hubiera dado a la condición de mujer el calificativo de inferior frente al sujeto que la atacó.

Lo señalado demuestra que la recurrente confunde la indefensión con la inferioridad, como que utiliza los términos indistintamente y se refiere al primero como configurativo del segundo, siendo que en las instancias fueron claros al fijar la agravante mencionada por el hecho de que el sujeto agente se aprovechó de las condiciones de indefensión de la víctima.

Tampoco es de recibo la apreciación que hace sobre la circunstancia de que la víctima estuviera desarmada o hubiera sido atacada sorpresivamente y ello fuera el fundamento de la indefensión, ya que los propios argumentos utilizados por la libelista le quitan la razón. La indefensión de la víctima apunta a aquel mínimo de equilibrio que debe existir entre las circunstancias en que se encuentra quien ataca y quien es víctima de ese ataque, pues la palabra indefensión hace relación a la carencia de defensa, o a la imposibilidad de ejercerla, incluso, a la obstaculización para efectivizarla.

Contrario a las conclusiones de la casacionista cuando dice que no debe considerarse la agresión inesperada como situación de indefensión por lo sorpresivo de ella, y que esa sí tuación no implica la imposibilidad



de defensa: para la Delegada las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon estos hechos fueron las que determinaron el grado de indemnización prevista en el numeral 7o. del artículo 324, observando que el implicado aparentando calma después de una discusión que pareció intrascendente a todos los allí presentes, se ausentó del lugar en busca de un arma mientras su futura víctima seguía ingiriendo licor, luego regresó y sin mediar palabra le disparó, lo cual evidencia los requisitos de traición, deslealtad y perfidia que la recurrente niega.

Resulta igualmente sorpresivo un ataque en esas circunstancias habida cuenta del estado de alicoramiento de la víctima, y el hecho de que Álvarez Chica hubiera buscado el máximo éxito en su propósito criminal anulando la reacción defensiva que pudiera asumir la víctima o alguno de sus acompañantes. Por ello escogió el momento en que se hallaba desprevenida y sin motivos para estar alerta a repeler un ataque, que no sabía si le iba a llegar, o cuándo y cómo podía suceder, razones suficientes para que el cargo sea desestimado.

El segundo reproche a juicio de la Delegada debe ser igualmente desatendido dadas las siguientes consideraciones: Dentro de las facultades establecidas en el artículo 150.10 de la Carta Política, el Congreso puede investir al Presidente de facultades extraordinarias para legislar «cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje», siempre que sea dentro del término de seis meses, que hayan sido solicitadas por el gobierno y aprobadas por mayoría absoluta, sin que le sea dable expedir códigos, leyes estatutarias u orgánicas.

Con fundamento en la norma constitucional y ante el preocupante ascenso de la violencia debido al alto porcentaje de armas en poder de la población civil sin real control del Estado, se consideró la necesidad de establecer y organizar lo relativo a la vigilancia estatal sobre producción, importación, porte y tenencia de armas, municiones, explosivos, sus materias primas, maquinarias y artefactos para su fabricación, actividades exclusivas del Estado al tenor del artículo 223 de la Carta Política.

Una vez cumplidos los trámites de rigor, el Congreso revistió al Presidente de precisas facultades para regular el mencionado asunto, fijando entre ellas la potestad de establecer el régimen de contravenciones para la posesión y porte irregular de armas de fuego, municiones, explosivos y demás artefactos y material bélico, lo cual fue reglamentado por el Presidente en ejercicio de esa autorización a través del Decreto 2535 de diciembre 17 de 1993, no el 2533 que cita la recurrente en lo concerniente a la tramitación de permisos, licencias y salvoconductos.

Carece entonces de razón la libelista cuando afirma que de acuerdo con el literal g) del artículo primero de la ley 61 de 1993 y el literal a) del artículo 89 del citado decreto, el porte ilegal de armas ha sido desestima-



lizado, por cuanto una misma conducta no puede ser al mismo tiempo delito y contravención.

Las razones de fondo antes expuestas, demuestran que el porte ilegal de armas se mantiene como delito en el Código Penal vigente, Capítulo segundo del Título V, artículo 201 modificado por el artículo 10. del Decreto 3664 de 1986, como que el ejecutivo a través de facultades extraordinarias no podía expedir ni modificar códigos, y las facultades extraordinarias que se le confirieron le imponían la limitación temática.

La norma del artículo 10. literal g) de la ley 61 de 1993 citada por la libellista, apunta al incumplimiento de los requisitos y trámites administrativos para la obtención de permisos, licencias y autorizaciones que deben expedir las autoridades a los particulares para la posesión, tenencia y porte de armas, al igual que el literal a) del artículo 89 del Decreto 2535 de 1993 donde se regula lo atinente a su decomiso a quien la posea o porte sin permiso de la autoridad competente, y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

Ello es una clara referencia al incumplimiento respecto del trámite para la autorización por parte de las autoridades militares, independiente de la potencialidad del daño o peligro común que pueda representar el porte ilegal de armas como delito atentatorio contra la seguridad pública, razón por la cual no se excluye la responsabilidad penal.

En esas condiciones, la contravención a que se refiere el Decreto 2535 artículo 89-a) es de aquellas meramente administrativas y no tiene la connotación de la contravención penal, como se desprende del artículo 90 *ibidem* que establece el procedimiento para el decomiso del arma, su devolución o imposición de multas, con expresa referencia a que ello se hará mediante acto administrativo y es reiterado en el artículo 91 del mencionado Decreto, refiriéndose a que frente a la providencia que dispone la multa o el decomiso proceden los recursos de reposición y apelación en los términos del Código Contencioso Administrativo. Por lo tanto el cargo tampoco está llamado a prosperar.

Así las cosas, la Delegada se permite sugerir a la Corte que deseché los cargos formulados, pero en su lugar case parcial y oficiosamente la sentencia del Tribunal, decretando la nulidad del numeral primero, y profiriendo el respectivo fallo sustitutorio.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

##### *Causal Tercera: Cargo Único*

Por ser prioritario el estudio del cargo formulado por la vía de la causal tercera, la Sala se ocupa inicialmente de la nulidad parcial que la

demanda invoca respecto del aumento en la tasación de los perjuicios por parte del *ad quem*, y que en su sentir constituye una vulneración de los artículos 217 y 304.1 del Código de Procedimiento Penal por incompetencia del Tribunal para modificar aspectos no tocados por el impugnante único, por lo que tampoco podía desmejorarse el fallo en relación con la pena impuesta.

En realidad, y como empieza a precisarlo la Procuraduría, son varios los yerros en que incurre la casacionista en la formulación de esta censura, pues no solamente confunde la violación al artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993 en cuanto veda al *ad quem* entrar a pronunciarse sobre aspectos distintos de los que son materia de la apelación, con la prohibición de agravar la pena en detrimento del procesado cuando han sido éste o su defensor los apelantes únicos, sino que además se desentiende respecto de la vigencia de la Ley 81 de 1993, que por haber entrado a regir en el mes de noviembre de ese año, mal podía obligar al Tribunal en el caso de la especie, en cuanto la sentencia de segundo grado lleva por fecha la del 21 de octubre de esa misma anualidad.

Es más: si en verdad el reparo se hiciera por desconocimiento del artículo 31 constitucional bajo el entendido de que al procesado no le podía ser desmejorada su situación por provenir exclusivamente de la defensa el recurso interpuesto, tampoco se atuvo la demandante a la técnica que la presentación de este cargo requería, pues como de manera reiterada lo ha sostenido esta Sala de la Corte, por apuntar en este caso la censura al desconocimiento de una norma de contenido sustancial, era lo propio que se hubiese recurrido a la causal primera de casación y no a la tercera, aspectos todos que impondrían con suficiencia la desestimación de la demanda.

No obstante, a los reparos precedentes hay uno más que de rigor tendría que añadirse, y que con mucha mayor razón obstruye la invalidación del fallo recurrido, pues como ha tenido ocasión la Sala de expresarlo al recoger recientemente la doctrina imperante, la obligación impuesta por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal no sólo se refiere a las demandas que en su integridad reparan sobre el tema de la indemnización de perjuicios, sino aún a aquellas de contenido mixto, respecto de los cargos que centran la inconformidad sobre este aspecto, e independientemente de que el actor sea cualquiera de los legitimados para impugnar extraordinariamente.

En tal sentido, en fallo de casación de julio 31 próximo pasado, dijo la Sala que,

«...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 en contrario, esto es, que el cumplir con el requisito de la pena releva 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 contrario 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. (Casación de julio 31 de 1996 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangell).

Para el caso que se examina, la hipótesis a cotejar es la última que trae la doctrina en cita, valga decir que, en la demanda unos cargos apuntan

al tema de la tipicidad y de la pena, y otro, que es el objeto de estudio, tiene como finalidad la controversia sobre el resarcimiento.

Pues bien, si para el mes de marzo de 1991, fecha en la que se sustenta el recurso extraordinario, la cuantía para impugnar en casación en tema de perjuicios estaba en los veintisiete millones cuatrocientos cuarenta mil pesos (\$27.440.000,00) y de allí hacia arriba, se tiene que la limitación del quantum reclamado no abre margen para la discusión del tema en sede del recurso extraordinario, lo cual abunda para que con las razones de técnica esbozadas, este preciso cargo de la demanda no prospere, porque la imposición final de un mil trescientos gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales que trae la sentencia recurrida, no excede la suma de catorce millones trescientos mil pesos al precio máximo del gramo oro para la fecha de presentación de la demanda de casación.

Por estos mismos motivos no puede acoger la Sala la impetración del Ministerio Público cuando propone que por la vía de la intervención oficiosa, entre la Corte a casar parcialmente la sentencia de segundo grado para volver a la casación que había hecho el fallo de primera instancia, pues, si como viene de decirse, en materia de perjuicios ha de ceñirse la demanda a las causales de la casación civil, en ese ámbito no existe la facultad oficiosa de invalidar el fallo impugnado, así que siendo en ese ámbito, privativa de las partes la iniciativa de la impugnación, del fracaso de la aquí interpuesta tiene necesariamente que derivarse la imposibilidad de una rectificación oficiosa del error enunciado.

#### *Causal Primera: Cargo Primero*

Remitido este reproche de la demanda a la violación directa del artículo 324 del Código Penal por aplicación indebida de su numeral 7o., y falta de aplicación del artículo 323 ibidem, se hace merecedor de las críticas que por su defectuosa presentación técnica le endereza el Procurador en su concepto, porque dejando de precisar la libelista por qué la norma fue indebidamente aplicada, su cuestionamiento apunta es a sostener que medió una interpretación equivocada por parte de los juzgadores, lo cual redundaría en un contrasentido, pues la interpretación errónea se da precisamente cuando la disposición se selecciona con acierto, solo que el fallador se equivoca respecto de su alcance, al otorgarle uno distinto de aquel que corresponde.

Más, por encima de este defecto, debe la Sala precisar, que a diferencia del entendimiento que les otorga la casacionista, los fallos fundaron la agravante en que el sindicato abusó para la comisión del hecho del verdadero estado de desprevenición e indefensión en que halló a la víctima -folios 975 y 25-, e independientemente de su sola condición de mujer, y de la circunstancia de que portara o no portara armas.

Y ese estado de indefensión no se predica del simple descuido por parte de la víctima, sino de un actuar del sujeto agente sobreseguro, cauteloso, y elusivo de cualquier peligro o riesgo para sí, en tanto que la ofendida estaba en desventaja, dada su desprevenición y su imposibilidad de ejercer cualquier tipo de defensa o resistencia, como le ocurriera a Luz Daey Díaz, alicorada y desentendida, según coincide en ubicarla la Procuraduría Delegada.

No se discute que los razonamientos del juzgador a este respecto, fueron suscitados al enunciar como soporte de la agravante que el hecho sucedió en la persona de una mujer, desarmada y sorprendida. Mas, para controvertir una estimación de tal naturaleza no era suficiente, como lo intenta la defensa, con espaciar cada uno de esos tres aspectos y luego de analizarlos separadamente, considerar que ninguno era fundamento para la agravante, pues lo que otorga su connotación al hecho es justamente la coincidencia de todas esas circunstancias y aún otras que en diferentes apartes se enuncian, pues no se pone en duda que los hechos sucedieron de noche, luego de dedicarse la víctima al consumo del alcohol y cuando desprevenidamente se retira del local en donde había departido con los dos jóvenes que la acompañaban, pues todas esas circunstancias al tiempo, y no independientemente consideradas son las que coinciden, como lo indica la sentencia, para mostrar que el ataque fue alevé, sin prevención ni antecedente alguno para la víctima, amparado el agresor por el factor sorpresa y la nocturnidad, sin descontar que el segundo proyectil se le disparó a la mujer cuando se hallaba en el suelo, factores que no es dable disgregar para ridiculizarlos, sino que deben estimarse en conjunto como al unísono se asumen y valoran por parte de los juzgadores de instancia.

Así, pues, y como la censora no descuenta la ocurrencia de las precedentes circunstancias, han de tenerse por rectamente asumidas la desproporción de fuerzas y lo alevé del ataque como factores determinantes de la causal de agravación propuesta, por lo que el cargo enunciado no prospera.

#### *Causal Primera: Cargo Segundo*

Independientemente de los defectos formales que a juicio del Ministerio Público ofrece este cargo de la demanda, y en cuya crítica viene a coincidir la Sala, resulta suficiente para responder al planteamiento de atipicidad penal del porte ilegal de armas de fuego que plantea, con evocar lo que en ocasión anterior tuvo la oportunidad de analizar la Sala, respondiendo una sugerencia de la misma especie:

«...no obstante la expedición del Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 -dijo la Sala en providencia del 23 de agosto de 1994- el porte de armas continúa siendo delito, y de ninguna manera puede entenderse



que el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 ha perdido vigencia.

Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina «contravención» y que dan lugar al decomiso de las armas, municiones, explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible por la legislación penal, expresamente señala que es «sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar».

Esta previsión la observa en los literales «a», «e», «f», «g» y «m» del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 10. de la ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene ese alcance.»

A lo anterior cabe añadir, además, que los delitos previstos en el Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 constituyen normas en blanco que obligan su complementación mediante remisión a las disposiciones que describen las armas de fuego, sus características, las condiciones para la expedición de permisos para el porte o tenencia, etc., y ante todo distinguen entre aquellas de guerra o uso privativo de las fuerzas militares y las denominadas de defensa personal, finalidad que cumple precisamente el Decreto 2535 de 1993, que la demanda crítica, de manera que si en éste no se describen hechos punibles, no por ello se puede inferir que las conductas del Decreto 3664 hayan desaparecido como tales, mucho menos si las facultades conferidas por la Ley 61 de 1993 que le sirvió de base a este Decreto Extraordinario, no se extendían a la modificación de aquellos tipos penales.

En el mismo sentido se ha pronunciado, por lo demás, la Corte Constitucional, al expedir por vía de control constitucional su sentencia de C-296 de 1995, cuando al responder las críticas que allí el actor hacía a los artículos 98 y 99 bajo el entendido de que habrían introducido reformas al procedimiento civil y penal, se le aclaró que ni siquiera en el evento de que tal modificación hubiese tenido lugar, las normas resultarían inexequibles, «debido a que se trataría de una reforma parcial que no afecta la estructura general del Código, ni establece la regulación sistemática e integral de una materia». Y en cumplimiento de la revisión de los artículos 23, 25, 33, 34, 44 y 45 del mismo Decreto 2535 todavía se añadió que para nada se afectaba en ellos la estructura de los delitos que vedan el porte ilegal de armas, con la intromisión de una supuesta «tesis peligrosista» que jamás allí se ha consagrado, al precisar que:



«El demandante confunde la adopción de una tesis peligrosista con la regulación de conductas culpables que atentan contra bienes jurídicos tutelados por el derecho.

Aquella se presenta cuando la legislación penaliza ciertas situaciones o determinado tipo de personas, bajo el supuesto de la amenaza social que representan, sin que exista una relación de causalidad necesaria entre el supuesto de hecho y la actividad delincuencial. Es el caso, por ejemplo, de las normas que penalizan la mendicidad y la vagancia o el consumo mínimo de drogas; sin embargo, en el caso de la regulación del porte de armas, lo que se hace es prohibir una conducta culpable de un agente. En estos delitos, no se penalizan en abstracto, por el supuesto peligro social que representan las personas, sino que se hace por una conducta específica que se estima atentatoria del orden público (subrayado de la Sala).

En síntesis, tiénese que ni el legislador extraordinario estaba facultado para abrogar las normas que penalizaban el porte o tráfico de armas, ni el artículo 111 del Decreto 2535 de 1993 que derogó aquellas disposiciones que le eran contrarias, llegó a revestir en momento alguno tal alcance, por lo que el cargo analizado no prospera.

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

#### RESUELVE

Desestimar la demanda presentada por la defensora del procesado Faber Alvarez Chica, y como consecuencia denegar la casación del fallo de segunda instancia proferido en su contra por los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Rtpoll, Ricardo Calixte Rangé, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Prilla Prilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **ACCION DE REVISION/ EXCARCELACION/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS**

*La excarcelación que resulta procedente en la acción de revisión es la prevista en el artículo 241 del estatuto procesal penal, precepto que hace referencia a que se otorgará la libertad provisional cuando en el fallo que decide la acción se ordena la revisión de la sentencia ejecutoriada, cuya presunción de verdad que ampara la cosa juzgada se cuestiona. No antes, como parece entenderlo el peticionario. Si lo que pretende es la libertad condicional (C. P. art. 72), dicho subrogado corresponde definirlo al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., noviembre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla*

*Aprobado Acta No. 165*

*Proceso No.: 11200*

### **VISOS:**

El condenado Usberto Arias Franco, quien se encuentra detenido en el Centro de Reclusión para la Policía Nacional de Facatativá, solicita a la Corte que otorgue su libertad provisional, fines para los cuales adjunta certificados de trabajo, actas del Consejo de Disciplina y constancia sobre el tiempo de reclusión en el mencionado establecimiento carcelario.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

El entonces Juzgado 2° Superior de Quibdó, mediante fallo de 8 de agosto de 1991, que fue confirmado por el respectivo Tribunal Superior el 15 de octubre del mismo año, decisión que esta corporación no casó a través de providencia de 25 de marzo de 1993, condenó a Arias Franco a la pena principal de 17 años de prisión al hallarlo autor responsable del delito de homicidio agravado; a través de apoderado ha instaurado acción de revisión.

La excarcelación que resulta procedente en la acción de revisión es la prevista en el artículo 241 del estatuto procesal penal, precepto que hace referencia a que se otorgará la libertad provisional cuando en el fallo que decide la acción se ordena la revisión de la sentencia ejecutoriada, cuya presunción de verdad que ampara la cosa juzgada se cuestiona. No antes, como parece entenderlo el peticionario. Si lo que pretende es la libertad condicional (C. P. art. 72), dicho subrogado corresponde definirlo al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. La Secretaría de la Sala desglosará y le devolverá al petente los documentos anexos a la solicitud.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

ABSTENERSE de resolver la solicitud de libertad provisional elevada por Usberto Arias Franco. Por la Secretaría de la Sala desglosense los documentos anexos a la solicitud y devuélvase al peticionario.

Cópiese, 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, Santiago Beracasa Hoyer, Conjuez, Nilson Pinilla Pinilla, José Ignacio Talero Lozada, Conjuez.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS**

*La confrontación judicial surgió, por su base, del entendimiento que cada uno de los jueces le ha dado al artículo primero del Acuerdo 51 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, por ello, conviene recordar su texto:*

*"Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocen de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentren en las cárceles del respectivo circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia.*

*Así mismo conocerán del cumplimiento de las sentencias condenatorias donde no se hubiere dispuesto el descuento efectivo de la pena, siempre y cuando que el fallo de primera o única instancia se hubiere proferido en el lugar de su sede.*

*En los sitios en donde no exista aún un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal.*

**PARAGRAFO.** *Cuando algún condenado sea trasladado de penitenciaría o pabellón disciplinario, aprehenderá el conocimiento, el juez de ejecución de penas respectivo, a quien se remitirá la documentación correspondiente. Si no hubiere juez de ejecución de penas, reasumirá la competencia el juez que dictó el fallo de primera o única instancia".*

*El precepto anterior es claro en establecer para los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad un factor de competencia distinto a los establecidos para los restantes despachos de la jurisdicción ordinaria. Se trata de un factor de índole personal, de tal manera que la competencia para asumir el conocimiento de la ejecución punitiva, depende de que el respectivo condenado se encuentre recluido en uno de los establecimientos carcelarios del circuito sede*

*del funcionario; y hasta tal punto se mantiene ese factor de competencia que sigue al convicto al lugar donde fuere, pues, de ser trasladado de penitenciaría, su expediente debe ser enviado al juez de ejecución de penas que esté radicado en el lugar de ubicación del centro de reclusión, o, en su defecto, al juez que hubiere dictado el fallo de primera o única instancia.*

*También refule que el artículo 15 transitorio del estatuto de procedimiento penal es de aplicación residual, esio es, que mantiene la función de ejecutar la pena, en los jueces que hubieren dictado la sentencia de primera o única instancia, sólo para los casos en que el condenado se halle recluso en un centro penitenciario localizado por fuera del circuito sede de un juez de ejecución de penas.*

*En estas condiciones, carece de trascendencia determinar cuál fue el primer fallo ejecutoriado o cuál el último, ni el número de condenas, ni cuál de ellas se encuentra desconociendo el sentenciado, porque solo dos elementos juegan en la determinación del funcionario competente para resolver cuestiones derivadas del cumplimiento de la pena: la ubicación del condenado y si en ese lugar existe o no un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.*

*Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

*Aprobado Acta No. 164 (noviembre 20/96)*

*Proceso No.: 12451*

### VISTOS

Se decide el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre el Juzgado 2º. De Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja y el Juzgado 2º. De ejecución de Penas y Medidas de Seguridad radicado en Santafé de Bogotá D. C. respecto del conocimiento de la aplicación del instituto de la acumulación de penas impetró la sentenciada Martha Brigitte Florido Vega.

### ANTECEDENTES

Mediante sentencia que lleva fecha del 13 de abril de 1994, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja condenó a Martha Brigitte Florido Vega a la pena principal de 42 meses de prisión como autora del delito de hurto calificado y agravado, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso y al pago de la indemnización de perjuicios materiales y morales causados con la infracción, tasados en gramos oro.

Ejecutoriada la sentencia, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja remitió el cuaderno de copias del proceso al reparto de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de dicha ciudad, habiendo sido asignado al 2°. de esos despachos.

De las decisiones judiciales que obran en la foliatura parecía desprenderse que Martha Brigitte Florido Vega se encontraba en la cárcel nacional del Espinal, descontando la pena impuesta por el Juzgado Tercero Penal de ese Circuito Judicial y, a la espera del cumplimiento de las condenas impuestas por el Juzgado Sexto Penal Circuito de Tunja y Primero Penal del Circuito de Zipaquirá.

No obstante lo anterior, la sentenciada envió desde la Penitenciaría Nacional del Buen Pastor de la ciudad de Santafé de Bogotá, un memorial otorgando poder a una abogada para que a su nombre solicitara la acumulación de penas.

En efecto, habida cuenta que el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja fue el despacho que primero profirió sentencia condenatoria contra su representada, la mandataria judicial se dirigió al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de dicha ciudad, impetrando la acumulación de las penas.

La Asesora jurídica de la Reclusión Nacional de Mujeres el Buen Pastor, informó que Martha Brigitte Florido Vega está descontando la pena de seis (6) años y seis (6) meses de prisión impuesta por el Juzgado Tercero Penal del Circuito del Espinal y se encuentran pendientes las condenas de cuarenta y dos (42) meses de prisión impuesta por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja y a dieciocho (18) meses de prisión determinada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Zipaquirá.

Con base en el informe anterior y en lo dispuesto por el artículo primero del Acuerdo 54 del Consejo Superior de la Judicatura, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja ordenó remitir el expediente al reparto de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá.

### EL CONFLICTO

Recibido el expediente, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá, se negó a asumir el conocimiento del asunto, por cuanto, según criterio jurisprudencial (26 de julio de 1993 M.P. Dr. Páez Velandín) la acumulación jurídica de penas la debe resolver el juez a quien corresponda ejecutar la sentencia de fecha posterior "situación en la cual ninguna inferencia tiene el que la persona se halle o no privada de la libertad, ni el Juzgado en disenso a cuyas órdenes se hallare, en caso positivo, porque la acumulación jurídica de penas no está sujeta a requisitos de tal naturaleza..."



Así mismo, interpreta que según el Acuerdo 54 del Consejo Superior de la Judicatura, cuando no se trata de sentencias proferidas por Juez de su territorio, los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad solo asumen competencia por razón del proceso en que se haya condenado la persona que se encuentra reclusa en la cárcel o penitenciaría de su sede, mas no de otros procesos adelantados en otros lugares salvo que "se produzca una acumulación jurídica de penas que le corresponda ejecutar".

Advierte que Martha Brigitte Florido Vega está privada de la libertad, descontando la pena que le impuso el Juzgado Tercero Penal del Circuito del Espinal y no la contenida en la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Tunja, a la cual se refiere este proceso. Por ello, estima que es el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, quien debe establecer cuál fue el último fallo proferido y remitir la actuación al funcionario que deba ejecutar el último fallo, para que decida sobre la acumulación jurídica de penas.

Consecuente con lo anterior, ordenó devolver el expediente al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Tunja, proponiendo la colisión negativa de competencia, si su criterio no era acogido.

El colisionado trabó el conflicto propuesto por su colega de Santafé de Bogotá al negarse a asumir el conocimiento para decidir la petición de acumulación jurídica de las penas impuestas por diferentes autoridades judiciales a Martha Brigitte Florido Vega.

Para fundamentar su determinación, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja le resta validez a la jurisprudencia citada por su similar capitalino por el hecho de que para la fecha de su proferimiento no existía esa categoría de Jueces y, por entonces, surgían diferencias entre los jueces falladores sobre cuál de ellos debía proceder a la acumulación.

Considera que como la sentenciada está descontando la pena en la cárcel del Buen Pastor de la ciudad de Santafé de Bogotá y por ello se encuentra por cuenta del Juzgado de Ejecución de penas de esta misma ciudad, es al despacho citado a quien le corresponde decidir sobre la acumulación jurídica de penas y no al que haya dictado el último fallo, como lo expresa el colisionante, deducción que obtiene del contenido del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal y del Acuerdo 54 del Consejo Superior de la Judicatura, en cuanto dispone que el traslado de Penitenciaría de un condenado implica el traslado a ese lugar de la respectiva causa, sea al Juez de Penas o en su defecto al Juez que dictó la sentencia.

En consecuencia, el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, aceptó el conflicto y dispuso remitir la actuación a

la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, en su condición de superior jerárquico del Juez Sexto Penal del Circuito de Tunja, para que dirimiera el incidente. No obstante, esa Corporación se inhibió de intervenir en el incidente y remitió la actuación a esta Sala por competencia.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En primer lugar, es de advertir que a la Corte le corresponde resolver el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre dos Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, uno radicado en Tunja y otro en Santafé de Bogotá, por cuanto el asunto cuyo conocimiento simultáneamente rechazan, parte de la ejecución de tres condenas, decretada cada una por un juez perteneciente a diferente distrito judicial, lo que al tenor de lo dispuesto por el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, hace que en este caso, los jueces colisionados tengan como superiores jerárquicos inmediatos a los Tribunales de Tunja, Cundinamarca e Ibagué: situación que le da cabida a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para ejercer la atribución del artículo 68.5 de la codificación citada, que consiste en resolver los conflictos de competencia que se susciten entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales.

2. Ahora bien, la confrontación judicial surgió, por su base, del entendimiento que cada uno de los jueces le ha dado al artículo primero del Acuerdo 54 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, por ello, conviene recordar su texto:

"Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocen de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentren en las cárceles del respectivo circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia.

Así mismo conocerán del cumplimiento de las sentencias condenatorias donde no se hubiere dispuesto el descuento efectivo de la pena, siempre y cuando que el fallo de primera o única instancia se hubiere proferido en el lugar de su sede.

En los sitios en donde no exista aún un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal.

PARAGRAFO. Cuando algún condenado sea trasladado de penitenciaría o pabellón psiquiátrico, aprehenderá el conocimiento, el juez de ejecución de penas respectivo, a quien se remitirá la documentación correspondiente. Si no hubiere juez de ejecución de penas, reasumirá la competencia el juez que dictó el fallo de primera o única instancia".

El precepto anterior es claro en establecer para los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad un factor de competencia distinto a los establecidos para los restantes despachos de la jurisdicción ordinaria. Se trata de un factor de índole personal, de tal manera que la competencia para asumir el conocimiento de la ejecución punitiva, depende de que el respectivo condenado se encuentre recluido en uno de los establecimientos carcelarios del circuito sede del funcionario; y hasta tal punto se mantiene ese factor de competencia que sigue al convicto al lugar donde fuere, pues, de ser trasladado de penitenciaría, su expediente debe ser enviado al juez de ejecución de penas que esté radicado en el lugar de ubicación del centro de reclusión, o, en su defecto, al juez que hubiere dictado el fallo de primera o única instancia.

También refulge que el artículo 15 transitorio del estatuto de procedimiento penal es de aplicación residual, esto es, que mande en la función de ejecutar la pena, en los jueces que hubieren dictado la sentencia de primera o única instancia, solo para los casos en que el condenado se halle recluido en un centro penitenciario localizado por fuera del circuito sede de un juez de ejecución de penas.

En estas condiciones, carece de trascendencia determinar cuál fue el primer fallo ejecutoriado o cuál el último, ni el número de condenas, ni cuál de ellas se encuentra descontando el sentenciado, porque sólo dos elementos juegan en la determinación del funcionario competente para resolver cuestiones derivadas del cumplimiento de la pena: la ubicación del condenado y si en ese lugar existe o no un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En el asunto que contempla la Sala, Martha Brigitte Florido Vega se encuentra purgando la condena que le irrogó el Juzgado Tercero Penal del Circuito del Espinal, en la Reclusión Nacional de Mujeres del Buen Pastor de la ciudad capital, sede del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Santafé de Bogotá, por tanto es a ese preciso despacho judicial al que le corresponde decidir sobre la acumulación de penas impetrada a nombre de la sentenciada, según lo establece el artículo 75.3 del estatuto de procedimiento penal y sobre todos los puntos que involucren el cumplimiento de las penas a ella impuestas, a condición de que permanezca recluida dentro del Circuito de Santafé de Bogotá. En esos términos se decidirá este incidente.

Antes de concluir el pronunciamiento, conviene advertir que en el auto del 26 de julio de 1993, citado por el funcionario colisionante se decidió una situación que surgió frente a la ausencia de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, por lo que no es aplicable al evento aquí considerado.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en SALA DE CASACION PENAL,

## RESUELVE

**ASIGNAR** al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santafé de Bogotá D. C. la competencia para decidir sobre la petición de acumulación de penas presentada a nombre de la condenada Martha Brigitte Florido Vega.

**ORDENAR** que el expediente se remita al Juez a quien se atribuyó la competencia.

**COMUNICAR** esta determinación al Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, remitiéndole copia de este proveído.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, «El trabajo, estudio o la enseñanza no se llevará a cabo los días domingos y festivos. En casos especiales, debidamente autorizados por el director del establecimiento con la debida justificación, las horas trabajadas, estudiadas o enseñadas, durante tales días, se computarán como ordinarias. Los días domingos y festivos en que no haya habido actividad de estudio, trabajo o enseñanza, no se tendrán en cuenta para la redención de la pena».*

*Asimismo, todo lo relacionado con las actividades para la redención de pena, por disposición legal deben ser reglamentadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, siendo éstos los únicos válidos para tales efectos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de Código Penitenciario y Carcelario.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafe de Bogotá D.C., noviembre veintiséis de mil novecientos noventa y seis.*

*Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote*

*Aprobado Acta No. 167*

*Proceso No.: 9948*

### VISTOS

Decide la Corte el recurso de reposición interpuesto por el procesado Reynaldo Manchola Gaitán, contra el auto del pasado 28 de octubre por medio del cual se le negó la libertad provisional.

### EL RECURSO

En el escrito impugnatorio solicita el recurrente que se le computen y tengan en cuenta para efectos de la redención de pena, los días laborados en domingos y festivos, anexando para tal efecto una certificación expedida por el Director de la cárcel del Guamo en donde se manifiesta que a partir del 22 de abril de 1996, aparte de sus labores como ordenanza, fue autorizado para que en la puerta principal del centro de reclusión exhiba

las artesanías de los demás internos. Igualmente anexa nuevas certificaciones de trabajo.

#### CONSIDERACIONES

Debe advertir la Sala en primer término que aunque el procesado Manchola Gaitan, pretende a posteriori acreditar la autorización para laborar los días domingos y festivos a fin de que le sean computados a efectos de la redención de pena, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, «El trabajo, estudio o la enseñanza no se llevará a cabo los días domingos y festivos. En casos especiales, debidamente autorizados por el director del establecimiento con la debida justificación, las horas trabajadas, estudiadas o enseñadas, durante tales días, se computarán como ordinarias. Los días domingos y festivos en que no haya habido actividad de estudio, trabajo o enseñanza, no se tendrán en cuenta para la redención de la pena».

Asimismo, todo lo relacionado con las actividades para la redención de pena, por disposición legal deben ser reglamentadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, siendo éstos los únicos válidos para tales efectos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de Código Penitenciario y Carcelario.

Por ello, la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, mediante resoluciones No. 3272 de 1995, 6541 y acuerdo 11 del mismo año, señala qué actividades pueden desarrollarse con fines de redención de pena y el procedimiento al que deben sujetarse los directores de los diferentes centros de reclusión, pues de no cumplirse con los requisitos allí previstos, las actividades certificadas con tales propósitos no podrán tenerse en cuenta para dicho fin.

2o. En efecto, el artículo 24 de la resolución No. 3272 de 1995, al regular la realización de actividades en días domingos y festivos, dispone lo siguiente:

«No es procedente la programación ni la realización de actividades de trabajo, estudio o enseñanza durante los días domingos y festivos, salvo en los casos de excepción que se contemplan en este artículo.

Excepcionalmente, conforme al artículo 100 de la ley 65 de 1993, con la autorización del director del establecimiento impartida para cada caso particular y con la debida justificación que deberá quedar en los registros correspondientes, será procedente la realización de las actividades mencionadas en el inciso precedente.



Dicha autorización solamente se podrá impartir en los casos en que la necesidad determine la imposibilidad de posponerla para un día ordinario. Si se trata de actividades cuya ejecución puede perturbar de manera significativa el normal funcionamiento del establecimiento las mismas deben identificarse en el entendido que se procura reducirlas al mínimo posible durante los mencionados días.

El director del establecimiento procederá a formular una programación semestral de actividades a cumplirse en los días domingos y festivos y la remitirá a la subdirección de tratamiento y desarrollo del INPEC, la cual dispondrá las reducciones que se juzguen pertinentes e informará de ser necesario, al director del INPEC, en el caso de que no haya procedido conforme a lo establecido en este artículo.

La programación de actividades no programadas durante los días y festivos solo será procedente en circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, en este evento el director del establecimiento deberá rendir informe escrito al director del INPEC, en el cual se explique lo sucedido dentro los tres días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho.

Las actividades que se realicen contrariando lo dispuesto en el presente artículo no serán consideradas para la redención de penas (incógnitas fuera del original).

3o. En el caso concreto, no resulta suficiente para la Sala la escueta certificación expedida por el director de la cárcel del Guamo, pues aparte de sofisticada, no especifica si la actividad autorizada al interno Manchola Gaitan durante los días domingos y festivos hace parte de la programación semestral de actividades de la penitenciaría, ni si ésta fue autorizada por la dirección del INPEC, ni mucho menos expone razonablemente cuáles son los motivos que ameritan que la venta de las artesanías no pueda cumplirse en días ordinarios, razón por la cual en ese sentido no se repondrá el auto impugnado.

4o. Siendo ello así, no se le computarán los días domingos y festivos en los cálculos correspondientes a la redención de pena por trabajo, debiendo por tanto permanecer incólumes los realizados en la decisión impugnada, y sólo se adicionará el tiempo transcurrido a la fecha y las horas laboradas en días ordinarios en las nuevas certificaciones de trabajo.

5o. Por lo anterior, se tiene que por encontrarse Manchola Gaitan privado de la libertad desde el 3 de octubre de 1994, ha descontado por este motivo 25 meses y 23 días; por los meses de octubre y noviembre acredita 264 horas más, que sumadas a las 1.900 horas anteriores le representan un descuento adicional de 135 días, los cuales sumados al guarismo anterior y a los 72 días de descuento por estudio, arrojan en total 32 meses y 10 días, ahora sí, tiempo superior a las 2 terceras partes de la pena impuesta en los fallos de instancia.

6o. En estas condiciones, impera entonces adentrarse en la labor de diagnóstico y pronóstico a efectos de evaluar si el peticionante puede o no recuperar la libertad, teniendo en cuenta si se reúnen las demás exigencias de carácter subjetivo a que se refiere el artículo 72 del C.P., tales como su personalidad, su comportamiento al interior del centro carcelario y los antecedentes de todo orden.

En primer lugar se tiene que su conducta ha sido calificada en diversas oportunidades por el consejo de disciplina, como ejemplar, y además que durante el tiempo que ha permanecido en privación de la libertad se ha dedicado al estudio y al trabajo, observándose además al interior del expediente que se trata de una persona que carece de antecedentes judiciales, y que de conformidad con la información que arroja el mismo, antes de presentarse los hechos por los cuales fue condenado su comportamiento era el de una persona trabajadora, debiéndose entonces concluir que se hace merecedor a la libertad solicitada.

En consecuencia, Manchola Galtán deberá consignar a título de caución la suma de dos salarios mínimos a órdenes del Juez de primera instancia, eslo es, el Juzgado 7o. Penal del Circuito de Ibagué. Para el cumplimiento de esta decisión se comisiona al Juez Primero Penal del Circuito del Guamo (Tolima).

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

1o. *No reponer* el auto impugnado en el sentido de no reconocer al peticionario las horas laboradas en días domingos y festivos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

2o. *Conceder* la libertad provisional a Reynaldo Manchola Galtán.

3o. Imponer como caución la suma de dos salarios mínimos mensuales vigentes que deberá consignar a órdenes del Juez Séptimo Penal del Circuito de Ibagué.

4o. Suscribase la correspondiente diligencia de compromiso en los términos previstos en el artículo 69 del C.P. ante el Juez Primero Penal del Circuito del Guamo (Tol.).

5o. Comisionése al Juzgado primero Penal del Circuito del Guamo, para el cumplimiento de esta decisión.

6o. Efectuado lo anterior, librese la correspondiente boleta de libertad, previa verificación de que el beneficiado no sea requerido por otra autoridad judicial.

**Notifíquese y cúmplase**

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## ESTAFAS COLECTIVA/ COMPETENCIA

No cabe duda que la defraudación de que trata este asunto se consumó con el abono de los susodichos pagarés a la cuenta apócrifa, pues en ese momento se obtuvo el provecho ilícito con perjuicio patrimonial ajeno, en cuanto se hicieron efectivos los títulos valores falsos quedando el dinero correspondiente a disposición de los timadores. El cobro de los cheques mediante los cuales se dispuso del dinero fraudulentamente obtenido son actos propiamente dirigidos al agotamiento del delito, que como se sabe es posible que se consiga o no pero en todo caso después de consumado el mismo.

No puede aceptarse la tesis traída por el Tribunal para este caso, según la cual sólo se obtiene el provecho ilícito cuando se logra retirar el dinero de la cuenta fraudulenta, porque ello implicaría extender los actos ejecutivos del delito más allá de la órbita de su consumación, llevándolos hasta el terreno del agotamiento como si la consumación del reato estuviese condicionada a la obtención del propósito perseguido por el actor, confundiendo así dos etapas bien diferenciadas del iter criminis.

De otro lado, las circunstancias que rodearon la ilicitud revelan que desde un principio los procesados tuvieron la intención positiva de cometer una estafa por el monto global de todos los pagarés falsos, es decir, idearon una sola acción delictual ejecutable por etapas, obviamente para no despertar sospechas y asegurar el éxito de su empresa criminal. De ahí que en vez de hacer una única gran consignación, hubiesen hecho varias consignaciones relativamente pequeñas, con intervalos cortos, involucrando diferentes sucursales del mismo banco y falseando numerosos títulos en cuantías discretas para no despertar desconfianza y evitar así mayores controles de los habituales.

Dicha modalidad de la ilicitud permite concluir que los procesados cometieron una sola acción delictiva de estafa en cuantía muy superior a los diez (10) salarios mínimos legales mensuales de que habla la ley 23 del 91, cuya cifra concreta corresponde a la sumatoria de la totalidad de los pagarés espurios efectivamente abonados a la

*cuenta corriente abierta a nombre del supuesto Castañeda Velosa. Y siendo ello así, carece de todo fundamento la nulidad incoada, pues tanto por el factor funcional como por el territorial, resulta inquestionable la competencia ejercida por el a quo en este caso.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá D.C., veintiseis (27) de noviembre de mil novecientos noventa y seis (1996)*

Magistrado Ponente: Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado por Acta No. 168

Proceso No: 9308

### VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora del procesado Hugo Echeverry Marmolejo, contra la sentencia de 22 de octubre de 1993 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual modificó el fallo de 22 de julio del mismo año, dictado por el Juzgado 28 Penal del Circuito de esta ciudad, para reducir de treinta y seis (36) a treinta y tres (33) meses la pena privativa de la libertad impuesta al recurrente e imponerle multa por valor de \$1.000,00 como coautor responsable de los delitos de falsedad en documentos privados, en concurso material heterogéneo y sucesivo con los punibles de estafa.

El recurso lo concedió el Tribunal el 4 de abril de 1994, en tanto que la correspondiente demanda de casación fue declarada por la Corte como ajustada a las formalidades legales.

### HECHOS

El 17 de agosto de 1989, en la Oficina del Banco Popular del Centro Administrativo Distrital (CAD), con un depósito de 500 mil pesos, fue abierta la cuenta corriente No. 0321336-5, tras aprobarse una solicitud que en tal sentido formulara quien se identificó como Jaime Alejandro Castañeda Velosa.

Entre el 5 y el 12 de septiembre de ese año se efectuaron consignaciones por la suma de \$11.749.646, correspondientes a más de un centenar de pagarés de ventas supuestamente realizadas con Tarjeta de Crédito Credibanco por parte de la firma "MULTILANTAS LTDA", los cuales aparecían endosados por esa compañía a favor de "Castañeda Velos" para que fuesen abonados en su cuenta. Posteriormente el titular de la misma giró varios cheques que fueron cobrados por ventanilla, alcanzando a retirar la suma total de \$10'340.000.

Funcionarios de seguridad del Banco Popular al advertir que por medio de esa cuenta se estaba cometiendo una defraudación, ya que los comprobantes de venta de Credibanco que habían sido consignados fueron elaborados con base en tarjetas de crédito gemelas y utilizando una máquina impresora codificada a la firma MULTILANTAS LTDA, solicitaron colaboración de efectivos del Departamento Administrativo de Seguridad, quienes el 15 de septiembre de 1989 observaron cómo un sujeto se presentó a cobrar un cheque por valor de un millón 600 mil pesos perteneciente a la referida cuenta corriente y, luego de hacerle estampar su huella digital, no se lo pagaron con el argumento de que la firma del cartulario no correspondía a la registrada. Una vez salió el sujeto de la oficina bancaria los agentes del DAS lo siguieron hasta que se encontró con dos individuos, procediendo a capturarlos cuando se disponían a abordar un vehículo de servicio público.

Los capturados respondían a los nombres de Enrique Santos Nieto Calderón (sujeto que pretendió cobrar el susodicho cheque), Roberto Cortés Rojas y Hugo Echeverry Marmolejo. Dentro del proceso se estableció que el último de los nombrados fue quien abrió la cuenta corriente con identificación falsa y quien giró tanto los cheques que alcanzaron a pagarse como el que intentó hacer efectivo Nieto Calderón poco antes de su captura.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación fue iniciada por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, despacho que después de indagar a los capturados y allegar varias pruebas, les resolvió la situación jurídica imponiéndoles medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos coautores de los punibles de estafa y falsedad, señalando a la vez que el procedimiento a seguir era el abreviado dado que la captura de los procesados se había producido en situación de flagrancia.

El Tribunal revisó esa decisión por vía de apelación y en proveído de 19 de diciembre de 1989 la modificó en el sentido de ordenar que el trámite abreviado sólo se aplicara respecto de Enrique Santos Nieto Calderón, quien fuera capturado en flagrancia, en tanto que frente a los otros dos procesados debería continuar la tramitación ordinaria, razón por la cual ordenó romper la unidad procesal.

Fue así como el Juzgado 28 Penal del Circuito continuó conociendo del proceso abreviado y envió copias al Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Bogotá para que siguiera adelantando la investigación contra Cortés y Echeverry.

El 4 de junio de 1991 se dictó sentencia en el proceso abreviado condenándose a Enrique Santos Nieto Calderón; entre tanto el proceso ordinario era calificado (junio 12/91) con resolución acusatoria en contra de



Cortés y Echeverry como coautores de los delitos de falsedad y estafa, correspondiéndole al mismo Juzgado 28 Penal del Circuito conocer del juzgamiento, para lo cual dispuso incorporar al plenario el cuaderno original y los anexos de la actuación abreviada que había realizado respecto de Nieto Calderón.

Cumplida la audiencia pública se profirió sentencia el 22 de julio de 1993 (fl. 165 y ss del c.o. # 2) siendo condenados el recurrente y su compañero de causa a 36 meses de prisión pero con derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional, como coautores responsables de numerosas estafas y falsedades en documentos privados, decisión que al ser apelada por la defensa dio lugar al proferimiento del fallo del Tribunal, impugnado en casación, que revocó la sentencia de primer grado en cuanto a ciertas estafas en cuantía inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales, las cuales pasaron a ser contravenciones especiales a partir de la vigencia de la Ley 23 de 1991, y, consecuentemente, redujo en tres meses la pena privativa de la libertad fijada a los dos sentenciados.

#### LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, la recurrente propone un único cargo contra la sentencia de segundo grado, tras considerar que ésta se profirió en un juicio viciado de nulidad debido a que el funcionario judicial carecía de competencia para conocer del concurso homogéneo y sucesivo de estafas, por ser ellas hechos punibles contravencionales y no delictuales.

Se acusan como normas violadas los artículos 10., numeral 14 de la Ley 23 de 1991, 11 y 12 del Decreto Reglamentario 800 de 1991, 10., 10 y 72 del C. de P.P., 60., 11 y 356 del C.P..

La libelista sostiene que los 110 (sic) comprobantes de credibanco espúrios son verdaderos títulos valores (pagarés) que permiten tipificar igual número de punibles de estafa, y como la cuantía de cada uno de ellos no supera la suma de \$517.200,00, cifra equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales de 1991, es por lo que se está en presencia de 110 contravenciones especiales cuya penalización corresponde a las autoridades de policía conforme a lo dispuesto en el artículo 10, numeral 14, de la Ley 23 de 1991.

Crítica la tesis del Tribunal según la cual las estafas en cuestión sólo se consumaron cuando el dinero fue retirado del Banco mediante el giro de los cheques, y en contraposición de ella sostiene que según lo acreditado en el plenario cada uno de los pagarés, o comprobantes de credibanco como se les denomina en el proceso, debían ser verificados antes de autorizarse su pago, al punto que algunos de ellos fueron devueltos por carecer de código de autorización (fl. 110 c.o.) de suerte que una vez abonados en la cuenta donde habían sido consignados quedaban consumadas

las respectivas defraudaciones y se obtenía el provecho ilícito, pues a partir de ese momento el valor de cada pagaré ingresaba efectivamente al patrimonio del cuentahabiente quedando a su plena disposición, sin que importe en este punto la suerte que corrieran esos fondos más adelante. Para reafirmar lo dicho agrega que ninguno de los 110 (sic) titulares de las verdaderas tarjetas de crédito, ni ninguna compañía aseguradora pueden disponer de los dineros que aún es posible se encuentren depositados en la cuenta de Castañeda Velosa.

Concluye la casacionista afirmando que se ha violado el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, toda vez que su representado tiene derecho a ser juzgado por el funcionario competente, con observancia de las formas propias del juicio y a que se le aplique retroactivamente la nueva ley (23 de 1991) por ser más favorable a sus intereses, razón por la cual solicita a la Corte CASAR la sentencia impugnada, señalar el estado en que queda el proceso y remitirlo al funcionario competente.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal luego de exponer su criterio sobre la unidad de acción, asevera que «...mirando al fraude patrimonial (Estafa) es evidente que todo el volumen de valores introducidos en el mismo momento en la misma consignación, configuran un solo artificio para lograr un beneficio patrimonial indebido equivalente al monto total que se consigna y ha de ser abonado en cuenta.»

Lo anterior considerando que una vez abonado el dinero en la cuenta corriente del estafador, inmediatamente está a disposición del autor de la maniobra, por lo cual ya se ha obtenido el provecho patrimonial en cuanto aparece en su ámbito de poder jurídico de disposición patrimonial (retiros, giros de cheques, saldar la cuenta etc.). Es por ello que el cheque girado para retirar los fondos estafados no es más que un acto de agotamiento del delito que ya está consumado.

Agrega que «...recíprocamente cada acto de cobro de las facturas por canje, constituye una sola acción fraudulenta, independientemente del número de facturas particulares que se elaboren para ello, pues no se mira a la falsedad en cuyo caso sí importaría cada unidad documental, sino al acto de defraudación patrimonial que desde todo punto de vista es uno sólo en cada consignación.»

De lo anterior concluye que las acciones de falsedad por cada documento no pueden ser consideradas contravenciones especiales de estafa, como lo pretende la casacionista, porque las cuantías de las mismas por cada grupo de confección de comprobantes, como un único fraude, sobre pasa en cada uno de los casos el monto de diez (10) salarios mínimos

exigidos por la Ley 23 de 1991, para el momento de la comisión de los hechos (\$325.596, según Decreto 2662 de 1988).

Conforme con lo argumentado el Señor Procurador Delegado solicita a la Corte CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado para adicionarlo en el sentido de imponer a los condenados la pena de multa que conlleva el delito de estafa, y que fuera omitida por el a quo.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La nulidad planteada por la recurrente debe ser examinada a la luz del artículo 26 del Código Penal, que regula el concurso de hechos punibles, una de cuyas modalidades consiste en infringir con varias acciones u omisiones varias veces la misma disposición de la ley penal. De ahí que sea necesario tener plena claridad sobre lo ocurrido, pues lo fundamental es establecer si el procesado realizó un solo delito de estafa en varios actos, o varias acciones autónomas cada una constitutiva de una contravención especial de estafa.

El proceso informa que el 5 de septiembre de 1989, en diversas sucursales del Banco Popular, fueron consignados a la cuenta corriente del supuesto Castañeda Velosa 15 pagarés Credibanco cuya sumatoria asciende a \$1'279.333,00. Al día siguiente (sept.6/89) fueron consignados 15 más por valor global de \$ 1'734.633,00. Un día después (Sept.7/89) se consignaron otros 19 pagarés Credibanco en varias sucursales del mismo banco, que sumados arrojan la cifra de \$1'900.681,00. Posteriormente fueron consignados 25 pagarés adicionales en diversas oficinas por valor total de \$1'144.535,00. El 11 de septiembre de 1989 se consignaron otros 10 que sumados arrojan la suma de \$1'220.200,00. Y por último, el día 12 del mismo mes fueron consignados 15 pagarés más por valor global de \$1'899.097,00.

Como quedó demostrado, dichos pagarés o compromisos de pago de Credibanco eran espúrios y casi todos fueron abonados efectivamente a la cuenta del supuesto beneficiario, quien alcanzó a disponer de gran parte del producto del ilícito mediante el giro normal de cheques que fueron cobrados por ventanilla.

De otro lado, tal como lo señaló el Ministerio Público, no cabe duda que la defraudación de que trata este asunto se consumó con el abono de los susodichos pagarés a la cuenta apócrifa, pues en ese momento se obtuvo el provecho ilícito con perjuicio patrimonial ajeno, en cuanto se hicieron efectivos los títulos valores falsos quedando el dinero correspondiente a disposición de los timadores. El cobro de los cheques mediante los cuales se dispuso del dinero fraudulentamente obtenido son actos propiamente dirigidos al agotamiento del delito, que como se sabe es posi-

ble que se consiga o no pero en todo caso después de consumarlo el mismo.

No puede aceptarse la tesis traída por el Tribunal para este caso, según la cual sólo se obtiene el provecho ilícito cuando se logra retirar el dinero de la cuenta fraudulenta, porque ello implicaría extender los actos ejecutivos del delito más allá de la órbita de su consumación, llevándolos hasta el terreno del agotamiento como si la consumación del reato estuviese condicionada a la obtención del propósito perseguido por el actor, confundiendo así dos etapas bien diferenciadas del *iter criminis*.

De otro lado, las circunstancias que rodearon la ilicitud revelan que desde un principio los procesados tuvieron la intención positiva de cometer una estafa por el monto global de todos los pagarés falsos, es decir, idearon una sola acción delictual ejecutable por etapas, obviamente para no despertar sospechas y asegurar el éxito de su empresa criminal. De ahí que en vez de hacer una única gran consignación, hubiesen hecho varias consignaciones relativamente pequeñas, con intervalos cortos, involucrando diferentes sucursales del mismo banco y falseando numerosos títulos en cuantías discretas para no despertar desconfianza y evitar así mayores controles de los habituales.

Dicha modalidad de la ilicitud permite concluir que los procesados cometieron una sola acción delictiva de estafa en cuantía muy superior a los diez (10) salarios mínimos legales mensuales de que habla la ley 23 del 91, cuya cifra concreta corresponde a la sumatoria de la totalidad de los pagarés espúrios efectivamente abonados a la cuenta corriente abierta a nombre del supuesto Castañeda Veloza. Y siendo ello así, carece de todo fundamento la nulidad incoada, pues tanto por el factor funcional como por el territorial, resulta incuestionable la competencia ejercida por el a quo en este caso.

De otra parte, la división de acciones delictivas que plantea el Ministerio Público con base en el número de consignaciones efectuadas de los títulos espúrios, no puede admitirse en las particulares circunstancias que rodearon este asunto, porque tal como se dejó explicado, las diversas etapas en que se fraccionó el delito fueron ejecutadas en tan corto lapso que ni los propios delinquentes estaban en posibilidad de conocer y evaluar los resultados obtenidos como presupuesto para el surgimiento de nuevos propósitos criminales; de ahí que deba admitirse que todas las consignaciones realizadas obedecieron al propósito de realizar una sola acción delictiva ideada para ser ejecutada en varios actos sucesivos.

En conclusión el cargo no puede prosperar frente a la incompetencia aunque el fraccionamiento de la conducta única genera violación del principio que prohíbe el doble juzgamiento por el mismo hecho, remediable mediante la declaración pertinente, a lo cual se procederá en la resolución.

Improcedente resultó la petición de casar parcialmente formulada por el señor Procurador Delegado, toda vez que la multa que echa de menos fue impuesta en el fallo de segunda instancia. (folio 54 cuaderno del Tribunal).

Finalmente, la Sala declarará la cesación de procedimiento por los delitos de falsedad dado que interrumpido el término de prescripción con la ejecutoria de la resolución de acusación, este habría de contabilizarse de nuevo por un período de la mitad del máximo, pero nunca inferior a cinco años. Como la acusación se ejecutorió el 22 de octubre de 1891, para éste momento ha prescrito la acción y de ahí su declaratoria.

Ello implica readecuar la pena, descontando los 12 meses que por el concurso de falsedades impuso el a quo en la sentencia. Quedará entonces de 21 meses la prisión y en el mismo término se rebajará la interdicción para ambos condenados.

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

1. CASAR la sentencia impugnada para declarar que el delito de esclafá es único.

2. Cesar todo procedimiento por los delitos de falsedad en documento y reajustar la pena conforme se dejó consignado en la parte motiva de ésta providencia, frente a los dos condenados.

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.*

## **LIBERTAD PROVISIONAL/ JUSTICIA REGIONAL/ VENCIMIENTO DE TERMINO**

*El numeral 4 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, señala que procede la libertad provisional cuando hayan transcurrido 120 días de privación efectiva de la libertad sin que se haya calificado el mérito de la instrucción, sin embargo, el parágrafo de la misma norma advierte que en tratándose de asuntos de competencia de la justicia regional, el término del numeral 4 se duplicará, lo que significa que han de transcurrir 240 días de detención efectiva, sin que se haya calificado el sumario, para poder obtener el beneficio que ahora se negará por estas razones.*

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

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

**Aprobado Acta No. 171**

**Proceso No.: 10468**

### **VISTOS**

**Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de libertad provisional, impetrada por el defensor de la sindicada Representante a la Cámara Ana Delta García De Pechthalt.**

### **LA PETICIÓN DEL DEFENSOR**

**El señor defensor de la sindicada Ana Delta García de Pechthalt solicita la libertad provisional de su procurada con fundamento en el numeral 4 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.**

**El peticionario afirma que ha transcurrido un término superior a ciento veinte días (120) de privación efectiva de la libertad de su poderdante, sin que se haya calificado el mérito sumarial, lo que, según él, la hace acreedora a la gracia liberatoria. Aclara que no había pedido antes la libertad provisional por cuanto creía que la Corte entendía este proceso como uno en el que hay "más de tres imputados", habida cuenta que la ilogicidad**



que ha caracterizado los aspectos procedimentales de estos asuntos, haría pensar que todo el llamado proceso 8.000 sería tomado como uno solo.

Señala que a su defendida se le adelanta investigación bajo las normas del procedimiento ordinario, en razón del fuero que la cobija como Congresista de la República. Como hecho evidentemente demostrativo de su aserto, hace ver que para la realización de la indagatoria no fue capturada previamente, como es de obligatorio cumplimiento en la justicia regional, sino que fue citada a rendirla.

Advierte que la negativa de la Corte a la concesión de la libertad, significaría que se está aplicando el procedimiento de manera híbrida y no adoptando una sola línea de procedimiento, como debe ser.

Finalmente indica que la Sala no ha cerrado aún la investigación a pesar de haberse practicado ya todas las pruebas necesarias.

#### CONSIDERACIONES

1.- La Representante a la Cámara Ana Della García de Pechthalt se encuentra vinculada a la presente investigación como presunta responsable del delito de Enriquecimiento ilícito de Particulares, que consagra el artículo 10° del Decreto 2266 de 1991, delito que por razón del factor objetivo está asignado como competencia de los Jueces Regionales, tal como lo consagra el numeral 4 del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

Si bien es cierto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la que actualmente adelanta esta instrucción, ello se debe al fuero constitucional que cobija a la sindicada en cuanto mantiene su condición de Congresista de la República, pero el debido proceso que se aplica a tal actuación es el conformado por las reglas básicas de instrucción y juzgamiento que corresponden a la naturaleza del ilícito.

En preferita ocasión, tuvo la Sala oportunidad de sentar al respecto, con ponencia de quien aquí cumple similar función, el siguiente criterio:

"La legislación nacional no tiene un sistema único de fijación de procedimientos de investigación y juzgamiento, sino que para el cumplimiento de tal propósito adopta un sistema ecléctico, a través del cual algunas veces determina los procedimientos de conformidad con la naturaleza de los sujetos pasivos de la acción penal del Estado, verbigracia los menores o los militares, y en otras ocasiones establece pautas de procedimiento cuya aplicabilidad se determina por la naturaleza de la conducta punible sin que importe la calidad del sujeto activo de la infracción.

"La regla general del procedimiento nacional es precisamente ésta, el debido proceso aplicable a la investigación y juzgamiento de una persona está determinado por la naturaleza de la infracción que haya cometido (factor objetivo); así, si se le persigue por una contravención se le aplica-

rán las normas de la Ley 228 de 1995; si cometió un delito de los contemplados en el Código Penal, lo será las normas del Código de Procedimiento Penal; y si está incurso en alguno de los tipos penales especiales consagrados en los diversos estatutos de lucha contra el crimen que el Estado se ha visto impelido a consagrar -de Estupefacientes, Antiextorsión y Secuestro, etcétera- serán las normas del proceso que se sigue ante los Jueces Regionales las pertinentes para adelantar instrucción y juzgamiento.

"Excepcionalmente, se repite, existen procedimientos especiales (factor subjetivo) para personas que el Estado considera deben recibir un trato diferente, y son muestra de estos, como se anotó atrás, los casos de menores y de militares en servicio activo. En este sentido, el fuero constitucional de los militares es, por ejemplo, un fuero doble, de competencia y de procedimiento, pues la Carta manda que de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública relacionados con el servicio conocen las cortes marciales o tribunales militares (autoridad competente) con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar (debido proceso); en contrapostición el fuero constitucional de los Congresistas es, en este sentido, simple, pues el ordinal 3° del artículo 235 se limita a señalar la autoridad competente, sin hacer distinción en cuanto al procedimiento a aplicar, por lo que el debido proceso será el de las reglas generales arriba anotadas".<sup>1</sup>

Frente a lo expuesto, la tesis del abogado defensor en torno a la presunta demostración de la aplicación del procedimiento penal ordinario y no del especial, habida cuenta que la indagatoria se surtió previa citación de la sindicada y no mediante orden de captura como es lo obligatorio en los asuntos de que conoce la especialidad regional de la jurisdicción ordinaria, debe advertir la Corte que esa tesis no se aviene a la realidad procesal, por cuanto la Sala en el momento de la indagatoria, aunque tenía claridad sobre las probanzas que aconsejaban la realización de tal diligencia, aún no había determinado la calificación jurídica de los hechos, por lo que frente al fuero que cobija a la sindicada, resultaba inoportuno ordenar su previa captura para la práctica de la indagatoria, y resultaba más afortunado deferir la resolución sobre la privación de su libertad a la definición de la situación jurídica.

2. -Aclarado que el procedimiento aplicable es el señalado para los asuntos de competencia de los Jueces Regionales, procede el análisis de la petición de libertad en concreto:

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Única Instancia, Radicación N° 10684. Auto del 8 de octubre de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Eduardo Mejía Escobar.

2.1.- La señora Ana Della García de Pechthalt, se entregó voluntariamente al Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", el 14 de junio de 1996, día desde el cual permanece detenida en sus instalaciones.

2.2.- Significa lo anterior que la sindicada ha cumplido hasta hoy, 171 días de privación efectiva de la libertad.

2.3.- El numeral 4 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, señala que procede la libertad provisional cuando hayan transcurrido 120 días de privación efectiva de la libertad sin que se haya calificado el mérito de la instrucción, sin embargo el párrafo de la misma norma advierte que en tratándose de asuntos de competencia de la justicia regional, el término del numeral 4 se duplicará, lo que significa que han de transcurrir 240 días de detención efectiva, sin que se haya calificado el sumario, para poder obtener el beneficio que ahora se negará por estas razones.

3.-En cuanto tiene que ver con la reclamación que hace el señor defensor de no haberse aún cerrado la investigación, a pesar de las solicitudes que él ha hecho para el efecto, la Sala se permite advertirle que no puede simultáneamente solicitar el cierre de la investigación y la práctica de pruebas, pues la clausura de la etapa instructiva impide la evacuación de sus peticiones en tal estadio procesal.

De otra parte, no puede perderse de vista que ni el término de instrucción está vencido, ni aún se ha recaudado la prueba necesaria para calificar.

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

#### RESUELVE

Negar la libertad provisional a la sindicada Ana Della García De Pechthalt, impetrada por su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Porceda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dámaso Páez Velazquez, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## DEMANDA DE CASACION/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

*Recuérdese que el falso juicio de identidad por distorsión de los testimonios inculpativos se hace consistir en haber sido parcelados arbitrariamente, omitiéndose una porción sustancial de su contexto, lo que desfigura su contenido, para hacerlos producir efectos probatorios contrarios a la verdad que aflora del proceso; planteamiento que consultó las orientaciones jurisprudenciales sobre el particular, que el censor transcribe en lo pertinente.*

*Dijo en efecto esta corporación que el falso juicio de identidad por tergiversación de la prueba puede darse de dos maneras: alterando su contenido, haciéndole decir lo que en realidad no predica, o también tomando una parte como si fuera el todo, de donde la omisión de una porción de su texto desfigura su contenido. En cualquiera de los dos sentidos, la prueba es distorsionada pues al final queda expresando algo que en realidad no contiene» (Cus. de 27 de septiembre de 1994, M.P. doctores Ricardo Calvete Rangel y Jorge Enrique Valenciu M.).*

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

Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla

Aprobado Acta No.169 (Nov. 28/96).

Proceso No.: 10340

### VISTOS

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil, constituida por el padre de la víctima, contra la sentencia de 20 de octubre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca, en decisión mayoritaria, revocó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Facatativá y en su lugar absolvió al procesado Hernando Bernal Acero de los cargos por homicidio culposo que le fueron imputados en la resolución acusatoria.

### Hechos

Aproximadamente a las ocho de la mañana del domingo 30 de septiembre de 1990, en un sector de la carretera que conduce de Facatativá a El Rosal, vereda el Prado, los ciclistas Luis Germán Lara Pinzón y Sergio Orlando Molina Rincón fueron atropellados por el campero marca Suzuki, de placas JR-6408, conducido por Hernando Bernal Acero, resultando muerto el primero y con lesiones el segundo de los nombrados.

### TRÁMITE PROCESAL

Al día siguiente, el Juzgado Penal Municipal de Facatativá inició la investigación que luego continuó el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de la misma población, resolviendo la situación jurídica del procesado Hernando Bernal Acero con medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio de libertad provisional.

Clausurada la fase investigativa, correspondió al mismo Juzgado calificar el mérito del sumario, lo que hizo el 10 de enero de 1992, proferiendo resolución de acusación en contra del procesado por el delito de homicidio culposo en Luis Germán Lara Pinzón, declarando la ruptura de la unidad procesal respecto de las lesiones causadas a Sergio Orlando Molina Rincón por tratarse de una contravención especial de competencia de las autoridades de policía, compulsando copias para que se investigara por separado (fs. 244 y ss. del cdno. inicial). La providencia no fue objeto de recursos.

Rituardo el juicio y celebrada audiencia pública, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Facatativá puso fin a la instancia el 5 de agosto de 1994, condenando a HERNANDO BERNAL ACERO a la pena principal de dos años de prisión, multa de un mil pesos y suspensión de la licencia de conducción por el mismo lapso, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y a la indemnización en concreto de los perjuicios causados, por hallarlo responsable del delito de homicidio culposo, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional; fallo apelado por el defensor y el apoderado de la parte civil y revocado por el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante el que es objeto del recurso de casación, en el sentido de absolverlo de los cargos que le fueron formulados en la resolución de acusación.

### EL FALLO IMPUGNADO

Con salvamento de voto de uno de los Magistrados de la Sala de Decisión Penal, el Tribunal Superior luego de examinar en forma conjunta los testimonios vertidos por el ciclista sobreviviente Sergio Orlando Molina Rincón y el testigo presencial Jorge Arturo Ruiz Bello, conductor de un vehículo de servicio colectivo que hacía la ruta en la misma dirección de

los ciclistas, quienes coinciden en afirmar que éstos transitaban por su derecha en dirección a El Rosal cuando fueron intempestivamente atropellados por el Suzuki; después de analizar la versión del sindicado Hernando Bernal Acero, corroborada por su primo que le acompañaba, Abelardo Díaz Bernal, en el sentido de haberse visto obligado a realizar un brusco viraje para evitar atropellar a un muchacho que intentó cruzar la carretera, maniobra que llevó a que la víctima que venía «abierta» en la curva, se estrellara contra el campero; lo mismo que sopesar las circunstancias comprobadas durante la diligencia de inspección judicial al lugar de los acontecimientos, concluyó que las versiones que tratan de explicar lo sucedido no le merecen credibilidad por las contradicciones en que incurrían los deponentes que las sustentan, o carecen de mérito probatorio suficiente para fundamentar una decisión de condena.

Afirma que no existe certeza respecto al hecho de que el sindicado se desplazara en contravía a gran velocidad, como tampoco acerca de la presencia de un joven que pretendiera cruzar la carretera, por lo que no se daría uno de los presupuestos para condenar, esto es, la absoluta certeza en cuanto a su responsabilidad penal a título de culpa.

«En este orden de ideas -razona el *ad quem*-, debe decirse que se presenta duda en cuanto a la responsabilidad del señor Bernal Acero, pues la única prueba que merece credibilidad es el testimonio de Sergio Orlando Molina, pero éste no nos lleva a la conclusión de que el inculcado hubiere omitido el deber de cuidado que le era exigible, violando normas de tránsito, toda vez que no se logró demostrar que fuera embriagado ni a exceso de velocidad ni por el carril prohibido, y si bien el golpe se produjo en el lado izquierdo de la vía ello probablemente obedeció a las maniobras que hubo de realizar el conductor para evitar atropellar a un joven que intentaba cruzar la calle...» (sic).

Luego expresa:

«Así las cosas, como existen dos versiones cuyo contenido es parcialmente contradictorio en cuanto al hecho principal, infiere la Sala que se presenta duda respecto de la responsabilidad en la muerte del señor Luis Germán Lara Pinzón y por tanto, como al Juez le está prohibido dictar sentencia condenatoria con base en la probabilidad, debe resolverse la duda en favor del acusado, porque el conocimiento del hecho nos impide formular un juicio afirmativo o negativo».

#### DEMANDA DE CASACIÓN

En el marco de la causal primera de casación, el apoderado de la parte civil formula los cargos a la sentencia impugnada que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

**Cargo Principal:** Involucra dos yerrores, a saber:



*Primero:*-Violación indirecta de la ley sustancial «a través de un error de hecho por falso juicio de existencia», que llevó al Tribunal a dejar de aplicar al caso los artículos 329 del Código Penal y 247 del de Procedimiento Penal y a aplicar indebidamente los artículos 37 y 40 del Código Penal y 2° y 445 del de Procedimiento Penal.

Se hace consistir el error en no haber sido tenido en cuenta el informe policivo No.0361 del 1° de octubre de 1990, rendido por el Comandante de la Estación de Facativá St. Edgar Sandoval Jaramillo (f.5 edmo. inicial) sobre los hechos ocurridos el día anterior, con el cual puso al inculcado Hernando Bernal Acero a órdenes del Juzc Penal Municipal de dicha población y transmite su versión sobre lo acontecido, en la cual no refiere, como sí lo hace posteriormente en indagatoria, la presencia del supuesto muchacho que intentó cruzar la vía, obligándolo a maniobrar el automotor para no atropellarlo.

Dicha prueba, en criterio del recurrente, reviste trascendental importancia en orden a comprobar la responsabilidad del procesado, por tratarse de un informe rendido por empleado oficial ante el funcionario judicial competente, en el cual «...en su primera versión ante una autoridad, el imputado no se refirió a lo que posteriormente constituiría su principal argumento para eludir la responsabilidad penal: la hipotética presencia de unos niños intentando cruzar la calle», no pudiendo restársele valor probatorio al informe so pretexto de identificarlo con un testimonio de oídas.

Afirma que si bien es cierto que esta prueba, por sí sola, no serviría para desvirtuar la versión del sindicado rendida en indagatoria, sin embargo, «...la toma en consideración del informe hubiera obligado al Tribunal a sopesar de manera diferente el conjunto del material probatorio. En efecto, el informe fortalece las pruebas de cargo, mientras debilita totalmente las pruebas de descargo, puesto que su contenido coincide con lo afirmado por los testigos Sergio Orlando Molina Y Jorge Arturo Ruiz Bello, a saber, que en ningún momento hubo la presencia de niños intentando cruzar la vía».

*Segundo:*- «Otro error de hecho del Tribunal» por falso juicio de identidad, consistente en distorsión de la prueba, por cuanto el fallador de segunda instancia «en ningún momento tomó en consideración puntos esenciales de coincidencia entre los testimonios de Sergio Orlando Molina Y Jorge Arturo Ruiz Bello, a saber que los ciclistas iban orillados por su derecha, que el campero invadió el carril hasta casi chocar incluso al colectivo, y que después el campero siguió casi cincuenta o cien metros después de la colisión. Y que todo eso parecía indicar que el conductor fuese dormido o borracho. Estos tres últimos puntos -a saber, la percepción de estos testigos de que pareciera que el conductor fuera borracho o dormido, que el campero casi estrella el colectivo y que el carro se detuvo

lejos- son particularmente relevantes en esta demanda de casación, puesto que fueron totalmente ignorados por la sentencia a pesar de que son referidos de manera clara por los dos testigos de cargo.

Agrega el impugnante:

«...al omitir parcialmente el contenido de las declaraciones de los testigos, el Tribunal cometió un protuberante error por tergiversación y distorsión de las declaraciones de los testigos. Este falso juicio de identidad no solo es protuberante sino que, además, tiene gran trascendencia en este caso. En efecto, si el Tribunal hubiera tomado en cuenta esos tres elementos fácticos que se desprendían de las declaraciones de estos testigos, también hubiera tenido que valorar de otra forma el material probatorio global».

Y concluye:

«Esto muestra nuevamente que la versión del procesado está contradicha por pruebas que el Tribunal tergiversó al omitir una parte de su contenido, con lo cual se configura un error de hecho por falso juicio de identidad en las declaraciones de Sergio Orlando Rincón y Jorge Arturo Ruiz Bello. Este error, sumado al señalado precedentemente sobre la omisión del informe policial, de no haber sido cometidos, hubieran obligado al Tribunal a valorar de otra manera el contenido global del material probatorio. La conclusión no hubiera podido ser sino una: la versión de la indagatoria sobre la presencia del niño se encontraba contradicha por otras pruebas regularmente allegadas al proceso».

Consecuente con esa manera de razonar, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y dictar la condenatoria que debe sustituirla.

#### SUBSIDIARIO

Lo hace consistir el impugnante en la «violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación» de los alcances de los fenómenos de la presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, la culpa, el caso fortuito y la certeza que debe existir en el fallador respecto a la responsabilidad penal del acusado, como presupuesto para condenar.

Aludiendo a la equivocada interpretación de la presunción de inocencia, afirma el libelista:

«...el Tribunal interpreta erróneamente el alcance de los artículos 2 y 445 del Código de Procedimiento Penal, puesto que considera que toda duda sobre la forma en que ocurrió un hecho delictivo implica una duda sobre la responsabilidad penal y comporta la absolución del procesado. Pero ello no es así: para que opere la absolución como consecuencia de la *in dubio pro reo* es necesario que exista alguna duda razonable sobre la existencia misma del hecho punible o sobre la responsabilidad del sindi-

cado, pero si tales dudas no existen, la sentencia debe ser condenatoria incluso si subsisten dudas importantes sobre la forma de ocurrencia de los hechos.

...en este caso las dos versiones posibles sobre la forma en que ocurrió el homicidio son versiones que comprometen la responsabilidad de Hernando Bernal Acero, como lo veremos a continuación.

Para ello basta considerar que en ningún momento de la sentencia se puso en duda la existencia del homicidio ni la autoría de Hernando Bernal Acero. Todo el problema residía en determinar su culpabilidad. Ahora bien, es indudable que la versión de los testigos de cargo implica la culpabilidad del procesado, puesto que ellas (sic) evidencian que los ciclistas iban conservando su derecha cuando súbitamente el Suzuki se fue encima de ellos en forma tan absurda que -según ambos testigos- pareciera que el conductor estuviera dormido o borracho. Tanto es así que ambos testigos coinciden en señalar que el Suzuki no paró inmediatamente sino que continuó casi cien metros más. Además, ninguno de estos testigos señala la existencia del niño que hipotéticamente habría intentado cruzar la carretera forzando la eventual maniobra de Hernando Bernal Acero. Por consiguiente, el problema reside en determinar si la confesión del procesado es también una confesión no sólo de autoría sino también de culpa, o si ésta exculpaba al procesado.

Este es un problema central de valoración jurídica de los hechos, en el cual el Tribunal incurre en una interpretación equivocada de la culpa, del caso fortuito y de la fuerza mayor, directamente ligada a su errónea interpretación de la *in dubio pro reo* que mencionamos anteriormente.

Examinando a continuación la versión que de los hechos dio el sindicado durante la indagatoria, colige de ella «varias y graves muestras de imprudencia, negligencia e impericia, que son el fundamento de la culpa en esta clase de colisiones», aserto que desarrolla en amplias disquisiciones, al igual que sobre la previsibilidad del resultado, para arribar a la conclusión de que el *ad quem* interpretó de manera errónea los artículos 37 y 40 del Código Penal, lo mismo que los ya citados 2° y 445 del de Procedimiento, en consonancia con el 29 de la Constitución, todo lo cual llevó al Tribunal a dejar de aplicar el artículo 329 del Código Penal y 247 del Código de Procedimiento Penal. Por ello la sentencia es violatoria de norma de derecho sustancial...

Se apoya también en consideraciones planteadas en el salvamento de voto por el Magistrado disidente, en cuanto a que aún de ser real la presencia del menor intentando atravesar la vía, el insuccesso se podía evitar si el proceder del conductor hubiere sido diligente.

Además destaca que, como alega en este cargo subsidiario infracción directa de la ley sustancial, no discute acá las conclusiones fácticas del fallador, sino que de la versión del procesado se entienda la presencia de un caso fortuito, cuando lo que aparece es la confesión no sólo de la autoría de la muerte, sino también de su culpabilidad.

Termina solicitando casar la sentencia impugnada y dictar la que deba sustituirla.

En capítulo separado, de libre concepción y desarrollo, sin el «rigor técnico que exige la casación», efectúa el recurrente amplios comentarios sobre la indemnización de perjuicios, en orden a destacar los que considera errores en que incurrió el fallador de primera instancia en cuanto a la tasación de los mismos, según se analizará más adelante.

#### PETICIÓN DE SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

El defensor del procesado, en escrito presentado en tiempo, se opone a las pretensiones del impugnante y pide no se case la sentencia porque, a su juicio, el Tribunal no incurrió en los yerros que se le endilgan ni en violación de norma sustancial alguna, pues interpretó en debida forma las probanzas existentes y procedió sometiéndose al imperio de la ley, llegando ponderadamente a la conclusión de no aparecer demostrada la responsabilidad de su defendido.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A su turno, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, encargado, efectúa un completo examen de los cargos formulados, en el orden de su postulación, para concluir sugiriendo en cada oportunidad que no se case la sentencia recurrida, porque en su criterio ninguno de los enfoques está llamado a prosperar.

La Corte se irá refiriendo a sus razonamientos cuando haya lugar en cada acápite específico.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

##### *Cargo Principal*

La Sala examinará en forma conjunta los yerros atribuidos a la sentencia impugnada dentro del cargo principal, por circunscribirse a errores de hecho en la apreciación de pruebas, que se relacionan y complementan entre sí.

1.- Es verdad y así lo acepta la Procuraduría Delegada, que el Tribunal no se refirió para nada al informe policial visible a folio 5 del expediente, en el cual se da cuenta a la autoridad judicial competente sobre la pecu-

irrencia de un hecho punible investigable de oficio y se ofrece en pocas palabras la versión oral del inculpaado sobre el mismo, omitiéndose una circunstancia relevante de su conducta.

Bien pudo ocurrir que, en efecto, el conductor involucrado hubiese dejado de referir en esa ocasión la presencia o intempestiva actitud del menor, que le habría obligado a maniobrar bruscamente su vehículo; ello pudo suceder porque tal aparición imprudente no ocurrió y aún no se la había ideado, o porque, habiendo ocurrido, el conductor no la mencionó en ese primer y único contacto con la autoridad, cosa poco probable pues de haber sido real esta cardinal circunstancia del accidente, no resultaría lógico que quien la padeció dejase de mencionarla, siendo tan importante para él como exculpación; o que sí lo hizo y quien lo escuchaba y luego reporta lo que percibió de oídas, no lo captó, o lo olvidó o, por cualquier razón, prescindió de repetirlo, actitud reprochable en un servidor público que debió motivar oportuna censura o al menos réplica de la defensa, que se echan de menos.

Lo que resulta incuestionable, en todo caso, es la no referencia a dicha circunstancia en el informe rendido por el Comandante de la Estación de Policía y que la comprobación que de allí puede derivarse no mereció análisis alguno de parte del Tribunal, lo cual determina el error de hecho por falso juicio de existencia.

En principio, constituye una concepción verosímil que por la hora y día, aproximadamente 8:00 a.m. de un domingo, el centro educacional estuviere cerrado y no hubiese menores por ahí.

Sin embargo, como anota el señor Procurador Delegado, lo «allí consignado, puede reportar coincidencia o discrepancia con la realidad que emerge de las otras pruebas aducidas al proceso», y mientras no sea debatido apropiadamente su alcance probatorio, en conjunto con el de las demás probanzas de fuente y recepción directa y controvertida, no podrá medirse la trascendencia que este aspecto, ciertamente dejado de considerar por el *ad quem*, pueda tener.

Así se está efectuando, mas es el propio conductor Bernal Acero quien con sus versiones paulatinamente moldeadas se encarga de quitarle substancia a la presencia de menores en la proximidad de la escuela de «Prado», uno de los cuales habría amagado imprudentemente cruzar la vía.

En efecto, todo indica que en la primera ocasión ni siquiera lo mencionó ante la autoridad policíaca que reporta el accidente y le deja a disposición del Juez Penal Municipal:

«Según versión verbal del conductor del campero venía a una velocidad moderada y en el sitio del accidente que queda en una curva salieron los ciclistas bastante abiertos y no fue posible evitar la colisión a pesar de haberlo tratado» (I.5).

Ante el Juzgado Penal Municipal, en indagatoria tres días después del accidente, ya hace referencia a los menores y al «amague» de uno de ellos de pasar la vía, situación que le llevó a tomar precauciones pero que viene a resultar virtualmente indiferente a la causa del fatal suceso:

«... Habían unos pelados al lado derecho de la carretera, entonces unos (sic) de los peladitos hizo el amague de pasar la carretera, entonces para evitar que de pronto el pelado se atravesara y lo atropellara, mermé la velocidad del carro, le coloqué tercera y seguí en el momento que pasé por el frente de los pelado (sic) volté (sic) a mirar y venía un ciclista en sentido contrario, venía abierto, por más que hice el deber de quitarle el carro, alcanzó a estrellarse con el carro, pues en el momento del golpe paré el carro y me bajé... en el mismo momento del accidente resultó otro muchacho ciclista también el cual se raspó la pierna pues yo lo traje al hospital a los dos. ...» (f.8).

Al solicitársele que «haga un croquis de los hechos anteriormente narrados, describiendo el sitio exacto del impacto, con relación al ancho de la vía», coloca al ciclista en el centro de ésta y no dibuja al grupo de jóvenes ni al que «amagó» pasar la vía (fs. 9 y 10).

Es después (noviembre 16/90) ante el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal, también en indagatoria, cuando adiciona que «en el momento que el niño hizo el intento de pasarse yo me abrí un poco para evitar atropellarlo. ...» (f. 72).

Todo lo anterior le quita credibilidad a la presencia de los menores y al «amague» de pasar la vía por parte de uno de ellos, desdibujándose entonces el caso fortuito que de allí se ha querido derivar.

2.- El libelista acude en seguida al error de hecho por falso juicio de identidad, en que expresa que incurrió el Tribunal por no valorar, con respeto a la sana crítica, los hechos percibidos por el pedalista sobreviviente Sergio Orlando Molina Rincón y el conductor del colectivo veredal Jorge Arturo Ruiz Bello, coincidentes en aspectos esenciales de su relato tales como que los ciclistas viajaban orillados a su respectiva derecha; que el campero invadió intempestivamente el carril contrario, sin motivación perceptible de por qué el conductor desvió su rumbo, y que después de atropellar a los ciclistas siguió por espacio de cincuenta o cien metros más, haciéndoles pensar que el conductor «fuese dormido o borracho».

Afirma el impugnante que los hechos fundamentales así revelados, que además tuvieron refrendación durante la diligencia de inspección judicial al lugar de los mismos, fueron tergiversados en su dimensión objetiva, para derivar de ellos no la comprobada responsabilidad penal del procesado Bernal Acero, por improvisación, negligencia, impericia y violación de normas de tránsito, que se imponía como lógica y necesaria conclusión, sino la duda, surgida no de una confrontación integral del acervo



probatorio, sino de una supuesta falta de concordancia entre las versiones suministradas por los dos declarantes de cargo y las de éstos frente a las del procesado y su primo acompañante, pero respecto a circunstancias secundarias al hecho pumbe, tales como no coincidir el número de personas que se desplazaban en bicicleta (dos según Molina y tres según Ruiz), ni en la forma en que se movilizaban (hombro a hombro según Molina y en fila según Ruiz), como tampoco el sentido en que se desplazaba el Suzuki (en sentido normal hasta que «le dio el cabrillazo» según Molina y en contravía según Ruiz), «versiones cuyo contenido es parcialmente contradictorio en cuanto al hecho principal» en el concepto del Tribunal.

Agrega que de no haberse cometido el error de apreciación enroscado al fallador de segundo grado por omisión parcial del contenido de las declaraciones de los testigos de cargo, la decisión a tomar hubiera sido la de condena por homicidio culposo, toda vez que la duda declarada por el *ad-quem* emerge de criterios más subjetivos que reales respecto a cuestiones secundarias y no en cuanto a lo sustancial del relato de los deponentes Sergio Orlando Molina Rincón y Jorge Arturo Ruiz Bello, que lo hubiesen llevado a «valorar de otra forma el material probatorio global».

Lo reseñado en los tres párrafos anteriores podría confundir, por cuanto en el primero se hace referencia al falso juicio de identidad por quebrantamiento de la sana crítica en la estimación de las pruebas, en el segundo se endilga tergiversación y en el tercero, omisión parcial del contenido de los testimonios.

No obstante y al contrario de lo que conceptúa el señor Procurador encargado, un estudio más detenido permite colegir que, aunque su demanda no sea un modelo de técnica impugnatoria, sí acierta el censor en la identificación y comprobación del vicio probatorio endilgado al sentenciador de segunda instancia, al igual que en el examen del sentido de la violación y en el realce, con suficiencia de razones fácticas y jurídicas, de la trascendencia del error en las conclusiones del fallo protestado.

No es afortunada la réplica del señor Procurador Delegado en cuanto descalifica llanamente por antitécnica la formulación del reproche a la sentencia, puesto que no es cierto que el actor hubiese desarrollado la censura por falso juicio de identidad acudiendo a un cuestionamiento crítico del valor otorgado a la prueba, propio del «error de derecho generado en un falso juicio de convicción» (pág. 16 del concepto).

Recuérdese que el falso juicio de identidad por distorsión de los testimonios incriminatorios se hace consistir en haber sido parcelados arbitrariamente, omitiéndose una porción sustancial de su contexto, lo que desfigura su contenido, para hacerlos producir efectos probatorios contrarios a la verdad que aflora del proceso; planteamiento que consulta las

orientaciones jurisprudenciales sobre el particular, que el censor transcribe en lo pertinente.

Dijo en efecto esta corporación que el falso juicio de identidad por tergiversación de la prueba puede darse de dos maneras: «alterando su contenido, haciéndole decir lo que en realidad no predica, o también tomando una parte como si fuera el todo, de donde la omisión de una porción de su texto desfigura su contenido. En cualquiera de los dos sentidos, la prueba es distorsionada pues al final queda expresando algo que en realidad no contiene» (Cas. de 27 de septiembre de 1994, M.P. doctores Ricardo Calvete Rangel y Jorge Enrique Valencia M.).

De modo pues, que si aspectos relevantes de los testimonios rendidos por el ciclista sobreviviente Molina Rincón y el conductor del colectivo veredal Ruiz Bello, como los relacionados en precedencia, fueron omitidos del balance probatorio realizado por el Tribunal para arribar a una duda insalvable en cuanto a la responsabilidad penal predicable del procesado Bernal Acero, resulta patente que tales medios de persuasión fueron mal estimados en su real contenido, por desenfocada crítica, para hacerlos producir consecuencias dubitativas, que precisamente son superadas al estudiar íntegramente todo su contexto.

Se presenta entonces una falta de identidad entre lo que tales medios probatorios **objetivamente** revelan y lo que el Tribunal rescibió de ellos para sustentar el beneficio de la duda (*in dubio pro reo*) y llegar a la absolución impugnada, incurriendo en lo que precisamente configura el falso juicio de identidad por quebrantamiento de los principios de la sana crítica, que de haber sido aplicados necesariamente habrían llevado a la misma conclusión a la que arribó el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Facatativá: la certeza sobre la responsabilidad del sindicado.

No ha debido el Tribunal tomar aisladamente y maximizar las imprecisiones de los testimoniantes, frente al hecho incuestionable de que el vehículo mal conducido por Hernando Bernal Acero se pasó al carril de sentido contrario y allí encontró a los ciclistas, golpeando a uno de ellos con consecuencia mortal.

A lo anterior debe agregarse como complemento y para la conjunción debida en el análisis integral de la prueba, lo expresado al iniciar estas consideraciones en torno a la omisión evaluativa del informe policial, sobre lo referido por el conductor causante del accidente, que nada expresó acerca del intento del joven peatón de lanzarse a la vía, error de hecho en que ciertamente incurrió el Tribunal por falso juicio de existencia sobre una prueba, cuya trascendencia se colige precisamente al ser integrado con el resto del análisis, como se ha efectuado.

Prospera el cargo formulado como principal, lo cual torna superfluo el análisis del planteado como subsidiario.

#### DECISIÓN SUSTITUTIVA

1.- Encontrándose demostrados, como quedó expuesto, los errores de hecho en que incurrió el Tribunal Superior en el fallo que profirió por mayoría decisoria, yerros de tal transcendencia que no cometerlos habría llevado, no a la duda pregonada, sino a la certeza acerca de la responsabilidad penal del enjuiciado, corresponde a la Corte enmendarlos y casar la sentencia absolutoria impugnada, para sustituirla por una de carácter condenatorio en contra de Hernando Bernal Acero, por el delito de homicidio culposo de que fue víctima el ciclista Luis Germán Lara Pinzón, a raíz de hechos suscitados en las circunstancias de tiempo, modo y lugar expuestas en el correspondiente acápite inicial de esta providencia.

Resulta demostrado como contrario a las reglas de la sana crítica que el criterio mayoritario de segunda instancia se hubiese inclinado por la duda, desdeñando los testimonios incriminantes del ciclista sobreviviente y del conductor del colectivo veredal, coincidentes en lo sustancial de sus relatos y frente a las connotaciones objetivas del suceso, que permiten deducir con certeza que el conductor omitió el deber de cuidado que le era exigible, violó la norma de tránsito que le imponía mantenerse a su derecha y, al irrumpir imprudentemente en el carril contrario, dio lugar a la consumación de un homicidio culposo en los términos del artículo 329 del Código Penal, norma sustancial que, como consecuencia de los errores de hecho por falso juicio de existencia y de identidad que se han evidenciado, resultó infringida de modo indirecto por el fallador de segunda instancia, al igual que lo dispuesto por el 247 del Código de Procedimiento Penal.

Por el contrario, las mutables declaraciones de descargo de Bernal Acero, al igual que la de su primo Abelardo Díaz Bernal, que introducen simplemente la variante del intento de un joven de pasar la calzada, no son verosímiles en ese punto, ni ofrecen la connotación estructurante del caso fortuito.

2.- Hernando Bernal Acero aparece en el expediente como hijo de Alfonso y Leonor, nacido en Bogotá el 2 de diciembre de 1963, identificado con la cédula de ciudadanía número 11.431.790 expedida en Facatativá (f. 24 cdno. inicial), casado y con estudios en administración agropecuaria.

3.- Teniendo en cuenta los criterios para la fijación de la pena previstos en el artículo 61 del Código Penal; la buena conducta anterior y ausencia de observaciones negativas sobre la personalidad del sindicado, y no aparecer configurada circunstancia genérica ni específica de agravación punitiva, la sanción que le corresponde a Hernando Bernal Acero estuvo bien determinada en su tasación mínima por el Juzgado Cuarto

Penal del Circuito de Facatativá que le había condenado en primera instancia, esto es, dos (2) años de prisión; multa de un mil pesos (\$1.000) a favor del Consejo Superior de la Judicatura y suspensión por el término de un año en la conducción de vehículos automotores, por ser éste el mínimo, e interdicción de derechos y funciones públicas como pena accesoria, por el mismo lapso de la pena de prisión. Así se impondrá en esta sentencia sustitutiva.

4.- La Corte encuentra endeble la posición del impugnante sobre los perjuicios, no solo en cuanto se pronuncia sin «el rigor técnico que exige la casación sino con la libertad argumental propia de las instancias», que critica el Procurador Delegado en su concepto, sino particularmente porque el proceso transcurrió sin ser allegadas comprobaciones suficientes sobre la existencia y cuantificación de los daños y perjuicios de orden moral y material causados con el hecho punible, cuyo acopio compete oficiosamente a los funcionarios judiciales, pero por supuesto también a la iniciativa y postulación del correspondiente apoderado.

A falta de pruebas, es vano efectuar disquisiciones teóricas y tentativas de estimación pecuniaria, como las que esforzadamente y con «libertad argumental» ensaya el casacionista en el capítulo séptimo de la demanda, en su mayor parte igual al texto presentado ante el Juzgado del Circuito para interponer y sustentar la apelación contra la sentencia de primera instancia, ya que difícilmente se trascenderá de lo especulativo, como aquí ocurre al aseverar, por ejemplo, que la víctima sí tenía trabajo, como que «estaba empleado por un señor Agapito» (f. 64 cdno. Tribunal), o que «podría llegar a ser una gran figura del ciclismo» (f. 69 ib.).

Tal ausencia de comprobación para poder cuantificar objetivamente el daño causado, no deja opción diferente a la Corte que acogér las valoraciones efectuadas por el Juez de primera instancia en la correspondiente sentencia (fs. 433 y ss. cdno. inicial), de mayor fundamento que lo expuesto hipotéticamente por el recurrente:

4.1- Como daño emergente estimó «para este momento» (el de la sentencia, que tiene fecha Agosto 5/94), quinientos mil pesos (\$500.000) como valor de la bicicleta que utilizaba la víctima, destruida a causa del impacto, más cincuenta y seis mil cuatrocientos pesos (\$56.400) «respecto de los gastos hospitalarios y de entierro cubiertos por Ignacio Lara Penagos», para una suma de \$556.400.

4.2- Como lucro cesante, ningún valor a favor de la parte civil constituida por Ignacio Lara Penagos, padre de la víctima, de quien «mal puede decirse que... vio mermados sus ingresos», por cuanto no se acreditó «una relación de convivencia, ni de dependencia para suponer la causación del daño, lucro cesante que se aspira se indemnice».

4.3.- Como indemnización de los perjuicios morales, el equivalente en moneda colombiana de doscientos cincuenta (250) gramos oro.

Estos valores deberán ser cubiertos por el sentenciado a favor de Ignacio Lara Penagos dentro del término máximo de tres (3) meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia.

5.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por integración, las costas que se acrediten erogadas por la parte civil para el reconocimiento del derecho demandado, gravitando este aspecto de la controversia en el campo del derecho privado, serán tasadas en su oportunidad de acuerdo con las previsiones legales.

6.- Por encontrarse reunidos los requisitos del artículo 68 del Código Penal, se le otorgará al procesado Hernando Bernal Acero el subrogado de la condena de ejecución condicional, sólo en cuanto a la pena de prisión, por un período de prueba de dos años, beneficio del cual disfrutará previa suscripción ante el Juzgado del conocimiento, de la diligencia sobre el acatamiento de las obligaciones de que trata el artículo 69 *ibidem*, en la cual se comprometerá también a resarcir los daños y perjuicios en los valores antes reseñados, dentro del señalado término de tres (3) meses; obligaciones cuyo cumplimiento garantizará mediante la caución por valor de \$206.580.00 prestada para obtener su libertad provisional (f.113 *cdno. inicial*), con la advertencia de que la comisión de un nuevo delito o la violación de cualquiera de las obligaciones contraídas le significará de inmediato la ejecución de la pena condicionada y la efectividad de la caución prestada.

#### DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

1°. - CASAR la sentencia absolutoria objeto de impugnación.

2°. - CONDENAR al procesado Hernando Bernal Acero, de condiciones personales y civiles consignadas en la parte motiva de esta sentencia, a la pena principal de dos (2) años de prisión, un mil pesos (\$1.000) de multa y suspensión por el término de un (1) año en la conducción de vehículos automotores, como autor responsable del delito de homicidio culposo en la persona de Luis German Lara Pinzon.

Imponerle como sanción accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena de prisión.

3°.- **CONDENAR** al mismo procesado a pagar por concepto de indemnización de perjuicios causados con el delito, a favor del padre del occiso, señor Ignacio Lara Penagos, la suma de quinientos cincuenta y seis mil cuatrocientos pesos (8556.400), por los daños materiales y el equivalente de doscientos cincuenta (250) gramos oro en moneda colombiana, por los morales, valores que deberá cancelar dentro del plazo máximo de tres (3) meses, contado a partir de la fecha de la notificación de esta providencia.

Condénase además al sentenciado al pago de las costas del proceso, de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa.

4°.- **CONCEDER** a Hernando Bernal Acero el subrogado de la condena de ejecución condicional, únicamente sobre la pena de prisión, por el término y bajo la caución y condiciones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

5°.- Librense las comunicaciones atinentes al cumplimiento de lo resuelto.

Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calixte 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 Fresnoeda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## SUJETO ACTIVO CALIFICADO/ ESTAFA

1.-Si bien el contrato de prestación de servicios no genera vínculo laboral con el Estado, no pudiéndose considerar al procesado como un funcionario o empleado público, lo cierto es que las funciones que desempeñaba desde su condición de particular, de conformidad con el artículo 63 del C.P., permiten considerársele empleado público para efectos penales.

Para efectos penales, el artículo 63 del C.P. incluye a «toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio».

Es la calidad de las actividades encomendadas lo que determina su carácter de función pública, esto es, si se encuentran dentro de las que debe cumplir el ente para alcanzar sus objetivos.

2.-Para la Corte no cabe duda que la descripción típica del artículo 356 del C.P. admite la pluralidad de sujetos pasivos, no sólo porque así se explica el cambio de las expresiones «en perjuicio de otro» por «con perjuicio ajeno», en relación con el C.P. de 1936, que de suyo amplió cualquier criterio restringido al respecto, sino además porque, aun sin esta modificación, la estructura y contenido del delito de estafa, en ninguna forma impide que los sujetos timados puedan ser plurales, pues es claro que su reconocimiento no sólo depende de la literalidad de la norma sino, igualmente, de la naturaleza de la conducta descrita y del sentido mismo de la prohibición.

Y, no es que bajo este supuesto hermenéutico, la «determinación del sujeto pasivo», entendida como la previa individualización de las personas a quienes se induce en error, no pueda predicarse en estos casos por la dificultad que se presentaría en la identificación anticipada de sus integrantes por tratarse de una colectividad, pues una tal interpretación resulta desconocedora del verdadero alcance material y jurídico de la norma, además de que partiría de un concepto ideal de conducta.

En efecto, el hecho de que la identidad de cada uno de los sujetos que conforman la colectividad no sea inicialmente determinada por

el autor, no significa que la acción no recaiga sobre «personas perfectamente singularizadas», pues, en estos casos la conducta engañosa no va dirigida a un grupo de personas indeterminadas y abstractas sino, por el contrario, al que previamente se ha limitado con conocimiento pleno de las circunstancias temporoespaciales, modales y personales de sus integrantes, a quienes se quiere inducir en error.

Es que si bien el modelo de análisis dogmático de esta clase de conductas típicas, suele partir de la hipótesis en que concurre un solo sujeto pasivo debidamente individualizado, el cual es inducido en error mediante medios directos y personificados de convicción, esto no significa que el intérprete deba reducir el sentido hermenéutico de la norma a estos casos cotidianos, ni al punto de partida pedagógico, desconociendo los horizontes de proyección que emergen de su verdadero alcance, para lo cual se impone adentrarse en el contenido de la prohibición, auxiliado por claros elementos político criminales fundadores de una política penal justa, pues la abstracción de la norma no puede desconocer la realidad social y delictual del medio al cual va dirigida.

Admitir que la Ley se limitó a regular como estufa únicamente aquellas conductas defraudadoras desarrolladas en el ámbito de una relación directa, personal y física entre dos individuos, sería equivocado, pues además de que una tal interpretación estaría partiendo de un casuismo que no caracteriza al Código Penal vigente, resultaría absolutamente desconocedora de la propia descripción típica de este delito, que precisamente no limita los artificios y engaños generadores del error en la víctima, ni hace una tal exigencia, sino por el contrario, posibilita una amplísima gama de modalidades en su ejecución, sin dejar de lado la propia versatilidad y capacidad de ingenio del timador, que es consustancial a la defraudación engañosa. Además, habría que reconocer que el legislador estatuyó un delito de estufa fuera del modelo progresivo de relaciones socio-económicas que generan y del que participan sus destinatarios, lo cual no parece apropiado, pues tratándose de un delito que necesariamente se desarrolla en el ámbito del tráfico jurídico de las negociaciones comerciales y técnicas, no puede comprenderse en un marco diverso a aquél, con todas sus modalidades y posibilidades, más aún cuando legislaciones como la nuestra no hacen condicionamientos circunstanciales al respecto, cerrando el paso a todas aquellas defraudaciones posibles en el mundo moderno, como sería el caso del fraude informático, por ejemplo.

Siendo entonces diversos los sujetos pasivos a quienes va orientada la acción engañosa, el logro del fin propuesto exige la elección de unos medios idóneos para lograrlo, que por la complejidad en su

*ejecución necesariamente impone la exteriorización de una multiplicidad de actos dirigidos a cada uno de los integrantes de la colectividad, pues, entender que se estafa a este ente en abstracto, es tan solo una ficción, ya que incuestionablemente la inducción en error y la desposesión del patrimonio económico ajeno se logra de las personas en concreto, esto es de quienes lo conforman.*

*Trátase, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al reconocer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse.*

*Y, esto porque el considerar cada inducción en error como una acción autónoma y no como un acto integrante de la acción final propuesta por el defraudador, implica desconocer que la pluralidad de medios ideados y puestos en ejecución tienen como objetivo no el de estafar a una sola persona, sino a la pluralidad anticipadamente prevista y mutar esta voluntad para anteponerle una simple causalidad material, agotada en la obtención de cada una de las cantidades de dinero integradoras de la suma total que se pretende obtener por el estafador y para lo cual ha puesto en marcha los medios que ha creído idóneos para lograrlo, es nada menos que crear por parte del juzgador su propia conducta desconociendo la que realizó el autor del delito, con la impunidad que un tal proceder genera en la práctica cuando se trate de cuantías menores tipificables como contravenciones.*

*No obstante, este reconocimiento de la voluntad como contenido de la acción no puede conducir al equívoco de desconocer la valoración normativa que implica la prohibición típica, como que ésta constituye su límite para los efectos de la unidad de acción; debiéndose tener en cuenta, igualmente, el contenido y sentido del tipo para establecer hasta dónde permite que vaya esa voluntad y a partir de qué momento se inicia otra acción originaria de una imputación concursal, esto es, deben examinarse tanto la finalidad concreta propuesta por el autor, como el tipo penal correspondiente dentro del ámbito social en el cual es aplicado.*

No se trata, así, de buscar una solución recurriendo a un híbrido conceptual temporizador de inconsistencias teóricas, sino de poner en su punto el reconocimiento del fundamento de la acción con la prohibición normativa objeto de reproche, que impone recuperar todo el contenido material del tipo llevándolo hacia la relevancia jurídico penal que centrada en el bien jurídico objeto de tutela, suministra su real sentido y alcance.

Así y por tratarse de una acción única, el dolo consecuentemente también es único y no continuado, dirigido a la vulneración de un tipo penal que admite pluralidad de sujetos pasivos, y que con todos y cada uno de sus actos ejecutivos, y no acciones autónomas, totalizan la lesión final del bien jurídico, entendido como una unidad integrada por la pluralidad de intereses particularizables, lo cual significa que abarca todo el episodio fraudulento dirigido sobre las personas que integran la colectividad y no sobre ésta entendida como ente abstracto, pues lo que sucede es que la unidad de engaño empleado hacia la pluralidad de sujetos, hace que el error se materialice en cada uno de los actos que integran los diversos momentos de ejecución, motivo por el cual la cuantía del provecho ilícito corresponde a lo obtenido de todos los perjudicados.

Por tanto, ha de decirse finalmente, que la concurrencia de sujeto pasivo plural en el delito de estafa corresponde al sentido de la norma, tanto desde un punto de vista estrictamente dogmático, como desde sus postulados críticos y de los contenidos político-criminales que en un Estado social de derecho deben inspirar la hermenéutica jurídica, con la necesaria repercusión que tiene un tal planteamiento frente a la fijación de la pena, si se tiene en cuenta que una conducta así ejecutada implica especiales modalidades de ejecución del hecho punible, que un dolo integral de una acción que cubre una pluralidad de sujetos pasivos lleva a un grado de reprochabilidad mayor y que la afectación patrimonial de un conglomerado social, de suyo rebajan su gravedad.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santiago de Bogotá, D.C., tres de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado Acta No. 139 (25.09.96)

Proceso No.: 8874

#### 1. Vistos

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de junio de 1993 por el Tribunal Superior de

este Distrito Judicial, en la cual, por confirmación parcial de la de primera instancia, condenó a Alfredo Torres Pachon a la pena principal de 72 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 concusión, en concurso heterogéneo y sucesivo; negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y revocó lo relacionado con el pago de los perjuicios materiales causados con las infracciones.

## 2. HECHOS

Desde el mes de agosto de 1990, Alfredo Torres Pachon, pastor evangélico, contactó a los líderes comunales del barrio Juan Pablo II y sus alrededores, motivándolos para que convencieran a los miembros más próximos de sus comunidades a participar, sin sorteo previo, en los planes de adjudicación de vivienda promovidos por la Caja de Vivienda Popular, aduciendo estar próximo a ser nombrado como asesor de esa entidad, debiéndose llenar un formulario por los interesados, el cual les era devuelto con un sello de recibo de la Caja, e ir cancelando determinadas cuotas, de acuerdo con el plan escogido y las capacidades económicas de cada familia, como también comprometerse a conseguir 10 votos en favor del aspirante a la Alcaldía de Bogotá que él apoyaba.

En efecto, Torres Pachon fue vinculado a la referida Caja de Vivienda mediante contrato de prestación de servicios, pero no obstante que lo fue para que compilara la normatividad relacionada con la reforma urbana en el entonces Distrito Especial de Bogotá y su aplicabilidad en los programas de vivienda adelantados por la Caja, continuó haciendo los mismos ofrecimientos directamente y por intermedio de los referidos líderes comunales.

Pasado algún tiempo y pese a que algunos de los humildes aspirantes a obtener tan llamativa solución de vivienda habían hablado directamente con Torres Pachon, a quien le habían entregado dinero, ni unos ni otros obtuvieron respuesta alguna, pues ninguno de los más de 800 presuntos adjudicatarios aparecieron en las listas publicadas por la Caja de Vivienda Popular, no obstante haber entregado entre todos una suma superior a los \$27'000.000,00.

Sintiéndose timada la colectividad y en vista de que nadie les respondía por lo ofrecido y menos por el dinero que habían dado, empezaron a denunciar penalmente estos hechos, los cuales a la postre se integraron en el proceso de que ahora conoce la Corte.

## 3. SINOPSIS PROCESAL

A. Con base en la denuncia presentada por Rafael Franco Castro, uno de los líderes comunales intermediarios en el plan ideado por Alfredo Torres Pachon, el entonces Juzgado 47 de I.C., adelantó las diligencias pre-

eliminarlos recaudando abundante prueba testimonial proveniente en buena parte de los presuntos afectados con los hechos.

B. Iniciada la investigación el Juez 85 de I.C. Ambulante, ordenó la captura de Torres Pachon y a los pocos días la de Franco Castro, y como quiera que este último en su calidad de denunciante había informado que en la Inspección 15C de Policía se adelantaba una investigación contravencional por los hechos aquí investigados, se dispuso tramitarlos bajo la misma cuerda.

C. Capturados los sindicados y una vez escuchados en indagatoria, les fue resuelta su situación con medida de aseguramiento de detención preventiva para Torres Pachon por los delitos de estafa y concusión, al tiempo que se dispuso la libertad inmediata de Franco Castro.

D. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 439.4 del C. de P.P., el 2 de enero de 1992 se le concedió libertad provisional a Torres Pachon, procediéndose el 30 de marzo del mismo año a calificar el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en su contra como autor de los delitos de estafa y concusión, en concurso sucesivo, y cesación de procedimiento en favor de Franco Castro.

Recurrida esta decisión por vía de reposición, fue resuelta negativamente por el *a quo*, concediendo subsidiariamente la apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, quien mediante providencia del 8 de junio de 1992 modificó la calificación acusatoria en el sentido de atribuirle a TORRES PACHON concursos sucesivos de estafas y concusiones, ordenando la reapertura de la investigación para Franco Castro.

E. Adelantada la causa por el Juzgado 14 Penal del Circuito, el 21 de abril de 1993 se llevó a efecto la audiencia pública, en la cual se practicó la prueba testimonial solicitada por el defensor, profiriéndose sentencia condenatoria en contra del enjuiciado, en los términos ya reseñados, siendo confirmada parcialmente por el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor, revocándola en relación con los perjuicios materiales, como también se precisó inicialmente.

#### 4. LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, el demandante formula cinco cargos contra la sentencia impugnada, sin especificar en cuáles acude a la vía directa y en cuáles a la indirecta, remitiéndose a transcribir como marco legal de la censura el numeral primero del artículo 220 del C. de P.P., que concreta, así:

##### A. Primer Cargo

Aduce violación del artículo 140 del C.P., por cuanto, en su criterio, el fallador incurrió en error al "considerar" los acuerdos No. 20 de 1912 y



15 de 1959 por medio de los cuales se creó y reglamentó la Caja de Vivienda Popular señalando las características y finalidades de la misma, así como la Ley 6a. y el Decreto 2127 de 1945 que regulan lo concerniente a la vinculación de los funcionarios y empleados a dicha entidad y el Decreto 222 de 1983 sobre el régimen de contratación de las entidades estatales.

Acto seguido y dando como supuesto demostrado el hecho de que el procesado fue "vinculado" a la Caja de Vivienda Popular, el 1o. de noviembre de 1990 mediante el contrato de prestación de servicios de asesoría investigativa en materia de compilación de datos y normatividad en asuntos relativos a la reforma urbana en el Distrito Especial de Bogotá y de su aplicabilidad en los programas de vivienda popular adelantados por la Caja, colige en forma inconexa, que por ser estos cargos eminentemente políticos, Torres Pachon carecía de funciones, pues se trató de "una asesoría creada sobre la marcha de la institución".

En estas condiciones y luego de reproducir el texto de los artículos 122 y 123 de la C.P. y citar como fuente de su argumentación el artículo 167 del decreto 222 de 1983 que regula lo concerniente al régimen de contratación estatal, concluye que los contratistas de prestación de servicios no son empleados oficiales.

Y, como quiera que el tipo penal de concusión se predica de sujeto activo cualificado, es decir, del empleado oficial, y no obstante reconocer que dentro del mismo marco conceptual del artículo 63 del C. P. se incluye a quienes cumplan una función pública, concluye que en este caso no puede atribuírsele tal calidad a Torres Pachon porque "cualquiera vinculación a la administración pública, per se no puede entenderse como ejecución de un servicio público, con funciones públicas".

Por lo anterior, afirma, el fallo alacado no consideró la naturaleza, funciones y ejercicio de las labores desarrolladas por el procesado en la Caja de Vivienda Popular.

#### *B. Segundo Cargo*

Por error en la aprestación de la prueba documental sobre la naturaleza jurídica de la vinculación del procesado con la Caja de Vivienda Popular, formula el casacionista esta censura, pues, en su criterio, es necesario analizar el valor probatorio que la sentencia le otorgó a la misma.

Considera entonces inexacta la afirmación del Tribunal, que reproduce, en considerar que el procesado adquirió la calidad de empleado oficial a que se refiere el citado artículo 63 del C. P., con la celebración del contrato de prestación de servicios que suscribió con la Caja de Vivienda Popular, como quiera que en virtud de ello pasó a ejercer un servicio público, pues, como lo demostró en el primer cargo, dice, la mera relación contractual no genera el ejercicio del mismo.

Tal aserto, afirma, se encuentra desvirtuado, con la constancia sobre el objeto, remuneración y plazo del contrato, la carta del gerente de la Caja de Vivienda Popular en la que se ratificó al procesado la prestación del servicio y la versión del gerente administrativo Gustavo Aurelio Roa, de conformidad con la cual, era él quien "podía precisar los vacíos que un nuevo contrato causaba, por no existir estipulación ni reglamentación a ese respecto".

No obstante, el Tribunal llenó tal vacío estimando erróneamente que dicha prueba era suficiente para deducir la prestación del servicio público de manera transitoria y tipificar el delito de concusión, desconociendo que no le era permitido "suponer consecuencias jurídicas que el documento y su argumentación lógica no permitían", distorsionando, en consecuencia, el contenido del referido contrato.

#### C. Tercer Cargo

En esta oportunidad, se acusa la sentencia de segunda instancia de haber infringido la norma tipificadora de la concusión, pues debido a errores en la apreciación de la prueba, "se le inculpa al procesado el abuso del cargo o la función que no tenía".

Más adelante, transcribe el censor apartes de los fallos de primera y segunda instancia, así como unos renglones de la sentencia de casación del 18 de enero de 1983 en la que se afirma que en el delito de concusión no basta probar la calidad jurídica del sujeto activo sino que se requiere "abuso del cargo o de las funciones que el actor ejerce, debiendo existir relación causal entre el cargo y las funciones que le son anejas y el comportamiento de inducción, constreñimiento o solicitud de dinero o cualquier otra utilidad". Con estos auxilios argumentativos concluye la alicuidad de la conducta atribuida a Torres Pachon.

En este caso, agrega el demandante, el método utilizado por el procesado para engañar a las víctimas, no varió con su vinculación a la Caja de Vivienda Popular, y no habiéndose establecido el ingrediente subjetivo de la concusión, esto es, la relación entre el constreñimiento y el abuso del cargo, no podía el fallador afirmar su tipicidad.

#### D. Cuarto Cargo

Demanda el libelista la aplicación indebida de los artículos 26, 27, 28, 61, 64 y 66 del C.P., por considerar que "no existió concurrencia de hechos punibles ya que no se halla establecida la concusión".

Para demostrarlo, parte de un "principio estructural moderno", a su modo de ver, de amplia proyección en la doctrina y la jurisprudencia, que reconoce que no hay concurrencia de infracciones penales cuando varias acciones penetran progresivamente en la magnitud del daño del mismo bien jurídico, agregando que, desaparecido en nuestro medio el delito con-

terminado, las inquietudes latentes deben resolverse de tal modo que no se viole el principio de legalidad.

No obstante y sin conducir esta afirmación teórica al caso concreto y menos a la estructura de los tipos penales imputados a su defendido, pasa a exponer algunas reflexiones sobre las formas actuales de hacer proselitismo político, resaltando la producción literaria de Torres Pachon, pues, se trata de "un pastor venido a político".

Retoma lo expresado inicialmente considerando que el fallo no analizó la "finalidad teleológica" para aminorar la responsabilidad penal, pues "si hubo provecho económico... se obtuvo manipulando el prestigio del dirigente, sin ninguna contención ética de los mismos quienes hoy son sus detractores".

Regresando al planteamiento concursal de delitos, afirma que como el tipo penal no crea la conducta, sino que la desvalora, "de tal suerte que varios tipos penales que le asignan a una misma conducta la calidad de varias veces prohibida o varias veces desvalorada, no tienen la eficacia de multiplicar la conducta", en el caso presente, no pueden sumarse varios movimientos posteriores para considerarlos como concurso de hechos punibles, sino que, habida consideración del desvalor que la conducta implica, todos ellos deben ser considerados como una conducta única.

De lo anterior, concluye que la sentencia atacada acogió el criterio naturalista por haber considerado de manera independiente cada una de las conductas realizadas por el procesado en el período comprendido entre 1990 y 1991, pues en su criterio, debe tenerse en cuenta el plan común que determinó la realización de las mismas, razón por la cual se acoge a "lo entendido por la doctrina como realismo con sentido finalista".

Termina la censura con una cita del profesor Juan Bustos Ramírez, que no hace textual, de conformidad con la cual la repetición de conductas no implica un concurso real de delitos, sino un mayor choque con el derecho.

#### *E. Quinto Cargo*

En este último reproche, acusa el actor la violación de los artículos 61, 64 y 66 del C.P., debido a que, en su sentir, se desconocieron las condiciones del hecho punible, el grado de culpabilidad y las circunstancias concurrentes para la aplicación de la pena.

En orden a demostrar la censura, detalla los factores que de conformidad con el artículo 61 del C.P., deben tenerse en cuenta para la dosificación punitiva, destacando la labor de servicio al prójimo desarrollada por el procesado "con el único balsón del evangelio", así como el símbolo de redención que representa su movimiento político "Nueva Esperanza", de-

mostrativos de que la preparación ponderada del hecho punible tenida en cuenta para agravarle la pena, no corresponde a la realidad.

También sostiene que "algo sucedió con el artículo 66, ya que al momento de determinar la pena, se exacerbó el daño causado a las presuntas víctimas, descontextualizando todas las circunstancias que podrían concurrir en beneficio de Alfredo Torres Pachon".

Refiriéndose a la pena señalada para el delito de estafa, asevera el demandante, que la agravación punitiva no podía ir más allá de lo previsto en el artículo 372 del C.P., es decir, de una tercera parte a la mitad por tratarse de valor superior a cien mil pesos, pues en virtud de los principios del *non bis in idem* y el de legalidad, "no pueden aplicarse doblemente las circunstancias de agravación, ya que el tipo penal del artículo 373 (sic), es aplicable a los delitos contra el patrimonio económico", debiéndose entonces tener en cuenta las circunstancias genéricas de atenuación punitiva, atendiendo la personalidad, buena conducta anterior y los motivos altruistas de la acción política.

En ninguno de los cargos hace petición en concreto.

##### 5. CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL.

###### A. Primer Cargo

Considera inadecuados los argumentos expuestos por el censor, ya que no es suficiente establecer la naturaleza jurídica de la Caja de Vivienda Popular para determinar la calidad de empleado oficial de Torres Pachon, pues "no se encontraba vinculado a la Caja en virtud de una situación legal y reglamentaria (que de por sí es suficiente para determinar dicha calidad), sino por medio de otro vínculo jurídico, surgido éste de un contrato de prestación de servicios que le imponía el desarrollo de una serie de actividades para la entidad mencionada".

No obstante y en contradicción con este primer planteamiento procede a analizar la naturaleza jurídica de la Caja de Vivienda Popular para deslindar las posibilidades jurídicas de los vínculos laborales que puedan surgir en relación con ella y así sostener, que es la confusión conceptual entre función y servicio público la que conduce al demandante a afirmar que la modalidad contractual por medio de la cual fue vinculado Torres Pachon a la Caja de Vivienda Popular no permite atribuirle la calidad de empleado oficial necesaria para la tipificación del delito de concusión, pues advierte, que por el ejercicio de la función pública es que puede imputársele dicho delito al procesado, ya que una de las maneras de ejercerla es a través de la contratación laboral o administrativa, "en tanto que se establece el deber de desarrollar una serie de operaciones materiales que tienen por objeto la realización de las finalidades mismas del Estado".

Por lo tanto, teniéndose en cuenta que la asesoría investigativa realizada por Torres Pachon "configuraba una de las manifestaciones de la actuación de la citada entidad en tanto que ellos eran necesarios o cuando menos convenientes para el logro de los objetivos señalados a la Caja de Vivienda Popular y tiene, por consiguiente la calidad de función pública [sic] que se ejerció transitoriamente por el implicado", fueron interpretadas correctamente las normas que señala como violadas (Art. 140 del C.P., Acuerdos 20 de 1942 y 15 de 1959, la Ley 6a. y el Decreto Reglamentario 2127 de 1945), pues empleados oficiales son quienes ejerzan, así sea de un modo transitorio, cualquier función pública.

Solicita, por consiguiente, desestimar esta objeción.

#### *B. Segundo Cargo*

Para el Ministerio Público, parte el demandante de premisas indemostradas al afirmar que no es exacto "que la mera suscripción contractual genera de suyo el ejercicio del servicio público", asumiendo que logró acreditar el yerro en el primero de los reproches. Por ello, pese a que anuncia que la prueba es prolífica para establecer el desacierto, nada hace por demostrarlo "pues ni siquiera define el alcance y contenido de la relación contravencional, ni enfrenta el contrato celebrado con las normas jurídicas que lo rigen, de las cuales habría podido concluir, sin duda que si bien Torres Pachon no prestaba a través de dicha relación un servicio público, sí cumplía una función pública".

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, concluye que cuando se celebran contratos de prestación de servicios lo que en realidad se hace es encomendar a un particular algunas de las funciones públicas que ha de realizar la entidad oficial y que su encuentra imposibilitada de hacerlo por la limitación de su planta de personal.

En estas condiciones, no debe prosperar el cargo.

#### *C. Tercer Cargo*

Respecto de este cargo, dice el Delgado, se vuelve sobre lo planteado anteriormente, aduciendo la violación del artículo 140 por cuanto no se puede abusar de lo que no se tiene, toda vez que la relación contractual del procesado con la Caja de Vivienda Popular, no le otorgaba una función pública; aspecto despejado también en el cargo anterior, pues, en el caso particular, dicha función "está constituida por una serie de operaciones materiales que la administración le entregó al acusado y que éste debería desarrollar para contribuir a que la entidad alcanzara los fines estatalmente fijados".

Sin embargo, y pese a considerar "rescatable" el plantamiento, en lo que tiene que ver con la relación causal que debe existir entre las funcio-



nes de Torres Pachon y el delito imputado, no se ocupa del mismo por considerar que el demandante no lo desarrolló conforme a la técnica de este recurso, y además porque ello impone la anulación parcial de lo actuado, como lo demostrará más adelante.

#### *D. Cuarto Cargo*

Tampoco le halla mérito a este ataque, pues las reglas sobre el concurso sí eran aplicables al caso, dado que la acusación y la sentencia recurrida imputaron a Torres Pachon la comisión de varias conductas adecuadas a los delitos de estafa y concusión, siendo evidente la existencia de un concurso real de hechos punibles.

No obstante, encuentra dificultad, respecto de la calificación dada al segundo grupo de conductas "que determinó, inexplicablemente, el proseguimiento de un juicio penal, cuando en verdad, la naturaleza de las infracciones y su cuantía, imponían su trámite ante las autoridades de policía, de conformidad con lo previsto en la ley 23 y su decreto reglamentario, según se expondrá en su oportunidad propia".

Sin embargo, agrega, la incorrección de la censura radica en el abandono que hace el casacionista de los cauces jurídicos en orden a demostrar que el procesado cometió un solo delito, dando por descontado que su conducta ilícita fue una constante en su actividad política "y de que cada uno de los actos lo que en realidad hizo, fue profundizar el daño al bien jurídico, como si las normas sustanciales -que no estudia- permitieran dar este tratamiento a lo que es, jurídicamente un concurso de hechos punibles", reduciéndose la inconformidad del actor al concepto naturalista, según él, acogido por el Tribunal para deducir la presencia del concurso delictual, debiendo entonces demostrar que la legislación colombiana contiene normas que permitan imputar como un solo delito la existencia de múltiples conductas.

Por último, afirma, de aceptarse la tesis del casacionista se afectaría la situación del procesado, ya que de un concurso de estafas de mínima cuantía, de competencia de las inspecciones de policía se pasaría a un solo delito cuya prescripción es superior y su pena más grave.

#### *E. Quinto Cargo*

Al igual que los anteriores, para el Delegado este ataque no debe prosperar, pues aparte de que no determina si la violación de las normas que gobiernan la imposición de la pena se produjo directa o indirectamente, no demuestra cuáles fueron los yerros que condujeron al sentenciador a infringir la ley, limitándose a discurrir sobre la personalidad del procesado y algunos aspectos incidentes en la dosificación punitiva, sin ocuparse por demostrar yerro alguno sobre las pruebas, o de la interpretación o aplicación de las normas que estima infringidas, reduciéndose, por ende el cargo a sus juicios personales.



### F. Petición de nulidad

Aduce el Delegado en esta petición que no resulta jurídico diferenciar las conductas realizadas por el procesado, en razón del ejercicio de sus funciones en la Caja de Vivienda, cuando todas respondieron a una típica estafa, razón por la cual se produjo una indebida calificación respecto de las tipificadas como delito de conusión.

Afirma, entonces, que como este delito exige una relación de causalidad entre el cargo y las funciones públicas y el consureñimiento ejercido sobre el particular, de tal manera que se vea compelido a la entrega o promesa, en el caso concreto, es evidente, que Torres Pachon no abusó de sus funciones públicas pues éstas se hallaban restringidas a una labor investigativa, como quiera que su comportamiento delictuoso consistió en inducir en error a los habitantes de barrios subnormales respecto de sus condiciones, para solicitarles dinero, como se desprende de un análisis de los diversos testimonios recepcionados en el proceso.

Por lo anterior, considera quebrantada la estructura del proceso, imponiéndose, en consecuencia, la anulación de lo actuado desde la resolución acusatoria.

De otra parte advierte, y como quiera que ninguna de las cantidades recibidas superan el valor de los 10 salarios mínimos vigentes para la fecha de realización de los ilícitos, cuantía suficiente para predicar la existencia del delito de estafa, debe concluirse que en virtud de lo dispuesto en el artículo 10, de la Ley 23 de 1991, se trata de contravenciones especiales de conocimiento de las autoridades policivas.

Solicita, en consecuencia, casar el fallo impugnado, y decretar la nulidad de lo actuado y remitir las diligencias a los Inspectores de Policía.

## G. CONSIDERACIONES

### A. Primer Cargo

Sugiriendo la violación directa del artículo 140 del C. P., por errónea interpretación de las normas pertinentes a la creación y naturaleza de la Caja de Vivienda Popular, pretende demostrar el actor en este reproche, que al procesado no podía considerársele empleado público en los términos del artículo 63 *ibidem*, como que dicha noción no puede aplicarse a cualquier particular.

Carece de razón el casacionista al considerar que al procesado no le eran aplicables el régimen de los empleados públicos, ni el de contratación administrativa, debido a que de conformidad con el artículo 187 del Decreto 222 de 1983, los contratistas para la prestación de servicios no eran empleados oficiales, pues desconoce con un tal argumento toda la

problemática de la función pública que ha abordado la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito de interpretación del artículo 63 del C.P.

De ahí que, resulten erróneos los alcances interpretativos que dieron los juzgadores de instancia a los conceptos de servicio público y función pública al asimilarlos a la manera que lo hace el ahora recurrente, ya que son por completo diferentes, como también lo afirma el Representante del Ministerio Público ante esta Corporación.

Pues bien, en su carácter de rector de la sociedad, el Estado realiza una serie de actos reglados por la ley, a través de sus diferentes ramas y entes, cumpliendo dicha tarea por medio de empleados (transitorios o permanentes) quienes están obligados a cumplir con las funciones que les sean encomendadas y que por tal razón adquieren la calidad de públicas. El servicio público, en cambio, tiene un ámbito más restringido, pues lo conforman las actividades que propendan exclusivamente al cumplimiento de los fines esenciales que la Carta le ha señalado al Estado, las cuales se hallan reguladas en la ley o el reglamento de cada ente estatal.

Como lo anota el demandante, el contrato firmado por el procesado se dirigía a prestar una "asesoría investigativa en materia de compilación de datos y normatividad en asuntos relativos a la reforma urbana en el Distrito Especial de Bogotá y su aplicabilidad en el programa de vivienda adelantados por la Caja De Vivienda Popular". Siendo ello así, resulta evidente que con esta tarea no se le estaba encargando de prestar un servicio público, no obstante, queda por establecer si su actividad puede entenderse como función pública.

En efecto, dada la naturaleza de esta función, su cumplimiento no implica necesariamente el desarrollo de actividades normadas para el caso, ya que en muchas ocasiones, aparte de las tareas que los diversos organismos estatales deben desempeñar en su respectivo campo, se encuentran otras que por ser ocasionales son cumplidas por particulares, generalmente asesores, cuyos conocimientos especializados permiten dar solución a un problema específico en un momento determinado, ciñéndose su contrato solamente a este fin.

Por tanto, es obvio que estas personas no entran a ocupar un cargo público con funciones detalladas en la ley o en el reglamento, sino que prestan su concurso de manera transitoria, ejerciendo funciones públicas de acuerdo a la labor asignada.

De esta manera, debe recordarse que en el presente caso, el procesado fue contratado por la Caja de Vivienda Popular para asesorarla en materia de compilación de datos y normas en asuntos relativos a la Reforma Urbana del Distrito y su aplicabilidad en los programas de vivienda adelantados por el organismo, razón por la cual eran de utilidad en el desarrollo de las actividades para las cuales fue creada dicha entidad.

De lo anterior, bien puede concluirse que el argumento del casacionista pretende crear un sofisma, equiparando el objeto del contrato, que determinó las actividades a cumplir por Torres Pachon, con la descripción de las funciones que, como ya se dijo debe determinar la ley para el ejercicio de los empleos y cargos públicos, pues si bien el contrato de prestación de servicios no genera vínculo laboral con el Estado, no pudiéndose considerar al procesado como un funcionario o empleado público, lo cierto es que las funciones que desempeñaba desde su condición de particular, de conformidad con el artículo 63 del C.P., permiten considerársele empleado público para efectos penales.

No prospera el cargo.

*B. Segundo cargo*

El demandante sugiere en esta censura una violación indirecta de la ley por apreciación errónea de la prueba documental sobre la naturaleza de la vinculación de Torres Pachon a la Caja de Vivienda Popular, pudiéndose colegir en principio un falso juicio de identidad, respecto del contrato suscrito entre la entidad en comento y el procesado, la carta que el gerente de la Caja de Vivienda Popular le envió "ratificando la naturaleza de la prestación del servicio" y el testimonio de Gustavo Aurelio Mora.

No obstante, como la tesis del demandante se basa en que la firma del contrato no genera el ejercicio del servicio público, para luego aseverar que la prueba documental es prolífica en controvertir este asunto, no puede la Corte entrar a interpretar los vacíos del libelo, pues no analiza los aspectos en que tales pruebas fueron supuestamente distorsionadas, ni desquicia el sustento fáctico que tuvo la sentencia para arribar a esta conclusión, y no obstante que la contradicción argumental es evidente, termina cuestionando el valor que para los falladores merecieron dichos documentos, y por ende, desviando el ataque hacia los falsos juicios de convicción que ninguna prosperidad pueden tener esta sede, debido a que la valoración probatoria que llevaron a efecto los juzgadores se ciñó a las reglas de la sana crítica, por cuanto para tal fin no estaban sometidos a tarifa legal alguna.

Como bien lo observó el Delegado, la vacilación del casacionista para negar que el procesado prestaba un servicio público radica en la confusión que no despegó al desarrollar el primer cargo y que tiene que ver con dicho concepto frente al de la función pública, pues una cosa es tener el carácter de funcionario o empleado público y otra muy distinta es la del particular que transitoriamente cumple funciones públicas relacionadas con los fines de la entidad contratante, o presta un servicio público, las cuales indudablemente se realizan dentro de la ejecución de un contrato celebrado con entidades públicas del Estado.

Además, porque cualquiera de las anteriores modalidades, para los efectos del artículo 63 del C.P. significan lo mismo, es decir, independientemente de la calidad de empleado, funcionario público, contratista o particular al servicio del Estado, serán considerados empleados oficiales para efectos de la ley penal, no existiendo duda de que, en el caso concreto, Torres Pachon cumplía una función Pública en la Caja de Vivienda Popular.

Por consiguiente, la Caja de Vivienda Popular al contratar al procesado lo hizo con el objeto de ejecutar una tarea específica que no se encontraba en capacidad de realizar por medio de uno de sus empleados de planta.

El cargo no prospera.

*C. Tercer cargo*

Aunque en principio el casacionista parece proponer un error de hecho por falso juicio de identidad, no precisa las pruebas que en su criterio fueron falseadas, ya que su genérica referencia a la "prueba que vincula a Torres Pachon" ninguna claridad le da a la censura.

De otra parte, la confusión conceptual que en este ataque presenta el actor es palmaria, habida cuenta que da por descontado que la forma en que Torres Pachón se vinculó a la Caja de Vivienda Popular, implicaba el ejercicio de un cargo público que no estaba regulado en la ley y por tanto, no tenía funciones, desconociendo que, como ya se dijo, para efectos penales, el artículo 63 del C.P. incluye a "toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio".

De manera pues, que entender como parece hacerlo el demandante, que se ocupa un cargo cuando transitoriamente se está cumpliendo o ejecutando un contrato celebrado con la administración pública, es equivocado, ya que en tal caso, como sucede en el presente, se ejercen funciones públicas, que no un cargo público, pues se insiste, en que es la calidad de las actividades encomendadas lo que determina su carácter de función pública, esto es, si se encuentran dentro de las que debe cumplir el ente para alcanzar sus objetivos.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la relación de causalidad que debe existir entre el cargo y las funciones que le son propias con el comportamiento delictivo que se imputa, la esperada argumentación del reproche no se da en forma cabal, pues no desarrolla los argumentos tendientes a demostrar el yerro.

Además, si bien es cierto que los métodos persuasivos utilizados por Torres Pachon para inducir en error a sus víctimas, fueron los mismos empleados cuando aún no había sido contratado por la Caja, para dedu-

cir que no existió ningún abuso del cargo o de la función, debió el actor demostrar que la adecuación típica de concusión que se hizo de las conductas realizadas durante la permanencia de aquél en la Caja de Vivienda Popular fue errada por corresponder a la del delito de estafa.

No prospera el cargo.

#### *D. Cuarto cargo*

La demostración que del cargo hace el casacionista resulta equivocada, como que no obstante sugerir en su formulación una violación directa por aplicación indebida de los artículos 26, 27, 28, 61, 64 y 66 del C.P., que le exige respetar los hechos y las pruebas en la forma en que lo hizo la sentencia, pasa de inmediato a cuestionar hechos probados y sobre los cuales no admitió duda el fallo.

En efecto, y partiendo del sofisticado supuesto de que ya ha demostrado la inexistencia del delito de concusión, pretende desvirtuar la existencia del provecho económico obtenido por el procesado, exponiendo al efecto su particular punto de vista sobre la actividad política por él cumplida, aduciendo además, que si algún provecho existió fue a costa del prestigio de su defendido, sin ocuparse en lo absoluto por desquiciar el supuesto fáctico que le sirvió a la sentencia para concluir la obtención de dicho provecho respecto de los delitos imputados a aquél, ni mucho menos contrar las pruebas que demuestran su aserto.

Como se ve, la censura se queda en afirmaciones carentes de desarrollo, ajenas al recurso de casación, debiéndose tener en cuenta, como se ha reiterado constantemente, que en esta sede se persigue remediar los errores del fallador y los agravios ocasionados a las partes en virtud de los mismos, debiendo entonces el recurrente demostrar de manera seria y metódica, en qué consistió el error y cuáles las razones para tal conclusión, pues las opiniones personales ninguna incidencia pueden tener debido a que la sentencia arriba amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

No obstante este derrotero del cargo, inusitadamente se refiere al aspecto teórico de la unidad de conducta que bosqueja en la unidad de plan y de fin, sin confrontarla con el caso concreto, como tampoco a tipo penal alguno, lo cual hace que este reproche quede en el campo de lo abstracto e impida ser respondido por la Corte, pues es al censor a quien le corresponde la formulación completa del cargo y ante deficiencias de esta naturaleza, como es sabido, en sede de casación no es posible para la Sala complementar el libelo, más aún cuando ni siquiera especifica el motivo ni el sentido de la presunta violación de la ley sustancial, limitándose a afirmar el desconocimiento del artículo 26 del Código Penal.

El cargo no prospera.



*E. Quinto cargo*

La forma inconexa y confusa no sólo sobre la proposición del cargo, como que de nuevo omite precisar el motivo y sentido de la violación, así como su pretendida demostración, impiden a la Corte pronunciarse al respecto, ya que en virtud del principio de limitación, no es su labor, como ya se expuso, suplir las deficiencias técnicas de la demanda, ni mucho menos descifrar las pretensiones del actor.

En efecto, como también lo advirtió el Delegado, en esta censura se limita el casacionista a exponer sus particulares valoraciones sobre la personalidad del procesado y los aspectos que tienen que ver con la dosificación punitiva, con una serie de ideas sueltas que no desarrolla, y por ende, ningún yerro evidencia frente al fallo, siendo entonces imperioso concluir que el cargo no fue demostrado.

Se rechaza la censura.

*F. Petición del Delegado*

El Procurador Delegado solicita la declaratoria de nulidad de todo lo actuado, por considerar que en este caso concurren multiplicidad de contravenciones de estafa de competencia de las autoridades de policía.

Hubiese correspondido entonces y en orden de prioridades, estudiar en primer lugar esta petición, no obstante, se ha dejado para después del análisis de la demanda, dada la secuencia argumental entre la tesis central del censor, aunque fallida por su inconsistencia conceptual y técnica, los razonamientos ociosos del Delegado y los que hará la Sala sobre la tipicidad de la conducta objeto de imputación.

Es cierto, como lo afirma el Ministerio Público, que si bien Torres Pachon detentaba la calidad de empleado oficial, hoy servidor público, en los términos de la Ley 190 de 1995 (art. 18), esto no significa que fatalmente por reunir tal exigencia deba predicarse la tipicidad del delito de concusión, pues como él también lo resalta, debe examinarse si los dineros obtenidos de las víctimas lo fueron abusando del cargo o de las funciones que desempeñaba durante el tiempo de ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con la Caja de Vivienda Popular.

Como es sabido, para que se tipifique el delito de concusión necesariamente debe existir una relación de causalidad entre el empleo o las funciones y el constreñimiento o inducción hecha al particular para dar o prometer algo al empleado o a un tercero. La falta de dicho vínculo y la consecución de sus propósitos merced a habilidades personales y en circunstancias y situaciones ajenas a sus responsabilidades con el Estado, hacen atípica relativamente la conducta.

Esto es lo que sucedió en el presente caso, ya que como se ha venido rescatando a lo largo de este fallo, antes de su contratación con la Caja el



procesado había ideado y puesto en marcha la acción de apropiarse por medios ilícitos de los dineros pertenecientes a la comunidad de los barrios Juan Pablo II y aledaños. Su nexo con la Caja y las transitorias funciones a él asignadas, le sirvieron tan solo para dar visos de mayor credibilidad a sus maniobras engañosas, pues Torres Pachon fue contratado por dicha entidad para compilar una serie de normas que regulaban lo atinente a la vivienda de las clases menos favorecidas, lo cual en ningún momento significó aprovechamiento o uso indebido de las mismas.

Por eso, aún después de surgir el vínculo contractual, continuó recorriendo un amplio sector del sur de Bogotá para insistir en las promesas hechas en los meses anteriores, cuando todavía no trabajaba para el ente estatal, con la diferencia que ahora las reforzaba argumentando que su trabajo para la Caja, le facilitaba velar por los intereses encomendados, sirviéndole, entonces, su cargo únicamente de medio para hacer incurrir en error al grupo afectado.

Los intermediarios que antes le habían colaborado continuaron haciéndolo ahora más convencidos que nunca de que Torres Pachon tenía la capacidad de hacer realidad las ilusiones que les había forjado. Por ello siguieron recogiendo las cuotas asignadas a las familias, hasta conseguir recaudar varios millones de pesos, recibiendo a cambio una solicitud de vivienda previamente redactada por éste o por sus ayudantes, que ostentaba el sello de radicación perteneciente a la Caja.

Como se ve, hasta aquí llegó el trámite que realizó ante dicha entidad, pues ninguna otra cosa podía hacer ya que las funciones de compilador de normas que se le asignaron no tenían relación alguna con dichas adjudicaciones, razón por la cual no es posible afirmar el nexo causal entre estas y la inducción hecha a los particulares para obtener la entrega de las cuotas exigidas y como contraprestación, la adjudicación de viviendas populares, siendo por ende atípica de concusión su conducta.

Ahora, no tipificándose la concusión, queda por establecer si se estructura el delito de estafa por el que también se le dictó resolución de acusación y se le condenó. Según el Procurador Delegado, éste permanece inalterable dado que el comportamiento atribuido al procesado se disgrega en numerosas conductas, que por la cuantía de cada una de ellas pasarían a ser contravenciones especiales de competencia de las Inspecciones de Policía, por mandato del artículo 10. de la Ley 23 de 1991, originándose la nulidad de todo lo actuado. Y, precisamente, este aserto es el que no comparte la Sala, pues, no se trata de un concurso contravencional de estafas sino de un solo delito de estafa con pluralidad de sujetos pasivos.

Para la Corte no cabe duda que la descripción típica del artículo 356 del C.P. admite la pluralidad de sujetos pasivos, no sólo porque así se explica el cambio de las expresiones "*en perjuicio de uno*" por "*con perjui-*

cin ajeno", en relación con el C.P. de 1936, que de suyo amplió cualquier criterio restringido al respecto, sino además porque, aun sin esta modificación, la estructura y contenido del delito de estafa, en ninguna forma impide que los sujetos timados puedan ser plurales, pues es claro que su reconocimiento no solo depende de la literalidad de la norma sino, igualmente, de la naturaleza de la conducta descrita y del sentido mismo de la prohibición.

Y, no es que bajo este supuesto hermenéutico, la "determinación del sujeto pasivo", entendida como la previa individualización de las personas a quienes se induce en error, no pueda predicarse en estos casos por la dificultad que se presentaría en la identificación anticipada de sus integrantes por tratarse de una colectividad, pues una tal interpretación resulta desconocedora del verdadero alcance material y jurídico de la norma, además de que partiría de un concepto ideal de conducta.

En efecto, el hecho de que la identidad de cada uno de los sujetos que conforman la colectividad no sea inicialmente determinada por el autor, no significa que la acción no recaiga sobre "personas perfectamente singularizadas", pues, en estos casos la conducta engañosa no va dirigida a un grupo de personas indeterminadas y abstractas sino, por el contrario, al que previamente se ha limitado con conocimiento pleno de las circunstancias temporoespaciales, modales y personales de sus integrantes, a quienes se quiere inducir en error.

Es que si bien el modelo de análisis dogmático de esta clase de conductas típicas, suele partir de la hipótesis en que concurre un solo sujeto pasivo debidamente individualizado, el cual es inducido en error mediante medios directos y personificados de convicción, esto no significa que el intérprete deba reducir el sentido hermenéutico de la norma a estos casos cotidianos, ni al punto de partida pedagógico, desconociendo los horizontes de proyección que emergen de su verdadero alcance, para lo cual se impone adentrarse en el contenido de la prohibición, auxiliado por claros elementos político-criminales fundadores de una política penal justa, pues la abstracción de la norma no puede desconocer la realidad social y delictual del medio al cual va dirigida.

Admitir que la Ley se limitó a regular como estafa únicamente aquellas conductas defraudadoras desarrolladas en el ámbito de una relación directa, personal y física entre dos individuos, sería equivocado, pues además de que una tal interpretación estaría partiendo de un casuismo que no caracteriza al Código Penal vigente, resultaría absolutamente desconocedora de la propia descripción típica de este delito, que precisamente no limita los artificios y engaños generadores del error en la víctima, ni hace una tal exigencia, sino por el contrario, posibilita una amplísima gama de modalidades en su ejecución, sin dejar de lado la propia versatilidad y capacidad de ingento del timador, que es consustancial a la de

fraudación engañosa. Además, habría que reconocer que el legislador estatuyó un delito de estafa fuera del modelo progresivo de relaciones socio-económicas que generan y del que participan sus destinatarios, lo cual no parece apropiado, pues tratándose de un delito que necesariamente se desarrolla en el ámbito del tráfico jurídico de las negociaciones comerciales y técnicas, no puede comprenderse en un marco diverso a aquél, con todas sus modalidades y posibilidades, más aún cuando legislaciones como la nuestra no hacen condicionamientos circunstanciales al respecto, cerrando el paso a todas aquellas defraudaciones posibles en el mundo moderno, como sería el caso del fraude informático, por ejemplo.

Siendo entonces diversos los sujetos pasivos a quienes va orientada la acción engañosa, el logro del fin propuesto exige la elección de unos medios idóneos para lograrlo, que por la complejidad en su ejecución necesariamente impone la exteriorización de una multiplicidad de actos dirigidos a cada uno de los integrantes de la colectividad, pues, entender que se estafa a este ente en abstracto, es tan solo una ficción, ya que incuestionablemente la inducción en error y la desposesión del patrimonio económico ajeno se logra de las personas en concreto, esto es de quienes la conforman.

Trátase, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse.

Y, esto porque el considerar cada inducción en error como una acción autónoma y no como un acto integrante de la acción final propuesta por el defraudador, implica desconocer que la pluralidad de medios ideados y puestos en ejecución tienen como objetivo no el de estafar a una sola persona, sino a la pluralidad anticipadamente prevista y mutar esta voluntad para anteponerle una simple causalidad material, agotada en la obtención de cada una de las cantidades de dinero integradoras de la suma total que se pretende obtener por el estafador y para lo cual ha puesto en marcha los medios que ha creído idóneos para lograrlo, es nada menos que crear por parte del juzgador su propia conducta desconociendo la que realizó el autor del delito, con la impunidad que un tal proceder generaría en la práctica cuando se trate de cuantías menores replicables como contravenciones.

No obstante, este reconocimiento de la voluntad como contenido de la acción no puede conducir al equívoco de desconocer la valoración normativa que implica la prohibición típica, como que ésta constituye su límite para los efectos de la unidad de acción; debiéndose tener en cuenta, igualmente, el contenido y sentido del tipo para establecer hasta dónde permite que vaya esa voluntad y a partir de qué momento se inicia otra acción originaria de una imputación concursal, esto es, deben examinarse tanto la finalidad concreta propuesta por el autor, como el tipo penal correspondiente dentro del ámbito social en el cual es aplicado.

No se trata, así, de buscar una solución recurriendo a un híbrido conceptual temporizador de inconsistencias teóricas, sino de poner en su punto el reconocimiento del fundamento de la acción con la prohibición normativa objeto de reproche, que impone recuperar todo el contenido material del tipo llevándolo hacia la relevancia jurídico penal que centra en el bien jurídico objeto de tutela, suministra su real sentido y alcance.

Así y por tratarse de una acción única, el dolo consecuencialmente también es único y no continuado, dirigido a la vulneración de un tipo penal que admite pluralidad de sujetos pasivos, y que con todos y cada uno de sus actos ejecutivos, y no acciones autónomas, totalizan la lesión final del bien jurídico, entendido como una unidad integrada por la pluralidad de intereses particularizables, lo cual significa que abarca todo el episodio fraudulento dirigido sobre las personas que integran la colectividad y no sobre ésta entendida como ente abstracto, pues lo que sucede es que la unidad de engaño empleado hacia la pluralidad de sujetos, hace que el error se materialice en cada uno de los actos que integran los diversos momentos de ejecución, motivo por el cual la cuantía del provecho ilícito corresponde a lo obtenido de todos los perjudicados.

Por tanto, ha de decirse finalmente, que la concurrencia de sujeto pasivo plural en el delito de estafa corresponde al sentido de la norma, tanto desde un punto de vista estrictamente dogmático, como desde sus postulados críticos y de los contenidos político-criminales que en un Estado social de derecho deben inspirar la hermenéutica jurídica, con la necesaria repercusión que tiene un tal planteamiento frente a la fijación de la pena, si se tiene en cuenta que una conducta así ejecutada implica especiales modalidades de ejecución del hecho punible, que un dolo integral de una acción que cubre una pluralidad de sujetos pasivos lleva a un grado de reprochabilidad mayor y que la afectación patrimonial de un conglomerado social, de suyo relieves su gravedad.

En este caso, es verdad de a puño, que el procesado escogió a los miembros de la comunidad residente en los barrios Juan Pablo II, San Francisco y La Candelaria, para ofrecerles, aparentes soluciones de vivienda haciéndoles creer supuestas vinculaciones con la Caja de Vivienda Popular del Distrito, para lo cual exigió el pago de numerosas cuotas de

dinero, que efectivamente le fueron canceladas, sin que los presuntos beneficiarios obtuvieran lo prometido.

Así, para llevar a efecto la acción propuesta, aprovechó la campaña electoral que se adelantaba en el país para elegir a los miembros de las corporaciones populares: al igual que la ayuda que había prestado en épocas anteriores para la formación del barrio Juan Pablo II, poniéndoles de presente, su futura vinculación con la Caja de Vivienda Popular y el hecho de adelantar campaña electoral para uno de los aspirantes a la Alcaldía de Bogotá.

Con esto a su favor y previo contacto con los líderes comunitarios de esos sectores y sabedor de lo influyentes que eran en esas comunidades, los convenció de que lo ayudaran a conseguir el mayor número de familias que, a más de colaborar con votos al candidato que apoyaba, aportarían una suma de dinero cuya destinación hábilmente disfrazó, haciéndola aparecer como la requerida para resolver sus problemas habitacionales, ofreciéndoles diversas posibilidades de solución de vivienda, todas atractivas para las distintas necesidades que sabía existían entre las personas de esos lugares.

A los que no tenían vivienda les ofreció tres alternativas, dependiendo de su poder adquisitivo. A unos, la mayoría, les prometió que saldrían favorecidos en los sorteos de adjudicación de lotes con servicios de la Caja de Vivienda Popular. Se obligó con otros, como los casos de Ana de Caicedo, Flor María Giraldo, Jairo Sánchez Ospina y Marlén Giraldo, a conseguir que les titularan la propiedad de unos apartamentos de la Caja que presuntamente estaban para remate. Una última opción y dado que se trataba de un barrio de invasión, fue la de ofrecerles legalizar su posesión de hecho.

En estas condiciones, Rafael Franco Castro, con la colaboración de otros líderes comunitarios, como Aníbal Moreno Anzola, Tito Calderón Albarracín y Alvaro Gómez Gómez, quienes tenían ascendiente sobre numerosas familias, se dedicaron a ejecutar la acción dispuesta por Torres Pachon, quien para ponerse a buen seguro, dispuso que los dineros fueran recibidos por sus intermediarios de buena fe, excepción hecha de algunos pocos eventos en los que lo hizo en forma directa, mostrando ante la comunidad a Franco Castro como su representante personal.

Con estos colaboradores de confianza, cuyo único interés era ayudarse a sí mismos y a su gente, pudo llevar a buen término el fin propuesto pues ellos le brindaron el apoyo y la logística necesarios para que el mayor número de familias atendieran su falsa propuesta.

En estas condiciones, es evidente que Torres Pachon ideó la acción defraudadora dirigida a obtener ilícitamente la mayor cantidad de dinero posible, mediante la utilización de medios artificiosos debidamente deter-



minados, que ante la complejidad de su desarrollo exigían una ejecución igualmente compleja, en la medida que por estar orientada hacia múltiples personas, su exteriorización imponía imprescindiblemente la ejecución de los actos necesarios para que la acción debidamente concebida lograra la consiguiente y esperada consumación.

Así, propuesto el incremento patrimonial indebido, la elección de los precisos dirigentes comunitarios, unido al conocimiento directo que tenía del sector, de sus habitantes y de las necesidades habitacionales de los mismos, logró singularizar a éstos con la seguridad de que los medios engañosos ideados para el logro del fin propuesto, eran los idóneos frente a ese grupo determinado de personas, y no a otros, sin que le interesara la identificación de las futuras víctimas, por cuanto al saber de autemano que no cumpliría la oferta, sus nombres y demás información necesaria para identificarlas resultaba indiferente para el logro del objetivo delictual a desarrollar. Lo trascendental aquí era la singularización de las personas, que no eran ningunas distintas a aquellas sobre las cuales tenían ascendencia los líderes comunitarios escogidos para que le sirvieran de medio hacia la exteriorización de la conducta fraudulenta.

Esta ideación de la conducta, está diáfanaamente representada en la forma como se ejecutó, presentando las alternativas de vivienda a la exacta medida de la necesidad, la facilidad de pago, las falsas influencias en la Caja de Vivienda Popular y la colaboración a la campaña política, suscitando la creencia en los residentes de esos sectores, que por ese medio se les facilitaría la adquisición de vivienda, todo vinculado en la credibilidad y confianza de estas gentes hacia sus líderes, hicieron que la ejecución de la conducta fuera tan idónea hacia la inducción en error, que sin ninguna verificación entregaron las correspondientes sumas de dinero de las que finalmente se apropió el timador, pues además y para que no quedara duda de la apariencia de verdad, aparte de ser anotados en unas listas, se les entregaba una solicitud con sello de recibo de la referida Caja de Vivienda, las cuales contribuyeron a que en la ingenuidad de las personas engañadas, se convencieran de que la oferta de Torres Pachon era una realidad.

Por estas razones, es claro que aquí se trata de una sola acción con multiplicidad de actos ejecutivos, dirigida a pluralidad de sujetos pasivos, constitutiva del delito de estafa previsto en el artículo 356 del Código Penal, agravada por el num. 1o. del artículo 372 *ibidem*, al superar en exceso el monto de lo defraudado la suma de cien mil pesos.

Ahora, al haber sido acusado Torres Pachon por el concurso heterogéneo y sucesivo de los delitos de concusión y estafa y siendo que, como quedó demostrado, el único hecho punible que se tipifica es el de estafa, consumado respecto a todos los sujetos pasivos plurales que fue-



ron afectados con la defraudación, se debe precisar que el juicio de responsabilidad lo es por la integridad de la acción realizada, esto es, incluyendo los actos que dieron origen al cargo por concusión, habida cuenta de que éstos quedan absorbidos en la conducta defraudatoria por formar parte inquestionable de ella.

Por tanto, y con fundamento en los artículos 228 y 229.1 del estatuto procedimental, la Sala casará oficiosamente el fallo impugnado, declarando a Alfredo Torres Pachon, responsable de un delito de estafa consumado en las circunstancias de tiempo, modo y lugar expuestos en los precedentes acápites.

En el caso concreto deberá partirse de sesenta (60) meses de prisión, respecto de los cuales se tendrán en cuenta las circunstancias genéricas de agravación punitiva de los numerales 4o. y 9o. del artículo 66 del C. P., por la preparación ponderada del hecho punible y el abuso de la credibilidad de las familias que se vieron afectadas con el delito, lo cual determina un total de setenta y dos (72) meses de prisión y multa de \$250.000.00, como pena principal y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que se fijará por el mismo término de duración de la pena de prisión impuesta como principal, si se tiene en cuenta que en este momento por tratarse de único impugnante, dicho monto no puede superar la sanción que le fuera impuesta en las instancias (art. 227 del C. de P.P.).

Por lo expuesto y en parcial acuerdo con el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

1o. *Desestimar la demanda.*

2o. *Casar parcialmente y de oficio el fallo impugnado, en el sentido de que la responsabilidad penal declarada en contra de Alfredo Torres Pachón, lo es por el delito único de estafa y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que se dio cuenta en la parte motiva de esta decisión.*

3o. *Imponerle a dicho procesado la pena principal de sesenta y dos (72) meses de prisión y multa de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000.00) y como accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal.*

4o. *En todo lo demás, el fallo recurrido se mantendrá incólume.*

5o. *Iláganse las comunicaciones de ley.*

*Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.*

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardín Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dálmiro Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Sakazar Cuéllar. Secretaria.*

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ RECURSO DE CASACION/ COMPETENCIA**

*En torno a la procedencia del recurso de casación contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el tema ya ha sido objeto de diversos pronunciamientos por esta Corporación, en términos que resulta pertinente recordar:*

*«Lo. El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: ' Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley '. Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna.*

*«Así las cosas, como el estatuto procesal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia, es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, «máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria», pues que so la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de modo que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia (Auto Noviembre 18 de 1993. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).*

*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., cinco de diciembre de mil novecientos noventa y seis.*

*Aprobado acta No. 173*

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

*Proceso No.: 9579*

*Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el doctor Jorge Elías Manzur Jattin con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de*

Procedimiento Penal, contra la sentencia condenatoria proferida por la Sala de Casación Penal el veintidós de octubre del año en curso, mediante la cual le impuso las penas principales de cuarenta y ocho meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinticuatro meses, como penalmente responsable del delito de concusión por el cual se profirió en su contra resolución acusatoria.

#### ANTECEDENTES

1.- Con fundamento en la resolución de acusación proferida el 9 de junio de 1994 en contra del procesado por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema, fue llevada a cabo la etapa de juzgamiento ante esta Corporación, la cual culminó con el proferimiento de la sentencia de condena ya reseñada, que, luego de haber sido notificada en forma debida, cobró ejecutoria a las seis de la tarde del día siete de noviembre de la corriente anualidad, según constancia en tal sentido expedida por la Secretaría de la Sala (fl. 358-2).

2.- Mediante escrito fechado el día 13 de los corrientes y recibido en esta Corporación el 14 siguiente, el sentenciado Jorge Elias Manzur Jattin manifiesta interponer el recurso extraordinario excepcional previsto por el inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P., modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, a fin de que se case la sentencia impugnada «de conformidad con la sustentación que presentaré en el momento de la formulación de la demanda de casación», según anuncia que hace.

Estima que pese a doctrina reiterada por la Corte, «en el sentido de que a los fallos de única instancia no procede el recurso de casación», en el presente caso y conforme al nuevo estatuto procesal penal, la discrecionalidad que invoca, resulta procedente pues, según afirma, «se ha (sic) desconocido varias garantías fundamentales que harían necesario declarar la nulidad de lo actuado, en la medida que las diligencias investigativas adelantadas por la fiscalía» a partir de la indagatoria y que incluyeron la definición de la situación jurídica, el cierre de la investigación y la calificación del sumario con resolución de acusación, «fueron proferidas por un fiscal delegado ante la Honorable Corte Suprema de Justicia y por tanto careciendo de competencia para ello» (fl. 366).

#### SE CONSIDERA

Para responder la pretensión del doctor Jorge Elias Manzur Jattin, precisa la Sala que contra las sentencias que profiera la Corte, en única o segunda instancia, no proceden los recursos de apelación ni el extraordinario de casación en ninguna de sus formas: la ordinaria o la denominada excepcional o discrecional.

Lo anterior por cuanto al señalar el Constituyente que «La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria» (art.

234 C.N.), quiso que sus decisiones no tuvieran la posibilidad de ser revisadas por una instancia superior. Así lo reconoció la Corte Constitucional al ejercer la revisión previa de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, mediante Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996:

«Esta norma señala que la Corte 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 fallibilidad humana, se aprecia que ésta es ineluctable, 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 inexecutable del numeral 6o. del artículo 17o.

Este principio constitucional, de ser la Corte el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, fue cabalmente desarrollado por el legislador al establecer en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993, que el recurso extraordinario de casación procede, únicamente, contra las sentencias de segunda instancia proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan prevista pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años, de donde no puede menos que concluirse la improcedencia de la figura que ahora se invoca.

Otro tanto sucede con el recurso excepcional de casación referido en el inciso tercero *ejusdem*, por virtud del cual, puede discrecionalmente la Corte aceptar un recurso de casación, en casos distintos a los establecidos para la casación ordinaria, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, pues esta Sala ha sido reiterativa en disponer que tal facultad se halla limitada a las sentencias de segunda instancia respecto de las cuales no proceda la casación ordinaria, ora porque fueron proferidas por un Juzgado Penal del Circuito, o porque, habiendo sido emitidas por el Tribunal Nacional, un Tribunal Superior de Distrito Judicial o el Tribunal Superior Militar, el delito por el que se procede tiene señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo es inferior a seis años.

En torno a la procedencia del recurso de casación contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el tema ya ha sido objeto de diversos pronunciamientos por esta Corporación, en términos que resulta pertinente recordar:

«1o. El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley". Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna.

«Así las cosas, como el estatuto procesal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia, es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, "máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria", pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de modo que al asignarle la competencia para la investigación y



juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia.

«Ahora, si no es procedente el recurso ordinario de la apelación, con mayor razón resulta desalinada la interposición del recurso extraordinario de casación, el cual, en su modalidad común solamente es viable... contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad» (Inciso 1o, Art. 218 C de P.P., reformado por la ley 81 de 1993).

«No es que se esté interpretando esta norma de manera restrictiva, es que siendo la casación un recurso extraordinario, los fallos contra los cuales procede están previstos de manera taxativa, y por la propia naturaleza del derecho procesal, no es posible, so pretexto de una interpretación extensiva, pretender aplicarlo contra decisiones que la ley no ha señalado. Los recurrentes desconocen este elemental principio al afirmar que, «...si bien es cierto que no contempla las sentencias proferidas en única instancia, tampoco existe prohibición expresa en tal sentido, y lo que no está prohibido por la ley está permitido».

«2o. También se equivocan los impugnantes al acudir a la casación excepcional, pues si bien por esta vía es posible que la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, acepte el recurso para casos distintos a los mencionados en el ya citado inciso primero del artículo 218 *ibidem*, la excepción se refiere a la cantidad de pena exigida, en cuanto la pena privativa de la libertad señalada para el delito puede ser inferior a seis años, y en cuanto al funcionario que dictó la sentencia, que puede ser un Juez del Circuito, pero en ambos casos siempre que se trate de un proveído de segunda instancia, pues no existe en materia penal la casación *per saltum*, y cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.

«Es un error creer que esta disposición establece el recurso de casación contra sentencias proferidas por la Corte en única instancia, pues como ya se vio, estas decisiones, por voluntad del legislador, no son susceptibles de impugnación alguna.

«Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que no es procedente el recurso de casación interpuesto, y así se declarará» (Auto Nov. 18 de 1993, M.P. Dr. Calvete Rangel).

Adicionalmente se advierte, que el escrito fue presentado luego de cobrar ejecutoria la sentencia que ahora se pretende recurrir por vía extraordinaria, puesto que los 15 días establecidos por el legislador, a partir de la última notificación del fallo (art. 223 C.P.P.), es el término durante el

cual puede interponerse el recurso respecto de las sentencias que admiten tal posibilidad, esto es las de segunda instancia, requisito que no se satisface en el presente evento, porque, se insiste, la decisión fue asumida en única instancia, en cumplimiento de la competencia exclusiva otorgada por la Constitución Nacional (art. 235) y por la ley (art. 68 C.P.P.), para adelantar el juzgamiento de los funcionarios cobijados con fuero constitucional.

En estas circunstancias no queda otro remedio que rechazar la pretensión incoada, como se dejó visto.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

1.- DENEGAR el recurso extraordinario excepcional de casación intentado por el sentenciado Doctor Jorge Elias Manzur Jatlin por lo anotado en la motivación de este proveído.

2.- EJECUTORIADA esta determinación, deberán volver las diligencias al Despacho a fin de resolver los otros asuntos referidos en el informe de Secretaría que obra a folios 364-2.

Notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Cálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

De acuerdo con el trámite notarial de sucesiones previsto en el Decreto Legislativo 902 de 1988, modificado por el Decreto 1729 de 1989, los peticionarios o sus apoderados "deberán afirmar bajo juramento que se considera prestado por la firma de la solicitud, que no conocen otros interesados de igual o mejor derecho del que ellos tienen, y que no saben de la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los que se enuncian en las relaciones de activos y pasivos que se acompañan a la solicitud..." (art. 2º, se agregan subrayas). La exigencia del compromiso juramentado significa que la ley requiere una declaración escrita bajo juramento, que ha de presentarse ante el notario, previamente elaborada por los interesados, con el fin de proteger la pureza del proceso de liquidación y adjudicación de la herencia incoado ante dicho funcionario.

Si más allá de un simple documento, se trata de una declaración juramentada con un destinatario específico que es el notario. Indudablemente que el bien jurídico protegido en esa fórmula convencional del Decreto 902 no es directamente el tráfico jurídico, propio de los delitos de falsedad documental, sino el de la administración de justicia, entendida como la función jurisdiccional que resulta fundamental para la resolución de los conflictos sociales, apreciada como la garantía de la transparencia de los procedimientos en bien de todos y cada uno de los miembros de la colectividad. Interesa en este caso más la protección de la veracidad jurídica circunscrita a un proceso (notarial), que es lo que se compromete en el falso testimonio, que la autenticidad o la legitimidad sobreentendidas del documento que contiene la declaración, salvo que se trate de suplantar las personas de los herederos, evento en el cual sí entra a funcionar la falsedad. Con razón se ha sostenido que el falso testimonio es ley especial frente a la falsedad documental, porque en el primero se produce la alteración de un procedimiento a través de un medio de prueba.

Ahora bien, no puede confundirse el bien jurídico institucional denominado administración de justicia, que es el que en realidad se re-

*stentie en este caso, con los órganos autorizados para administrar justicia. La verdad es que cada vez que se incide en la resolución de un conflicto intersubjetivo, ya configurado ora eventual, con potestad estatal, se está administrando justicia, y es lo que hacen los notarios en esa clase de procesos sucesorios. Mayor claridad se observa sobre el bien jurídico verdaderamente lastimado en este caso, si se atiende el concepto extensivo de administración de justicia que consagra el artículo 116 de la Carta Política, según el cual excepcionalmente las autoridades administrativas y los particulares también realizan dicha función jurisdiccional.*

*En suma, situar la conducta examinada como delito de falsedad y no como falso testimonio, sería menospreciar la exacta relación del comportamiento con el bien jurídico tutelado, como faro que ilumina la interpretación de los tipos legales, en favor de un concepto formalista y contingente del modo de preservación de la declaración de voluntad ante las autoridades. Es decir; si la atestación se hace verbal sería constitución de falso testimonio, en caso de ser mentirosa, o tipificaría el injusto de falsedad en documento, si se extiende previamente y por escrito, cuando en verdad esta última modalidad nada tiene que ver con un pensamiento criminalizante, sino que sólo obedece al propósito político-constitucional de hacer más partícipes a los ciudadanos de las decisiones que los afectan (Const. Pol., art. 2°).*

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

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta N° 173

Proceso No.: 9775

### VISTOS

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia dictado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, fechado el 3 de marzo de 1994, por medio del cual se confirmó con reformas el que había proferido en primer grado el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de la misma ciudad, de fecha 7 de diciembre de 1993, por cuyo conducto se condenó a cada una de las procesadas Lilia María Y Luz Marina Nájara Páez a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, como coautoras responsables de un concurso de hechos punibles de falsedad en documento privado y fraude procesal.

El recurso de casación fue interpuesto y sustentado oportunamente por la defensa de las dos hermanas procesadas y, verificados los mínimos

de formalidad para la impugnación extraordinaria, se corrió traslado y se obtuvo el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

### HECHOS

En el hogar conformado por don José Vicente Nájjar Sanabria y doña Ana Rosa Pérez, asentado en esta capital, se procrearon nueve hijos cuyos nombres responden a *Maria Luisa, Maria Concepción, Pedro Pablo, Miguel Antonio, Marco Tulio, José Vicente, Jorge Enrique, Lilia María y Luz Marina Nájjar Pérez*. A la muerte del señor Nájjar Sanabria, ocurrida el 30 de diciembre de 1961, su cónyuge sobreviviente y sus hijos quedaron en posesión de un lote de terreno y la casa de habitación levantada sobre el mismo, situados en la calle 27sur N° 32-47, nomenclatura urbana de esta capital.

Ocurrió que en el mes de abril de 1989, la anciana Ana Rosa Pérez viuda de Nájjar y sus hijas *Lilia María y Luz Marina* le otorgaron poder a un abogado para que, por el ya permitido trámite notarial previsto en el Decreto legislativo 902 de 1988, se hiciera la liquidación de la sociedad conyugal y de la herencia, con la advertencia explícita de que las damas y el profesional actuante no conocían otros herederos distintos a las tres peticionarias, trabajo de partición y adjudicación que entonces quedó protocolizado en la Notaría Once de esta ciudad, por medio de escritura pública número 2080 del 23 de mayo de 1989, y en el cual aparecía doña Ana Rosa como única propietaria de los bienes relictos, dado que en el mismo acto notarial las dos pretensas herederas-hijas repudiaron la herencia en favor de su progenitora. Tales manifestaciones en notaría se hicieron a pesar de que las actuarías sabían que al causante Nájjar Sanabria, a la fecha del acto, le sobrevivían también sus hijos *Marco Tulio, José Vicente y Jorge Enrique* y que, no obstante el fallecimiento de *Maria Concepción, Maria Luisa, Miguel Antonio y Pedro Pablo Nájjar Pérez*, a ellos los representaban sus hijos en número de 6, 2, 3 y 3, respectivamente.

El 21 de septiembre de 1989, la señora Ana Rosa Pérez viuda de Nájjar suscribe una promesa de compraventa de la totalidad del inmueble en favor de su hija *Luz Marina*, y ésta, una vez fallecida su madre, por medio de escritura pública número 8354 del 30 de julio de 1990, extendida en la Notaría 27, le transfiere a su hermana *Lilia María* una parte especificada por cabida en el mencionado inmueble de los "derechos y acciones que le corresponden o pueden corresponderle dentro de la sucesión".

Pues bien, por idéntico rito notarial, después del deceso de doña Ana Rosa, ocurrido el 24 de noviembre de 1989, las hermanas *Lilia María y Luz Marina* deciden solicitar en su exclusivo favor la liquidación y adjudicación de la sucesión de su progenitora, oportunidad en la cual nuevamente manifiestan bajo juramento en el poder que no conocen otros inte-

resados de igual o mejor derecho al que les pertenece, efecto por el cual en la escritura pública número 3486 del 3 de diciembre de 1990, otorgada en la Notaría 11, figuran ellas como únicas propietarias en común y proindiviso del inmueble en cuestión.

Como quiera que los interesados *Marco Tulio Nájjar Pérez, José Vicente Nájjar Garzón* (hijo de Pedro Pablo), *Héctor Julio Torres Nájjar* (hijo de María Concepción) y *Jorge Alfonso Jiménez Nájjar* (hijo de María Luisa) se sintieron defraudados por las actuaciones notariales de las dos procesadas, el día 14 de mayo de 1991 formularon la denuncia penal que dio lugar al proceso penal que ahora nos ocupa.

#### ACTUACIÓN PROCESAL

El Juez Ciento Veinte de Instrucción Criminal, competente para investigar y calificar para la época en que se judicializaron los hechos, vinculó mediante indagatoria a las hermanas *Lilla María y Luz Marina Nájjar Pérez* y al abogado *Julio Celestino Fuentes Agamez*, éste por su intervención como apoderado en el primer trámite notarial, y posteriormente, por medio de auto fechado el 5 de agosto de 1991, los afectó con medida de aseguramiento consistente en caución prendaria, como presuntos autores responsables de un concurso de hechos punibles de *fraude procesal y estufa fals.*, 182 y 356 C. P.).

En la calificación del mérito sumarial, de acuerdo con interlocutorio fechado el 13 de abril de 1992, el mismo juez de instrucción criminal prolixe resolución de acusación en contra de las hermanas *Nájjar Pérez*, por los delitos de *fraude procesal y falsedad en documento privado* -desaparece entonces como imputación la estufa y entra en juego la falsedad privada-, con la advertencia de que los hechos punibles se cometieron en concurso material durante ambas ocurrencias ante el notario. En la misma providencia se ordena *cesar procedimiento* en favor del abogado *Fuentes Agamez*.

Como el auto calificatorio fue apelado por el defensor de ambas sumariadas, se envió el expediente para su trámite correspondiente ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, corporación que por detentar en aquél entonces la competencia, le dispensó el traslado al Ministerio Público, evento en el cual la Fiscal Sexta ante el Tribunal conceptuó que los delitos tipificados en realidad eran los de falsedad ideológica en documento público, agravada por el uso, y estufa, dado que las procesadas con sus expresiones mentirosas ante el notario lo determinaron a consignar una falsedad en la escritura, que es un documento público, y resulta además evidente la configuración de la defraudación patrimonial por el propósito económico posteriormente cristalizado- que animaba a las actoras, logrado merced al hecho de inducir en error al funcionario público. Como en este interin entró en vigencia el Decreto 2700 de 1991, y se



puso en funcionamiento la Fiscalía General de la Nación, le correspondió proveer sobre la apelación interpuesta a la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales Superiores de Santalé de Bogotá y Cundinamarca, entidad que, por medio de resolución fechada el 14 de septiembre de 1992, declaró desierto el recurso por ausencia de sustentación (fs. 24 a 29, cuaderno segunda instancia).

Al ingresar en la fase del juicio, el nuevo defensor de las procesadas, en uso de la oportunidad que ofrece el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, solicitó la nulidad de la actuación procesal, por violación al debido proceso, al derecho de defensa y al principio de prevalencia del derecho sustancial, a partir de la resolución que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto en contra de la acusación, con el argumento de que, no empecé la presentación oportuna del memorial de sustentación ante el fiscal de segunda instancia, éste no lo tuvo en cuenta y erróneamente afirmó que "no se había sustentado en tiempo, cuando la verdad es otra, como aparece de lo consignado en autos" (cuaderno original, fs. 211). El Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito, despacho al cual se le asignó por reparto el conocimiento del proceso, desestimó la nulidad solicitada por la razón que asistía a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal para declarar desierto el recurso, desestimación que reiteró al momento de resolver la reposición interpuesta por el peticionario (fs. 213 a 216 y 222 a 225). Como el reclamante había intentado subsidiariamente el recurso de apelación en contra de la decisión inicial del Juzgado de Circuito, intervino entonces la Sala Penal del Tribunal para confirmar lo resuelto por el *a quo*, por medio de auto fechado el 26 de febrero de 1993, con la aclaración de que la declaratoria de desierto del recurso en realidad no se produjo por la extemporaneidad en la presentación del escrito de sustentación, como lo quiere hacer ver el solicitante, sino por la "insuficiencia argumentativa y explicativa por parte del recurrente" (cuaderno de segunda instancia, fs. 41 a 45).

Cumplida regularmente la audiencia pública (fs. 279 a 281 y 307 a 308), el juzgado dictó la sentencia de primera instancia, fechada el 7 de diciembre de 1993, por medio de la cual condenó a las procesadas Lilia María y Luz Marina Nájara Pérez a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, a título de coautoras de un concurso de hechos punibles de *falsedad en documento privado y fraude procesal*. En el mismo fallo se denegó la solicitud de nulidad por fallas en la defensa técnica que había planteado el defensor; se les impuso a las condenadas la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual período al de la sanción privativa de la libertad; se declaró la obligación de las mismas procesadas de resarcir los perjuicios materiales y morales ocasionados, en cuantía de veinticuatro millones doscientos veinte mil quinientos treinta y un pesos con trece centavos (\$ 24.220.531,13) y el equivalente a diez (10) gramos-oro, respectivamente; se ordenó el trámite

dispuesto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, en razón a que dentro del proceso existe un inmueble precautelativamente embargado para garantizar el pago de los daños irrogados; y, finalmente, se les reconoció a las dos sentenciadas el subrogado de la condena de ejecución condicional, condicionado a la prestación de una caución prendaria.

Por obra del recurso de apelación propuesto por la defensa, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá proveyó por medio de sentencia de segunda instancia fechada el 13 de marzo de 1994, según la cual sólo se modifica la cuantía del lucro cesante, como parte de los daños materiales ocasionados, en el sentido de que las procesadas deberán pagar la suma de cien mil pesos (\$ 100.000,00) anuales por este concepto, en favor de "cada uno de los otros cinco herederos afectados con el reato que les ha acarreado condenación". En lo demás, se confirma el fallo de primera instancia.

En relación con este fallo de segunda instancia fue que se propuso el recurso extraordinario de casación, que se ha concretado en dos demandas, la primera en favor de *Lilia María Nájjar de Hurtado*, presentada por el defensor principal, y la segunda en favor de *Luz Marina Nájjar Pérez*, propuesta por el defensor suplente designado por el primero (fs. 79 a 88, cuaderno de segunda instancia).

#### LAS DEMANDAS DE CASACION

El demandante en favor de la procesada *Lilia María Nájjar Pérez o de Hurtado*, después de identificar el proceso y a los sujetos procesales, presentar los hechos y hacer un resumen de la actuación procesal, se ocupa de los siguientes cargos en contra de la sentencia de segundo grado:

1. El fallo se dictó en un juicio violado de nulidad. La infundada declaratoria de desierto del recurso de apelación intentado en contra de la resolución acusatoria, obra de la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales, llevó a que "este proceso en la etapa instructiva quedara de una instancia", con perjuicio evidente para el derecho de defensa, causal de nulidad prevista en el numeral 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, y también en detrimento de la garantía de la impugnación de las decisiones judiciales y la prevalencia del derecho sustancial. La negación de los recursos a los cuales se tenía derecho, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina que cita el censor, se traducen en mengua al derecho de defensa.

La fundamentación de este cargo se circunscribe al señalamiento de la oportunidad en la presentación del recurso de apelación rechazado por la segunda instancia de la Fiscalía, en el sentido de que la impugnación se intentó y se sustentó simultáneamente el 23 de abril de 1992, sustentación en la que se abundó a pesar de la derogatoria del artículo 57 de la Ley 2a. de 1984, mas, como si lo anterior fuera poco, el defensor

sustituto también expuso los motivos de inconformidad en escrito presentado a las 11:30 horas de la mañana del 29 de julio de 1992, fecha en la cual se tenía previsto el vencimiento del término de fijación en lista.

2. Al amparo de la misma causal tercera de casación (art. 220-3 C. P.), el recurrente aduce violación al debido proceso por cuanto, en relación con los hechos acaecidos el 24 de noviembre de 1989, que tienen que ver con el sucesorio de *José Vicente Nájjar Sanabria*, los falladores desconocieron el dicho de los denunciantes y, por ende, no advirtieron que los derechos de herencia allí reclamados estaban prescritos, razón por la cual la Corte debe decretar la nulidad a partir de la resolución de acusación, inclusive, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 304 del Estatuto Procesal Penal.

3. Pero si a la Corte no le convencen las anteriores peticiones de nulidad, porque considere irrelevantes los hechos narrados, el demandante invoca en tercer lugar la causal primera de casación, por falta de aplicación del artículo 1° de la Ley 50 de 1936, según el cual la petición de herencia puede hacerse dentro de los 20 años siguientes al deceso del causante, omisión que de contra condujo a los falladores a aplicar indebidamente los artículos 4, 61 y 221 del Código Penal.

Si se conecta este reparo con algunas objeciones indebidamente anticipadas e intercaladas en el capítulo de los "hechos y actuación procesal", se entiende que el demandante se refiere ahora a la liquidación y adjudicación de la herencia de la causante *Ana Rosa Pérez*, hecho ocurrido durante el trámite cumplido el 3 de diciembre de 1990 en la Notaría Once. De acuerdo con aquellas observaciones, cuatro (4) de los nueve (9) hijos con vocación hereditaria murieron antes que la causante, lo cual no le permite heredar a *Héctor Torres Nájjar y Jorge A. Jiménez Nájjar*, dos de los denunciantes, por cuanto éstos aparecen como hijos de algunos de los premuertos; y en relación con *Jorge Enrique y José Vicente Nájjar Pérez*, ya habían vendido sus derechos herenciales a las procesadas. De modo que solamente *Marco Tulio Nájjar Pérez* tendría el derecho a heredar, derecho que está vigente y puede hacer valer dentro de los 20 años siguientes a la muerte de la causante, sin que sea óbice para ello "el escrito contentivo de la falsedad", pues su pretensión "es de lute" y la falsedad en ese sentido resulta inofensiva.

Pide el recurrente, en consecuencia, que se infirme el fallo en cuanto al delito de falsedad en documento privado.

Ahora bien, en lo que atañe a la demanda presentada en favor de la procesada *Luz Marina Nájjar Pérez*, con el fin de evitar repeticiones inútiles, basta señalar que el accionante en este caso solamente presenta dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, de manera perfectamente coincidente con los de su colega de gestión, y que son los que se resumieron en los antecedentes numerales 2 y 3. Apenas de modo tangencial

se refiere este demandante a la inadmisión del recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución de acusación, sin formular directamente cargo alguno en esa dirección.

#### El CRITERIO DE LA PROCURADURÍA

Ha concepuado en este asunto el Procurador Primero Delegado en lo Penal, con la advertencia de que hará un estudio conjunto de las dos demandas de casación, supuesto que los dos cargos que esboza la segunda prácticamente son copia del segundo y tercer reparos del primer libelo. En esta línea de acción, el Ministerio Público le propone a la Corte las siguientes reflexiones:

1. En relación con el primer cargo, dice la Delegada que no puede prosperar la aspiración de nulidad a partir del proveído del 14 de septiembre de 1992, por medio del cual se declaró desierto el recurso de apelación propuesto en contra de la resolución acusatoria, si se tienen en cuenta las siguientes razones:

1.1 No obstante que la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca no se refirió al memorial presuntamente sustentatorio del recurso, la verdad es que ninguno de los dos escritos que reivindica el censor cumple las exigencias de sustentación, en el sentido de que no se abordan los fundamentos de hecho o de derecho que estructuran la providencia atacada; no se revelan por el apelante los objetivos contraargumentos de las razones probatorias y jurídicas esgrimidas en el proveído cuestionado; y ni siquiera se acudió a la modalidad de sustentación como crítica de la resolución en términos vagos o genéricos, modalidad que de igual manera repudia la doctrina jurisprudencial. En fin, no se produjo la anhelada fundamentación del recurso, como expresión de los motivos precisos de inconformidad, y no como mera apariencia de sustentación.

1.2 De otro lado, escribe el Ministerio Público, tampoco el casacionista se ocupó de demostrar la incidencia perjudicial de esa negación del recurso de apelación en el derecho de defensa, dado que el contenido de la acusación se controvertió en ulteriores fases del proceso y de tal manera se satisfizo la concepción integral de la defensa. Como la proposición así presentada resulta incompleta, repugna a los principios de limitación e imparcialidad que gobiernan el ejercicio del recurso de casación cualquier intento de la Corte para llenar tales vacíos.

2. En lo que se refiere a la improcedibilidad de la condena por los hechos relacionados con la sucesión del señor José Vicente Nájur Sanabria, por virtud de la presunta prescripción de los derechos herenciales, supuesto que habían transcurrido más de 20 años contados a partir de la muerte del causante, el Procurador Delegado hace ver que si bien la prescripción es tanto un modo de adquirir los bienes por posesión como un

modo de extinguir acciones o derechos (C. C., art. 2512), en tal caso se trataría de prescripción de una acción, concretamente de la de petición de herencia, fenómeno que en materia civil no puede ser declarado de oficio por el juez sino que debe alegarse por quien quiera aprovecharse de ella (art. 2513, ídem).

De modo que si los derechos sucesorales de *Lidia María, Luz Marina y Marco Tulio Nájjar Pérez*, lo mismo que los de su progenitora, "se encontraban en pleno vigor para el momento de la verificación de los primeros actos delictivos", supuesto que nadie había alegado expresamente la prescripción por la vía civil, no puede pretenderse entonces la inocuidad de la falsedad que representa la realización del primer trámite notarial. Tal argumentación del recurrente conduciría a un intolerable híbrido jurídico, pues el juez penal tendría que declarar de oficio una prescripción que en materia civil ha de ser siempre alegada y cuyo reconocimiento oficioso está vedado al juez civil. Por estas polísimas razones, el Ministerio Público critica los razonamientos del Tribunal que precipitadamente señalaron la presunta prescripción de los derechos herenciales en la sucesión del señor *Nájjar Sanabria* y, como consecuencia, la pregonada inoficiosidad e inocuidad de las conductas de las procesadas en relación con dicha herencia.

Por contrario modo a lo que piensa el recurrente, la Delegada opina que la conducta examinada sí tiene trascendencia en el ámbito del derecho penal, dado que las procesadas consignaron en el poder conferido a su abogado la expresión inverídica de que no conocían otros herederos de igual o mejor derecho, a sabiendas de que si existían, lo cual les permitió tramitar la sucesión por la vía del artículo 1° del Decreto 902 de 1988, dispuesta sólo para el evento en que todos los herederos están de acuerdo, actitud que de contra eludió el rito controversial ante el juez competente.

Por estas razones, opina la Delegada, no puede prosperar el segundo cargo.

3. Tampoco le asiste razón al libelista en lo relacionado con la falta de aplicación del artículo 1° de la Ley 50 de 1936, que prevé el término de prescripción de 20 años, porque en sentir del Ministerio Público se perfilan dos argumentos adversos a tal pretensión, a saber:

3.1 Por el contrario, el Tribunal le hizo un indebido reconocimiento a las procesadas cuando declaró que estaban prescritos los derechos herenciales de los denunciantes en la sucesión del señor *Nájjar Sanabria*, por haber transcurrido más de 20 años contados a partir de la muerte del causante, razón por la cual equivocadamente se concluyó que las expresiones mentirosas relacionadas con tal sucesión carecían de relevancia penal.



3.2 Pero a la vez el *ad quem*, ahí sí con razón, estimó que existía comportamiento ilícito de las procesadas en la manifestación maliciosa que se hizo en el poder otorgado para los mismos fines sucesorales, ya en relación con los bienes causados por la muerte de la señora Ana Rosa Pérez, en el sentido de que no existían herederos diferentes a ellas. Y es que no puede haber la "evidente exclusión" de la Ley 50 de 1936, si se tiene en cuenta que la prescripción de la acción de petición de herencia que allí se prevé no puede declararse de oficio por el juez.

4. Con todo, a pesar de que la demanda plantea la infracción inmediata del artículo 1° de la ley 50 de 1936, cuando en realidad se viola directamente el artículo 221 del Código Penal -que aquélla estima transgredido apenas indirectamente-, la Delegada se atreve a postular la prosperidad del tercer cargo por aplicación indebida del tipo de falsedad privada, con la advertencia de que reconoce de esta manera un defecto en el libelo, aunque por razones que son de su cosecha y no de la fundamentación del recurso, y que expone del siguiente modo:

4.1 Se parte del supuesto que el documento-poder es genuino en cuanto a su procedencia, pero inverídico en cuanto a las manifestaciones hechas por las procesadas en relación con la existencia de otros herederos. Así entonces, si el derecho penal, a diferencia de la moral y la religión, no puede exigir coercitivamente la veracidad en las manifestaciones humanas, resulta imposible estructurar la *falsedad ideológica en documento privado*, que sería la hipótesis estimable en este caso. Esta posibilidad es aún más remota en legislaciones como la nuestra que, no obstante la verdad del contenido documental, reprime la falsedad en la formación del documento como medio de prueba (falso veraz).

4.2 El verbo rector "falsificar" que usa el legislador en el artículo 221 comporta una acción material de transmutar lo genuino en falso o de conformar la falsedad del documento por creación material integral. No se previó en la legislación vernácula la hipótesis de la falsedad ideológica en documento privado, como sí se hizo para el documento público, de acuerdo con el artículo 219 del Código Penal, tipo en el cual se acude a las expresiones rectoras "consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad", y se omite el verbo "falsificar" que se ha reservado para la *falsedad material*.

4.3 Si no se acepta esta distinción que hizo el legislador en punto a la falsedad ideológica y material, según se trate de documento público o de documento privado, se otorgaría a la ley penal en este campo una función de tutela de la verdad o de la sinceridad que no se aviene con la regla de derecho, hasta el extremo de llegar a penar "los negocios jurídicos simulados a través de un acto de documentación que disfraza su esencia".

4.4 El defecto de la condena por el delito de falsedad privada se hace más notorio, si se advierte que la inveracidad propia de la esencia de ese



hecho punible también funcionó como medio engañoso para inducir en error al notario, ingrediente toral del injusto de fraude procesal, lo cual comportaría una violación a la garantía del *non bis in idem*.

Como petición final, la Delegada recomienda que se case la sentencia impugnada en el sentido planteado, de tal manera que la Corte proceda a dictar la sentencia sustitutiva y vuelva sobre la dosificación de la pena impuesta en la instancia.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se van a evacuar los cargos en el mismo orden de presentación en la demanda, sobre todo porque los dos primeros tienen que ver con una petición de nulidad de la actuación procesal que, en virtud del principio de prioridad, ha de examinarse en primer lugar, con el fin de evitar esfuerzos inútiles. Veamos:

##### *Primer Cargo*

Se aduce por el demandante violación al derecho de defensa, como causal de nulidad prevista en el numeral 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, dado que la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca declaró desierto el recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución acusatoria "por no haberse sustentado en debida forma", cuando lo cierto es que "sí se sustentó y se hizo en 2 ocasiones y dentro de los términos legales...". A continuación, el demandante se ocupa de señalar folios y fechas que comprueban la interposición y sustentación oportunas del recurso de apelación (cuaderno segunda instancia, fs. 81).

De verdad que la negación arbitraria de los recursos constituye un grave atentado contra el derecho de defensa y de contradicción, así como también implica un serio cercenamiento al derecho a la impugnación o de la doble instancia como facetas de la garantía fundamental del debido proceso. Ahora bien, no puede pretextarse intrascendencia del vicio con el argumento de que la acusación puede ser objeto de debate posterior en el juicio, como equivocadamente lo sugiere la Delegada, porque, lo primero, lo cierto es que el proceso penal en Colombia comporta dos fases, en cada una de las cuales debe garantizarse la defensa, y, de otro lado, la negación caprichosa de la oportunidad de revisión de la acusación por otra instancia imparcial acaba con la posibilidad y la esperanza del sindicado de no ser llevado ni siquiera al juzgamiento.

Sin embargo, el ataque que en esta dirección ensaya la demanda adolece de un vicio formal evidente. En efecto, mientras que en la resolución fechada el 14 de septiembre de 1992, por medio de la cual se declaró desierto el recurso de apelación, se dijo por la Unidad de Tribunal que la sustentación de la alzada era aparente: que simplemente se habían repe-

tido las apreciaciones subjetivas sobre la prueba y el derecho introducidas en el alegato precalificadorio, sin confrontarlas con las conclusiones de la resolución de primera instancia: que, en síntesis, no hubo ataques directos en contra de la decisión apelada (fs. 24 a 29); mientras esto se hizo en el proveído cuestionado, se repite, la demanda de casación solamente se inspecta en sostener apriorísticamente que si hubo sustentación, pues solamente le preocupó demostrar el requisito de oportunidad, sin exhibir los argumentos que entonces se expusieron para fundamentar el recurso inadmisible y la razón por la cual ellos sí constituían un verdadero soporte para proveer en segunda instancia.

Nótese que la decisión del 14 de septiembre de 1992, en manera alguna se refiere a extemporaneidad en la interposición o sustentación del recurso de apelación, que son los temas de los cuales se ocupa innecesariamente el demandante, sino que alude a la ausencia de una verdadera sustentación de la impugnación, materia de la cual se desentiende el censor.

Más como se entiende la trascendencia del reparo en la regularidad del proceso, a pesar de la falta de fundamentación en esta sede pero merced a la facultad oficiosa que existe en cuestión de nulidades (art. 228 C. P. P.), la Sala se ocupó de examinar cuidadosamente el protestado interlocutorio de la Fiscalía de segunda instancia, de cara a los escritos defensivos que ensayan la supuesta sustentación del recurso (fs. 190, cuaderno original y fs. 18 y 19, cuaderno 2a. instancia), para ver de comprobar la falta de argumentación contradictoria de ambos memoriales. En el primero, por ejemplo, sólo de manera abierta y genérica se dice que no se analizaron ni se les dio importancia valorativa a las versiones de las procesadas; que no se llamaron a declarar a todas las personas interesadas en el proceso y que no se tuvo en cuenta que los poderes fueron confeccionados por dos profesionales del derecho, que son los responsables de lo consignado en ellos por su saber jurídico, y no las procesadas que nada conocen de formulismos legales. En el segundo, el demandante reseña las conclusiones que él deriva de la actuación sumarial, sin explicar el iter lógico de las mismas, sin decir porqué habrían de acogerse por el *ad quem* y, lo más relevante, sin refutar la elaboración jurídico-probatoria que se hizo en la providencia de primera instancia.

Todo esto demuestra la ausencia de exteriorización de los motivos de agravio que, con el fin de evitar dilaciones injustificadas o caprichosas del proceso, se exige por el legislador como requisito *sine qua non* para abrir la segunda instancia, por la vía del recurso de apelación. La formación de un par dialéctico entre las reflexiones de la providencia apelada y las de refutación que consigna el memorial de sustentación del recurso, constituye la exigencia insoslayable para poder exponer el proceso a una segunda revisión por otra instancia imparcial, pues sólo de tal manera se concu-

ha el derecho constitucional a la defensa y a la impugnación con el derecho a una justicia pronta y eficaz, también de rango suprallegal.

Finalmente, en relación con este primer cargo, que por obvias razones habrá de ser desestimado, la Corte quiere aclararle al demandante que para la fecha en que se interpuso el recurso de apelación -23 de abril de 1992-, si existía la obligación de sustentar el recurso de apelación, como lo disponía el entonces vigente artículo 207 del Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), que rigió hasta el 30 de junio de 1992, a pesar de que se estimara insubsistente el artículo 57 de la Ley 2a. de 1984, norma que por primera vez exigió el requisito de sustentación de la apelación en toda clase de procesos.

#### *Segundo Cargo*

Se le atribuye defecto de nulidad a la sentencia, con fundamento en la causal tercera de casación, cifrado en la violación al debido proceso, por el presunto desconocimiento del fenómeno de prescripción que habría operado en relación con los derechos herenciales derivados del fallecimiento del señor José Vicente Nájjar sanabria, hecho ocurrido el 30 de diciembre de 1961, lo cual conduce a pensar que no podía condenarse a las procesadas por las falacias consignadas en ese primer trámite notarial de liquidación y adjudicación de la herencia de aquél, situación que se llevó a cabo en los meses de abril y mayo de 1989, cuando ya habían transcurrido más de veinte (20) años después del óbito, tiempo suficiente para que se active la prescripción, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 50 de 1936.

En esta materia se presenta enorme confusión no sólo en la demanda, sino también en la sentencia atacada y en el concepto de la Procuraduría. Apréciese, en efecto, lo siguiente:

1. Si el demandante echa de menos la aplicación de la norma sustancial sobre la prescripción de los derechos (art. 1°, Ley 50/36), lo cual presuntamente condujo a una equivocación en los juicios de valor de la sentencia condenatoria, no queda duda que ha escogido mal la vía del ataque, pues aquí se trata de un reparo al mérito de la decisión conclusiva (*error in iudicando*) y no de una glosa a la regularidad del procedimiento (*error in procedendo*). Obsérvese como en este caso no se han puesto en cuestión el conjunto de garantías que la constitución y los tratados internacionales han aprontado en favor del ciudadano procesado para protegerlo de los excesos del poder punitivo del Estado, tales como la presunción de inocencia, la defensa, el contradicторlo, favorabilidad, etc., todo lo cual constituye el debido proceso. Lo que se ha objetado es la falta de aplicación de una norma sustancial sobre prescripción, al momento de proferir la sentencia, lo cual se traduce en un error de juicio o meritación y no en un error de actividad procesal.

Los errores de juicio, que se refieren tanto a la ponderación de los hechos como a la aplicación del derecho, sólo puede alegarse por el sendero de la causal primera de casación; en cambio, las falencias sobre las garantías de la actividad procesal son las que se alegan por la vía de la nulidad (causal 3a). En este caso concreto, dado que lo reclamado se refiere a la falta de aplicación de la sustantiva ley 50 de 1936, debió acudirse a la causal primera, como violación directa de la ley, por falta de aplicación de aquella norma sustantiva y, consecuentemente, por indebida aplicación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

2. Aunque hasta la evidenciada falta de técnica para rechazar el cargo propuesto por canal diferente, la Sala le hace saber al demandante que la inquietud sobre la prescripción de los derechos herenciales ya había sido satisfecha por el Tribunal de Instancia que, en gráciosa e injusta concesión, adujo que se había producido *ope legis* el aludido fenómeno declinatorio y, por ende, que era inocua la falsificación producida en el poder otorgado para levantar la sucesión del finado José Vicente Nájfar Sanabria, aunque afortunadamente dejó vigente y procesó la acusación relacionada con la mistificación en el trámite de liquidación y adjudicación de la herencia de la desaparecida Ana Rosa Pérez. Así entonces, la insistencia que el demandante hace sobre este asunto, con el fin de que la Corte decrete la nulidad a partir de la resolución de acusación -como presuntamente debió hacerlo el tribunal-, conduce a desconocer flagrantemente el carácter residual de las nulidades, principio rector de las mismas en materia procesal penal, según el cual, a tal remedio extremo se acude cuando no exista otro medio para enjugar la irregularidad (C. P. P., art. 308, num. 5°). En este caso, la solución alternativa la brindó la actuación del fallo de segunda instancia por vía de apelación que, aunque de manera injustificada, eliminó el cargo por illicitud de la primera actuación notarial.

3. Sólo para observar claridad en la actuación de las instancias, supuesto que la prohibición de *reformatio in pejus* impide remover la injusticia de aquella concesión gráciosa del Tribunal (C. P. P., art. 227), conviene decir ahora que la aceptación y la reclamación de los derechos herenciales son diferentes de la específica "acción de petición de herencia". La calidad de heredero, que se adquiere con la delación de la herencia y la aceptación de la misma, se tiene mientras los derechos sobre los bienes relictos no se hayan extinguido en virtud de una sentencia en firme dentro de un juicio ordinario de pertenencia, incoado por quienes estuvieren en posesión de tales bienes, acorde con el principio de que la prescripción sólo aprovecha a quien la alega judicialmente (C. C., arts. 2512 y 2513 y C. P. C., art. 306). La acción de petición de herencia, en cambio, nace cuando algunos herederos se han hecho adjudicar los bienes, ignorando a otro u otros con igual o mejor derecho, caso en el cual los herederos preteridos pueden pedir que se les adjudique la parte que les corresponde y que se les restituyan las cosas hereditarias, acción que

es la que prescribe en el término de veinte (20) años (C. C., arts. 1321 y 1326).

De modo que, si nadie había instaurado un proceso de pertenencia en relación con el único bien de la sucesión, por posesión regular e ininterrumpida (prescripción), los derechos herenciales de toda la descendencia del señor Nájjar Sanabria estaban vigentes. Y la acción de petición de herencia de los herederos ignorados, que nace el día en que dos de las herederas ocupan arbitrariamente como únicas los bienes de la sucesión (mayo de 1989 o diciembre de 1990), también obviamente se encontraba en vigor.

Y no sólo heredaban los hijos del matrimonio Nájjar-Páez que le sobrevivieron a los dos causantes, como equivocadamente lo plantea la demanda, sino que también lo hacían por representación los descendientes de quienes murieron antes. Es lo que proclama nítidamente el artículo 1041 del Código Civil, según el cual "se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación", norma que igualmente agrega que "la representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder" (se ha subrayado).

#### *Tercer Carga:*

Se hace consistir en que, si se da por descontado que el único heredero con derecho a reclamación es Marco Tulio Nájjar Páez, supuesto que los demás los perdieron al morir antes que los causantes o les enajenaron a las procesadas, aquél estaría habilitado para pedir el reconocimiento de sus derechos en cualquier momento, aún en contra del falso escrito de adjudicación, razón por la cual resulta inaudita la aplicación del artículo 221 del Código Penal. Como el juzgador no aplicó el artículo 1° de la Ley 50 de 1936, en relación con el tiempo de prescripción de los derechos herenciales de Marco Tulio, período que obviamente aún no se ha cumplido, entonces tampoco se percató que no existía un perjuicio relevante para ese único heredero con vocación de reclamación y por ello activó indebidamente el citado artículo 221, razón por la cual acude a la causal primera de casación.

La Delegada no entendió que en esta oportunidad el demandante puso de presente el lapso prescriptivo contemplado en la Ley 50 de 1936, no para concluir que los derechos herenciales habían desaparecido por el transcurso del tiempo, sino, por el contrario, para pregonar que los derechos de Marco Tulio, único con potestad para reclamar, aún pueden hacerse valer porque cuenta con 20 años a partir de la muerte del causante (no dijo de cuál causante), motivo por el cual no existe el perjuicio que se reclama en la estructura del tipo penal de falsedad en documento privado (art. 221 citado). El desaguisado y la contrariedad no pueden ser más



protuberantes, pues mientras en desarrollo del segundo reparo insistió en la desaparición por prescripción de todos los derechos herenciales, ahora reivindica la vigencia de uno que le interesa para enmarañar entre la argumentación sofisticada el evidente perjuicio ocasionado, no a uno sino a todos los herederos ignorados en el trámite notarial.

En este sentido tampoco puede salir adelante este tercer cargo. Sin embargo, como la introducción a este reparo se hace con un giro oracional que de alguna manera denota presentación subsidiaria (dice que en el evento de que no prosperen los anteriores, le pide a la Corte que estudie el que sigue), y además porque es función de la Corte proveer de oficio cuando advierta las causales de nulidad (art. 228 C. P. P.), la Sala se permite hacer el siguiente planteamiento:

En la oportunidad del poder otorgado para que el abogado gestionara ante la Notaría la liquidación y adjudicación de la herencia de la señora Ana Rosa Pérez viuda de Najar, las procesadas afirmaron bajo juramento que no conocían "otros interesados de igual o mejor derecho" que el propio (fs. 167, cuaderno original), afirmación con la cual incurrieron en el delito de falso testimonio, en los términos del artículo 172 del Código Penal, y no en el injusto de falsedad ideológica en documento privado, supuesto que bajo la gravedad del juramento, ante autoridad competente (notario), se ha faltado a la verdad.

En efecto, de acuerdo con el trámite notarial de sucesiones previsto en el Decreto Legislativo 902 de 1988, modificado por el Decreto 1729 de 1989, los peticionarios o sus apoderados "deberán afirmar bajo juramento que se considera prestado por la firma de la solicitud, que no conocen otros interesados de igual o mejor derecho del que ellos tienen, y que no saben de la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los que se enuncian en las relaciones de activos y pasivos que se acompañan a la solicitud..." (art. 2º, se agregan subrayas). La exigencia del compromiso juramentado significa que la ley requiere una declaración escrita bajo juramento, que ha de presentarse ante el notario, previamente elaborada por los interesados, con el fin de proteger la pureza del proceso de liquidación y adjudicación de la herencia incoado ante dicho funcionario.

Si más allá de un simple documento, se trata de una declaración juramentada con un destinatario específico que es el notario, indudablemente que el bien jurídico protegido en esa fórmula convencional del Decreto 902 no es directamente el tráfico jurídico, propio de los delitos de falsedad documental, sino el de la administración de justicia, entendida como la función jurisdiccional que resulta fundamental para la resolución de los conflictos sociales, apreciada como la garantía de la transparencia de los procedimientos en bien de todos y cada uno de los miembros de la colectividad. Interesa en este caso más la protección de la veracidad jurídica circunscrita a un proceso (notarial), que es lo que se compromete en el



falso testimonio, que la autenticidad o la legitimidad sobreentendidas del documento que contiene la declaración, salvo que se trate de suplantar las personas de los herederos, evento en el cual sí entra a funcionar la falsedad. Con razón se ha sostenido que el falso testimonio es ley especial frente a la falsedad documental, porque en el primero se produce la alteración de un procedimiento a través de un medio de prueba.

Ahora bien, no puede confundirse el bien jurídico institucional denominado administración de justicia, que es el que en realidad se resiente en este caso, con los órganos autorizados para administrar justicia. La verdad es que cada vez que se incide en la resolución de un conflicto intersubjetivo, ya configurado ora eventual, con potestad estatal, se está administrando justicia, y es lo que hacen los notarios en esa clase de procesos sucesorios. Mayor claridad se observa sobre el bien jurídico verdaderamente lastimado en este caso, si se atiende el concepto extensivo de administración de justicia que consagra el artículo 116 de la Carta Política, según el cual excepcionalmente las autoridades administrativas y los particulares también realizan dicha función jurisdiccional.

En suma, situar la conducta examinada como delito de falsedad y no como falso testimonio, sería menospreciar la exacta relación del comportamiento con el bien jurídico tutelado, como laro que ilumina la interpretación de los tipos legales, en favor de un concepto formalista y contingente del modo de presentación de la declaración de voluntad ante las autoridades. Es decir, si la atestación se hace verbal sería constitutiva de falso testimonio, en caso de ser mentirosa, o tipificaría el injusto de falsedad en documento, si se extiende previamente y por escrito, cuando en verdad esta última modalidad nada tiene que ver con un pensamiento criminalizante, sino que sólo obedece al propósito político-constitucional de hacer más partícipes a los ciudadanos de las decisiones que los afectan (Const. Pol., art. 2º).

De modo que, como se deja visto, es equivocado el proceso de adecuación típica del comportamiento consistente en haber mentido en la solicitud de liquidación y adjudicación de la herencia dirigida al notario, pues se trataba de un delito de falso testimonio y no de falsedad ideológica en documento privado, error que aparece como relevante a partir de la resolución de acusación.

Pero resulta que la mencionada calificación sumarial también se ofrece incompleta, pues era evidente la actualidad de los derechos hereditarios conculcados por la maniobra engañosa de las dos procesadas, quienes, a pesar del egoísta *animus lucrandi* y del real perjuicio económico ocasionado a los herederos desconocidos, no fueron acusadas por el concurrente delito de estafa (art. 26 C. P.), no empece que en la situación jurídica sí se había formalizado tal imputación. Es que la única conse-

cuencia relevante de la actividad mendaz de las procesadas no fue el escamoteo de la vía judicial del proceso sucesorio, sino el manifiesto despojo de la expectativa económica cierta de los restantes siete (7) herederos, algunos con vocación personal y otros por representación, porque, al fin y al cabo, son aquéllas las que figuran y así lo disfrutaban como únicas propietarias del inmueble adjudicado en escritura pública número 3486, extendida engañosamente el 3 de diciembre de 1990 en la Notaría Once de este círculo.

Los yerros en la denominación jurídica del hecho punible, que ocurran en la resolución de acusación, al igual que las deficiencias en la adecuación típica que debe ser múltiple y se hace como única o disminuida, reitera la Sala, por cuanto se traducen en una calificación desastida del conjunto fáctico cabalmente establecido y contraria a la definición legal que previamente se hace del hecho demostrado (art. 29 Const. Pol.), sin duda quebranta significativamente la estructura básica del proceso, pues un pliego de cargos tan defectuoso obstaculiza la realización del valor justicia como fin del proceso penal, concepto del cual se deriva la necesidad de una debida acreditación del hecho, las oportunidades de defensa en relación con cargos completa y jurídicamente especificados, la racional valoración de los medios de prueba aportados y la fundamentación de las decisiones en lo que verdaderamente ocurrió y de la manera como anticipadamente lo prevé la ley.

Este error *in procedendo*, de conformidad con el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, genera nulidad del proceso a partir de la calificación del sumario. Mas como en el *sub iudice*, en principio, se considera que concurren los delitos de falso testimonio, estafa y fraude procesal, la invalidación del proceso ha de ser parcial, pues debe permanecer incólume la calificación por el tercer hecho punible, pues en relación con éste el encuadramiento típico aparece ajustado a la demostración procesal y al precedente legal.

En conclusión, se casará oficiosamente el fallo en el sentido indicado y, como la condena por el fraude procesal queda en firme y el delito base para la dosificación punitiva deja de ser considerado en la sentencia, es preciso readecuar la pena correspondiente a aquel hecho punible y para ello se mantendrá el criterio de la instancia de fijarla en el mínimo que es de doce (12) meses de prisión. En igual proporción se rebajará la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, porque en lo demás, por no haber sido objeto de casación, regirá el fallo de segunda instancia.

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

Desestimar las demandas de casación presentadas en favor de las procesadas Lilia María Y Luz Marina Nájara Páez.

Casar parcial y oficiosamente el fallo de origen, fecha y naturaleza indicados en la motivación, así:

Se decreta la nulidad de la resolución de acusación fechada el 13 de abril de 1992, proferida en contra de ambas procesadas, en cuanto se relaciona con el cargo de falsedad en documento privado allí deducido, el cual debió calificarse como falso testimonio y por haber omitido la consideración del hecho punible de estafa, hipótesis éstas para cuya definición y tratamiento se remitirá el cuaderno duplicado a los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito de esta capital.

Se mantiene la condena por fraude procesal contra cada una de las procesadas Nájara Páez, se reajusta la pena principal a doce (12) meses de prisión y la sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual período. En lo demás, rige el fallo del tribunal.

Cópiese, 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 Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## NULIDAD/ COMPETENCIA FUNCIONAL

*Es claro que si el Tribunal al revisar la sentencia por vía de apelación encuentra que el inferior conoció de unas diligencias respecto de las cuales no tenía competencia, o cuya calificación contiene un error en la denominación jurídica, o cualquier otra irregularidad trascendente, debe decretar la nulidad, decisión para la que está facultado funcionalmente, y no puede abstenerse de hacerlo so pretexto de carecer de competencia, porque de esa manera traslada su función a una autoridad que no le corresponde.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Cubete Rangel*

*Aprobado Acta No. 174*

*Proceso No.: 12487*

### VISTOS

De plano decide la Sala sobre la colisión de competencias negativa surgida entre la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio y el Tribunal Nacional, en el proceso adelantado contra Alberto Ramos Pierro, por el delito de amenazas personales.

### HECHOS

El 4 de septiembre de 1993 Alberto Ramos Pierro en su residencia profirió amenazas de muerte contra su esposa e hija, así mismo las sacó de su casa porque Irma Judith Falla De Ramos le manifestó que iba a iniciar la separación.

Estas amenazas personales y agresiones físicas se venían desarrollando desde 1991 pero debido al temor que producía en las víctimas no se habían denunciado.

### ANTECEDENTES

1. La Fiscalía Doce Seccional de Villavicencio, vinculó mediante indagatoria al sindicado y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento.

Al calificar el mérito del sumario, en resolución del 20 de octubre de 1994 profirió resolución de acusación contra Alberto Ramos Fierro por el delito de amenazas personales tipificado en el artículo 26 del decreto 180 de 1988.

2. El Juzgado Tercero Penal del Circuito mediante providencia del 29 de agosto de 1995 absolvió del delito de amenazas personales y familiares a Alberto Ramos Fierro, decisión que fue apelada por el fiscal.

3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio se abstuvo de conocer el recurso porque de acuerdo al artículo 71, numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, son competentes para conocer del delito de amenazas personales y familiares, tipificado en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, los Jueces Regionales en primera instancia. Por lo tanto, al no tener la Sala competencia se abstiene de desatar el recurso y envía el proceso al Tribunal Nacional, a quien le propone colisión negativa.

4. El Tribunal Nacional aceptó la colisión al considerar que desde el inicio de la indagación la Fiscalía incurrió en un yerro al tipificar la conducta denunciada como amenazas personales o familiares cuando en realidad se está en presencia de un delito contra la autonomía personal descrito como estrechamiento ilegal.

Se apoya en la jurisprudencia según lo cual para que se presente la amenaza descrita en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, es indispensable seriedad y gravedad, así como el quebrantamiento de la voluntad singular, que de ella se derive un estado de pánico y zozobra que altere la paz y tranquilidad ciudadana, es decir que también debe tener una connotación política. Igualmente reseña las diferentes providencias de esta Corporación y se afirma "que sólo cuando la amenaza deja de ser personal o familiar y trasciende al ámbito colectivo, ingresa al radio de competencia de los Juzgados Regionales", circunstancia que no tiene esa connotación para que pueda atribuirles el conocimiento del proceso.

Por lo tanto, al existir una indebida calificación, irregularidad que afecta el debido proceso es el Tribunal Superior de Villavicencio el competente para declararla.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1º Como se trata de una colisión de competencias entre el Tribunal Superior de Villavicencio y el Tribunal Nacional, corresponde a la Corte dirimirla, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º. Del artículo 68 del Código de Procedimiento penal.

2º El numeral 1º del artículo 70 *ibidem*, dice que corresponde conocer a las salas penales de decisión de los tribunales superiores, en segunda instancia, de los recursos de apelación y de hecho, en los procesos que conocen en primera instancia los jueces del circuito.

El proceso que nos ocupa llegó al Tribunal Superior de Villavicencio por apelación de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, de manera que resulta inexplicable que aduzca falta de competencia para resolver, y en cambio sí pretenda convertir en superior funcional del Juez Penal del Circuito al Tribunal Nacional, colegiatura que nada tiene que ver con él.

Es claro que si el Tribunal al revisar la sentencia por vía de apelación encuentra que el inferior conoció de unas diligencias respecto de las cuales no tenía competencia, o cuya calificación contiene un error en la denominación jurídica, o cualquier otra irregularidad trascendente, debe decretar la nulidad, decisión para la que está facultado funcionalmente, y no puede abstenerse de hacerlo so pretexto de carecer de competencia, porque de esa manera traslada su función a una autoridad que no le corresponde.

En este caso es lamentable la ligereza con que el Tribunal resolvió abstenerse de conocer de la apelación de la sentencia, reflejo del ánimo de asumir las cosas por la línea del menor esfuerzo, y sin preocuparse por el daño que se le causa a la administración de justicia con esa clase de actitudes. Como no leyeron el fallo apelado, no advirtieron que lo que allí se dice es que el delito de amenazas personales y familiares previsto en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988 no se tipifica, luego es una razón más para que sea absurdo que digan que por tratarse de ese delito se abstienen de conocer de la apelación.

Siendo evidente que la competencia para resolver el recurso de apelación de la sentencia absolutoria es del Tribunal Superior de Villavicencio, allí se enviará el expediente, para que una vez se estudie debidamente, se resuelva lo pertinente.

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

#### RESUELVE

Dirimir el conflicto planteado declarando que la competencia para conocer de este asunto corresponde al Tribunal Superior de Villavicencio. Copia de esta decisión envíese al Tribunal Nacional para su conocimiento.

Cópiese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calnete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Arribas Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dálimo Páez Velandín, Misón Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## ABSOLUCION/ RECURSO DE CASACION

*A pesar de ser un descuido del Magistrado concederle el recurso a un procesado en cuyo nombre no se había interpuesto, la irregularidad es mayor al pretender que la falla se subsana volviendo a correr el traslado para sustentar la impugnación a quien ya se le había corrido, pues con ello incurrió en una ostensible violación del debido proceso, ya que lo que la ley dispone es que se corra traslado individual a cada uno de los recurrentes por treinta días y una sola vez.*

*Lo ordenado tampoco puede entenderse como una prórroga del término, ya que esa figura está regulada por el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, y evidentemente en este caso no se cumple con ninguna de sus exigencias.*

*En cuanto al hecho de haber admitido el recurso también respecto de la procesada absuelta, es obvio que la falla no se subsanaba repitiendo lo actuado respecto de otro procesado a quien en nada afectó, sino invalidando lo referente a ella para no tener que declarar desierto el recurso por falta de sustentación.*

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

*Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvele Rangel*

*Aprobado Acta No. 173*

*Proceso No.: 12379*

**VISTOS**

**Procede la Sala a resolver lo que corresponda en relación con el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado Herlen De Jesus Mejia Salazar.**

## ANTECEDENTES

El Tribunal Superior de Medellín al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual condenó a Julio Aníbal Tamayo García, Herlen De Jesus Mejía Salazar Y Luz Adielá Aristizabal Quintero, absolvió a ésta última y confirmó el fallo en lo demás.

El abogado que venía actuando como Defensor de Herlen De Jesus y Luz Adielá interpuso recurso extraordinario de casación en un escrito en el cual especifica que es "frente a la decisión proferida por esta Honorable Sala en el proceso de la referencia", y en dicha referencia dice, "Proceso No. 951416. Sindicado: Herlen de J. Mejía y otros", el cual le fue concedido por el Magistrado Ponente en auto en el cual dice que "Por ser procedente CONCEDASE el recurso extraordinario de CASACION ... interpuesto en su debida oportunidad, por el señor defensor de los condenados Herlen Mejía Salazar y Luz Adielá Aristizabal Quintero ...".

Los traslados para la presentación de la demanda se cumplieron así: para Mejía Salazar del 8 de abril de 1996 hasta el 21 de mayo siguiente; y para Aristizabal Quintero, del 22 de mayo al 5 de julio. El término correspondiente al primero de los citados transcurrió sin que se presentara escrito alguno, y el 5 de julio, fecha en que vencía el segundo traslado, el defensor presentó una demanda a su nombre, junto con otro memorial en el que advierte que el recurso debía entenderse como interpuesto únicamente respecto de Herlen, por cuanto Luz Adielá fue absuelta.

Como resultado del memorial anteriormente reseñado, el Ponente resolvió dictar un auto en el cual dice que para subsanar el hecho de haber concedido el recurso en forma común a los procesados Mejía Salazar Y Aristizabal Quintero, nuevamente concede el recurso y corre un nuevo traslado por treinta días.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

1º. Razón le asistió al profesional al advertir al Magistrado Sustanciador que el recurso extraordinario sólo estaba dirigido contra la decisión que mantuvo la condena en contra de su patrocinado Herlen De Jesus Mejía, pues en relación con Luz Adielá Aristizabal Quintero la decisión fue absolutoria y en las circunstancias del fallo carecía de interés para recurrir.

Sin embargo, a pesar de ser un descuido del Magistrado concederle el recurso a un procesado en cuyo nombre no se había interpuesto, la irregularidad es mayor al pretender que la falla se subsana volviendo a correr el traslado para sustentar la impugnación a quien ya se le había corrido, pues con ello incurrió en una ostensible violación del debido proceso, ya que lo que la ley dispone es que se corra traslado individual a cada uno de los recurrentes por treinta días y una sola vez.

Lo ordenado tampoco puede entenderse como una prórroga del término, ya que esa figura está regulada por el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, y evidentemente en este caso no se cumple con ninguna de sus exigencias.

Así las cosas, se invalidará lo actuado a partir del auto del 16 de julio de 1996, en el cual en forma ilegal se aceptó nuevamente el recurso de casación y se dispuso un nuevo traslado al defensor del procesado Herlen Mejía Salazar.

En cuanto al hecho de haber admitido el recurso también respecto de la procesada absuelta, es obvio que la falla no se subsanaba repitiendo lo actuado respecto de otro procesado a quien en nada afectó, sino invalidando lo referente a ella para no tener que declarar desierto el recurso por falta de sustentación.

2º. De otra parte, es muy claro en el expediente que una vez admitido el recurso por auto de marzo 18 de 1996, se corrió traslado para la presentación de la demanda, en primer lugar a Herlen Mejía, especificando que el término corría del 8 de marzo al 21 de mayo siguiente, y luego a Luz Adilela Artizabal del 22 de mayo al 5 de julio.

El defensor, que era el mismo para los dos procesados, presentó la demanda de Herlen dentro del término de traslado de Luz Adilela, razón por la cual no hay ninguna duda de que la sustentación del recurso fue extemporánea, porque como ya se dijo, los términos para ese efecto corren de manera individual.

En forma reiterada ha dicho esta Corporación, que es viable que el defensor de varios procesados presente una sola demanda a nombre de todos los poderdantes, pero en ese evento es su obligación tener en cuenta que lo debe hacer en el primer traslado, pues si deja para hacerlo en uno posterior, el recurso se declarará desierto respecto de los que ya se agotó el término.

3º. En síntesis, como el Magistrado Ponente en el trámite del recurso de casación violó el debido proceso en dos oportunidades, se decretarán las nulidades correspondientes; y con respecto al recurso de casación interpuesto por el defensor de Herlen Mejía, se declarará desierto por no haber sido sustentado en tiempo.

Como se observa que la actuación del Magistrado Ponente es excesivamente descuidada, se compulsarán copias con destino al Consejo Superior de la Judicatura -Sala Disciplinaria- para lo de su cargo.

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

## RESUELVE

1º. Decretar la nulidad parcial del auto que admitió el recurso de casación, en cuanto lo concedió también a la no recurrente Luz Adilela Aristizabal Quintero.

2º. Decretar la nulidad del auto de fecha 16 de julio de 1996, y de la actuación subsiguiente derivada de éste, por las razones anotadas en la parte motiva.

3º. Declarar desierto el recurso de casación interpuesto por el defensor de Herlen Mejía Salazar, por no haber sido sustentado dentro del término legal.

4º. Compulsar las copias referidas en la motivación de este proveído.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Culvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Arribal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Didiño Páez Velandía, Nilson Pintilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## **AUTO INTERLOCUTORIO/ AUTO DE SUSTANCIACION/ APELACION**

Según el artículo 179 del Estatuto Procesal Penal, las decisiones que se dicten en toda actuación judicial pueden ser de tres clases: *sentencias, autos y resoluciones*. Son las primeras las que deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o segunda instancia, en virtud del recurso de casación o de la acción de revisión. En otras palabras, con las que ordinariamente se resuelve la relación jurídico-procesal en las instancias, afirmando la responsabilidad del acusado *-sentencia condenatoria-*, o reconociendo su inocencia *-sentencia absolutoria-*, o se falla el recurso extraordinario de casación o la acción de revisión.

Los «autos» a su vez se clasifican en autos interlocutorios y de sustanciación, siendo los primeros aquellos que «resuelven algún incidente o aspecto sustancial» -num. 2º ejusdem-, y éstos los que «se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación» -num. 3º ejusdem-.

Las «resoluciones» proferidas por el fiscal también pueden ser de naturaleza interlocutoria o de sustanciación -num. 4º ejusdem-.

El artículo 202 del mismo ordenamiento establece que el recurso de apelación «procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia» (subrayó la Sala), descartando así la posibilidad de interponer la alzada contra los autos o resoluciones de sustanciación.

La razón de esta limitación legal estriba en que los recursos están instituidos como una garantía de las partes para controvertir las decisiones de fondo que se proferan en el ejercicio de la jurisdicción; y las providencias de sustanciación no ostentan tal característica, pues antes que resolver aspectos sustanciales, se limitan a impulsar o dar trámite al proceso. Por ello, salvo expresa previsión legal, no requieren notificación, no cobran ejecutoria y son de cumplimiento inmediato.

*La orden de dar lectura a ciertas piezas procesales solicitadas por las partes y la negativa a leer la totalidad del expediente como en este caso lo dispuso el Tribunal de instancia, constituyen una clara y necesaria manifestación de la indelegable facultad de dirección de la audiencia que el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal atribuye al juzgador para evitar que el debate oral propio de la vista pública se adelante «con perjuicio de la administración de justicia».*

*No entraña entonces esa determinación ninguna decisión de fondo en torno a la pertinencia o pertinencia de las pruebas o a la valoración de los hechos debatidos en el juicio. Únicamente está orientada a encausar el desarrollo de la vista pública, es decir, a controlar y dar impulso al juzgamiento, y por lo mismo, mal puede ser catalogada como providencia interlocutoria susceptible de cuestionamiento a través del recurso de alzada.*

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

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

*Aprobado Acta No. 179.*

*Proceso No.: 12117*

## 1. ASUNTO

Resolver el recurso de hecho interpuesto por el procesado, doctor Luis Alvaro Sanchez Rodriguez contra el auto mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, negó el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido en desarrollo de la audiencia pública y por medio del cual consideró improcedente la lectura de la totalidad del proceso solicitada por aquel.

## 2. ANTECEDENTES

En desarrollo de la diligencia de audiencia pública practicada en el proceso que actualmente adelanta el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá contra Luis Alvaro Sanchez Rodriguez y otros, las partes solicitaron la lectura de varias piezas procesales, y particularmente el procesado en mención solicitó «que se lea todo el proceso 04B o sea el 3557-C», además de otros cuadernos y folios correspondientes a otro proceso acumulado.

La Sala de Juzgamiento respectiva accedió a la lectura de las piezas procesales debidamente singularizadas, y negó por improcedente la lectura de «todo el proceso», «porque fuera de tratarse de una exigencia abs-



tracta las partes se han encontrado en situación de conocer el comportamiento fáctico y con este mérito desarrollan las técnicas y las tácticas que han estimado pertinentes». Seguidamente afirmó que «este pedimento es inoficioso y si lo es no es más que un desgaste inútil y dilatorio» (fl. 3 c.o.).

El procesado interpuso contra dicha decisión el recurso de apelación y fundamentó su inconformidad afirmando que la lectura solicitada es necesaria para dar «respaldo jurídico» a las decisiones que adoptó cuando era Juez Cuarto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá y por las que ahora está investigado.

La Corporación de instancia negó el recurso de alzada «teniendo en cuenta -entre otras razones- que la decisión que se acaba de tomar es de sustanciación, de simple trámite por cuanto no se trata de pertinencia o impertinencia de la prueba» (fl. 6 c.o.).

Inconforme con tal decisión, el apelante interpuso el recurso de hecho, para cuyo trámite se expidieron las copias pertinentes con destino a esta Corporación, ante la cual y durante el término de traslado, se presentó la respectiva sustentación.

Argumenta el impugnante que «la apelación debe considerarse mal denegada por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, porque la providencia recurrida es susceptible del recurso de apelación en razón de que se trata de un auto interlocutorio y además porque el recurso fue interpuesto dentro del término por quien estaba legitimado para hacerlo, esto es por parte del procesado».

### 3. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Según el artículo 179 del Estatuto Procesal Penal, las decisiones que se dicten en toda actuación judicial pueden ser de tres clases: sentencias, autos y resoluciones. Son las primeras «las que deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o segunda instancia, en virtud del recurso de casación o de la acción de revisión». En otras palabras, con las que ordinariamente se resuelve la relación jurídico-procesal en las instancias, afirmando la responsabilidad del acusado -sentencia condenatoria-, o reconociendo su inocencia -sentencia absolutoria-, o se falla el recurso extraordinario de casación o la acción de revisión.

Los «autos» a su vez se clasifican en autos interlocutorios y de sustanciación, siendo los primeros aquellos que «resuelven algún incidente o aspecto sustancial» -num. 2º *ejusdem*-, y éstos los que «se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación» -num. 3º *ejusdem*-.

Las «resoluciones» proferidas por el fiscal también pueden ser de naturaleza interlocutoria o de sustanciación -num. 4º *ejusdem*-.

El artículo 202 del mismo ordenamiento establece que el recurso de apelación «procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia» (subrayó la Sala), descartando así la posibilidad de interponer la alzada contra los autos o resoluciones de sustanciación.

La razón de esta limitación legal estriba en que los recursos están instituidos como una garantía de las partes para controvertir las decisiones de fondo que se profieran en el ejercicio de la jurisdicción; y las providencias de sustanciación no ostentan tal característica, pues antes que resolver aspectos sustanciales, se limitan a impulsar o dar trámite al proceso. Por ello, salvo expresa previsión legal, no requieren notificación, no cobran ejecutoria y son de cumplimiento inmediato.

La orden de dar lectura a ciertas piezas procesales solicitadas por las partes y la negativa a leer la totalidad del expediente -como en este caso lo dispuso el Tribunal de instancia-, constituyen una clara y necesaria manifestación de la indelegable facultad de dirección de la audiencia que el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal atribuye al juzgador para evitar que el debate oral propio de la vista pública se adelante «con perjuicio de la administración de justicia».

No entraña entonces esa determinación ninguna decisión de fondo en torno a la pertinencia o conducencia de las pruebas o a la valoración de los hechos debatidos en el juicio. Únicamente está orientada a encausar el desarrollo de la vista pública, es decir, a controlar y dar impulso al juzgamiento, y por lo mismo, mal puede ser catalogada como providencia interlocutoria susceptible de cuestionamiento a través del recurso de alzada.

Ahora bien, la providencia impugnada no adquiere carácter interlocutorio por las simples afirmaciones infundadas del procesado -quien se limita a sostener que la lectura de todo el expediente aportará mayor «respaldo jurídico» a la demostración de su inocencia-, pues no encuentra la Sala relación directa entre el ejercicio del derecho de defensa y el proveído cuya controversia se pretende por vía de alzada, como quiera que con él en nada se afecta la posibilidad de intervenir en la vista pública, conocer y controvertir las pruebas que se alleguen en su contra.

De conformidad con las premisas anteriores, para la Sala resulta jurídicamente acertada la denegación que por improcedente hizo del recurso de apelación el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, toda vez que este tipo de impugnación sólo procede contra las sentencias y los autos interlocutorios.

De conformidad con el inciso primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se «enviará 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

1. Declarar correctamente denegado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de sustanciación proferido por una Sala de Juzgamiento del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

2. Enviar la actuación al Tribunal de origen para que forme parte del expediente.

Notifíquese y cúmplase

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla,*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## NULIDAD/ IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA

*Por mandato del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, las nulidades deben ser presentadas antes de que se dicte la sentencia, de modo que por tratarse en el caso de la liquidación de costas de una actuación posterior al fallo, tan solo pueden referirse a ese tema accidental y en él se agota, pues no le es dable al juez que profirió la sentencia, entrar a posteriori a modificarla ni a invalidarla, principio que armoniza con la clara previsión del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, pero particularmente con el artículo 466 ibidem, dentro del cual se fija el plazo para invocar esta clase de invalidaciones.*

*Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

Magistrado Ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado Acta número 180.

Proceso No.: 10189

### VISTOS

Resuelve la Corte el Recurso de Reposición interpuesto por el sentenciado señor Rafael Serrano Prada y su Procurador Judicial, contra el auto del día trece (13) de noviembre último, mediante el cual se decretó la nulidad de la liquidación de costas efectuada por la Secretaría de la Sala el diez y ocho (18) de septiembre pasado, fijó las respectivas agencias en derecho y ordenó por Secretaría la liquidación de las costas del proceso.

### ANTECEDENTES

La providencia recurrida decretó la nulidad de lo actuado con posterioridad a la sentencia por la Secretaría de esta Sala en el punto concreto de la liquidación de costas, por haberse incluido en ellas una estimación relacionada con las agencias en derecho, cuando su estimación corres

pondría exclusivamente al funcionario que dirige el proceso, según mandato expreso del artículo 1º, numeral 199-2 Decreto 2282 de 1989.

Como consecuencia de lo anterior, se señalaron las agencias en derecho que para el caso corresponden, fijándolas en la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000.00) "para el caso del mandato otorgado por la señora Sofía Acevedo de Díaz y cuatro millones de pesos más para el evento de los doce hijos de la víctima, pues como ya lo dijo en su momento la sentencia, esa era la suma documentalmente acreditada como pactada por concepto de honorarios en el caso de los segundos".

De igual manera se ordenó reponer lo actuado conforme a derecho y que la Secretaría procediera a la liquidación de las costas del proceso, teniendo en cuenta las agencias en derecho fijadas.

#### LA IMPUGNACIÓN

El sentenciado señor Rafael Serrano Prada en tiempo oportuno, interpuso el recurso de reposición por considerar que no fue objetada la liquidación de las costas efectuada por la Secretaría de la Sala de Casación Penal de esta Corporación. De igual manera anota que esa oficina no se abrogó ninguna función que no le correspondía ya que su actuación se encuentra señalada por el numeral 4º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil. Dice que esta "colegiatura" no ha debido decretar la nulidad ya que la función de la Secretaría tiene soporte en la norma anteriormente citada. Que en civil sólo se concede lo que se solicita y que en el caso concreto ninguna de las partes alegó, ni expresó inconformidad ante el trabajo realizado, guardando mutismo total. Cuestiona la afirmación de la Corporación respecto al concepto de la gestión profesional del abogado, en el caso de las demandas de parte civil puesto que considera que no objetó el trabajo de la Secretaría y que con su silencio expresó su conformidad con dicha labor. Afirma que la función de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se debía limitar a aprobar tal liquidación como lo ordena el artículo 393, numeral 5º del Código de Procedimiento Civil, y que como ninguna de las partes objetó tal trabajo no le es dado al Magistrado decretarlas después de notificadas, cita el numeral 4º del artículo anotado transcribiéndolo textualmente. Así mismo trae jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia número C-142 de abril 20 de 1993 para concluir que la liquidación de costas ha estado "sujeto a derecho puesto que se ha regido por las normas que le expiran y las rigen, mientras que la declaratoria de agencias en derecho se realizó sin observar el requisito esencial de objeción al dictamen". Por lo anterior solicita se revoque el auto impugnado.

Para finalizar anuncia que su apoderado solicitará la nulidad de lo actuado por falta de competencia, añadiendo una cita de jurisprudencia de esta Sala, que precisamente ratifica la incompetencia como causal de nulidad (folios 464, 467).

Por su parte el defensor del señor Serrano Prada en escrito obrantes a folios 468 a 473 impugna también mediante el recurso de reposición la providencia del 13 de noviembre pasado con el fin de que se modifique para que se anule, no sólo la liquidación de costas sino además la sentencia por la cual se condenó a su patrocinado ordenando su inmediata libertad.

Considera que la Sala Penal de esta Corporación no era la competente para juzgar a su cliente, puesto que esa competencia radica en la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia según lo entiende del artículo 186 de la Constitución, punto respecto del cual estima que se ha venido equivocando esta Colegiatura, la Corte Constitucional y ahora el Consejo de Estado ante el cual le fracasó una acción de tutela. Se extraña de la decisión tomada en el auto impugnado en cuanto es consecuencia de la sentencia, razón por la cual propone se analice detenidamente el artículo 186 de la Constitución para concluir que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y no la Sala Penal es la que debe juzgar a su cliente. Dice que este concepto lo ha consultado con muchos abogados y catedráticos los cuales están de acuerdo con lo pedido.

Considera que el artículo 68 del C. P. P. desobedeció y desautorizó el artículo 186, norma constitucional que prevalece a cualquiera otra. Por ende la primera disposición es inconstitucional.

Dice que *"la competencia constitucional es inamovible, la legal puede cambiarse"*. Que la competencia directa es la que emana de la Constitución Nacional, que nadie la puede cambiar, ni siquiera la Corte Constitucional. Dice que los Magistrados de esta Corporación están en la obligación de aclarar si el artículo 186 de la C. N. está vigente o si la Corte Constitucional lo ha derogado, situación absurda, porque el único que lo puede hacer es el pueblo con una reforma constitucional o con los procedimientos que la misma Carta trae. Anexa providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado por la cual niegan la tutela que presentó. Hace cargos contra estas Corporaciones por no haber analizado la aplicación del artículo 186 de la C. N. que fue el fundamento y esencia de la tutela, saliéndose por otra vía y guardando silencio hecho que podría constituir prevaricato. Los denuncia para solicitar que se aplique la excepción de anticonstitucionalidad para desautorizar el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal. Trae a colación el artículo 230 de la Carta Magna repitiendo el análisis del 186 del mismo compendio, para concluir que en base en el artículo 140-2 del C. P. C., por las mismas razones que se observaron en el auto que impugna sirva para decretar la nulidad de la sentencia.

Finaliza citando la sentencia C-222 de 1996 de la Corte Constitucional al considerar que allí se respaldan sus argumentos, y pide que se analicen los memoriales que anexa, reiterando la nulidad que solicita por



la vía de reposición y que se aplique el Código de Procedimiento Civil de la misma manera que se hizo para anular la providencia que impugna.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

La inconformidad del sentenciado frente a la decisión de la Sala del pasado 13 de noviembre que declaró la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la liquidación de costas llevada a cabo por la Secretaría, carece de fundamento, pues, de una parte las razones que se expusieron como soporte de esa determinación, sin lugar a dudas se hallan ceñidas al contenido del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º, numeral 199, aplicable al procedimiento penal en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, sin que a ese respecto el inconforme ofrezca razón alguna valedera que acredite un error del juzgador en su aplicación, mientras que de otra parte, los argumentos presentados por el recurrente como sustento de la impugnación, se apartan del contenido y del sentido de la citada disposición legal.

En efecto, de modo claro se indica aquella norma que la liquidación de costas le incumbe al secretario, mientras que la aprobación o la orden de que se rehaga corresponde al Magistrado Ponente o al Juez, según el caso. Y si bien es cierto que dentro de la liquidación se deben incluir "el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley", así como "las agencias en derecho", es evidente que este último concepto a incluir se le atribuye en cuanto a su fijación al Magistrado Ponente o al juez, conforme a expresa previsión del numeral 2º de la indicada preceptiva. Es decir, que en la liquidación de costas el secretario debe incluir dos componentes: uno correspondiente al rubro de los gastos autorizados, conducentes y acreditados, y otro correspondiente a las agencias en derecho, los que compete fijar al Magistrado Ponente en este caso.

De modo que si el secretario incluye dentro de la liquidación de costas unas agencias en derecho que él mismo determina, usurpa la competencia que le concierne al funcionario, y torna nula la correspondiente actuación de conformidad con el artículo 140-2 del Código Procesal Civil modificado por el Decreto 2282 de 1989, artículo 1º numeral 80.

De lo anterior se desprende también que la previsión contenida en el inciso final del numeral 3º del citado artículo 393 del C. P. C., -invocado por el recurrente como fundamento básico de la impugnación-, armoniza claramente con las demás previsiones comentadas, de modo que cuando allí se señala que "sólo podrá reclamarse la fijación de agencias en derecho mediante objeción a la liquidación de costas", se da por supuesto que

la fijación que causa la inconformidad es la que realiza el funcionario competente, pues es la única válida, y por lo mismo susceptible de recurso, ya que de otro modo la posibilidad que queda de objetar es la de incompetencia de quien usurpa una función al legítimamente facultado.

Tampoco es válido afirmar que la Corte estaba obligada a aprobar la liquidación, sin otra alternativa, por el sólo hecho de que esa fijación no fue objetada oportunamente, pues resultando clara la invalidez de esa actuación, dada la incompetencia de quien se pronunció sobre la existencia de las agencias en derecho, sólo queda la posibilidad de invalidarla, restándole vigencia a sus efectos, en cuanto no le asiste a las partes la potestad de modificar las reglas sobre asignación funcional ni convalidar las actuaciones de funcionarios incompetentes, dado el respeto que impone el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil en relación con las normas de procedimiento.

Ahora bien, en cuanto la defensa intenta extender la reposición del auto atacado a un pedido de invalidación del trámite procesal previo y aun a la sentencia, condicionado a lo cual se impetra la libertad del procesado, tal pretensión resulta absolutamente improcedente y por lo mismo se desestimaré de plano.

Téngase en cuenta primeramente que la pretensión de dejar sin valor la actuación procesal carece de relación con el contenido y los motivos por los cuales se emerva el auto aquí impugnado, porque este se funda, precisamente, en la validez de la sentencia que impuso al procesado la obligación de resarcir los daños ocasionados con el delito, lo mismo que las costas del proceso.

Pero además se debe advertir que por mandato del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, las nulidades deben ser presentadas antes de que se dicte la sentencia, de modo que por tratarse en el caso de la liquidación de costas de una actuación posterior al fallo, tan sólo pueden referirse a ese tema accidental y en él se agota, pues no le es dable al juez que profirió la sentencia, entrar *a posteriori* a modificarla ni a invalidarla, principio que armoniza con la clara previsión del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, pero particularmente con el artículo 446 *ibidem*, dentro del cual se fija el plazo para invocar esta clase de invalidaciones, plazo que dejó pasar la defensa en silencio.

En suma, ni es este el momento procesal indicado para plantear una nulidad que por las razones que expone la defensa se ha debido proponer al interior del proceso y dentro de los expresos estados que señalaba la normatividad vigente, ni puede esta Sala dejar sin valor sus propios fallos ya ejecutoriados, y por lo mismo amparados por las presunciones de legalidad y acierto que dan la solidez a la cosa juzgada.

Es más: ni aún por vía de la sugerida excepción de inconstitucionalidad podría la Sala desconocer una competencia que la Carta Política y la ley le

han señalado en materia de fuero, cuando la Corte Constitucional ya precisó el alcance del artículo 235 superior en los términos que en este proceso se han cumplido, como se puede ver con motivo de la revisión de exequibilidad cumplida sobre la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

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

#### RESUELVE

Primero. *DENEGAR* la reposición de su propio auto de noviembre 13 del presente año, por medio del cual anuló lo actuado por la Secretaría respecto de la liquidación de costas y agencias en derecho, y

Segundo. Rechazar la nulidad propuesta por el señor defensor del procesado respecto de la actuación procesal cumplida por la Sala de Casación Penal en este asunto.

Cóplese, 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 Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## RESOLUCION DE ACUSACION/ COMPETENCIA

*En un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, la resolución de acusación tiene fuerza vinculante para el juez en la medida en que no puede ser desconocida por éste con argumentos apriorísticos; proviene de un funcionario diferente -el fiscal- en quien el constituyente radicó las funciones de investigación, calificación y acusación (art. 250); constituye la pieza procesal donde se individualizan los hechos por los que se llama a juicio; delimita la competencia; y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación prematura del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P. modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93).*

*En consecuencia, la incompetencia del Juez para conocer de un determinado proceso debe estar referida a los delitos por los cuales se profirió resolución de acusación, pues le está vedado -por virtud del principio de congruencia entre acusación y sentencia-, extender el juzgamiento a hipótesis delictivas derivadas de hechos que no fueron objeto de imputación en el plego de cargos.*

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

Magistrado ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll

Aprobado acta No. 180.

Proceso No.: 12464

### ASUNTO

Desatar la colisión negativa de competencias surgida entre los Juzgados 27 Penal del Circuito y Regional de Medellín, en el proceso que por el delito de porte ilegal de armas de fuego se adelanta en contra de Libardo De Jesus Patifio Martinez.

## ANTECEDENTES

Los hechos objeto de investigación fueron resumidos de la siguiente forma en la resolución de acusación que por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, profirió el Fiscal 12 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín:

"El día 25 de enero del año en curso (1996), a eso de las ocho y treinta de la noche, en el barrio Robledo -Villa de la Candelaria, propiamente en la cr. 90 C con calle 57, se hallaba reunido un grupo de jóvenes dedicados al diálogo, e inesperadamente llegó hasta allí un individuo, quien luego fuera reconocido como Libardo a quien apodan El Topo, disparando indiscriminadamente a los presentes, hiriendo mortalmente a Omar Orlando Vásquez Molina y lesionando a Claudia Patricia Castro López y a Osmar Augusto Henao Echeverri".

"Con la información que inicialmente se recogió se llevó a efecto diligencia de allanamiento a la residencia de quien se señaló como autor de estos hechos, demarcada con el número 88A de la calle 77 E en el Barrio Villa Flora, hallando en su habitación un cartucho de ametralladora .50 y una pañuelera (sic) de color camuflado de uso privativo de las fuerzas armadas, no se encontraron más elementos ni armas".

"Los mismos moradores de la vivienda allanada indicaron que Libardo de Jesús Patiño Martínez, el mismo que era buscado por la autoridad, se encontraba en casa de su hermano Rubén Darío, al llegar allí, practicaron una requisa hallando sobre su cama dos armas de fuego, de las cuales dijo eran de su propiedad: -una pistola calibre 9 mm. con un proveedor para el mismo, pavonada con ocho cartuchos para la misma, sin numeración externa ni interna, sin marca, cachas ortopédicas, en buen estado de funcionamiento y una chapuza color negra". Una pistola calibre 7.65 mm., con un proveedor para la misma, siete cartuchos, marca CZ.83, pavonada, cachas en pasta nro. externo 037806, una chapuza de lona color negra y en buen estado de funcionamiento; estas armas fueron dejadas a órdenes del respectivo fiscal e inmediatamente se produjo la captura de Libardo De Jesús Patiño Martínez a. El Topo" (fl. 98 c.o.).

Con relación a los delitos de homicidio y lesiones personales, el instructor profirió resolución de preclusión de la investigación en favor del sindicado.

Una vez ejecutoriada la resolución de acusación, la Fiscalía Seccional envió las diligencias al Juzgado Penal del Circuito -reparto-, habiendo correspondido al Juzgado 27 el trámite de la causa. Ese Despacho corrió el traslado de rigor a las partes para preparar la audiencia y solicitar pruebas y nulidades, habiéndose allegado en ese ínterin el respectivo dictamen balístico procedente de la Sección Científica del Cuerpo Técnico de

Investigación (fls. 116 y ss. ib.). En dicho estudio se individualizan los elementos incautados con las características anotadas en precedencia.

Con fundamento en el anterior dictamen, el Juez Penal del Circuito profiere un auto de sustanciación remitiendo las diligencias a la Justicia Regional y afirmando que la competencia para seguir conociendo del presente proceso contra el procesado no detenido Libardo de Jesús Patiño Martínez y en cuanto se relaciona con el delito de Porte de Armas y Municiones, radica en los señores Jueces Regionales.

Por su parte el Juez Regional al que correspondieron las diligencias, sin detenerse a examinar su competencia para conocer del asunto en razón a los hechos por los que se formuló resolución de acusación, avocó conocimiento, abrió el juicio a pruebas (fl. 124 ib.). luego de lo cual corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 133 ib.). Y al momento de proferir el fallo, admitió que "equivocadamente asumió el conocimiento del proceso por Violación al artículo 1º del Decreto 3664 de 1986" y remitió las diligencias al Juzgado Penal del Circuito proponiéndole colisión negativa de competencias, con los siguientes fundamentos:

"... el hallazgo de un solo proyectil en una persona que recién había cumplido con la prestación del servicio militar obligatorio, en ningún caso puede constituir una 'conservación' de municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, esta conducta no constituye el objeto de la acusación y en el evento de que el funcionario remitente la hubiera considerado punible debía haber ordenado proceso diferente, pues la acusación que formuló la Fiscalía Seccional involucra en violación al artículo 1º del decreto 3664 de 1986 el porte del arma de fuego de defensa personal que el implicado llevaba el día en que ocurrieron los hechos sangrientos, pero no el hallazgo de estas en la residencia en donde se produjo su captura, pues en tal evento la conservación de las armas de defensa personal conforma una conducta atípica" (fl. 148 ib.).

El Juez Penal del Circuito, por su parte, reiteró su incompetencia, aceptó la colisión propuesta y remitió las diligencias a esta Corporación para que se dirima la controversia, al sostener que "es innegable que la resolución acusatoria no comprendió el hecho punible referido al porte o conservación del proyectiles (sic) para ametralladora calibre punto cinco. En este sentido se le da razón al señor Juez Regional. Pero desafortunadamente cuando afirma que los hechos no tienen ninguna conexidad. Lo que sucede es que al procederse a la calificación del sumario, faltaba el correspondiente dictamen de balística que este Juzgado del Circuito hubo de ordenar y cuyos resultados alteran o modifican la competencia" (fl. 155 ib.).

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con el numeral 5º del artículo 68 del Ordenamiento Procesal Penal, la Corte es competente para dirimir la presente colisión de



competencias surgida entre un Juez Penal del Circuito y un Juez Regional.

En un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, la resolución de acusación tiene fuerza vinculante para el juez en la medida en que no puede ser desconocida por éste con argumentos apriorísticos; proviene de un funcionario diferente -el fiscal- en quien el constituyente radicó las funciones de investigación, calificación y acusación (art. 250); constituye la pieza procesal donde se individualizan los hechos por los que se llama a juicio; delimita la competencia; y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación prematura del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93).

En consecuencia, la incompetencia del Juez para conocer de un determinado proceso debe estar referida a los delitos por los cuales se proferió resolución de acusación, pues le está vedado -por virtud del principio de congruencia entre acusación y sentencia-, extender el juzgamiento a hipótesis delictivas derivadas de hechos que no fueron objeto de imputación en el pliego de cargos.

En el caso *sub-judice* la calificación del mérito probatorio del sumario se circunscribió al homicidio de Oscar Orlando Vásquez Molina, las lesiones personales de Claudia Patricia Castro López y Osman Augusto Henao Echeverry -punibles éstos por los que se precluyó investigación-, y la posesión de las dos pistolas incautadas calibres 7.65 y 9 mm., con sus respectivos proveedores contenidos de 7 y 8 cartuchos, conducta tipificada como porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, de competencia de los Jueces Penales del circuito.

No se entiende entonces cómo pueda el Juez Penal del Circuito, luego de admitir que "es innegable que la resolución acusatoria no comprendió el hecho punible referido al porte o conservación del proyectiles (sic) para ametralladora calibre punto cincuenta", pretender desconocer el pliego de cargos para adicionarle este nuevo hecho y pregonar su incompetencia a partir de tan injurídica abstracción.

Debe entonces el Juez Penal del Circuito continuar conociendo de la presente causa, y si en su criterio la tenencia del cartucho antes citado puede constituir hecho punible autónomo, ordenar la expedición de copias con destino a la Fiscalía Regional para que, si es el caso, se adelante la respectiva investigación.

Le asiste entonces razón al Juez Regional de Medellín al declararse incompetente para conocer del presente asunto, por lo que se asignará su conocimiento al Juez 27 Penal del Circuito de la misma ciudad, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta providencia al Juzgado Regional colisionante.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE

Asignar La Competencia para conocer de este asunto al Juzgado 27 Penal Del Circuito de Medellín, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta providencia al Juzgado Regional de la misma ciudad.

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, Dálmio Pérez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda,*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## RESOLUCION DE ACUSACION / COMPETENCIA FUNCIONAL

*Dictaminar ahora que la segunda instancia de una providencia emitida por un Juez de la justicia ordinaria, debe despacharse por el Tribunal Nacional, simplemente por cuanto en la resolución de acusación se dijo que se daba una circunstancia de agravación, ilínea que de ser cierta haría a aquella autoridad competente, sería "oponer el formalismo a la esencia del derecho, lo que es tanto como hacer bizantinismo en contra de la equidad. Se debe renunciar a rendir pletesía a la forma en la obligada búsqueda del contenido que es cuanto verdaderamente importa" -auto de Dir. 29 de 1987, M.P.Dr. Gustavo Gómez Velásquez-, más cuando como en el presente caso se estaría desconociendo lo imperioso de la competencia funcional.*

*Pero, si a pesar de todo, el Tribunal de Medellín al revisar el asunto "encuentra que el inferior conoció de unas diligencias respecto de las cuales no tenía competencia, o cuya calificación contiene un error en la denominación jurídica, o cualquier otra irregularidad trascendente, debe decretar la nulidad, decisión para la que está facultado funcionalmente, y no puede abstenerse de hacerlo so pretexto de carecer de competencia, porque de esa manera traslada su función a una autoridad que no le corresponde." (determinación de diciembre 6 de 1996, M.P.Dr. Ricardo Calvete Rangel)*

Consejo Supremo de Justicia, - Sala de Casación Penal, - Santafé de Bogotá, D.C. Diciembre dieciocho de mil novecientos noventa y seis.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

Aprobado: Acta No. 180

Proceso No.: 12541

### VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la colisión de competencia suscitada entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del presente expediente en el que es procesado Neyll Alberto Zapa-

ra Arias por el presunto delito de tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

### HECHOS

Los mismos sucedieron en el establecimiento público "Billares El Social", situado en la zona urbana del municipio de Barbosa, Antioquia, a eso de las ocho y media de la noche del 22 de julio de 1995, cuando Marino de la Cruz Henao Franco fue víctima de un atentado a tiros (tres) de revólver en el que tomaron parte dos personas que, rápidamente, huyeron del lugar y a quienes, por llamadas anónimas hechas al Comando de la Policía, se logró capturar, estableciéndose que se trataba de Neyll Alberto Zapata Arias -en cuyo poder se encontró un arma de fuego calibre 38, recién disparada en tres oportunidades- y de Juan David Idarraga GALLEGO, menor de edad, a quien se le hallaron varias vainillas de proyectil calibre 38.

### SINOPSIS PROCESAL

De los anteriores hechos conoció el Fiscal 36 de la Unidad Seccional de Barbosa, funcionario que abrió investigación, practicó varias pruebas, recepcionó indagatoria a Zapata Arias, quien -de los capturados- era el mayor de edad, y, el 31 de julio de 1995, resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el punible de homicidio agravado (artículo 30, numerales 7o. y 8o. de la Ley 40 de 1993), en concurso con el de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (art. 1o. del Decreto 3664 de 1986).

La resolución de acusación se proferió por el indicado funcionario el 17 de noviembre de 1995, por los señalados delitos, haciéndose precisión de las comentadas circunstancias específicas de agravación punitiva.

La etapa de la causa correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Girardota, en donde se dictó sentencia el 3 de julio de 1996, condenándose a Zapata Arias como autor responsable de los mencionados delitos, pero sin la agravante del numeral 8o. del artículo 30 de la ley 40 de 1993, que se consideró no estaba demostrada.

Apelado el anterior fallo, una Sala de Decisión del Tribunal de Medellín, se inhibió de desatar la impugnación y, en su lugar, se declaró incompetente para conocer del proceso, provocando colisión de competencias, para el evento de que el Tribunal Nacional -como así fue- no aceptara sus argumentos, los que se resumen, así:

La Resolución de Acusación proferida por la Unidad de Fiscalía con sede en el municipio de Barbosa, lo fue por tentativa de homicidio, con las circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 7o. y 8o. del artículo 30 de la Ley 40 de 1993 que modificó el 323 del Código

Penal, "causal última que dedujo en atención a la condición de líder político del movimiento Alianza Democrática M-19 que ostentaba la víctima del frustrado ilícito, la misma que tuvo conexión con el móvil que lo impulsó". Esta circunstancia desplaza la competencia a los Jueces Regionales, al tenor de lo previsto en el artículo 9-5 de la Ley 81 de 1993 que modificó el artículo 71 del C. de P. P.P.

Para el Tribunal de Medellín "El hecho de que la Jueza descartara tal premisa de intensificación punitiva de ninguna manera otorga competencia a la Sala para pronunciarse sobre el fallo impugnado pues de ningún modo le era dado a la *a quo* proferirlo en un proceso adscrito al conocimiento de los Jueces Regionales."

Y las razones del Tribunal Nacional, para aceptar el conflicto de competencias, son éstas:

Se reconoce que es verdad que -para la época de los hechos razón de ser del presente expediente- Marino de la Cruz Henao Zapata actuaba dentro del movimiento "Alianza Democrática M- 19", lo que -según referencias procesales- le granjeó antipatías por parte de militantes de grupos opuestos. No obstante ello, se asegura que no puede concluirse que Zapata Arias "obedeció a esa especial condición, porque toda circunstancia de agravación punitiva requiere comprobación en el orden lógico demostrativo", lo que aquí no aconteció.

También se afirma -con cita de determinación de la Corte de octubre 21 de 1994- que para que la conducta se pueda subsumir dentro de las previsiones del numeral 8o. del artículo 324-8 del Código Penal "debe existir una relación de causalidad entre la violación al derecho a la vida y las labores cumplidas por la víctima", la que -se asevera- en el caso a estudio no se da.

De autos aparece que se sospechaba de Henao Franco por la muerte de un joven que había tenido problemas con él, y de ahí que -a su vez- algunos digan que el atentado de que fue víctima pudo tener su causa en ello; existen, además, declarantes que refieren de comentarios en el sentido de que los disparos contra aquel se hicieron porque "estaba extorsionando o vacunando"; y, él mismo aceptó en su indagatoria que se le había tildado de "paramilitar" y "auxiliar de la guerrilla". Luego -manifiesta el Tribunal- "es dable concluir que el atentado dirigido en su contra tuvo móviles y fines diferentes a los exigidos por el precitado ordinal 8o. del artículo 30 de la Ley 40 de 1993".

Los factores que definen la competencia no pueden deducirse presuntivamente y, en ausencia de elementos probatorios que permitan inferir válidamente que el homicidio se realizó dentro de la circunstancia de agravación de que se trata, para el Tribunal Nacional no es procedente asumir el conocimiento de este asunto, "pues mal podría tenerse como

fundamento la ligereza plasmada en la resolución de acusación, para dar por legitimada una circunstancia de agravación punitiva y, de consiguiente, un factor determinante de competencia."

#### CONSIDERACIONES

1. El enfoque que a las cosas le da el Tribunal Nacional es el de que los autos no permiten afirmar que la muerte de Henao Franco obedeció a las circunstancias que el numeral 8o. del artículo 324 del C. de P.P. plasma como de agravación punitiva, que es lo único que hace que el asunto sea de su competencia.

De ahí que este Tribunal se coloque en la tarea de presentar los argumentos por los que puede asegurarse que no se da la multicitada circunstancia de intensificación punitiva, al tiempo que da cuenta de que en ello tuvo razón el Juzgado Penal del Circuito al descartarla de autos.

2. La óptica con que mira el caso el Tribunal de Medellín es bien distinta. En efecto, para esa Corporación lo trascendente es que la Unidad Seccional de Fiscalías con sede en Barbosa al proferir resolución de acusación, dedujo en su contra la circunstancia de que se trata, siendo ello lo que hace -según el art. 71-5 del C.P.P.- que el asunto sea de competencia de la justicia regional, sin que para nada interese que la Juez Penal del Circuito de Girardota -en su sentencia- la hubiera tenido por inexistente.

3. Apréciase bien, entonces, que mientras para el Tribunal Nacional lo que importa es lo que yace en fondo de lo aquí debatido, para el Superior de Medellín, las cosas son eminentemente formalistas. Poco peso o ninguno tiene en éste la consideración de que de autos pueda llegar a inferirse que el móvil del atentado contra Henao Franco, no hubiera tenido que ver con su condición de líder del "M-19" y que se dan otras atendibles razones para los disparos de que aquel fuera víctima, las que harían que la competencia fuera de la justicia ordinaria.

No se piensa -además- por el Tribunal de Medellín en que, según estas posibilidades probatorias, se estaría ante una apreciación equivocada del Fiscal que calificó el mérito del sumario, al tener por comprobada una circunstancia que el proceso no arrojaba, al tiempo que se reconocía competente para conocer del asunto, cuando de haber sido lógico y jurídico en su discurso ha debido declarar su incompetencia, precisamente por aceptar la existencia en autos del numeral 8o. del artículo 30 de la ley 40 de 1993 y, por consiguiente, remitir el expediente a la justicia regional, la que, probablemente, habría negado la ocurrencia del hecho que le permitía conocer del proceso.

Ahora, si se llevara a estas alturas del proceso el conocimiento del mismo al Tribunal Nacional, ello equivaldría a desconocer que no está probada la relación de causalidad entre la muerte de Henao Franco, con



su condición de dirigente político, lo que -obviamente-, también comportaría sustracción de su conocimiento al Tribunal de Medellín que, legalmente, hace la segunda instancia de las decisiones proferidas por el Juzgado Penal del Circuito de Girardola, Antioquia (art. 70-1 C. de P.P.), por ser de manera indiscutible su superior funcional.

Hay que insistir en el hecho de que la sentencia impugnada afirma la inoccurrencia de la circunstancia de agravación punitiva que hace al proceso de conocimiento de la justicia regional, o sea que, en su discurso, cuanto asegura es, exactamente, lo que hace que la competencia sea del Tribunal de Medellín.

Dictaminar ahora que la segunda instancia de una providencia emitida por un Juez de la justicia ordinaria, debe despacharse por el Tribunal Nacional, simplemente por cuanto en la resolución de acusación se dijo que se daba una circunstancia de agravación, única que de ser cierta haría a aquella autoridad competente, sería "oponer el formalismo a la esencia del derecho, lo que es tanto como hacer bizantinismo en contra de la equidad. Se debe renunciar a rendir pleitesía a la forma en la obligada búsqueda del contenido que es cuanto verdaderamente importa" -auto de Dic. 29 de 1987, M.P.Dr. Gustavo Gómez Velásquez-, más cuando como en el presente caso se estaría desconociendo lo imperioso de la competencia funcional.

Pero, si a pesar de todo, el Tribunal de Medellín al revisar el asunto "encuentra que el inferior conoció de unas diligencias respecto de las cuales no tenía competencia, o cuya calificación contiene un error en la denominación jurídica, o cualquier otra irregularidad trascendente, debe decretar la nulidad, decisión para la que está facultado funcionalmente, y no puede abstenerse de hacerlo so pretexto de carecer de competencia, porque de esa manera traslada su función a una autoridad que no le corresponde." (determinación de diciembre 6 de 1996, M.P.Dr. Ricardo Calvete Rangel)

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACION PENAL-,

#### RESUELVE

1. DIRIMIR la colisión de competencia aquí trabada, adjudicándole el conocimiento del presente asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, adonde la Secretaría de la Sala remitirá -de inmediato- las diligencias. Y,

2. La misma Secretaría hará llegar -para los fines de ley- copia del presente pronunciamiento al Tribunal Nacional.

Cópiese y cúmplase.

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

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ INTERES PARA RECURRIR/ ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA

*Según el numeral 4o. del artículo 37B del Estatuto Procesal, en los casos de sentencia anticipada o de audiencia especial el interés del procesado y su defensor para recurrir se limita a los siguientes aspectos: 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.*

*Esto significa que no puede cuestionar la declaración de responsabilidad ni la apreciación probatoria que le sirvió de base, aspectos que con la aceptación de responsabilidad del procesado se entienden debidamente finiquitados.*

*Esta limitación no se extiende a la revisión, que como se sabe no es un recurso sino una acción, a través de la cual se puede intentar remover la condición de cosa juzgada a que ha hecho tránsito una decisión que se considera injusta, y es evidente que a las particulares circunstancias previstas en la ley como causales taxativas no escapan los fallos por el simple hecho de ser fruto de un acuerdo o del allanamiento del sindicado.*

*En el caso concreto de la causal tercera de revisión, que es la aducida en este asunto, si bien el condenado admitió su responsabilidad con la prueba que entonces existía en el proceso, no sería acertado cerrar la posibilidad de que ante hechos no conocidos o pruebas nuevas se pueda revisar, pues ello sería desconocer que la aceptación del implicado pudo deberse a razones tan poderosas, que aún siendo inocente, no tuvo en ese momento alternativa distinta.*

*Y en materia de ejemplos se puede ir más lejos, es posible que el acusado haya aceptado la responsabilidad, y después se conozca que para ese momento sufría de un trastorno mental. No sería razonable decir que no hay lugar a revisión simplemente porque el procesado pidió sentencia anticipada.*

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

Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel

Aprobado Acta No. 180

Proceso No.: 12365

### VISTOS

Procede la Sala a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por la defensora de la sentenciada Floralba Avilés Calderón, a quien el Tribunal Superior de Neiva confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pitalito (Huila), por medio de la cual se le impuso la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión, como responsable de infringir la Ley 30 de 1986.

### HECHOS

En horas de la noche del 5 de octubre de 1995, miembros del Cuerpo Técnico de Policía Judicial practicaron una diligencia de allanamiento en las "Residencias Volga", ubicadas en la calle 8 No. 2-28 del municipio de Pitalito (Huila), y encontraron en la cocina un tarro metálico que contenía una sustancia que al practicar la prueba de campo dio resultado positivo para clorhidrato de cocaína en cantidad de 986.6 gramos.

Por estos hechos se capturó y vinculó a Floralba Avilés Calderón, quien solicitó audiencia anticipada y aceptó los cargos, razón por la cual obtuvo una rebaja de dieciséis (16) meses de prisión.

### DEMANDA DE REVISIÓN

El accionante fundamenta la demanda en la causal tercera de revisión, porque con posterioridad a las sentencias atacadas han aparecido hechos nuevos y pruebas desconocidas en el momento de proferirse los fallos, conforme a las cuales se establece la inocencia de Floralba Avilés Calderón, de conformidad con los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal.

Al efecto señaló:

1. Floralba Avilés Calderón nunca ha trabajado ni ha vivido de la compra y/o venta de alucinógenos, sino que, todo lo contrario, una vez separada de su marido, ha trabajado con el alquiler de hospedajes en establecimientos que ha arrendado para tal fin, como sucedió con las "Residencias Volga", en Pitalito, Huila.

2. La droga que encontró la Fiscalía "en octubre del año pasado no era de su propiedad, sino que era ajena, era de su hermana Olga Avilés Calde-

rón, quien ese tiempo vivía en la misma: .....Residencias Volga y la tenía sin conocimiento y sin la anuencia de su hermana”.

3. Las “Residencias Volga” ahora se llaman “Residencias Posada Real” y son administradas por alquiler o arriendo por Olga Avilés Calderón.

4. “Floralba Avilés Calderón se autoacusó por varias razones que ha expuesto y que debo transmitir a sus señorías: porque se le dijo en la indagatoria que no estaba obligada a acusar a su hermana, razón por la cual no lo hizo, diciendo la verdad de los hechos: porque la abogada que consiguió, Dra. Ana Aceneth Contreras, le aconsejó que confesara y que por ese mecanismo quedaba en libertad aunque la condenaran; y porque si acusaba a su hermana se iban ambas a la cárcel y serían dos las perjudicadas y no una sola de ellas...”

5. A título de fundamentos de derecho asevera que las sentencias anticipadas pueden ser objeto de la acción de revisión siempre que se hallen ejecutoriadas, y que la confesión y el allanamiento son las dos únicas pruebas que obran en el proceso, la primera de las cuales ha debido ser verificada como lo ordenan el artículo 207 y otras disposiciones del Código de Procedimiento penal.

En el capítulo de pruebas solicita que se reciban los testimonios de Misael Ochoa Ortiz, Esther López De Ochoa, Ercelinda Baquero Sáenz, Luis Augusto Gómez, Antonio María López, quienes deberán declarar sobre los hechos narrados como fundamento de la revisión. Igualmente pide se escuche a la abogada Ana Aceneth Contreras para que explique qué razones jurídicas tuvo para aconsejar a su poderadante que si confesaba quedaba en libertad.

También pide que se tenga como prueba el expediente que anexa, y especialmente el memorial de Floralba Avilés Calderón, en el cual pide audiencia anticipada y no sentencia anticipada, confusión con la que se violó el debido proceso y el derecho de defensa.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Según el numeral 4o. del artículo 37B del estatuto procesal, en los casos de sentencia anticipada o de audiencia especial el interés del procesado y su defensor para recurrir se limita a los siguientes aspectos: 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.

Esto significa que no puede cuestionar la declaración de responsabilidad ni la apreciación probatoria que le sirvió de base, aspectos que con la

aceptación de responsabilidad del procesado se entienden debidamente finiquitados.

Esta limitación no se extiende a la revisión, que como se sabe no es un recurso sino una acción, a través de la cual se puede intentar remover la condición de cosa juzgada a que ha hecho tránsito una decisión que se considera injusta, y es evidente que a las particulares circunstancias previstas en la ley como causales taxativas no escapan los fallos por el simple hecho de ser fruto de un acuerdo o del allanamiento del sindicado.

En el caso concreto de la causal tercera de revisión, que es la aducida en este asunto, si bien el condenado admitió su responsabilidad con la prueba que entonces existía en el proceso, no sería acertado cerrar la posibilidad de que ante hechos no conocidos o pruebas nuevas se pueda revisar, pues ello sería desconocer que la aceptación del implicado pudo deberse a razones tan poderosas, que aún siendo inocente, no tuvo en ese momento alternativa distinta.

Y en materia de ejemplos se puede ir más lejos, es posible que el acusado haya aceptado la responsabilidad, y después se conozca que para ese momento sufría de un trastorno mental. No sería razonable decir que no hay lugar a revisión simplemente porque el procesado pidió sentencia anticipada.

2. Para entrar al estudio del libelo se debe tener en cuenta que el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal señala los requisitos que debe contener, entre los cuales está "la relación de las pruebas que se Aportan para demostrar los hechos básicos de la petición".

2. En el caso en estudio el accionante invoca la causal 3a. de revisión, que se refiere a cuando después de la sentencia condenatoria aparecen hechos nuevos o surgen pruebas no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad, y solicita que se reciban seis testimonios que no fueron conocidos en el proceso, pero no los aporta, ni siquiera a título de prueba sumaria, requisito sin el cual no es posible darle curso a la demanda.

De otra parte, es evidente la confusión del actor sobre la naturaleza y finalidad de la acción que pretende promover, pues acusa la violación del debido proceso y el derecho a la defensa, aduciendo que su cliente solicitó "audiencia anticipada" y lo que le dictaron fue "sentencia anticipada", reparos que no son de recibo por vía de revisión, y los cuales ha debido plantear en las instancias o en casación, pero no en este momento en que el fallo ya ha cobrado ejecutoria.

Por las razones anotadas se rechazará la demanda.

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



## RESUELVE

*Primero. Reconocer* personería al doctor Rubén Ordóñez Ortega en los términos del poder conferido.

*Segundo. Rechaza* la demanda de revisión presentada por el apoderado de la sentenciada Floralba Avilés Calderón, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Pareda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Anibal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandía, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*

## APODERADO SUPLENTE

Si bien el artículo 144 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el art. 23 de la Ley 81 de 1993, con el propósito de garantizar en todo momento el debido proceso y el derecho de defensa, y que el trámite no se vea entorpecido por la imposibilidad de atender personalmente el estado de la actuación, establece, en cabeza del defensor y el apoderado de la parte civil, la facultad de designar profesionales suplentes "bajo su responsabilidad", esa misma disposición es clara en señalar que "los apoderados principales y suplentes no pueden actuar de manera simultánea".

Esta limitante halla su razón de ser en que las pretensiones de la parte cuya representación les ha sido encomendada, pueden resultar contradictorias o generar desequilibrio frente a los demás sujetos procesales.

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

Aprobado acta No. 180

Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Proceso No.: 10266

Decide la Corte la concesión del recurso extraordinario de casación discrecional, oportunamente interpuesto, con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, por el defensor de la procesada Melba Yolanda Vargas Rojas, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Sección y Nuevo Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se le condena a 18 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como responsable del concurso de delitos de prevaricato por omisión y abuso de función pública.

## ANTECEDENTES

1.- Algunos copropietarios del "Edificio Coliseo", ubicado en la Calle 59 número 37-63 de Santa Fe de Bogotá, solicitaron a la Alcaldía Menor

de Teusaquillo, se les otorgara permiso para construir, en el inmueble citado, un cerramiento transparente del antejardín (fls. 173-1), el que fue concedido, un día después de haber recibido la solicitud, por la Inspección 13 B Distrital de Policía, a cargo de la doctora Melba Yolanda Vargas Rojas (fl. 181-1).

Esta determinación fue impugnada por María Teresa Galeano, quien se estimó perjudicada con ella, y luego de varios incidentes procesales, la Secretaría de Gobierno de Bogotá la revocó considerando que al Inspector de Policía no le compete decidir el cerramiento de antejardines por cuanto, al tratarse de una construcción en espacio público, debe ser autorizada por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital. Además, dijo que, en el presente caso, "el permiso de cerramiento recayó sobre un inmueble en cuyo primer piso funciona una cafetería que se ha visto afectada por él. Si la cafetería no reúne los requisitos para que se le otorgue la licencia, es el Alcalde Menor mediante el debido proceso, a quien compete ordenar lo pertinente, pero no puede el Inspector so pretexto de aplicar el inciso 10 del artículo 9 del Decreto 1025 de 1987, proceder de hecho a cerrar el establecimiento". Por lo anterior, dispuso la devolución del diligenciamiento a la oficina de origen "para lo de su cargo" (fls. 14 y ss-1).

Por auto del 9 de abril de 1992, la Inspección 13 B Distrital de Policía ordenó: "Éstese a lo dispuesto por el Superior" (fl. 128, Vto. 1).

Mediante memorial presentado el 23 de abril de ese mismo año, la apoderada de María Teresa Galeano solicitó la materialización de la orden expedida por la Secretaría de Gobierno el 17 de febrero de 1992 (fl. 130-1), petición que fue resuelta en proveído de la misma fecha, en el cual la Inspectora consideró: «tóngase en cuenta que este Despacho mediante auto de abril 9 del año en curso ordenó estarse a lo dispuesto por el superior quien tomó la decisión de revocar el auto proferido el 24 de octubre de 1990. Infórmese en tal sentido a la peticionaria» (fl. 130 Vto.).

El 30 de abril de 1992, la apoderada de María Teresa Galeano, solicitó a la Inspección de Policía "ordenar que a costa de los querellantes y en plazo determinado, se proceda a la demolición del encerramiento, que tantos y graves perjuicios económicos y de índole moral le ha causado a mi poderdante. En caso contrario se sirva oficiar a la Secretaría de Obras Públicas del Distrito para que ellos realicen tal demolición" (fl. 131-1).

La petición fue resuelta en providencia del 11 de mayo de 1992, en la cual la Inspectora procesada consideró que "en ningún momento el superior está ordenando a la inspección proceda (sic) a la demolición del cerramiento: únicamente se está revocando el auto. La medida no fue solicitada por la interesada o sus apoderados en el transcurso de las diligencias ni en la sustentación del recurso de queja. Con base en estas consideraciones la Inspección no es competente para entrar a aplicar la medida

solicitada por la Dra. Flor Elba Torres, por lo que se ordena estarse a lo resuelto por el superior (fl. 132 y ss.-1).

Contra esta determinación se interpusieron los recursos de reposición y subsidiario de apelación. Negado el primero y concedido el segundo, la Secretaría de Gobierno, mediante proveído del 12 de enero de 1993, no obstante considerar que "la administración debe ejecutar o hacer ejecutar" las actuaciones necesarias para el cumplimiento de los actos administrativos, inadmitió la alzada por cuanto el recurso de apelación fue decidido el 17 de febrero de 1992 en providencia no susceptible de impugnación alguna (fls. 427 y ss. 1).

2.- Con fundamento en este devenir fáctico, ante el Juzgado 46 de Instrucción Criminal de Bogotá (Reparto), la señora María Teresa Galeano Zea presentó denuncia penal contra la Inspectora 13 B Distrital de Policía por considerar que, con ocasión del permiso otorgado por la denunciada para el cerramiento del antejardín del edificio Coliseo, el 4 de Noviembre de 1990 se materializó la decisión, quedando bloqueado el local donde funciona una cafetería con lo que se vio obligada a clausurar el negocio. Aclara que a pesar de haberse interpuesto los recursos contra el proveído que dispuso el cerramiento, éstos fueron negados por extemporáneos según razones que adujo su denunciada, pero, finalmente, ante la interposición de el de queja, tal orden fue revocada por la Secretaría de Gobierno del Distrito quien consideró que la Inspección carecía de competencia para otorgar dicho permiso.

Adujo igualmente que pese a haber presentado dos solicitudes para que la orden expedida por la Secretaría de Gobierno fuera cumplida, la Inspectora se negó a disponer la demolición del cerramiento ilegalmente construido, pues, estas peticiones, fueron rechazadas con el argumento de que ya había proferido un auto decidiendo estarse a lo dispuesto por el superior, el cual, en ningún momento, había ordenado demoler las cercas construidas y, de otra parte, que carecía de competencia para decretar el retiro de las mismas.

Aludió, además la denunciante, que la Inspectora procedió con "inusual celeridad" pues el mismo día que recibió las diligencias del reparto, sin tener competencia para ello expidió el permiso solicitado; posteriormente negó por extemporáneos los recursos oportunamente interpuestos, la denunciada vive cerca del edificio donde se realizó el cerramiento, mantiene amistad con los peticionarios y se negó a cumplir lo ordenado por su superior jerárquico, de todo lo cual deduce que obró con malicia en el trámite del referido proceso policivo (fls. 3 y ss.-1).

Por estos hechos, la doctora Melba Yolanda Vargas Rojas fue vinculada a la investigación; en su contra la Fiscalía profirió resolución acusatoria por el concurso de delitos de prevaricato por omisión y abuso de función pública (fls. 205 y ss.-2) la cual quedó ejecutoriada el 19 de enero de 1994

(fl.50 cno. segunda instancia Fiscalía), y en razón de esos cargos fue condenada en primera instancia por el Juzgado Sesenta y Nueve Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia que el Tribunal Superior confirmó y que ahora es objeto del recurso de casación discrecional.

3.- Ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, María Teresa Galeano Zea, instauró acción de tutela contra la Inspectora 13 B Distrital de Policía, considerando que ésta vulneró el debido proceso al abstenerse de cumplir con lo ordenado por el superior jerárquico. El mecanismo constitucional de amparo fue decidido en primera instancia mediante fallo proferido el 10 de junio de 1993, ordenando "la demolición del cerramiento del antejardín del edificio Coliseo, ubicado en la Calle 59 número 37-63 de Bogotá".

Esta determinación fue impugnada y el Consejo de Estado en providencia del 18 de agosto de 1993, para revocarla consideró:

"Ciertamente que la providencia del Consejo de Justicia sólo se circunscribió a revocar lo decidido por la inspección al conceder el permiso para hacer el cerramiento, por falta de competencia. Determinar si ello implica tácitamente la orden de demolición, con el desconocimiento de derechos de terceros —los copropietarios que consiguieron que las cercas se construyeran— es algo que da lugar a un sinnúmero de controversias que habría que dilucidar en un juicio ajeno a la acción de tutela. Para que un derecho constitucional fundamental sea objeto de amparo a través de la acción de tutela, debe fluir nítido y diáfano de lo que sumariamente se haya allegado al asunto".

"2.- Cuando se discuten cuestiones tales como las que se debaten en el caso que ahora se estudia, es decir, temas atinentes a los cánones de un reglamento de propiedad horizontal, y cuando la solución de la controversia toca derechos de terceros, necesariamente se debe acudir a la vía judicial ordinaria y no a la acción de tutela, que se caracteriza, sin duda, por la sumariedad de la actuación y porque los derechos constitucionales fundamentales que el demandante considera vulnerados o amenazados aparezcan claros, evidentes, de la sola lectura y elemental alcance de lo que ellas aportan al convencimiento del juez. En otras palabras, la acción de tutela es ajena a todo litigio, a todo pleito, a toda alteración en juicio. Principios tales como la sumariedad y de la inmediatez que la gobiernan exigen que esté ausente de ella este género de discusiones, máxime si afectan derechos de terceros que han acudido a la autoridad administrativa en demanda de su intervención para hacer uso de prerrogativas que, según ellos, les concede un reglamento de propiedad horizontal."

«3.- Luego, pues, de analizar los hechos, circunstancias y situaciones que rodean el caso *sub lite*, preciso es concluir que el fallo del *a quo* simplemente se limitó a determinar que, al no disponer la demolición de la

obra, —desobedeciendo, según el Tribunal, lo determinado por el Consejo de Justicia—, había quebranto al derecho al debido proceso de la señora María Teresa Galeano Zea. Para llegar a esa conclusión, piensa la Sala, habría que despejar todas las dudas e inquietudes que se han expuesto. Y es por ello que se impone la revocatoria de la providencia que tal cosa resolvió" (fls. 79 y ss. cmo. Tribunal).

A su turno, la Corte Constitucional al revisar el fallo de segundo grado, a instancias de solicitud en tal sentido presentada por el Defensor del Pueblo, en providencia identificada como T-138/94 del 22 de marzo de 1994 consideró:

"No obstante que esta Sala no se ocupe de examinar la situación actual de hecho a que se refiere la peticionaria en sus escritos, en cuanto hace a los supuestos perjuicios causados por el cerramiento que cuestiona, si se observa que el decreto 2591 de 1991, que reglamenta la Acción de Tutela, en su artículo 6º numeral 4, establece la improcedencia de la acción de tutela cuando sea evidente que la violación se originó en un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho".

"En este mismo sentido se observa que el supuesto del daño consumado implica el fin primordial de la acción de tutela, cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales, para evitar precisamente los daños que dicha violación pueda generar, y no una protección posterior a la causación de los mismos cuya protección es objeto de acción indemnizatoria que puede reclamarse por otra vía judicial".

"Para el caso en concreto, la peticionaria manifiesta que la Cafetería Federmán dejó de funcionar el 4 de noviembre de 1990 como consecuencia del cerramiento ordenado por la Inspección de Policía, es decir, que el daño que pudo haberse causado como consecuencia del cierre, para la época en que se interpuso la acción de tutela, ya se encontraba consumado. Empero el cerramiento no es ordenado ni construido por la Inspección, sino apenas autorizado; dicho cerramiento es ordenado y construido por la junta de propietarios de la unidad habitacional, y es contra ella a la que se puede dirigir la peticionaria para pedir la reclamación de reparación que considere."

"Por otra parte se observa que la accionante no utilizó todos los medios de defensa que eran efectivos y que tenía a su disposición dentro del trámite policivo, como fue el haber solicitado de manera oportuna la aclaración de la sentencia proferida por el Consejo Superior a fin de establecer sobre la orden de destrucción del cerramiento, que había sido construido con base en la decisión de la Inspección 13 B de Policía y sobre la cual no se pronunció."



"Además, no se encuentra violación al debido proceso puesto que en verdad se cumplieron los trámites legales correspondientes y no se desatendieron las reclamaciones de la interesada al recurrir la decisión de la autoridad de policía: en verdad no encuentra que la Inspección deba demoler o decretar la demolición de obra sin que se adelante el trámite respectivo, pues para dicho fin debe adelantarse el procedimiento que dé oportunidad a los vecinos para pronunciarse y en modo sencillo y ordinario procedería acceder a la solicitud si se cumple con los requisitos para dicha modalidad de actuación policial. Asiste razón al H. Consejo de Estado puesto que se trata de una situación jurídica entre copropietarios que no puede desatarse por esta vía judicial específica y directa de amparo o tutela de los derechos constitucionales fundamentales. Por estas razones debe confirmarse la providencia de segunda instancia proferida por el H. Consejo de Estado que revoca la providencia de primera instancia como en efecto se ordenará" (fs. 62 y ss. cmo. Tribunal).

#### EL RECURSO DE CASACIÓN

Tanto el defensor principal como su suplente, manifestaron interponer recurso extraordinario de casación discrecional aunque solamente el principal presentó escrito separado con el cual pretende cumplir con el requisito de la sustentación.

El libelista parte de afirmar la necesidad de que la Corte "proceda a desarrollar la jurisprudencia, y a ratificar y fortificar las garantías de los derechos humanos" pues, considera "urgente, el que se sienta una jurisprudencia sobre aspectos, que dicen relación con las incidencias de las decisiones de la tutela en el proceso penal, especialmente cuando en la tutela se han resuelto asuntos que son elementos normativos de los tipos penales o constituyen cuestiones previas de procesabilidad, asuntos sobre los que aún la Honorable Corte Suprema de Justicia, no ha tomado partido" pues en el caso *sub judice*, dice, los Magistrados del Tribunal adujeron que "no tenían ninguna repercusión los pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en el proceso penal, y así irregularmente, profirieron su fallo".

Precisa igualmente que se debe aclarar, por vía jurisprudencial, "lo que es por esencia y por mandato Constitucional y legal la función de la fiscalía, ya que la mayoría de los errores se cometieron, en la instrucción, y esos errores fueron los que precisamente el Tribunal omitió, o simplemente no los vio, o simplemente no quiso estudiarlos en su fallo. Hubo distorsión plena, de lo que es la instrucción, con debido proceso", pues, continúa el recurrente, "la investigación, como en ningún caso, estuvo orientada a ser inquisitiva, acusadora, parcializada, en todo lo perjudicial a la Dra. Vargas, pero no porque se dejara de apreciar una prueba, o se desconociera otra, o porque se le diera simplemente errónea valoración a determinados elementos como errores de hecho o de derecho".

La doctrina que, en criterio del recurrente, debe sentar la Corte, hace relación a "la verdadera función de la Fiscalía como entidad judicial, que debe investigar no solo lo desfavorable, sino lo favorable, teniendo en cuenta los principios y el respeto a la igualdad, debida defensa, contradicción etc."

Concluye el preámbulo de la fundamentación del recurso, aludiendo conocer que la demanda de casación debe ser presentada posteriormente, pero, agrega, "la defensa no quiere escatimar esfuerzos, al presentar desde ahora, al menos parte de las consideraciones precisas, y ya en su momento se hablará de otros fraudes y de otras falsedades, como también de desconocimiento de hechos que se han pasado por alto, todo para llegar a esta triste conclusión, de la condena de una persona absolutamente inocente".

Divide la argumentación en veintidós capítulos cuyos fundamentos, en síntesis, son los siguientes:

1.- Considera que en los fallos de tutela proferidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional fueron estudiados "de fondo" los cargos imputados a la procesada, por lo cual existe relación entre el asunto penal y esas decisiones. Sin embargo, el Tribunal omitió leerlos con detenimiento, pues de haberlo hecho, "no los hubiera desconocido, en forma tan grave como lo hizo, por ejemplo hubiera podido concluir que la fecha y datos que dan las peticionarias de la tutela, son falsas y que cometieron fraude procesal con esos altos Tribunales".

2.- La Doctora Yolanda Vargas no dictó una providencia contraria a la ley; simplemente incurrió en un "error de interpretación" en consideración a que la Alcaldía asumió una posición jurídica similar a la adoptada por ella, la Procuraduría consideró que su proceder fue correcto y, además, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional "no vieron contrariedad manifiesta en su obrar".

Quienes aplicaron erróneamente la ley, fueron los Magistrados del Tribunal pues "partieron de la base de la no vigencia de la normatividad aplicada por la Inspectora", a consecuencia de haber guardado silencio en relación con los medios de prueba incorporados al proceso que le favorecían, y tergiversar otros.

El Tribunal faltó a la verdad "al hablar de la Vigencia del Acuerdo", correspondiéndole a la Corte analizar si cometieron prevaricato, pero por ahora lo que interesa, son los derechos humanos y las garantías de la Inspectora, seriamente atropellados por el fallo, pues, al respecto anuncia que "podría conseguir un documento explicativo de la oficina jurídica de la Alcaldía, y solicitar el recurso extraordinario de revisión con esa prueba nueva".

Aunque la Corte Constitucional, no podía pronunciarse sobre la responsabilidad o inocencia de la inspectora, en su criterio, si analizó la trascendencia jurídica de su conducta, lo cual ha debido ser tenido en cuenta por el Tribunal. Por ello, dice, la Corte debe sentar doctrina sobre las repercusiones de los fallos de tutela en el proceso penal, cuando tienen relación íntima, y cuando hacen referencia al contenido, alcance y naturaleza de la conducta descrita en el tipo penal, pues, en este caso, la Corte Constitucional señaló que la Inspectora, sin violar los derechos de los copropietarios del conjunto residencial, no podía quitar el cerramiento que había autorizado. Por ello, considera que el fallo censurado desconoció el concepto de antijuridicidad de la conducta.

3.- Del testimonio rendido por María Teresa Galeano, dice, se deduce la confesión de los delitos de fraude y falsedad ideológica para el otorgamiento de la escritura pública, lo cual, en su criterio, permitió adulterar la realidad del proceso y las formas propias del juicio.

4.- El Tribunal analizó "de manera muy recortada" la decisión de la Procuraduría Provincial de Bogotá, en la cual se abstuvo de abrir investigación disciplinaria a la Inspectora por haber dado «cumplimiento a lo de su cargo y competencias», con lo que se demostraba que se trataba de una interpretación "difícil y complicada" de la ley, no de manifiesta contrariedad con ella.

Entonces, concluye, como el Tribunal no consideró el asunto como un problema de interpretación, violó el debido proceso y las garantías mínimas de la procesada.

5.- María Paulina Galeano Castro, al rendir declaración ante la Notaría 38 del Circuito de Bogotá, mintió para elevar fraudulentamente a escritura pública su testimonio, hecho que, al no merecer ninguna referencia por el Tribunal en el fallo recurrido, demuestra la "sistemática, crónica y continua desnaturalización del proceso y de su realidad".

6.- El documento expedido por el Jefe de la Unidad de Desarrollo Urbanístico está afectado por una falsedad ideológica, "inducida mediante fraude procesal por las Galeano" lo que no fue mencionado por el Tribunal en el fallo recurrido.

7.- María Paulina Galeano Zea se presentó, sin serlo, ante el Servicio de Salud de Bogotá como propietaria de la cafetería, y la entidad le expidió licencia de funcionamiento a pesar de estar prohibido por tratarse de un apartamento de habitación, hecho que no fue analizado por el Tribunal con lo cual, según argumenta, se vulneró el debido proceso.

8.- María Paulina Galeano Zea, al solicitar licencia de funcionamiento como propietaria, indujo en error al Alcalde Menor de Teusaquillo para que expidiera un documento ideológicamente falso, sobre lo cual no existió mención alguna por el Tribunal, quien, además, no solicitó la investi-

gación correspondiente violando los derechos y garantías fundamentales de la imparcialidad, lealtad y equidad para administrar justicia.

9.- El 28 de septiembre de 1990 María Paulina se hizo pasar falsamente como propietaria de la Cafetería Federmán para invocar el silencio administrativo negativo nacido en solicitudes fraudulentas presentadas ante el Notario 38 del Circuito de Bogotá.

10.- Si bien en las primeras diligencias intervino María Paulina como propietaria del negocio, ya ante la Alcaldía y la Inspección tuvo que hacer lo María Teresa Galeano quien otorga poder y actúa, lo cual no fue mencionado por el Tribunal con violación del debido proceso.

11.- Según la visita efectuada a la Cafetería el 6 de septiembre de 1990, dice, se constató que ésta venía funcionando desde el primero de septiembre de 1990 y que, además, la misma carecía de licencia. Por ello, el 24 de septiembre de ese mismo año, el Secretario de Gobierno solicitó cesar las actividades del establecimiento de comercio, sobre lo cual el Tribunal no hizo la más mínima mención en la providencia recurrida y sirvió para que los hechos fueran tergiversados en detrimento de los intereses de la procesada, pues reviste importancia "la actitud deshonestas de Paulina Galeano, cuando acude a la Notaría para solicitar el Silencio Administrativo" quien, pese a presentar los documentos el 28 de septiembre, nada dijo sobre las acciones de cierre del establecimiento adelantadas en su contra por carecer de la licencia de funcionamiento respectiva.

12.- El Tribunal presentó los hechos como fruto de la conducta delictiva de la inspectora y no como resultado de la acción de los inquilinos y propietarios del conjunto residencial, quienes «se unieron para luchar contra la delincuencia organizada, y permanente de las Galeano y de sus cómplices».

13.- Recuerda que el 11 de octubre de 1990, el Alcalde Menor de Teusaquillo expidió la orden de sellamiento del establecimiento de comercio; sin embargo, el 23 del mismo mes levantó la medida impuesta con el argumento de que "fueron presentados ante este despacho los documentos exigidos para la respectiva licencia de funcionamiento". Si el Tribunal hubiera apreciado este fraude, otra, considera, habría sido la suerte de la procesada.

14.- La señora María Paulina Galeano, manifestó bajo juramento que acudió con un memorial a la Notaría 38 para que le concedieran licencia de funcionamiento, cuando lo cierto es que su concurrencia a la Notaría, no fue con un memorial sino para elevar fraudulentamente a escritura pública un inexistente silencio administrativo, pues, además, es falso que la Notaría le hubiera expedido la licencia, lo cual, al no ser considerado por el Tribunal violó el debido proceso y las garantías fundamentales de la procesada.

15. El Tribunal concluyó la existencia del dolo en el delito de prevaricato, porque consideró que la inspectora era amiga de los inquilinos del edificio. Sin embargo, el fundamento de tal decisión se halla en la declaración de Luz Helena Tamayo, quien simplemente dice conocerla de vista y haberla observado en una oportunidad dialogando con un señor de nombre Jorge cuyo apellido no recuerda.

En consecuencia, la deducción que hizo el Tribunal al tergiversar el dicho de los testigos, atenta contra los derechos fundamentales.

16.- De la declaración de Isabelina Lozano de Reyes deduce que su dicho es mentiroso, por lo que no es factible tener establecido amistad, dolo ni el delito de prevaricato.

17.- Aduce que el testimonio de Darío Castro Villamil no fue debidamente apreciado por el Tribunal, y ello condujo a «la desnaturalización de la verdad, como incidencia excepcional, no como violación aislada» sino como «violación sistemática y generalizada».

18.- De los aportes que transcribe de la indagatoria de la procesada concluye que «las galeano y sus cómplices en asociación para delinquir permanente, resolvieron engañar a la segunda instancia para obtener la revocatoria de la providencia de la inspectora en los términos que ésta lo manifiesta». Por ello estima que con la sentencia recurrida «que nunca se ha debido dictar», se incurrió en un error judicial en razón a que, para lograr la revocatoria de la decisión de la inspectora, se le hizo creer al Consejo de Justicia de Bogotá que el apartamento tenía licencia de funcionamiento cuando esa licencia era de otra cafetería».

19.- Dice el libelista que otro funcionario de policía, al emitir su concepto, reiteró la aplicabilidad del Decreto 1025 de 1987, «que fue el mismo que aplicó la inspectora» lo que demuestra que se trata de un problema de interpretación que descarta el dolo, hecho éste que no fue analizado por el Tribunal en la sentencia recurrida.

20.- Alega el actor que el 29 de marzo de 1988 se otorgó irregularmente un permiso de funcionamiento para la Cafetería Federmán en el cual no se mencionaron las restricciones nacidas en el reglamento de propiedad horizontal. Sin embargo, el Tribunal nada dijo al respecto.

21.- En el acta de la visita practicada en la calle 59 No. 37-59/63 por la Alcaldía de Teusaquillo, Teresa Galeano faltó a la verdad porque el lugar no podía dejar de ser apartamento y en él no podía efectuar reparaciones locativas y adujo carecer de licencia de funcionamiento, cuando en otras ocasiones sostuvo que sí poseía tal autorización, sobre lo cual nada dijo el Tribunal violando así el debido proceso.

22.- Si se sabe que el establecimiento estuvo cerrado al público, y que hubo falsedades, fraudes, y violaciones, dice, se vulneraron los mínimos



derechos de la procesada al resultar condenada por unos daños y perjuicios que son producto de esas maniobras, por lo cual sería conveniente, la doctrina de la Corte, sobre perjuicios decretados con fundamento en esas actitudes fraudulentas en un fallo penal".

Concluye argumentando que "es una oportunidad maravillosa" para que la Corte se pronuncie fortificando la doctrina y la jurisprudencia en lo relativo a "las incidencias en los procesos de tutela y penal, especialmente cuando se trata de elementos del tipo que son mencionados en la tutela". Que se aclare la naturaleza de las funciones de la Fiscalía; se fortifique la doctrina en relación con "los principios fundamentales en el desarrollo de la instrucción y en el contenido de los fallos judiciales que no pueden apartarse de ella" y, finalmente, se sienta un precedente "enérgico ante las actitudes como las del Tribunal de Bogotá, por las omisiones y comportamientos frente a la cadena de fraudes, engaños, falsedades, falsas imputaciones, errónea interpretación y aplicación de la ley", (fs. 155 y ss. - cno. Tribunal).

#### SE CONSIDERA

Si bien el artículo 144 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el art. 23 de la Ley 81 de 1993, con el propósito de garantizar en todo momento el debido proceso y el derecho de defensa, y que el trámite no se vea entorpecido por la imposibilidad de atender personalmente el estado de la actuación, establece, en cabeza del defensor y el apoderado de la parte civil, la facultad de designar profesionales suplentes "bajo su responsabilidad", esa misma disposición es clara en señalar que "los apoderados principales y suplentes no pueden actuar de manera simultánea".

Esta limitante halla su razón de ser en que las pretensiones de la parte cuya representación les ha sido encomendada, pueden resultar contradictorias o generar desequilibrio frente a los demás sujetos procesales.

Por ello, la Corte advierte con extrañeza, cómo a pesar de lo preciso de la preceptiva un comentario, en el presente caso tanto defensor principal como suplente exteriorizaron su deseo de recurrir en casación discrecional. No obstante lo anterior, la Sala considerará el escrito presentado por el defensor principal, a fin de decidir la admisibilidad de la impugnación presentada.

La Corte hubo de acudir a la transcripción de los apartes más significativos del libelo con el cual se pretende sustentar el recurso interpuesto, y los segmentos de las consideraciones hechas por los jueces de tutela en los fallos que el defensor invoca, a efecto de hacer evidente la falta de claridad, precisión y objetividad en los planteamientos por él expuestos, y su desconexión con los fines perseguidos por el instituto cuya concesión demanda, lo que hace inviable su admisión.



De tiempo atrás se ha dicho que, en tratándose de casación discrecional, para que sea de recibo el recurso interpuesto, el libelista debe satisfacer a cabalidad los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos y jurisprudencialmente desarrollados a esos propósitos. A este respecto se ha sostenido:

*"1.- El recurso de casación discrecional, lo ha señalado esta Sala, requiere del cumplimiento de ciertas exigencias para su concesión, las cuales deben ser satisfechas a cabalidad por el impugnante a riesgo de que resulte inadmitido. Tales requisitos son:*

*"1.1.- Que se dirija contra un fallo de segunda instancia, siempre y cuando respecto del mismo no proceda la casación ordinaria.*

*"1.2.- Que la impugnación se presente dentro del término de ejecutoria, es decir en los quince (15) días siguientes a su última notificación.*

*"1.3.- Que exista legitimación para recurrir, esto es que su interposición provenga del Procurador, su Delegado, o el defensor quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, pero siempre en beneficio de los intereses que como sujetos procesales representan y, finalmente,*

*"1.4.- Que el impugnante exponga claramente los motivos que le animan acudir ante la Corte para que ésta pueda examinar la viabilidad de su pedido, pues el pronunciamiento que en ejercicio de su discrecionalidad le compete, ha de estar apoyado en los fines que hacen de recto el disenso, esto es para 'el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales', pero siempre de cara al respectivo proceso.*

*"2.- Cuando se plantee la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, que fije con criterio de autoridad el alcance de una norma o tienda a la unificación de doctrinas encontradas sobre el punto, debe indicarse expresamente en el escrito el tema cuyo desarrollo se pide o cuya unificación se pretende y las razones por las cuales debe intervenir la Corte, pues es de entenderse que un pronunciamiento de esta naturaleza, de todas maneras, persigue 'la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida, y la unificación de la jurisprudencia nacional' y con ésta, la orientación de la actividad judicial, según lo preceptúa el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.*

*"En esas circunstancias, la excepcionalidad del recurso lo exige, no se trata de buscar la reiteración de tesis suficientemente consolidadas, y por ello conocidas, ni perseguir por esta vía, que una autoridad distinta proceda a terciar en las diferencias que se hayan presentado en el desarrollo del proceso, por cuanto, es necesario insistir en ello, la casación no es un deba-*

te de instancia, sino que por su excepcionalidad requiere de precisos planteamientos y el cumplimiento de claros parámetros señalados por la ley y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia.

"Por ello, cuando la complejidad del asunto lo amerite y la ausencia de un pronunciamiento sobre el tema demanden directrices para la actividad judicial, es cuando se impone el desarrollo de la jurisprudencia por vía de casación discrecional. También cuando existiendo doctrina sobre el particular, ésta resulte contradictoria, ambigua o desactualizada. Pero en todo caso, es el recurrente quien tiene la carga de precisar esos exentos y demostrar la trascendencia del recurso frente al caso particularmente considerado. Suponer lo contrario implicaría reconocer que también a la Corte le compete desentrañar el verdadero sentido de la impugnación, o sentar doctrinas divorciadas de la solución del proceso respectivo, lo que desnaturalizaría tan excepcional instrumento.

"...Finalmente, si el motivo de discrepancia se funda en el desconocimiento de un derecho fundamental, es imprescindible su nítida identificación como garantía constitucional, así como su concreta violación en el respectivo proceso". (Auto 7 de mayo de 1996. M.P. Arboleda Ripoll).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el libelista acude para fundamentar su pretensión, a la invocación de la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de la doctora Melba Yolanda Vargas Rojas, presuntamente vulnerados en las instancias ordinarias del proceso que culminó con sentencia de condena en su contra; la urgencia de un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte sobre las funciones de la Fiscalía como entidad que tiene a su cargo la instrucción y acusación en los procesos penales, y la incidencia de los fallos de tutela en ellos "especialmente cuando en la tutela se han resuelto asuntos que son elementos normativos de los tipos penales o constituyen cuestiones previas de procesabilidad".

A pesar de estas premisas sentadas por el impugnante, el censor se aparta de ellas y no obstante reconocer que la casación discrecional no fue instituida para revivir el debate probatorio de las instancias ordinarias, orienta su discurso por el cuestionamiento de la valoración que a los medios de prueba incorporados al proceso le dieron los juzgadores de instancia, cuando no a hacer apreciaciones subjetivas de defraudación y prevaricato por parte del Tribunal, lo cual, por supuesto, se aleja de las finalidades del Instituto.

Esto es lo que se concluye si se toma en cuenta que la mayor parte de su argumento está dirigido a presentar la manera como, en su criterio, debieron haberse apreciado los medios de prueba incorporados al proceso, llegando incluso a cuestionar la veracidad del dicho de algunos testigos para deducir, a partir de allí, que incurrieron en falso testimonio o cometieron fraude procesal y aducir que algunos de los documentos que

obran en el expediente fueron afectados por falsedad ideológica, sin lograr concluir la repercusión de una tal actitud en la violación concreta de alguna de las garantías fundamentales.

Igual sucede con el pronunciamiento que demanda sobre las funciones de la Fiscalía, pues según el casacionista, la mayoría de los errores se cometieron en la etapa de instrucción, sin que logre precisar a cuáles de las múltiples funciones asignadas constitucional y legalmente se refiere, de manera tal, que, en vía del trámite presuntamente violado, procediera trazar doctrinariamente las directrices sobre la manera como debe ser interpretada alguna disposición concreta.

Tampoco advierte, con la nitidez requerida, siendo su deber hacerlo, la íntima relación que, con el caso *sub judice*, dice tienen las sentencias proferidas dentro del proceso originado en la acción de tutela instaurada por la señora María Teresa Galeano Zea contra la Inspectora 13 B Distrital de Policía, por razón del trámite dado al proceso policivo adelantado por la accionada.

Sin concretar el sentido sobre el cual la Corte ha de desarrollar la jurisprudencia, alude el libelista que en los fallos de amparo constitucional proferidos, se resolvieron los elementos normativos de los tipos penales por los que fue sentenciada su prolijada, "o constituyen cuestiones previas de procesabilidad" de la misma, sobre cuyos aspectos, dice, guardó silencio el Tribunal; no obstante, por parte alguna precisa cuáles son esos elementos normativos de los tipos imputados y qué se resuelve sobre ello en los fallos de tutela proferidos por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, ni desarrolla el tema propuesto sobre las "cuestiones previas de procesabilidad".

Sucede además, que las sentencias de tutela tampoco analizan la trascendencia penal de la conducta de la procesada para concluir su atipicidad —como interesadamente lo pregonó el recurrente a lo largo de su discurso—, lo cual resulta apenas elemental, pues de cara a las previsiones constitucionales sobre la unidad de jurisdicción y la independencia intrasistémica de que gozan los jueces en un Estado Social de Derecho (arts. 228 y 230 C. N.), la tipicidad de un comportamiento mal podría ser debatida en momentos distintos y por funcionarios de diferente jurisdicción.

Y, es que el Juez de Tutela, por carecer de las facultades constitucionales para un tal pronunciamiento, en manera alguna podía ocuparse de los aspectos mencionados, por ello resulta infortunado el alcance que a los referidos fallos pretende, al parecer, darle el memorialista, quien da por sentado que los mismos se refieren a la estructura del delito, o a la responsabilidad penal por los hechos imputados a la procesada; mucho más errada resulta una tal valoración, si se considera el carácter breve y sumario que rige el trámite de los procesos de tutela.

Destácase al respecto la posición del Tribunal al hacer consistir la conducta omisiva de la procesada, en el hecho de apartarse voluntariamente del cumplimiento de la decisión de segunda instancia —mediante la cual se revoca la autorización de cerramiento del antejardín que había impartido sin competencia para ello, y dispuso la devolución del expediente al Despacho de origen “para lo de su cargo”—, con el argumento de que ya había ordenado “Estarse a los dispuestos por el superior”, pues, según el *ad quem*, para ella “daba lo mismo que lo hubieran confirmado o revocado”, aspectos éstos que no fueron objeto de pronunciamiento en el juicio de amparo y que deja de lado el impugnante.

Según el libelista, el Tribunal adicionalmente omitió hacer referencia a estas sentencias allegadas al expediente en fotocopia, no obstante, es lo cierto que prolijamente el *ad quem* se ocupó de ellas al punto que, fundamentado en esas decisiones, desestimó la pretendida nulidad invocada por el censor.

Se concluye de lo anterior que la argumentación del libelista queda en el campo de la especulación, toda vez que no se ocupa de señalar la naturaleza y alcances de su pretensión, ni de desarrollar adecuadamente alguno de los motivos erigidos por el legislador para que el recurso tuviera la posibilidad de resultar admitido. Se limita a realizar una serie de consideraciones personales deshilvanadas de los propósitos legalmente instituidos para la casación discrecional; reúne indiscriminadamente los conceptos de violación de las garantías fundamentales —sin lograr hacer evidente su ocurrencia objetiva de cara a las previsiones constitucionales sobre la materia—, con la necesidad de un pronunciamiento jurisprudencial que no concreta, pues sin señalar las posiciones doctrinarias encontradas en torno al punto, tampoco indica cómo una tal decisión, además de servir de apoyo a la actividad judicial, permitiría solucionar adecuadamente el caso.

También parece que pretende condicionar la admisibilidad del recurso interpuesto a la concurrencia en el proceso de causales distintas a las de casación, lo que termina por desnaturalizar la propuesta de impugnación, ya que amenaza con intentar el “recurso” de revisión a partir de la consecución de una prueba que supuestamente no ha sido allegada al expediente y que, por ende, no fue valorada por los juzgadores, y remata advirtiendo que los Magistrados del Tribunal incurrieron en el delito de prevaricato pues “corresponderá a la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su momento, analizar si cometieron” este delito.

Para demostrar que es bien distinta la concepción que el recurrente tiene de tan excepcional instrumento, ha de recordarse lo que en su oportunidad precisó la Sala y que al parecer se desconoce:

“La solicitud (para recurrir en casación discrecional) ha de obedecer a la existencia de una de las causales legales de casación, pues de no ha-

cerse esta exigencia se estaría convirtiendo el recurso extraordinario en una tercera instancia".

"Tales imposiciones significan para el impugnante el deber de presentar argumentos lógicos y jurídicos que conduzcan a la Sala al convencimiento de que el fallo impugnado puede estar afectado por una de las causales de casación; y que se hace indispensable su pronunciamiento por esta vía, sea para desarrollar la jurisprudencia nacional o para garantizar un derecho fundamental. De ello se desprende que si la pretensión está amparada en el primer motivo, corresponde al peticionario presentar el tema o punto que ofrezca disimilitudes en su aplicación o entendimiento, y por lo tanto, los enfrentamientos conceptuales surgidos entre las autoridades judiciales, que reclamen la unificación de la jurisprudencia".

"Por otra parte, si se aspira a que la Corte garantice un derecho fundamental, al actor le corresponde elaborar una argumentación racional de esa cualidad y de la violación que el derecho específico ha sufrido dentro del proceso" (auto 13 de mayo de 1994, M.P. Dr. Saavedra Rojas. Declara inadmisible el recurso).

Para que el recurso excepcional, en este caso, hubiese tenido alguna oportunidad de ser admitido en esta sede, el impugnante, en lugar de anteponer su propia valoración de los medios de prueba a la realizada por los juzgadores de instancia, o acudir a apreciaciones subjetivas sobre la manera como el caso debió ser resuelto (pues las garantías fundamentales no se violan por discrepar del juez respecto de la asignación del mérito a determinado medio probatorio, como al parecer lo supone), ha debido fundamentar, así fuera brevemente pero con claridad, los motivos por los cuales resultaba indispensable la intervención de la Corte para garantizar la efectividad de un derecho fundamental violado en el trámite judicial o para desarrollar la jurisprudencia respecto de un asunto normativo específico, sin ambigüedades, generalidades o argumentaciones que desviarán en el fin propuesto, como finalmente lo hizo.

Para ello debió señalar que el derecho cuya protección invoca no es de rango diverso al constitucional, y que se vio conculcado con una actuación concreta dentro del proceso.

Y si lo querido era que se produjera un pronunciamiento jurisprudencial sobre determinado tema, respecto del cual no existe suficiente ilustración por la presencia de doctrinas encontradas, desactualizadas o no ha habido pronunciamiento alguno relacionado con él, imprescindible resultaba precisar la norma respecto de la cual se demanda fijar su alcance, de manera que, además de servir como criterio auxiliar para la actividad judicial, solucionara adecuadamente el asunto concreto.

En conclusión, como el recurrente no satisface las exigencias mencionadas en precedencia, se impone fatalmente la inadmisión del recurso.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE:

INADMITIR el recurso de casación discrecional intentado por el defensor de la sentenciada Melba Yolarida Vargas Rojas, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiase, notifíquese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvente Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Anibal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dálmio Pérez Velandía, Nilson Pirilla Pirilla, Juan Manuel Torres Fresneda.*

*Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.*



## PERJUICIOS/ LEGITIMIDAD PARA RECURRIR

Cuando la impugnación extraordinaria tiene por objeto lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, su admisión sólo puede ser posible si se cumplen los siguientes presupuestos: a) Que el fallo haya sido proferido por el Tribunal Nacional, el Tribunal Militar o los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en segunda instancia; b) Que sea de carácter condenatorio; c) Que exista interés para recurrir por razón de la cuantía.

Puesto que se trata de una impugnación regulada por condiciones especiales, el impugnante, al proponer el recurso, debe manifestar que lo hace por esta específica vía, a fin de que el Tribunal de Instancia pueda estudiar su procedencia, de cara a los presupuestos de admisibilidad anotados.

La demanda, debe también someterse a condiciones especiales, en sus aspectos sustancial y formal. Cuando el delito no cumple el requisito de la pena señalado en el artículo 218 ejusdem (art. 35 de la ley 81 de 1993), el tema de la impugnación debe estar exclusivamente referido a la indemnización de los perjuicios decretados en el fallo, quedando proscrito cualquier reparo al contenido penal del mismo, para lo cual es presupuesto necesario que dicha exigencia se cumpla (Cfr. Sentencia de 30 de julio de 1996, Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvele Rangell). Y, respecto de las causales, únicamente podrán plantearse las previstas en las normas que regulan la casación civil (art. 368 C. de P. C., modificado por el Decreto 2282/89, reforma 183).

En lo puramente formal, el escrito debe ajustarse a las exigencias del artículo 225 del estatuto procesal penal, pues, en relación con este específico punto, no existe remisión expresa a las normas civiles, como es usual que el legislador lo haga cuando pretende su aplicación. De allí, que no sea procedente acudir al artículo 374 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2282/89, reforma 189), que enumera los requisitos formales de la demanda en este campo, ni al 51 del Decreto 2651 de 1991 (leyes 192/95 y 287/96).

*La Corte ha venido sosteniendo que los sujetos procesales que guardan silencio frente al fallo de primer grado, solo tienen legitimidad para recurrir en casación si la sentencia de segunda instancia les reporta consecuencias peyorativas, porque esta actitud refleja conformidad con lo resuelto, y porque la legalidad del fallo de primer grado no puede discutirse con criterio supletorio, después de haber tenido a su disposición la oportunidad legal de convertirlo y haberse atenido en ello (Cfr. Autos de 9 de agosto de 1995, Mag. Ple. Dr. Didimo Pérez Velazco, y 5 de septiembre de 1996, Mag. Ple. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).*

**Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).**

Aprobado Acta No. 180

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

Proceso No.: 11179

Estudiará la Sala la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados Francisco Cardona Forero y Jaime Galindo González.

#### ANTECEDENTES

Los hechos que motivaron la investigación, los relató el a quo, de la siguiente manera:

"El 20 de enero de 1978, falleció el señor Jaime Cardona Forero. De su sucesión, ab in testato, conoció en principio el Juzgado Doce Civil del Circuito, Despacho Judicial que decretó las medidas cautelares correspondientes designando como secuestre de los bienes herenciales a Jaime Galindo González, auxiliar de la justicia que tomó posesión del cargo el 18 de diciembre siguiente en el acto mismo de las diligencias preventivas.

"El mencionado secuestre recibió para su administración y custodia los establecimientos comerciales que a continuación se relacionan; los porcentajes que se consignan corresponden a la participación que el de *cujus* tenía en cada uno de ellos: Amoblado El Dorado (25%). Amoblados Los Faroles (25%), Amoblados Occidente (25%), Drive In Dorado (33.33%), Apartamentos El Diplomático (37.5%), Drive In Marly (25%).

"El 19 de diciembre de ese mismo año el secuestre, en su calidad de tal, suscribió con Francisco Cardona Forero, hermano del causante, contrato de arrendamiento en virtud del cual éste recibía en arriendo, de manos de aquél, todos los derechos que en la administración y explotación comercial de los establecimientos indicados correspondieran a la sucesión de Jaime Cardona Forero. En el contrato se estableció como

canon de arrendamiento la suma de \$50.000.00 y como duración del mismo desde el día de su suscripción hasta el 31 de diciembre de aquella anualidad.

"El 30 de enero de 1978 (30 de diciembre, aclara la Corte), un día antes del vencimiento del contrato, entre las mismas partes, se celebró un nuevo acuerdo con igual denominación y objeto, con una duración limitada a la permanencia de Galindo Gonzalez en el cargo de secuestre (lo que a la postre significó 10 años de vigencia), además el valor del arrendamiento constituía una bicocha en favor del arrendatario, pues por todo el tiempo del convenio cancelaría una mensualidad de \$150.000.00.

"Los sucesores del causante Cardona Forero, advertidos de las millonarias pérdidas que el inusual contrato ocasionaba a la sucesión, toda vez que el canon estipulado fácilmente podía obtenerse con las ganancias (en el porcentaje correspondiente) de uno solo de los establecimientos arrendados, y viendo las jugosas ganancias que dicho convenio arrojaba al arrendatario, solicitaron al Juez del conocimiento la remoción del secuestre.

De esta manera, el Juzgado 13 Civil del Circuito ordenó, mediante auto de 24 de junio de 1982, adelantar el incidente establecido legalmente para resolver la petición de los interesados. Cumplido el trámite incidental, aquel Despacho judicial decretó la remoción de Galindo Gonzalez como secuestre de la sucesión de Jaime Cardona Forero, designando en su lugar a la doctora Gloria Stella Gutiérrez, determinaciones adoptadas en proveído de octubre 30 de 1986 (fls.169 c. 10 anexos).

"A pesar de esta decisión judicial, arrendador y arrendatario se negaron caprichosamente a hacer entrega de la administración y los frutos de la sucesión a la nueva secuestre.

"De otra parte, ocurrió que Francisco Cardona Forero contrajo una obligación con Fernando Rivera Millán, para cuya solución entregó a éste el título valor No. 0033870 de la cuenta corriente 261-00458-4 del Banco Santander, el cual resultó impagado por la causal 'cuenta saldada'. Por manera de garantizar el pago de la deuda, Cardona Forero ofreció en garantía a su acreedor las mejoras que había plantado en los bienes de la sucesión de su hermano durante el tiempo que los tuvo como arrendatario. De esa manera, el señor Rivera Millán, por intermedio de abogado, demandó ejecutivamente ante el reparto de los Juzgados Civiles del Circuito a su deudor, haciendo solicitud de medidas preventivas consistentes en el embargo y secuestro preventivos de los derechos que por razón de Mejoras tiene el demandado señor Francisco Cardona Forero... en los siguientes Establecimientos Comerciales: A) En 'Amoblados Occidente'... B) En el 'Estadero Los Faroles'... C) En 'Amoblados El Dorado'... D) En el 'Cream Restaurant Salon Billares Drive In Marly ... E) En 'Apartamentos El Diplomaico'...".

"Recibida la demanda por el Juzgado 25 Civil del Circuito, con auto de noviembre 8 de 1988, ordenó al demandante prestar la caución correspondiente en monto de \$2'500.000.00 a cuya presentación decretó con provido calendado el 18 de noviembre siguiente, el embargo y secuestro previos de las mejoras en los establecimientos y en las proporciones señaladas en la demanda.

"Para la diligencia se comisionó al Juzgado 35 Civil Municipal. Una vez iniciada, el comisionado y los interesados se presentaron en las instalaciones del establecimiento 'Amoblados Occidente' en donde fueron atendidos personalmente por el demandado Cardona Forero, quien manifestó tener conocimiento acerca del objeto de la diligencia, expresó que reconocía a Rivera Millán como su acreedor, así mismo dijo que con antelación a él y a su abogado les había comunicado su estado de insolvencia, razón por la cual les ofreció en garantía del crédito las mejoras que tenía en aquel negocio y en otros más.

"Finalmente se llevó a cabo la diligencia de acuerdo a lo expresado en el despacho comisorio.

"A instancia de Gloria Stella Gutiérrez, secuestre de la sucesión de Jaime Cardona Forero, y previo el aporte probatorio correspondiente, el Juzgado 25 Civil del Circuito decretó el levantamiento de las medidas cautelares en el ejecutivo de Rivera Millán contra Francisco Cardona, ya que se demostró la vigencia de un secuestro anterior sobre los mismos bienes, circunstancia que contradecía las previsiones del artículo 543 del C. de P. C., de acuerdo con las cuales sobre un mismo bien solo es posible hacer recaer una medida de embargo y secuestro. Tal determinación se adoptó en auto de abril 14 de 1989, cinco meses después de haberse decretado el segundo embargo" (fls. 333 a 338 C. O. No. 2).

El sumario fue iniciado con fundamento en la denuncia penal formulada por varios herederos del causante Jaime Cardona Forero contra Francisco Cardona Forero, por los delitos de estafa, abuso de confianza y fraude procesal. Además de este último, al proceso fue vinculado Jaime Galindo González, en su condición de secuestre.

Mediante sentencia de 2 de febrero de 1995, el Juzgado 60 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados Francisco Cardona Forero y Jaime Galindo González, a la pena principal privativa de la libertad de 30 meses de prisión y 12 meses de arresto, respectivamente, el primero como autor responsable de los delitos de fraude a resolución judicial y fraude procesal, y el segundo como coautor en el primero de dichos ilícitos (fls. 333 y ss. cd. 2).

Se les condenó, de igual manera, al pago de los daños y perjuicios causados con los delitos, así: Cardona Forero, al pago de \$255'381.252.75 por daños materiales y el equivalente a 500 gramos oro como daños mo-

rales. Galindo González, al pago de \$83'589.827.55 como daños materiales y el equivalente a 500 gramos oro por concepto de daños morales (fls.333 y ss. cd. 2).

Este fallo fue apelado por los defensores y el procesado Galindo González, pero solamente el apoderado de Cardona Forero sustentó el recurso (fls.416-2). El Tribunal Superior, mediante el suyo de 8 de mayo del mismo año, lo confirmó en los aspectos relacionados con la impugnación, adicionándolo en el sentido de ordenar que el pago correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios se hiciera a favor de los herederos legalmente reconocidos de Jaime Cardona Forero (fls. 66 cd. Tribunal).

Contra este pronunciamiento, recurrieron en casación los defensores de los procesados, pero mientras el apoderado de Galindo González adujo como fundamento de su impugnación el artículo 221 del estatuto procesal, el de Cardona Forero se limitó a interponer el recurso (fls.110 y 117 *ibidem*).

El Tribunal concedió las impugnaciones y dispuso correr traslado para la presentación de las demandas. Cumplido el término en relación con el procesado Cardona Forero, el apoderado de la parte civil solicitó la nulidad del auto de admisión de los recursos, con el argumento de que ninguno de los delitos objeto de juzgamiento cumplía la exigencia punitiva requerida por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal para su procedencia (fls.119, 132 y 201 *ibidem*).

Por auto de 6 de octubre siguiente, el Tribunal, tras reconocer que las impugnaciones no podían intentarse por la vía ordinaria del citado artículo 218, invalidó parcialmente el auto de aceptación de las mismas, para admitirlas con fundamento en el 221 *ibidem*, argumentando que uno de los cargos de la demanda ya presentada estaba referido a la cuantía de los perjuicios decretados en la sentencia, y que además existía interés para recurrir (fls. 203 y ss.).

#### LAS DEMANDAS

##### A nombre del procesado Francisco Cardona Forero:

Cinco cargos formula el demandante al amparo de la causal primera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento penal y una con fundamento en la tercera de la precitada norma.

##### *Cargo primero:*

Violación directa de la ley sustancial, por desconocimiento de los derechos consagrados en los artículos 533 del Código de Comercio y 739.2, 840 y 849 del Código Civil. No cabe duda, dice el casacionista, que el fallo recurrido violó de manera directa el artículo 533 del Código de Comercio.



al desconocer los efectos jurídicos que generan los contratos de arrendamiento. Como consecuencia de esto, se violaron los artículos 840 y 849, puesto que se está desconociendo que el procesado Cardona Forero en virtud del contrato de arrendamiento celebrado con el secuestre, durante la vigencia del mismo, era amo, señor y dueño de aquellas utilidades que generaba el porcentaje correspondiente al derecho social del causante Jaime Cardóna Forero en los bienes objeto del contrato de arrendamiento celebrado con el secuestre. Y como el sentenciador, seguidamente, dedujo que la sucesión aportó los dineros necesarios para la realización de las mejoras, realmente efectuadas por su representado con los otros socios, se violó el artículo 739.2 del Código Civil, ya que dicha afirmación tiene no solamente con las normas enunciadas, sino con las pruebas procesales recaudadas, pues las obras no solamente se hicieron con el consentimiento del secuestre, sino con el de los otros propietarios de los terrenos.

*Cargo segundo:*

Violación directa por errónea interpretación de los artículos 2356 del Código Civil y 55 del Código de Procedimiento Penal. Sostiene el casacionista que la orden del Juzgado 13 Civil del Circuito, de 31 de agosto de 1988, cuyo desconocimiento determinó la acusación por el delito de fraude a resolución judicial, estaba dirigida a los administradores de los establecimientos que eran objeto de medida cautelar, concretamente Amoblados Occidente, Amoblados El Dorado, Estadero Los Faroles, Drive in Marly y Aparta Hotel El Diplomático. De allí que mal pueda el sentenciador condenar a su cliente a pagar unos perjuicios de unas utilidades que debieron percibirse en los establecimientos Cream El Dorado, Estadero La Cita y Drive In Dorado, los cuales no formaban parte de la medida cautelar decretada. Y si al secuestre Jaime Galindo González, no le fueron entregados estos bienes en custodia, no se puede aplicar extensivamente el artículo 55 del estatuto procesal penal ni el artículo 2356 del Código Civil, imponiendo a su representado la obligación de pagar unos perjuicios, sin existir nexo de causalidad entre el daño, la diligencia de secuestro del Juzgado, la remoción del secuestre, el contrato de arrendamiento y el delito de fraude a resolución judicial. "Entonces, honorables Magistrados, vemos que la sentencia es violatoria en forma directa por interpretación errónea al hacer abarcar unos perjuicios que no comprende los artículos 55 del C. de P. P. y 2356 del C. C., al no ser originados como consecuencia de hecho imputado como doloso" (fl. 168 cd. Tribunal).

*Cargo tercero:*

Violación directa de los artículos 9º y 681.12 del Código de Procedimiento Civil y 247 del Código de Procedimiento Penal. Afirma el demandante que el sentenciador hizo extensivas al arrendatario del usufructo, las obligaciones de los administradores de establecimientos en sociedades de hecho, al condenar a su representado por el delito de fraude a



resolución judicial, sin haberlo cometido. Insiste en que la orden judicial contenida en el oficio de 31 de agosto de 1988, iba dirigida a los gerentes o administradores, no al arrendatario Cardona Forero. Por consiguiente, si los administradores giraban cheques a éste cancelando las utilidades procedentes del porcentaje del causante en los establecimientos, ellos eran a su vez, quienes debían cumplir la orden del Juzgado para entregar dichos dineros a la nueva secuestra.

*Cargo cuarto:*

Violación indirecta de los artículos 1994 y 739 inc. 2º del Código Civil, al tener el Tribunal por inexistentes las pruebas trasladadas de los juzgados 7º, 8º y 19 Civil del Circuito, concluyendo que el secuestre arrendador no facultó al procesado Cardona Forero para que hiciera mejoras en las unidades comerciales y, además, que fue repudiado por los consocios mejoristas. De igual manera, se violó el artículo 681.2 del Código de Procedimiento Civil, al no haberse considerado en la sentencia las diligencias de embargo y secuestro practicadas por los Juzgados 12 y 25 Civil del Circuito, y el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, al proferir el Tribunal sentencia condenatoria contra Francisco Cardona Forero, por los delitos de fraude a resolución judicial y fraude procesal, sin existir certeza de la existencia del primero, ni de la responsabilidad del procesado en el segundo.

*Cargo quinto:*

Violación mediata de los artículos 247, 249, 254, 273 y 294 del Código de Procedimiento Penal y 217 y 229 del de Procedimiento Civil, por errores de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales de estimación de perjuicios, las escrituras de declaración de construcción y los testimonios de Gloria Stella Gutiérrez y Jesús Antonio Lenis. Después de referirse a la estimación de los perjuicios hecha por el perito y denunciar la falta de ratificación de algunos testimonios, el recurrente sostiene que el Tribunal, al proferir sentencia, no apreció las pruebas en conjunto, dando por estimados unos hechos que no corresponden a la realidad procesal, y en cambio le dio valor al testimonio de Jesús Antonio Lenis, quien tiene interés en que su representado sea condenado por los delitos que se le imputan.

*Causal tercera:*

Al amparo de este motivo, el casacionista demanda la nulidad del proceso a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación, por falta de asistencia técnico jurídica de su representado.

*Demanda a nombre de Jaime Galindo González:*

Con apoyo en la causal primera de casación del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1º, numeral 183, del

Decreto 2282 de 1989, el censor acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, por errores de hecho en la apreciación de la prueba pericial.

Sostiene que el Tribunal interpretó indebidamente "la prueba pericial del señor perito evaluador", quien al realizar su trabajo no se refirió a los porcentajes que correspondían realmente al causante dentro de los bienes Amoblados Occidente, Estadero Los Faroles, Amoblados El Dorado, Drive In Marly, Drive In Dorado y Amoblados El Diplomático, y que, en esas condiciones, la cifra por daños materiales no corresponde a \$83'589.827.55, que sería el total de utilidades, sino a la suma de \$46'794.913.75.

Al referirse al alcance de la impugnación, dice que con ella persigue que la Corte invalide la sentencia impugnada y reconozca, en su lugar, que la conducta ilícita atribuida a su patrocinado no está demostrada y que el contrato de arrendamiento suscrito entre éste, en calidad de secuestro, y Francisco Cardona Forero, fue aceptado por los herederos del causante Jaime Cardona Forero.

Afirma que no es cierto que los procesados se hubieran negado caprichosamente a hacer entrega de la administración y de los frutos a la nueva secuestro. Mi patrocinado, dice, en su carácter de secuestro, cumplió a cabalidad sus deberes y obligaciones como auxiliar de la justicia. Este, no podía acatar una resolución judicial que no conocía, que ignoraba. En el proceso no se demostró habersele comunicado su remoción del cargo y esto lo releva de toda culpabilidad.

Gallardo González, no debió ser condenado, ni obligado a reparar perjuicios por hechos delictivos que no ha cometido, no más que por haber cumplido sus funciones de secuestro. Por tanto, debe ser eximido de pagar perjuicios por resultar injusto, o por lo menos, ajustar la cuantía a lo ya expuesto.

Pide que se case la sentencia impugnada y en su reemplazo se profiera fallo absolutorio, o se decrete la condena por la suma de \$46'794.913.77.

#### SE CONSIDERA

Cuando la impugnación extraordinaria tiene por objeto lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, su admisión sólo puede ser posible si se cumplen los siguientes presupuestos: a) Que el fallo haya sido proferido por el Tribunal Nacional, el Tribunal Militar o los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en segunda instancia; b) Que sea de carácter condenatorio; c) Que exista interés para recurrir por razón de la cuantía.

Puesto que se trata de una impugnación regulada por condiciones especiales, el impugnante, al proponer el recurso, debe manifestar que lo hace por esta específica vía, a fin de que el Tribunal de instancia pueda estudiar su procedencia, de cara a los presupuestos de admisibilidad anotados.

La demanda, debe también someterse a condiciones especiales, en sus aspectos sustancial y formal. Cuando el delito no cumple el requisito de la pena señalado en el artículo 218 *ejusdem* (art. 35 de la ley 81 de 1993), el tema de la impugnación debe estar exclusivamente referido a la indemnización de los perjuicios decretados en el fallo, quedando proscrito cualquier reparo al contenido penal del mismo, para lo cual es presupuesto necesario que dicha exigencia se cumpla (Cfr. Sentencia de 30 de julio de 1996, Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvo Rangel). Y, respecto de las causales, únicamente podrán plantearse las previstas en las normas que regulan la casación civil (art. 368 C. de P. C., modificado por el Decreto 2282/89, reforma 183).

En lo puramente formal, el escrito debe ajustarse a las exigencias del artículo 225 del estatuto procesal penal, pues, en relación con este específico punto, no existe remisión expresa a las normas civiles, como es usual que el legislador lo haga cuando pretende su aplicación. De allí que no sea procedente acudir al artículo 374 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2282/89, reforma 189), que enumera los requisitos formales de la demanda en este campo, ni al 51 del Decreto 2651 de 1991 (leyes 192/95 y 287/96).

En el caso objeto de estudio, se presentan dos situaciones con consecuencias jurídicas distintas. Una, relativa a la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Francisco Cardona Forero, y la otra relacionada con el recurso interpuesto por el defensor de Jaime Galindo González.

En cuanto al primero, se tiene que el defensor, al interponer el recurso, ninguna precisión hizo sobre su voluntad de impugnar por la vía del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, debía entenderse que lo hacía con fundamento en el artículo 218 *ibidem*. Y, como ninguno de los delitos por los cuales Cardona Forero fue condenado tiene pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años, lo jurídico hubiese sido que se le declarara improcedente.

No por esto, sin embargo, puede desestimarse la impugnación reconocida en las anotadas condiciones, pues, teniendo el procesado la posibilidad legal de recurrir la sentencia en lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en ella, conforme a lo previsto en el artículo 221 *ibidem*, habría que examinar la demanda a fin de determinar si ésta fue la

voluntad del recurrente y, paralelamente, si se cumplen las exigencias que impone la técnica del recurso.

Como se dejó visto, cinco cargos plantea el actor contra la sentencia, de los cuales solamente uno (el segundo) alude de manera clara y precisa al monto de los perjuicios decretados en ella, y al interés para recurrir. Los demás, constituyen ataques velados, cuando no directos, al contenido penal del fallo, aspecto de imposible alegación cuando inasiste el requisito de la pena máxima establecido en el artículo 218 del estatuto procesal (art. 35, ley 81 de 1993), pues ya se dijo que el tema de la impugnación, en estos casos, debe estar exclusivamente referido a la condena por perjuicios, siendo presupuesto para ello que concurra el requerimiento de la cuantía del interés para recurrir.

Por trascender, entonces, el marco temático que la naturaleza de la impugnación le fija al recurrente, se impone el rechazo de los ataques mencionados.

Igual suerte, aún cuando por motivos distintos, debe correr el cargo segundo de esta demanda. Dicha censura, si bien es cierto cuestiona la indemnización por perjuicios decretada en el fallo, presenta toda una serie de inconsistencias de orden sustancial y técnico que la hacen inestudiable.

La principal, tiene que ver con la demostración del interés para recurrir. Aun cuando el libelista señala que su defendido no puede ser condenado a pagar perjuicios por las utilidades obtenidas en los establecimientos Cream El Dorado, Estadero La Cita y Drive in Dorado, ya que éstos no fueron objeto de la medida cautelar cuyo desconocimiento determinó la condena por el delito de fraude a resolución judicial, nada dice sobre el incremento indebido que un tal desacierto produjo en los perjuicios decretados, no siendo posible establecer, por tanto, si el interés que podría albergar alcanza la cuantía requerida para la procedencia del recurso.

Un segundo desacierto, alude al sentido de la violación en que se apoya el cargo. Como bien se sabe, a la infracción de una norma jurídica de derecho sustancial se puede llegar por falta de aplicación, aplicación indebida e interpretación errónea, no siendo posible, sin incurrir en contradicción insalvable, alegar respecto de un mismo precepto dos conceptos distintos, como lo hace el censor en este cargo, en cuyo desarrollo plantea, simultáneamente, aplicación indebida e interpretación errónea de los arts. 2356 del Código Civil y 55 del de Procedimiento Penal, proposiciones que, por excluyentes, no pueden servir de fundamento a una misma censura.

Finalmente, el casacionista equivoca la vía de ataque al proponer violación directa de la ley sustancial, pues pretende que la Corte entre a examinar, entre otras pruebas, la medida cautelar decretada por el Juz-

gado 12 Civil del Circuito, la orden impartida por el Juzgado 13 Penal del Circuito de 31 de octubre de 1988, la designación y remoción de secuestrados, la relación de los bienes que les fueron entregados en custodia y el contrato de arrendamiento, en orden a establecer que no existe coincidencia entre el daño declarado y el realmente causado con el delito, con lo cual la censura termina desviándose hacia la violación indirecta, por errores de apreciación probatoria, que, de todas maneras, la demanda no identifica ni desarrolla.

Además, el recurrente ignora el contenido de la norma que ordena que cuando el recurso tiene por objeto la indemnización de los perjuicios decretados en el fallo, las causales de casación alegables deben ser las civiles, no las penales.

Como la Corte no puede, en virtud del principio de limitación que preside el recurso, suplir los vacíos del libelo ni corregir sus deficiencias, se impone también el rechazo de esta carga, y por consiguiente, de la demanda, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 226 del estatuto procesal.

Un tanto distinta es la situación que se presenta en relación con el procesado Jaime Galindo González, puesto que el recurso interpuesto a su nombre, si bien es cierto lo fue oportunamente y con indicación precisa de que se impugnaba por la vía del artículo 221 *ibidem*, debió ser inadmisible por el Tribunal, por ausencia de interés, dado que la sentencia de primera instancia no fue impugnada a nombre suyo, ni su situación jurídica sufrió modificaciones desfavorables con el fallo de segunda instancia.

La Corte ha venido sosteniendo que los sujetos procesales que guardan silencio frente al fallo de primer grado, sólo tienen legitimidad para recurrir en casación si la sentencia de segunda instancia les reporta consecuencias peyorativas, porque esta actitud refleja conformidad con lo resuelto, y porque la legalidad del fallo de primer grado no puede discutirse con criterio supletorio, después de haber tenido a su disposición la oportunidad legal de controvertirlo y haberse allanado en ello (Cfr. Autos de 9 de agosto de 1995, Mag. Pte. Dr. Dídimo Páez Velandía, y 5 de septiembre de 1996, Mag. Pte. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

No puede dejar de anotarse que la demanda presentada a nombre de este procesado adolece también de inconsistencias técnicas insalvables, como quiera que el casacionista, dentro de un mismo cargo, entremezcla argumentaciones relativas a la inexistencia del hecho punible, la inocencia del procesado y la condena por daños y perjuicios, haciendo que el reparo no solamente se torne inestudiable por contradictorio, sino técnicamente inaceptable por incluir temas distintos de los que pueden ser objeto de ataque a través de esta impugnación.

Como este recurso, de acuerdo con lo dicho, no debió haber sido admitido por el *ad quem*, se invalidará tal decisión y se devolverá el expediente al Tribunal Superior, en el entendido que la sentencia queda ejecutoriada (Cfr. Auto de septiembre 5/96, Mag. Pto. Dr. Dídimo Páez Velandia).

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

#### RESUELVE

1) **INADMITIR** la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Francisco Cardona Forero. En consecuencia, se declara **DESIERTO** el recurso.

2) **ANULAR** las providencias de 28 de junio y 8 de octubre de 1995, dictadas por el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto conceden el recurso interpuesto por el defensor del procesado Jaime Galindo González.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. 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.*



## COLISION DE COMPETENCIA

*El Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo No. 87 del 9 de mayo del año en curso, modificó la división territorial Nacional para efectos judiciales, adscribiendo el Municipio de Chía al Circuito de Zipaquirá, que pertenece al Distrito Judicial de Cundinamarca.*

*Respecto a los procesos que se hallaban en curso en el momento de la vigencia de la disposición administrativa, se estableció en el artículo 5o., que los despachos a cuyo cargo se encontraban conservarían la competencia hasta su terminación.*

*A su turno, en el artículo 6o. se señaló que la nueva estructura judicial empezaba a regir a partir del primero de julio de 1996, fecha desde la cual los despachos judiciales "asumirán" la nueva competencia.*

*Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., diciembre dieciocho de mil novecientos noventa y seis (1996).*

*Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel*

*Aprobado Acta No. 180*

*Proceso No.: 12462*

### VISTOS

*Resuelve la Sala el conflicto de competencia negativo suscitado entre el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad y el Primero Penal del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), dentro del proceso que se adelanta contra Fabio de Jesús Ceballos Rico por el delito de homicidio.*

### ANTECEDENTES

*1o. - El 20 de febrero de 1993, en la vereda Cerca de Piedra, comprensión Municipal de Chía, Franklyn Juan Tenjo Benavides departía con algunos amigos unos tragos cuando se presentó una discusión entre él y su cuñado Laureano Elécer Pantoja, en la cual intervino Fabio de Jesús*

Ceballos Rico y le propinó varias heridas al primero de los citados que le causaron la muerte.

2o.- La Fiscalía Primera de Vida de esta ciudad, mediante auto de fecha agosto doce (12) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferió resolución de acusación en contra de Fabio de Jesús Ceballos Rico por el delito de homicidio.

3o.- La causa le correspondió adelantarla al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, Despacho que luego de surtir los trámites pertinentes señaló el veintisiete de junio de mil novecientos noventa y cinco para la celebración de la audiencia pública, la cual culminó el dieciseis de octubre del año en curso.

4o.- Cuando ya se encontraba el proceso al Despacho para fallo, el Juzgado decidió remitir las diligencias al Penal del Circuito - reparto - de Zipaquirá, con fundamento en el acuerdo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, No. 087 de mayo 9 del presente año, proponiéndole colisión negativa de competencias.

5o.- Correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Zipaquirá, quien no aceptó los planteamientos del Juzgado colisionante, razón por la cual remitió lo diligenciados a esta Corporación para que dirima el conflicto.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o.- Por tratarse de Despachos judiciales de diferentes distritos, corresponde a esta Corporación resolver sobre el conflicto planteado.

2o.- El Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo No. 87 del 9 de mayo del año en curso, modificó la división territorial Nacional para efectos judiciales, ascribiendo el Municipio de Chía al Circuito de Zipaquirá, que pertenece al Distrito Judicial de Cundinamarca.

3o.- Respecto a los procesos que se hallaban en curso en el momento de la vigencia de la disposición administrativa, se estableció en el artículo 5o., que los despachos a cuyo cargo se encontraban conservarían la competencia hasta su terminación.

4o.- A su turno, en el artículo 6o. se señaló que la nueva estructura judicial empezaba a regir a partir del primero de julio de 1996, fecha desde la cual los despachos judiciales "asumirán" la nueva competencia.

El presente asunto fue repartido el 7 de septiembre de 1994 al Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad, luego para la fecha en que entró en vigencia la nueva división territorial judicial era de su conocimiento, y en consecuencia por disposición del mismo acuerdo debe continuar con el trámite del asunto hasta su finalización.

En estas condiciones, el Juzgado competente para proferir el fallo definitivo es el radicado en Santa Fe de Bogotá a quien se le remitirá el proceso, y en el evento de que sea apelado, como es obvio la segunda instancia será surtida ante el Tribunal Superior de esta ciudad.

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

#### RESUELVE

1. Declarar que el juzgado competente para continuar conociendo del proceso contra Fabio de Jesús Ceballos Rico es el Octavo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, a donde se remitirá el expediente.

2. Comuníquese esta decisión al juzgado Primero Penal del Circuito de Zipaquirá.

Cóplese y cúmplase.

*Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dámino 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 1998**

Págs.

**A**

ABSOLUCION .....	794
ABUSO DE FUNCION PUBLICA .....	32
ACCION CIVIL .....	278,379
ACCION DE REVISION .....	198,346,442,521,618,633,640,699,820
AGENTE DIPLOMATICO .....	518
ANONIMO .....	457
ANTECEDENTES .....	80
APELACION .....	798
APLICACION INDEBIDA DE NORMA .....	540
APODERADO SUPLENTE .....	825
APODERADO .....	610
AUDIENCIA ESPECIAL .....	65,420
AUTO DE PROCEDER .....	355,465
AUTO DE SUSTANCIACION .....	798
AUTO INTERLOCUTORIO .....	798

**C**

CALUMNIA .....	290
CAMBIO DE RADICACION .....	193,622
CAPTURA .....	153

	Págs.
CASACION DISCRECIONAL .....	28,247,275,460
CASACION .....	7
CAUCION .....	352
CESACION DE PROCEDIMIENTO .....	290
COLISION DE COMPETENCIA .....	165,189,405,566,636,701,854
COMPETENCIA FUNCIONAL .....	611,791,814
COMPETENCIA .....	7,339,507,518,570,599,713,766,809
COMPETENCIA-Cuantía .....	176
CONCUSION .....	295
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL .....	339
CONFESION .....	508
CONSULTA.....	611
CONTRAVENCION .....	339
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .....	339,766
CUERPO COLEGIADO .....	172
CULPABILIDAD .....	295

## D

DEBIDO PROCESO .....	203,370,660
DEFENSA TECNICA .....	145
DEFENSOR .....	84,346,557
DELITO PLURIOFENSIVO .....	234
DELITO POLITICO .....	68
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO .....	176
DEMANDA DE CASACION .....	460,594,725
DERECHO A LA INTIMIDAD .....	295
DERECHO DE DEFENSA .....	84,145,221
DESISTIMIENTO .....	290
DETENCION DOMICILIARIA .....	295



## E

EDAD DEL PROCESADO .....	656
ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE EMPLEADO OFICIAL .....	250
ERROR DE HECHO .....	95,109
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION ....	603
ESTAFA COLECTIVA .....	713
ESTAFA .....	260,740
EXCARCELACION .....	699
EXTINCION DE LA ACCION (salvamento de voto).....	390
EXTRADICION .....	48,349

## F

FALESDAD EN DOCUMENTO PRIVADO .....	772
FALESDAD EN DOCUMENTO PUBLICO .....	234
FALSO JUICIO DE CONVICCION .....	527
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD .....	725
FISCAL .....	165
FISCALIA .....	189
FLAGRANCIA .....	153
FRAUDE PROCESAL .....	474
FUERO .....	518

## H

HABER DICTADO PROVIDENCIA .....	91
HABER SIDO CONTRAPARTE .....	401
HOMICIDIO .....	550
HURTO .....	405

## I

IMPEDIMENTO .....	91,172,401
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA .....	409

	Págs
INJURIA .....	290
INTERES PARA RECURRIR.....	420,643,820
IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA.....	803
J	
JUEZ DE EJECUCION DE PENAS .....	699, 701
JUEZ .....	165
JUSTICIA PENAL MILITAR.....	409
JUSTICIA REGIONAL .....	721
L	
LEGALIDAD DE LA PENA-Multa .....	508
LEGITIMIDAD PARA RECURRIR .....	842
LIBERTAD CONDICIONAL .....	445
LIBERTAD PROVISIONAL .....	80,352,721
N	
NACIONALIDAD .....	48
NARCOTRAFICO .....	566
NARCOTRAFICO (salvamento de voto) .....	570
NOTIFICACION .....	22,355
NULIDAD .....	84,120,153,341,370,594,599,603,660,791,803
NULIDAD -Aclaración de voto .....	507
P	
PECULADO .....	132
PECULADO-Fondos educativos .....	39
PENA .....	550
PERITO .....	379
PERJUICIOS .....	275,278,370,379,390,643,842
PERJUICIOS-Cuantía .....	57
PODER .....	640
PORTE ILEGAL DE ARMAS .....	497,684

## Págs

PRECLUSION DE LA INVESTIGACION .....	454
PREJUDICIALIDAD .....	169
PRESCRIPCION .....	132,465
PREVARICATO .....	32,394
PROCESADO .....	557
PROCESO DISCIPLINARIO .....	449
PRUEBA ANTICIPADA .....	527
PRUEBA FALSA .....	198
PRUEBA NUEVA .....	633,820
PRUEBA TRASLADADA .....	578
PRUEBA .....	120,295
PRUEBAS .....	221

## R

RECEPTACION .....	454
RECURSO DE CASACION .....	766,794
RECURSO .....	495
REDENCION DE PENA POR TRABAJO .....	445
REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO .....	295,708
REFORMATIO IN PEJUS .....	540
REINTEGRO DE LO APROPIADO .....	352
REPARTO .....	234
RESOLUCION DE ACUSACION .....	809,814

## S

SANA CRITICA .....	120
SECUESTRO .....	550
SENTENCIA ABSOLUTORIA .....	618
SENTENCIA ANTICIPADA .....	420,495
SISTEMA PENAL .....	283

Págs.

SUJETO ACTIVO CALIFICADO ..... 740

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA ..... 656

## T

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO ..... 65,420,495,820

TERMINO ..... 203,349

TESTIMONIO ..... 521

TRAICION A LA PATRIA ..... 652

## U

UNICA INSTANCIA ..... 283

VENCIMIENTO DE TERMINO ..... 721

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY ..... 109,184,370.540,587

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY ..... 184,587,676

**RELATORIA SALA DE CASACION PENAL  
INDICE CRONOLGICO DE JURISPRUDENCIA  
GACETA JUDICIAL SEGUNDO SEMESTRE DE 1996**

Pág.

**COMPETENCIA/ CASACION.** No se olvide que la causal de nulidad que acusa es la de incompetencia, y frente a ella lo que interesa determinar es si el hecho por su naturaleza, por su lugar de ocurrencia, por el factor funcional o aún el foral, podía investigarse y conocerse por parte de los funcionarios que adelantaron la instrucción y luego el juicio. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresno. Sentencia Casación. Fecha: 18/09/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Sepúlveda Delgado, Manuel. Delitos: Homicidio imperfecto. Proceso: 9391. Publicada: Sí .....

7

**NOTIFICACION.** Según el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, se deben notificar las providencias de sustanciación notificables, los providos interlocutorios y las sentencias. Y el artículo 187 ejusdem prevé, como formas de notificación, la personal, por estado, por edicto, por conducta concluyente, y en estrados.

En el ordenamiento procesal penal actual se regula la notificación personal (arts. 188 y 189) la cual debe efectuarse necesariamente al sindicado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público, por estado (art. 190, modificado por la Ley 81/93, art. 25), por conducta concluyente (art. 191) y en estrados (art. 192).

La notificación por edicto, si bien fue prevista expresamente, no fue regulada en el ordenamiento procesal penal actual, por lo que su procedencia y trámite deben ceñirse a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, por virtud del principio de integración jurídica, consagrado expresamente, en el artículo 21, como norma rectora del procedimiento penal.

Al efecto, el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil -modificado por el D.E. 2282/89, art. 1º, num. 152-, señala:

«Art. 323 C. de P. C., modificado D.E. 2282/89, art. 1º, num. 152. Notificación de sentencias por edicto. Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto que deberá contener: (...)

«El edicto se fijará en un lugar visible de la secretaría por tres días, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas».

«La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto».

Interpretando sistemáticamente la normatividad anterior, en el proceso penal se deben notificar por EDICTO las SENTENCIAS «que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha», lo cual significa que proferido el fallo, se hará necesariamente la notificación personal al procesado «que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público» (art. 188 C. de P. P.); y si «dentro de los tres días siguientes a su fecha», la sentencia no se ha notificado personalmente a los restantes sujetos procesales, se debe notificar por EDICTO «que debe permanecer fijado durante tres días en un lugar visible de la secretaría».

Como la notificación se entiende cumplida o agolada el último día de fijación del edicto, la sentencia cobrará ejecutoria el tercer día hábil siguiente, fecha en la cual, de conformidad con el artículo 196 del C. de P. P., vence el término para impugnarla.

El envío de comunicación cablegráfica para efectos de la notificación de la sentencia a aquellos sujetos procesales distintos del procesado y el agente del Ministerio Público, constituye una práctica loable al abundar en garantías para efectos del enteramiento a las partes de la decisión final, pero no puede derivarse de esta diligente actividad, la ampliación de los términos de notificación establecidos en la ley, y de la ejecutoria de la sentencia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Recurso de Hecho. Fecha: 19/09/1996. Decisión: Declara correctamente denegado el recurso de apelación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: Ruiz Pinto, Arnulfo. Delitos: Concusión. Proceso: 11728. Publicada: Sí ..... 22



CASACION DISCRECIONAL. Tómese en cuenta primeramente el propio artículo 218 que se invoca para advertir en él que la casación procede «contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia» (subrayas de la Sala), sin que la excepcionalidad prevista en el inciso final de este precepto indique la posibilidad siquiera de que el recurso extraordinario opere frente a decisiones interlocutorias, pues basta con mirar las dos razones que dan lugar a la intervención de la Corte para entender que una y otra son predicables como justificadas cuando ya no es posible remediar de otro modo un agravio en las instancias, a que en ellas es amplia la posibilidad que tienen los sujetos procesales para impugnar las decisiones que les desfavorezcan, como la tiene el Juez para reorientar un trámite viciado o sopesar las diferentes fuentes del derecho en la adopción de las decisiones que halle conducentes. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación Discrecional. Fecha: 19/09/1996. Decisión: Deniega por improcedente el recurso de casación discrecional. Procesado: Guerra Casiro, Elberto Antonio. Delitos: Homicidio. Proceso: 12094. Publicada: Sí.....

28

PREVARICATO/ ABUSO DE FUNCION PUBLICA. Mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la ley es proferido u omitido por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de competencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Auto Segunda Instancia. Fecha: 19/09/1996. Decisión: Confirma el auto. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Procesado: Daza Ariño, Carmen Yaneth. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 9820. Publicada: Sí....

32

PECULADO. Frente al pumible de peculado, ésta inquietud obliga a recordar como criterio reiterado de la Colegiatura, la necesidad de distinguir entre la labor parlamentaria concretada a la asignación de aquellas partidas entonces autorizadas por la Constitución de 1886 y reglamentada, entre otras, por las leyes 26 de 1977, 30 de 1978, 14 de 1987, 55 de 1988, 61 de 1989 y 46 de

1990 y la gestión a cargo de las entidades beneficiarias, lo que ha llevado a precisar en repetidas decisiones, que una era la actividad parlamentaria cumplida a cargo de los miembros de las Comisiones Cuartas de Presupuesto de Senado y Cámara, como de los Parlamentarios individualmente considerados que agotaban su participación con la inclusión de esos auxilios en la ley de presupuesto y otra bien diferente y autónoma la de las «...Juntas de Acción Comunal, las personas jurídicas sin ánimo de lucro o las entidades favorecidas...» las que a partir de la presentación de sus respectivas cuentas de cobro- «...ingresaban a su patrimonio los dineros provenientes de los aportes, para darles las destinaciones específicas previstas en los correspondientes programas de desarrollo o planes de inversión, y sobre ellas recaía la obligación jurídica de llevar a cabo, conforme a la ley y al programa o plan, la ejecución de dicho gasto.

«De esta manera es apenas obvio que por regla general (que no es predicable por ejemplo de los denominados fondos educativos cuyo régimen y dinámica de gastos son diversos y sobre los cuales se pronunció la Sala, entre otras, en decisión de junio 29 de 1994 M.P. Dr. Calvete Rangel) la desviación de estos dineros en beneficio de los particulares componentes de las Juntas Directivas o de terceros ajenos al programa de inversión, constituiría ilicitud de peculado por extensión (art. 138 del C.P.) y la intervención ilícita de los Parlamentarios en esta clase de conductas (hayan o no actuado en el proceso de definición y decreto del gasto), en principio implicaría imputación como determinadores o partícipes de un hecho punible que ya resultaba ajeno a su función y que por ello perdía vínculo causal con su actividad como Congresista.

«Miradas las cosas desde esa perspectiva, el comportamiento a investigar envuelve delito común y no funcional; y la separación del cargo del respectivo Congresista, conduce a la pérdida del fuero en los términos del párrafo del artículo 235 de la Constitución. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresco.

Única Instancia. Fecha: 20/09/1996. Decisión: Se abstiene de proseguir con el conocimiento. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Aldana Vivas, Ismael de Jesús. Proceso: 9957. Publicada: Sí .....

EXTRADICION/ NACIONALIDAD. Es de advertir que la Constitución Política vigente hasta 1991, precisaba en su artículo 90.,

que «La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el exterior; y podrá recobrase con arreglo a las leyes». Siendo esta disposición constitucional la que regía al momento de optar (...) por adquirir carta de naturaleza como venezolano, es de rigor entender que por mandato constitucional perdió desde entonces su condición de nacional colombiano, sin que esta pueda entenderse recuperada por la sola vigencia de la nueva Carta Constitucional, ni la sola manifestación del interesado de acogerse a la doble nacionalidad.

En efecto, no escapa a la Corte que la norma Constitucional vigente consagra el principio de la doble nacionalidad, y que ello induce a que quien ahora adquiere carta de naturaleza en país extranjero, lo haga sin desprenderse de la de su país de origen. No obstante, es diferente la situación para quien con anterioridad hubiese ya perdido su nacionalidad como colombiano, porque readquirirla supone un trámite administrativo que así lo delimite y formalice. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición. Fecha: 24/09/1996. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos. Requerido: Romero Gómez, Adolfo. Proceso: 11509. Publicada: Sí

**PERJUICIOS-Cuantía.** El artículo 221 del Código de Procedimiento Penal que trata de la cuantía para recurrir, dispone que cuando el recurso de casación tenga por único objetivo lo referente a la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia de condena, deberá fundamentarse en las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponda al delito o delitos cometidos.

Es sabido que cada persona perjudicada por el hecho punible, y cada heredero o sucesor, es titular de su derecho personal, de manera independiente e individualizada de los derechos de los demás, así se hayan constituido simultáneamente en parte civil, a través de una misma demanda y un mismo apoderado y aunque éste abogue conjuntamente en representación de los intereses de todos y en procura colectiva de la reparación.

Así lo tiene definido además la Sala de Casación Civil de la Corte:

«Puestas así las cosas y existiendo como en realidad existe en la especie que hoy ocupa la atención de la Sala, un claro supuesto

Pág.

de litisconsorcio voluntario activo, obró con acierto el Tribunal al estimar separadamente, para efectos de calificar la procedibilidad del recurso de casación interpuesto por los cuatro demandantes, la cuantía del interés respecto de cada recurrente como lo pide el primer inciso del artículo 386 del Código de Procedimiento Civil...

Luego ni la circunstancia de presentarse unificada la personería en cabeza de un mandatario judicial, así como tampoco el que sobre el mérito de las pretensiones de los condóminos demandantes haya de resolverse en una sola sentencia, son factores que a dichas situaciones les hagan perder su individualidad e independencia, de donde se sigue que determinado así el agravio que el fallo de segunda instancia causó a los recurrentes y en vista de la evidencia disponible acerca de este aspecto en los autos... Inevitable es concluir en la improcedencia del recurso extraordinario en cuestión.» (auto de marzo 3/89). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 24/09/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Berrio, Albeiro de Jesús. Delitos: Homicidio. Proceso: 9939. Publicada: Sí ..... 57

**TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ AUDIENCIA ESPECIAL.** De la suscita presentación de la figura de la audiencia especial, ella es ni más ni menos que un acuerdo transaccional, fruto de la negociación que el Estado y el sindicado hacen respecto de casi todos los aspectos propios de una sanción penal, actuación permitida a la Fiscalía General de la Nación, como sujeto procesal, pero vedada al Juez de la República, cuya actuación se limita a la aprobación u objeción del acuerdo únicamente por razones de legalidad, pero sin que pueda intervenir en la negociación propiamente dicha. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Unica Instancia. Fecha: 25/09/1996. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Villarreal Ramos, Tiberio. Proceso: 10684. Publicada: Sí ..... 65

**DELITO POLITICO.** Es ahora el artículo 57 de la Ley 104 no el 56-, en virtud de variación sistemática introducida por la Ley 241 (art. 25), el que habilita a los jueces para dictar cesación de procedimiento en favor de quienes sean procesados por los delitos políticos de rebelión, sedición, asonada, conspiración, y los conexos con éstos, siempre y cuando confiesen, y se ajusten a los demás requerimientos formales del título III de la primera ley. Pero el artículo 48, inciso final, de la Ley 104 prevé la exclusión de tal beneficio jurídico en relación con quienes hayan in-

Pág.

currido en "delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate o con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, secuestro o actos de ferocidad o barbarie" (Se ha subrayado.) Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Segunda Instancia. Fecha: 25/09/1996. Decisión: Confirma auto por medio del cual se le negó la cesación de procedimiento. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Amaya Castro, Oscar Darío. Delitos: Rebelión, Homicidio con fines terroristas, Tentativa de homicidio, Daño en bien ajeno. Proceso: 12051. Publicada: Sí

68

**LIBERTAD PROVISIONAL/ ANTECEDENTES.** Sobre la base de la normalidad del sentenciado es que el juez realiza el proceso valorativo de su personalidad, no para reconocer los trastornos que la afectan, sino con el fin de determinar si su modo de ser y de actuar revela que el tiempo transcurrido en prisión es suficiente para dar por concluido el proceso de readaptación social, o si por el contrario, es necesario que cumpla la totalidad de la pena. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 01/10/1996. Decisión: Reconoce personería, no repone auto que negó libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Arango García, Jorge Iván. Delitos: Hurto calificado. Proceso: 11004. Publicada: Sí

80

**NULIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSOR.** Para la Sala es claro que el reemplazo del abogado de confianza por uno de oficio con el fin de poder dar inicio a la diligencia de audiencia pública, no constituye irregularidad alguna que amerite la declaratorio de la nulidad invocada. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 01/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Salamanca Medina, José Gilberto. Delitos: Estafa. Proceso: 11264. Publicada: Sí

84

**IMPEDIMENTO/ HABER DICTADO PROVIDENCIA.** Por ninguna parte el artículo 103-6 del C. de P.P. alude a que sea la cónyuge o algún pariente del funcionario que se declara impedido, el que "hubiere participado dentro del proceso". Es que es bien claro que lo de "o sea cónyuge o compañero permanente, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil", está referido al "inferior que dictó la providencia que se va a revizar". Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Cálvez



Pág.

Argote. Auto Impedimento. Fecha: 01/10/1996. Decisión: Declara que no le asiste razón. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Polentino Córdoba, Jorge Iván. Delitos: Corrupción de menores. Proceso: 12046. Publicada: Sí.....

91

**ERROR DE HECHO.** El error manifiesto de hecho, por su naturaleza y características, tiene que ver con la propia tangibilidad de la prueba, tanto respecto a su existencia misma, como en cuanto a la objetividad de su significación probatoria. Luego, no puede en modo alguno originarse un error evidente de hecho en una simple disparidad de criterios en torno a la aptitud demostrativa de la prueba, como tampoco en una visión fragmentaria de los medios de persuasión allegados a un proceso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 02/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Bucaramanga. Procesado: Murillo Jairo Castro, Manuel. Delitos: Homicidio. Proceso: 9428. Publicada: Sí.....

95

**VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE HECHO.** Cuando se alega violación indirecta de la ley sustancial el actor está en la obligación de señalar los preceptos de derecho sustancial que se estiman vulnerados de manera indirecta aunque invocándose error de hecho no hay lugar a la cita de disposición probatoria o procesal alguna, precisamente porque su naturaleza no supone infracción normativa alguna. Pero aún así, no basta con enunciar que se está ante un error de hecho ya que la rigurosa técnica de este recurso extraordinario exige que se demuestre si se trata de un falso juicio de existencia o de identidad y sobre cuál medio de prueba recae. Cuando se alega el de existencia el demandante debe comprobar que el sentenciador omitió tomar en cuenta una prueba o consideró la que materialmente no existe. Cuando el ataque se cumple por error de identidad debe demostrar que el juzgador modificó el contenido fáctico de la prueba, dándole un alcance menor o mayor del que en realidad tiene y de manera tal que vale tanto como haberlo supuesto o eliminado. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 02/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: Rodríguez Roa, Noé. Delitos: Homicidio. Proceso: 9538. Publicada: Sí.....

109

**PRUEBA/ SANA CRITICA/ NULIDAD.** Ciertamente es que las normas procesales que regulan la forma de incorporación de una prueba al



proceso deben cumplirse con estrictez, pero su desconocimiento no siempre determina la ineficacia del medio irregularmente aportado. Habrá de examinarse, en cada caso, si la exigencia normativa es condición esencial de validez del medio probatorio y si los fines buscados con la formalidad omitida se obtuvieron a pesar de su inobservancia.

La disposición contenida en el artículo 252 del Decreto 050 de 1987, relativa a que ninguna prueba puede ser apreciada si no cumple las condiciones de aduación allí previstas, se entendió referida a los medios de convicción o diligencias en los cuales la formalidad es presupuesto de validez de los mismos, como la inspección judicial (art. 263), las peritaciones (art. 273), o los allanamientos (art. 368), en cuyos casos, por su especificidad necesitan de manera regular de un auto particularizado que los ordene y delimite, pero no a la generalidad de las pruebas, como equivocadamente lo ha entendido el censor (Cfr. Sent. mayo 22/91, Mag. Pte. Dr. Edgar Saavedra Rojas, no publicada). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 02/10/1996. Decisión: Descartó la demanda, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrente: Hernández Reyes, Juan Eduardo. Delitos: Conculsión. Proceso: 9685. Publicada: Sí ..... 120

**PRESCRIPCIÓN/ PECULADO.** Para resolver sobre la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos de peculado por apropiación por los cuales fue condenado el procesado, es pertinente recordar que sobre el tema propuesto por el impugnante la Corte de tiempo atrás ha hecho las siguientes precisiones:

«a) Tanto en la vigencia del anterior Código Penal, en este caso en virtud de criterios jurisprudenciales y doctrinales, como en aplicación del actual, que contiene norma expresa al respecto (artículo 85), la acción penal prescribe separadamente respecto de los varios hechos punibles en un mismo proceso.

«b) La norma penal más favorable debe ser aplicada de preferencia aunque sea posterior (retroactividad). Contrario sensu, si la más favorable es la anterior, es ella la que rige el caso (ultra-actividad). Artículo 26 de la Constitución Nacional y 6o. del Código Penal.

«c) Esa aplicación debe ser integral, esto es, en todo lo que se relacione con el evento jurídico que se está resolviendo, sin que sea permitido tomar de cada una de las normas en comparación

Pág.

lo que favorece y desecha lo que perjudica, pues ello equivaldría a crear una especie de tercera norma, especial para el caso.

«d) Para efectos de la prescripción de la acción penal, el máximo de la sanción fijada en la ley a que se alude en la norma (artículo 105 del Código Penal anterior y 80 del vigente) se forma de la pena señalada para el respectivo delito más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando, para ello, el máximo posible de disminución, si se trata de atenuantes. Así lo ha entendido y precisado la jurisprudencia». (Auto de abril 24 de 1981. M. P. Darío Velásquez Gaviria).

La declaratoria de la extinción de la acción penal por prescripción no es una sentencia sino una decisión interlocutoria, así se tome dentro del cuerpo de una sentencia, lo cual indica que no puede ser objeto del recurso de casación. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvele Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 02/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Popayán. Recurrente: Chaves Solano, Salvador. Delitos: Peculado. Proceso: 9857. Publicada: Sí ..... 132

**DERECHO DE DEFENSA/ DEFENSA TECNICA.** Por expreso mandato del artículo 29 de la Carta Política todo procesado debe gozar de una defensa técnica y adecuada durante el sumario y el juicio, que le garantice el correcto acceso a la justicia y que sus derechos no se verán conculcados. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 03/10/1996. Decisión: Casa, decreta nulidad, ordena libertad. Homicidio. Proceso: 9994. Publicada: Sí ..... 145

**FLAGRANCIA/ CAPTURA/ NULIDAD.** Frente a una retención irregular tenía primeramente el imputado la posibilidad de reclamar de modo directo su libertad ante el funcionario del conocimiento, como demás la de intentar por sí o por interpuesta persona ante otro juez el reconocimiento del habeas corpus, con lo que hubiera logrado el restablecimiento de su derecho, en el momento mismo de padecer su violación.

Mas, lo que no se puede dar por aceptado, es que aquella irregularidad en la captura pueda constituir causal de nulidad, por cuanto ésta, sea que se alegue en las instancias, ora como motivo de la casación, siempre se supedita a las exigencias del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 03/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal

Pág.

Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Procesado: Sierra González, Parmento Arnulfo. Delitos: Homicidio. Proceso: 9354. Publicada: Sí. 153

**JUEZ/ FISCAL/ COLISION DE COMPETENCIA.** Lo insólito, por decir lo menos, es el argumento que expone el juzgado de Itagüí para dejar de continuar actuando en este proceso, la opinión de un sector judicial de dicho Distrito respecto a la obligatoriedad de la calificación dada por los Fiscales en la resolución acusatoria, pues eso no es lo que dice la ley, como la jurisprudencia unánime de esta Corte lo ha puntualizado invariablemente, al referirse a la competencia del juez en este punto y a la existencia de las nulidades por errónea calificación que constituyen un aspecto que vulnera el debido proceso, lo cual no puede considerarse como una indebida intromisión en las competencias de la Fiscalía porque la calificación para estos fines es provisional y además, porque el director del proceso, y por ende el garante de la legalidad de éste, es el Juez. (Sents. oct.26/94 y abril 25/95 M.P. Dr. Calvete Rangel, por ejemplo). Aceptar lo contrario, es generar errores, como el que se pone de relieve en este caso, que demeritan la eficacia de la administración de justicia y entronizan la impunidad. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.

Auto Colisión de Competencias. Fecha: 08/10/1996. Decisión: Dirime en favor del Juzgado 17 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá. Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito. Ciudad: Itagüí (Antioquia). Procesado: Arenas Chica, Adriana. Delitos: Falsedad. Proceso: 12257. Publicada: Sí. 165

**PREJUDICIALIDAD.** Para que proceda la suspensión de la actuación procesal por razón de la prejudicialidad, es requisito indispensable que el proceso penal se encuentre en la etapa de la instrucción, es decir, que el funcionario judicial no hubiere calificado el mérito probatorio del sumario.

«Cuando la cuestión prejudicial al proceso penal es al mismo tiempo elemento configurativo del delito investigado y el juicio civil, laboral o administrativo que pretende resolverla de manera definitiva se hubiese iniciado después de cometido el hecho punible y no antes, el juez penal goza de plena competencia para decidir cuestiones extrapenales afines a la tipicidad del hecho, sin necesidad de suspender la calificación del sumario a la espera de una decisión por parte de otra jurisdicción...» (subraya del texto. Sentencia de casación 10 de noviembre de 1992. M.P. Jorge Carreño Luengas. Rad. N° 6484). Magistrado Ponente:

Pág.

te: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Única Instancia. Fecha: 09/10/1996. Decisión: Niega la suspensión de la presente actuación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Villalobos Támara, Tulio César. Procesado: Martínez Vergara, Arturo. Delitos: Peculado por apropiación, Celebración indebida de contratos. Proceso: 10274. Publicada: Sí ..... 169

**IMPEDIMENTO/ CUERPO COLEGIADO.** La adopción de una decisión que legalmente corresponde a la Sala de Decisión, por solo uno de los miembros de la misma resulta violatoria del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia habida cuenta que, según esa norma, se requiere para su "deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección".

La mayoría de los miembros de la Sala de Decisión conformada por tres (3) Magistrados es obviamente la formada por dos (2) de ellos, por lo que la decisión emitida con el voto de uno solo de los integrantes deviene en ilegal por desconocer la naturaleza colegiada de la misma.

En consecuencia, el Magistrado Ponente deberá obrar de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 54 citado y proceder a reintegrar la Sala con Conjuces. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Impedimento. Fecha: 10/10/1996. Decisión: Se abstiene de conocer el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Procesado: Díaz Valderrama, Guillermo. Procesado: Mier Jaraba, Javier. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 12249. Publicada: Sí ..... 172

**COMPETENCIA-Cuantía/ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONOMICO.** Es un hecho que la conducta investigada se realizó antes de la vigencia del Decreto 2700 de 1991 y que para esa época los Jueces Municipales conocían de delitos contra el patrimonio económico hasta por cuantía de 20 salarios mínimos legales, como también es cierto que a partir de dicho decreto la aludida cuantía se incrementó frente a hechos que no excedieran de 50 salarios mínimos mensuales, todo ello sin perjuicio de lo que en su momento dispuso la ley 23 de 1991 frente a las contravenciones especiales.

Según lo anterior, si la cuantía del delito por el que se enjuició y condenó al señor (...) hubiese sido de 900.000 pesos, habría sido evidente que con la puesta en vigencia del C. de P. Penal -julio 1 de 1992- el Fiscal Seccional habría perdido facultad para profe-

Pág.

rir resolución acusatoria o preclusión y el respectivo Juez del Circuito habría carecido de competencia para adelantar y culminar el juicio. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 10/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Cucunichón López, Hernando. Delitos: Estafa. Proceso: 9349. Publicada: Sí..... 176

#### **VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA**

**LEY.** En la violación directa, todo cuestionamiento probatorio se halla fuera de lugar, porque el error jurídico que se critica estriba en la aplicación de la norma o su falta de aplicación, o su interpretación por el juez, pero indefectiblemente, aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, por efecto de la errada selección de la normatividad sustancial llamada a regir el caso o de la equivocada intelección de su contenido o alcance jurídico; contrariamente a lo que ocurre en la violación indirecta, en la que el error del sentenciador que da pie a la aplicación indebida o a la falta de aplicación de un precepto sustancial, se origina en los aspectos probatorios, en los que necesariamente ha de recaer de inicio, la crítica del casacionista, diferencias jurídicas éstas de índole conceptual, que hacen inconciliable la alegación conjunta y desde un mismo punto de vista, de la violación directa y el cuestionamiento de aspectos probatorios del fallo impugnado. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 10/10/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Tojancí Pérez, Pedro. Delitos: Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 12279. Publicada: Sí..... 184

**COLISION DE COMPETENCIA/ FISCALIA.** El artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal al cual se atiene el remitente, le da a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento "De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales: entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República".

De ese contexto normativo que no alteró el inciso segundo del artículo 16 de la ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, se deduce con toda nitidez que la facultad de la Sala de Casación Penal para dirimir colisiones de competen-

cia se encuentra limitada a los incidentes que se susciten exclusivamente en la etapa acusatoria, pues es en ella donde el conocimiento corresponde a los jueces y tribunales, por lo que quedan excluidas las actuaciones que surjan en la etapa de instrucción, dado que ellas están a cargo de la Fiscalía, de tal manera que los conflictos de esa índole que puedan surgir entre fiscales, tendrán que dirimirse en principio al interior de esa entidad, de conformidad con las atribuciones que la ley le otorga en los artículos 123, 124 y 125 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencia. Fecha: 10/10/1996. Decisión: Se abstiene de efectuar pronunciamiento por falta de competencia. Procedencia: Unidad de Terrorismo. Ciudad: Santafé de Bogotá. Procesado: Ramírez Martínez, Pablo E. Proceso: 12294. Publicada: Sí. 189

**CAMBIO DE RADICACION.** De conformidad con el numeral 8° del artículo 68 del C. de P. Penal, es competente la Corte Suprema de Justicia para conocer de las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un Distrito Judicial a otro, durante la etapa del juzgamiento.

El incidente en cuestión, constitutivo de una excepción legal al factor territorial determinante de la competencia en materia penal, afianza su finalidad y procedencia en el art. 83 de la codificación adjetiva, en el sentido de que puede 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.

Cualquiera de estos factores exógenos, externos al juzgador y que rodean el ambiente territorial donde debe ventilarse la fase del juicio, tiene la entidad suficiente, previa demostración, para disponer el cambio de radicación del proceso hacia otro entorno ausente del obstáculo. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Cambio de Radicación. Fecha: 10/10/1996. Decisión: Dispone el cambio de radicación. Procedencia: Juzgado Promiscuo del Circuito. Ciudad: Sincé. Procesado: Martínez Bacanegra, Jorge Eduardo. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 12317. Publicada: Sí. 193

**ACCION DE REVISION / PRUEBA FALSA.** La causal invocada por el accionario, textualmente prescribe que habrá lugar a la revisión:



«5. Cuando se demuestre, en sentencia en firme, que el fallo objeto de pedimento de revisión fundamentó en prueba falsa (resulta la Sala).

Quiere lo anterior decir, que no es suficiente para que opere por esta vía el desconocimiento de la cosa juzgada, con la sola afirmación del demandante de haberse producido el fallo con la utilización de una prueba falsa, sino que efectivamente se ha de demostrar que media declaración judicial respecto de la falsedad de ese medio probatorio que además, tenía que ser determinante para inclinar el sentido del fallo proferido. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de Revisión. Fecha: 10/10/1996. Decisión: Reconoce personería e inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Valledupar. Procesado: Reyes Murillo, William. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12087. Publicada: Sí.....

198

**DEBIDO PROCESO/ TERMINO.** Es innegable que a partir de la Constitución Política de 1991, se elevó a rango superior el principio de que el derecho a un debido proceso, lo es además «sin dilaciones injustificadas» -artículo 29-. Pero sin intentar menospreciar en los más mínimo esta garantía, es igualmente de recibo afirmar que no toda demora en la adopción de una determinación, ni toda prolongación de la actuación más allá de los términos legalmente establecidos, puede constituir violación a ese derecho del procesado, porque la transgresión no emana de la sola y objetiva dilación, sino tan solo de aquellas que puedan ser «injustificadas», y ello conduce a la necesidad de analizar al lado de la entidad de la demora, las causas que la hayan generado, sea que radiquen en obstrucción indebida de las partes, falta de colaboración de los auxiliares de la justicia, en razones nada infrecuentes de congestión en los despachos judiciales, o en la complejidad misma del asunto o el volumen del expediente y piezas procesales objeto de valoración.

Por esta causa, una primera dificultad asoma cuando no pueda conocerse con la debida exactitud y certeza, si en realidad la dilación puede calificarse de justificada, o si ella le resulta atribuible con exclusividad a la desidia o falta de diligencia del Estado a través de sus representantes.

Pero además, es de observar que por lo general las consecuencias de la tardanza en el trámite del proceso se encuentran reguladas, sin que de esa normatividad trascienda la consecuencia que se propone en la demanda, y que como queda visto, no aso-

maría a un resultado práctico ni provechoso a la justicia ni a los intervinientes procesales. Así, por vía de ejemplo, es de observar que la primera y más rotunda consecuencia de la inactividad del Estado se orienta hacia la prescripción de la acción penal, sea porque no se actuó oportunamente, ora porque a pesar del impulso del proceso, éste se extendió por fuera del límite que se indica en los artículos 79 y siguientes del Código Penal.

Otra secuela vierte sus beneficios sobre la libertad del procesado, cuando el sumario no se alcanzó a calificar en tiempo, cuando se excedió el plazo para realización de la audiencia, o bien porque se rebasó en detención el tiempo de la pena si no al menos el requerido para la libertad condicional.

Cierto también, que para el funcionario, otros efectos de la demora podrían significarle una sanción penal o una disciplinaria, mientras que para el caso del perjudicado, puede aspirar a un resarcimiento patrimonial a cargo del Estado. Pero otra clase de alcances para ese incumplimiento no se siguen, porque al contrario de otras legislaciones, la Colombiana no ha consagrado la recomendación judicial de un indulto integral o limitado a modo de contraprestación en caso de significativas dilaciones, como tampoco la alternativa de una reducción de pena, que son algunas de las fórmulas foráneas introducidas para equilibrar, sin renunciar al ejercicio de la acción penal, aquellos casos en que el transcurso prolongado del tiempo entre la ocurrencia del hecho y la efectividad de la sanción, harían a ésta excesiva o desproporcionada, frente a la rehabilitación que en el entretanto hubiese alcanzado el reo. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 11/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: García Barrios, Claudio Guillermo. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 9079. Publicada: Sí.

203

**DERECHO DE DEFENSA/ PRUEBAS.** La negativa a practicar pruebas, de forma tal que conlleve un verdadero obstáculo para el ejercicio de la defensa, o la omisión en su recaudo que configure una auténtica inercia por manera censurable en la actividad investigativa, ha dicho la Corte desde antiguo, conduce a la invalidación de lo actuado por desconocimiento al principio de investigación integral y consiguiente violación del derecho a la defensa.

También se ha precisado que, no es, desde luego, la falta de acopiar al proceso la totalidad de pruebas solicitadas por la de

fensa el factor determinante del vicio procesal, sino de aquellas cuya naturaleza sustancial por excluir o atenuar la responsabilidad del procesado, se hacen necesarias en orden a mantener incólume la garantía del contradictorio en el proceso penal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 16/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Recurrente: Procuradora Judicial Penal, 171. Procesado: López Jiménez, Rosalía. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 9372. Publicada: Sí ..... 221

#### **FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO/ DELITO**

**PLURIOFENSIVO/ REPARTO 1.** Cabe precisar que en la legislación penal colombiana el interés tutelado con la norma aplicada es la fe pública, no entendida como un concepto abstracto, sino como protección a la confianza que la colectividad deposita en la capacidad probatoria de los documentos públicos, lo cual es esencial para que exista un adecuado tráfico jurídico que facilite las relaciones entre los coasociados.

2.- La diligencia de reparto es un trámite administrativo que existe a nivel judicial para controlar la equitativa distribución del trabajo, y un factor más que contribuye a garantizar la imparcialidad del que resulte encargado de resolver o de elaborar la ponencia como ocurre en las corporaciones. No es un acto informal sino solemne, en el sentido de que se desarrolla en un día previamente acordado para ese fin, agotando un procedimiento, con la intervención de un servidor público que lo preside, y dejando constancia en el documento que para tal efecto se elabora.

De esta forma, no hay duda de la capacidad probatoria de los documentos en los que queda consignada esa operación, los cuales sirven para dar fe del agotamiento del mecanismo administrativo adoptado para el reparto.

3.- Es importante aclarar que la circunstancia de que el delito de falsedad en documentos se clasifiquen<sup>o</sup> doctrinariamente como pluriofensivo, no significa que para su consumación en casos concretos deba necesariamente lesionar bienes jurídicos distintos a la fe pública, que fue precisamente el que el legislador colombiano estimó de mayor importancia para efectos de su ubicación en el Código. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 16/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Castelblanco Garzón, Misael

Pág.

Raúl. Recurrente: Parada Pulido, Octavio. Delitos: Falsedad material empl. of. en documento público. Proceso: 8879. Publicada: Sí ..... 234

**CASACION DISCRECIONAL.** El recurso extraordinario de casación por vía excepcional, previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra fallos en asuntos diferentes a los que reúnen los requisitos para acceder a la casación regular, solo procede en aquellos casos en que la Corte lo considere «necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales». Para que la aceptación discrecional por esta corporación pueda atenderse, resulta indispensable que el impugnante oportunamente exponga las razones que en su criterio hacen necesario el pronunciamiento superior, pues es obvio que únicamente conociendo tales fundamentos de antemano, podrá resolverse respecto a la procedibilidad de la pretensión. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación Discrecional. Fecha: 16/10/1996. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Salamanca, Pedro Jacinto. Delitos: Fraude a resolución judicial. Proceso: 11282. Publicada: Sí ..... 247

**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE EMPLEADO OFICIAL.** Para la legislación colombiana (artículo 148 del Código Penal), el tipo penal de enriquecimiento ilícito contra la administración pública se configura por el incremento patrimonial no justificado del servidor público, obtenido por razón del cargo o de sus funciones, en cuanto el hecho no constituya otro delito, independientemente de su cuantía, que viene a incidir ya en el aspecto punitivo en cuanto a su mayor o menor gravedad. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 16/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Amariles Valencia, Marco Fidel. Delitos: Enriquecimiento ilícito. Proceso: 8957. Publicada: Sí ..... 250

**ESTAFA.** Atendido el hecho de que el trato celebrado entre los acusados y el denunciante fue de promesa de celebrar una compraventa, vale decir, fue un contrato especial distinto del contrato prometido, contenido de la implícita condición resolutoria de todo contrato prevista en el artículo 1546 del C. C., la objeción de no haber analizado el Tribunal los artículos 1849, 1914 y 1915 del C. C., todos referentes al contrato de compraventa,

resulta inconducente para cuestionar el fallo. En lo concerniente al artículo 1602 del C. C. cuya falta de consideración también pregona, la falta de motivación del reparo impide conocer su fundamento. Estas razones imponen la improsperidad del cargo. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 16/10/1996. Decisión: Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Procesado: Charry Bastos, Víctor Manuel. Procesado: Hernández Medina, Eduardo. Delitos: Estafa. Proceso: 9425. Publicada: Sí..... 260

PERJUICIOS/ CASACION DISCRECIONAL. De acuerdo con el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, cuando el recurso tenga por objeto lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, y sobre este requisito no opera la excepcionalidad que establece el numeral 3º. del artículo 218 ibídem, pues como la misma norma lo advierte, es únicamente respecto de lo señalado en el inciso primero de dicha disposición. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación Discrecional. Fecha: 16/10/1996. Decisión: Concede el recurso de casación excepcional. Procedencia: Juzgado 69 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Pulido Salamanca, Julio César. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 12259. Publicada: Sí ..... 275

ACCION CIVIL/ PERJUICIOS. Dentro del proceso penal, en el que la acción civil se dirige particularmente a obtener el resarcimiento de los perjuicios tanto morales como materiales ocasionados con el hecho punible, le corresponde al titular de ese derecho darle legitimidad sustancial a su vinculación al proceso punitivo, concretando los daños de una u otra índole que haya tenido que afrontar como consecuencia de la realización de la conducta ilícita.

Teóricamente, cualquier delito que atente contra la administración pública, la perjudica desde diversas ópticas; pero, como lo ha aceptado la Sala en reciente pronunciamiento (Mayo 29 de 1996. M.P. Dr. Páez Velandia), bien puede ocurrir que, en la práctica, la transgresión a la ley no produzca un detrimento patrimonial o moral que justifique el ejercicio de la acción civil por parte de la entidad oficial afectada con el hecho punible. Ante



esa eventualidad, cuando se trata demandar el pago de perjuicios causados por un delito, no basta pregonar el daño patrimonial o el daño moral, es necesario concretarlos, individualizarlos, precisarlos, en orden a estimar su valor.

De lo anterior se desprende que, la obligación a que se refiere el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, a cargo de toda persona jurídica de derecho público para constituirse en parte civil cuando ha sido afectada con un hecho punible, no es absoluta; por el contrario, se encuentra condicionada a que se vislumbre o evidencie la efectiva causación de perjuicios. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresno. Única Instancia. Fecha: 18/10/1996. Decisión: Inadmite la demanda de constitución de parte civil. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Marino Orozco, Edgar. Proceso: 9358. Publicada: Sí ..... 278

**SISTEMA PENAL/ ÚNICA INSTANCIA.** No es cierto como lo afirma el señor defensor, que la Constitución defina un sistema procesal único en materia penal; tal conclusión es evidentemente sesgada y lejana de la verdad, pues en realidad la Carta no define un método procesal que pueda identificarse con alguno de los que tradicionalmente se conocen en el resto de países.

El sistema general, por aplicarse a la mayor parte de los asuntos que en materia penal se tramitan en el país, es un híbrido de sistema acusatorio anglosajón, con elementos del sistema inquisitivo, adosado con figuras de estilo muy nacional, que conforman los elementos que caracterizan un sistema acusatorio (por llamarlo de alguna manera conocida) propio de nuestro país y sin émulo alguno en otra nación.

La adscripción de la Fiscalía General de la Nación a la Rama Judicial, el origen político del director de tal Institución en terna que presenta la primera autoridad de tal rango del país, la obligatoriedad de investigar lo favorable y lo desfavorable al sindicado y la facultad de restringir derechos fundamentales, son entre otras las características que no se repiten en ningún otro sistema procesal: en honor a la verdad en Colombia se ha creado un sistema sui generis, en la medida en que se suman elementos característicos del modelo inquisitivo y del acusatorio.

La Constitución no define el sistema acusatorio, no lo prefiere y tampoco lo excluye, tampoco define el sistema inquisitivo, menos aún lo excluye, las identificaciones de cada sistema y su nominación como tales son creaciones doctrinales con fundamento en el derecho comparado, que al asimilar las institucio-



nes nacionales con las del extranjero, les asignan el nombre de aquel sistema con el que más se identifiquen.

En el caso de los asuntos que adelanta la Fiscalía General de la Nación, al hallarse claramente divididas las funciones de investigación y juzgamiento en dos instituciones diferentes e independientes y autónomas, la Fiscalía de un lado y del otro, los Jueces, es claro que se trata de un sistema muy semejante al acusatorio, máxime cuando para lograr la intervención de los juzgadores ha de "acusarse" o por lo menos lograr que el sindicado acepte unos cargos concretos en la sentencia anticipada o que se acuerden en la audiencia especial, o finalmente que se acuda en control de legalidad contra la medida de aseguramiento.

Lo suscitadamente descrito no es la situación que se presenta en la Corte en cuanto hace a la investigación y juzgamiento de los Congresistas de la República: aquí se confunden en una sola Corporación las funciones de acusación y juzgamiento, no hay sujetos procesales que puedan acusar, la misma Corte lo hace, sin que por tal razón pierda en momento alguno su condición natural, su ser de Juez de la República, a quien por tal razón le está vedada la negociación o la transacción, que la ley ha deferido exclusivamente a la Fiscalía General de la Nación, única institución que reúne en sí misma las condiciones de sujeto procesal y representante estatal. En conclusión en los juicios ante la Corte sigue imperando el sistema inquisitivo. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Única Instancia. Fecha: 22/10/1996. Decisión: No repone el auto. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Villarreal Ramos, Tiberio. Proceso: 10684. Publicada: Sí ..... 283

**CESACION DE PROCEDIMIENTO/ DESISTIMIENTO/ INJURIA/ CALUMNIA.** El artículo 318 del Código de Procedimiento Penal prescribe:

«...Retractación. No habrá lugar a punibilidad si el autor o partícipe de cualquiera de los delitos previstos en este título, se retractare antes de proferirse sentencia de primera o única instancia con el consentimiento del ofendido, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumple en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el Juez, en los demás casos.

«No se podrá iniciar la acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia».

Tal como se desprende de la norma antes citada, son tres los requisitos exigidos para que produzca efectos la retractación, a saber:

- a) Que se haga antes de proferirse sentencia de primero o única instancia.
- b) Que se efectúe a costa del responsable, en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación, o en el que señale el juez en los demás casos.
- c) Que sea con el consentimiento del ofendido.

Para la Sala, y en relación con el asunto en estudio, es claro que efectuada la retractación con los requisitos legales el comportamiento investigado no es punible, y en esa medida no tiene objeto continuar con la actuación, por lo tanto se decretará en favor del encausado cesación de procedimiento.

Desde el punto de vista puramente procesal se puede llegar a la misma decisión, ya que el Código de Procedimiento Penal consagra casos similares al presente, en cuanto en el fondo lo que se da es un acuerdo entre las partes que sobreviene al hecho, como el desistimiento de la querrela y la conciliación, ante cuya ocurrencia ordena que se decrete la preclusión de la instrucción o la cesación de procedimiento. Como en la retractación va implícito un desistimiento, lo cual no parece discutible, al ser los delitos de injuria y calumnia querrelables dicho desistimiento conduce a la extinción de la acción. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Única Instancia. Fecha: 22/10/1996. Decisión: Decreta cesación de procedimiento. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Lucio López, Carlos Alonso. Delitos: Injuria. Proceso: 10657. Publicada: Sí ..... 290

**DERECHO A LA INTIMIDAD/ PRUEBA/ CONCUSIÓN/ CULPABILIDAD/ DETENCION DOMICILIARIA/ REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO.** 1.-Que no obre en el presente expediente la autorización de la Dirección Nacional de Fiscalías de que habla el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, que el defensor invoca, en nada compromete la legalidad de la prueba así obtenida, pues es lo cierto, que la orden de interceptación telefónica fue emitida por el Fiscal Regional con base en solicitud presentada por la Unidad Investigativa de la Policía Judicial, conforme a la competencia específica otorgada por el artículo 47 del Decreto 2699 de 1991, y para ello no es requerida la autorización que echa de menos la defensa, la cual es exigencia solo cuando el Fiscal de oficio dispone tal interceptación por

considerarla necesaria y útil dentro de las investigaciones que adelanta, pero no cuando una tal solicitud proviene de la Policía Judicial y es ordenada por el Fiscal respectivo, según se desprende del tenor de las disposiciones citadas.

Del estudio de la preceptiva en comento, se establece que lo perseguido por ella, en tratándose de intervención judicial en la intimidad de las personas, es que al menos dos funcionarios intervengan en la decisión o efectos de garantizar la debida utilización de tan extrema medida. Esto es que cuando la iniciativa surja de la Policía Judicial, sea el Fiscal a cargo del asunto quien lo autorice. Y, que cuando sea el propio Fiscal quien exponga en su decisión la necesidad de acudir a este mecanismo con miras a obtener pruebas que sirvan a los propósitos de los procesos que adelanta, sea la Dirección Nacional de Fiscalías quien impartiera tal autorización.

2.-Con la actual prefiguración constitucional del Estado como Social de Derecho -fundado en el respeto por la dignidad humana-, la libertad y autonomía individuales cobran especial relevancia al punto de garantizarse a la persona natural el ejercicio de sus facultades «sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico» (art. 16 C.N.).

Siendo ello así, mal podría esgrimirse impedimento alguno o exigir autorización judicial para que las personas graben su propia voz o su imagen, o intercepten su línea telefónica, si estas actividades no se hallan expresamente prohibidas. Este aserto resulta avalado si se tiene en cuenta que quien así actúa es precisamente el afectado con la conducta ilícita, y por ende, eventualmente vulneradora de sus derechos fundamentales, por lo que su proceder se constituye en un natural reflejo defensivo.

Los registros históricos así obtenidos, naturalísticamente tienen vocación probatoria, pues corresponden a medios de demostración de los hechos, según el reconocimiento que al efecto hace el legislador, a los cuales les da la categoría de documentos privados aptos para ser apreciados judicialmente, conforme lo precisa en los artículos 225 del C.P. y 251 del C. de P.C., cuyo valor depende de la autenticidad, la forma de aducción al proceso, la publicidad del medio y la controversia procesal del mismo, así en él queden adicionalmente impresas voces o imágenes ajenas.

Pero el derecho a la autonomía individual aquí referido, no es absoluto. Una de sus limitaciones es el derecho a la intimidad ajena, también de rango constitucional fundamental, emanado

de el de la dignidad humana e íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, por virtud del cual no pueden ser intervenidos los actos de la esfera privada de las personas, siendo exclusivamente éstas quienes pueden decidir su divulgación sin que ello implique su renuncia, pues se trata de un derecho indisponible".

Por ello conviene advertir que cuando no se trate de grabar la propia voz, o recoger documentalmente la propia imagen, ni de interceptar la línea telefónica que se tiene, sino de registrar comunicaciones o imágenes privadas de otras personas, es necesario que se obre en cumplimiento de una orden emanada de autoridad judicial competente, en cuanto ello implica invadir la órbita de intimidad personal ajena, también protegida como derecho constitucional fundamental (art. 15), como se dejó dicho.

De no procederse de esta manera, la prueba podría nacer viciada (art. 29 C. N.) y por ende resultaría ineficaz para las finalidades perseguidas, independientemente de la intención con que se actúe, así sea la de contribuir a demostrar la ilicitud que se padece. Es más este irregular proceder, podría generar responsabilidad penal al autor del hecho.

3.-El delito de concusión no precisa que el empleado oficial que costraña o induzca a alguien para que le dé o prometa dinero u otra utilidad, o lo solicite, efectivamente reciba él o un tercero lo indebidamente exigido o pedido, pues por ser de simple actividad el tipo penal que lo define, se consuma cuando se abusa del poder o de las funciones inherentes a él para doblegar la voluntad de quien no está obligado a dar o prometer lo que no debe, sea sutilmente, mediante amenazas o simplemente con la mera petición del provecho ilícito. Es en ese instante en que se menoscaban la dignidad, moralidad, integridad, pulcritud, confiabilidad y transparencia de la administración pública, cuyos valores deben imperar en los funcionarios y sus actos.

Por ello, la antijuridicidad de la conducta no debe buscarse en el daño patrimonial que pudo haberse inferido al particular, sino en el menoscabo que se le causa a la confiabilidad de los asociados hacia la administración pública, bien jurídico funcional que se lesiona por el hecho de tener en su seno a un funcionario corrupto.

De conformidad con lo probado, el sujeto agente «solicitó» dinero de un particular, sin formular expresamente amenaza o ejercer coacción alguna, descartándose por ende, la realización de las restantes conductas alternativas que el tipo penal recoge, hecho que permite identificar su comportamiento con la

doctrinariamente denominada concusión implícita, según la cual, dados el poder que el agente detenta, la petición indebida se supone obligatoria para la víctima por la posibilidad de recibir un perjuicio en el evento de no acceder a lo pretendido -"*metus publicae potestatis*".

4.-El grado de culpabilidad en la realización de la conducta antijurídica, no se halla solamente en el mayor o menor deseo de vulnerar la prohibición penal, sino también, en el desvalor que merece frente al compromiso de ajustar el comportamiento a los parámetros socialmente establecidos, el cual aumenta a medida que se detenta mayor responsabilidad, poder, cargo o condición; pues si bien los cargos, dignidades y honores otorgan privilegios, éstos mismos, generan mayores deberes frente a los asociados, quienes esperan de aquellos que ostentan posiciones de preeminencia social, un comportamiento acorde con ella.

Por ese motivo, no puede medirse con el mismo rasero, para censurarla, una conducta reprochable y punible realizada por el ciudadano común y corriente, que la ejecutada por alguien ubicado socialmente en escala superior. Esta diferencia se acentúa cuando, como en este caso, el delincuente es un gobernante en quien el conglomerado ha depositado el privilegio de regir su destino, pues comportamientos de esta factura generan mayor desconcierto, zozobra y alarma social que los hace dignos de un mayor reproche penal.

5.-La detención domiciliaria es un beneficio que la ley prevé para aquellos procesados por delitos cuyo mínimo punitivo no sea mayor de cinco años, y cuyas características familiares y sociales, garanticen, en criterio del funcionario, su comparecencia al proceso y no coloquen en peligro a la comunidad.

Igualmente, por expresa disposición legal (art. 396 C.P.P., modificado por el art. 53 de la Ley 81/93), el funcionario puede condicionar la concesión de la gracia en mención, a que el procesado cumpla la obligación de realizar trabajo social durante todo el tiempo de duración de la medida o solamente los fines de semana.

Para la Corte, la carga adicional de realizar trabajo social por parte del detenido domiciliarmente corresponde al criterio de utilidad de la medida, se agota en la ejecución de la labor misma y no entraña, en ningún caso, la posibilidad de reconocer redención de pena a consecuencia de la labor ejecutada, pues precisamente por haber establecido el legislador que la medida cautelar

debe ser cumplida en la residencia del procesado, no señaló ningún mecanismo para controlar la labor realizada en cumplimiento de la carga judicial impuesta, como sí lo hizo al referirse a las labores llevadas a cabo en los centros de reclusión.

Nótese cómo el Código Penitenciario y Carcelario al regular la figura de la redención de pena por «trabajo, estudio y enseñanza», en ningún acápite hace referencia a la «residencia», «morada» o «casa de habitación» del sindicado como marco espacial dentro del cual pueda desarrollar estas actividades, por el contrario, exige expresamente que las mismas sean ejecutadas en los respectivos «centros de reclusión» como lo menciona en el artículo 80 al disponer que «la Dirección General del INPEC determinará los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión», lo reitera en el inciso segundo de la misma disposición al precisar la necesidad de procurar por parte de dicho Instituto las «fuentes de trabajo, industriales, agropecuarios o artesanales, según las circunstancias y disponibilidad presupuestal» en los «centros de reclusión».

También, el artículo 81 establece los mecanismos de «evaluación del trabajo en cada centro de reclusión» y en igual sentido, el artículo 82 *ejusdem*, hace referencia a este concepto, al prever la «REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO» que se esté «llevando a cabo en los centros de reclusión» de la jurisdicción del respectivo Juez de Ejecución de Penas, Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Única Instancia. Fecha: 22/10/1996. Decisión: Condena, declara que no tiene derecho a la condena de ejec. condicional, condena por concepto de perjuicios, condena al pago de costas, libra orden de captura, y compulsas copias.. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Manzur Jattin, Jorge. Delitos: Concusión. Proceso: 9579. -

Publicada: Sí..... 295

**COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL/ CONTRAVENCION.** Ni siquiera siendo la sentencia impugnada susceptible del recurso excepcional de casación podría examinar la Corte el tema de la condena de ejecución condicional por fuera del fallo de fondo. Más, como la conducta sancionada tiene el carácter de contravención, menos posible sería asumir una competencia que la ley no tiene establecida, pues el recurso interpuesto, así sea excepcional, solamente es procedente frente a delitos, según lo precisó la Sala en providencia del 13 de septiembre de 1996: «Conforme a lo reglado, es claro que en cualquiera de los dos eventos para que sea viable la impugnación es requisito indispensable que se tra-



te de delitos, de manera que las sentencias dictadas respecto de contravenciones no son susceptibles del recurso de casación. (Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación Discrecional. Fecha: 22/10/1996. Decisión: Inadmite el recurso de casación discrecional. Procedencia: Juzgado Tercero Penal del Circuito. Ciudad: Facativá. Proceso: Rocha Paipilla, Héctor Julio. Delitos: Abuso de confianza. Proceso: 12412. Publicada: Sí ..... 339

**NULIDAD.** El artículo 307 del estatuto procesal penal, perentoriamente establece que el sujeto procesal que alegue una nulidad, no podrá de nuevo solicitarla a menos que se invoque una causal distinta, disposición que encuentra ratificación en la preceptiva del artículo 446 de la misma obra, en cuanto dispone que las nulidades que tienen su origen en la etapa de la instrucción y que han sido resueltas, no pueden de nuevo ser pedidas en la oportunidad previa a la audiencia pública prescrita en esta norma.

El thema probandum en materia procesal penal se encuentra constituido por todos aquellos supuestos de hecho que permiten al Juez en la sentencia desatar la relación jurídico-procesal, admitir si existió hecho punible y la eventual responsabilidad del actor. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Única Instancia. Fecha: 23/10/1996. Decisión: Declara improcedente la solicitud de nulidad. Procedencia: Fiscalía General de la Nación. Proceso: Duarte Chinchilla, Hernando. Delitos: Prevaricato. Proceso: 11819. Publicada: Sí ..... 341

**ACCION DE REVISION/ DEFENSOR.** La autonomía que caracteriza la acción de revisión, definida como tal por el Código de Procedimiento Penal al nominarla como "acción", exige para su iniciación la culminación definitiva de una cualquiera de las actuaciones judiciales que hacen tránsito a cosa juzgada: del juicio, con cesación de procedimiento o con sentencia y de la instrucción, con la preclusión de la misma.

Así entendidas las cosas, el poder que un sindicado o un enjuiciado haya conferido para efectos de su defensa o que el Estado haya impuesto a un defensor de oficio, se agota con la culminación de una cualquiera de esas etapas, sin perjuicio de la facultad de intervenir en la fase ejecutiva del fallo para garantizar la intangibilidad de los derechos de la parte representada.

En este orden de ideas, el vocablo "defensor" que usa la ley para designar a uno de los titulares de la acción no es un término de

carácter específico, para titular el derecho en cabeza de quien haya actuado como tal en el proceso que se pretende remover, sino de carácter general, que denota la necesidad de que un abogado cualquiera, constituido como defensor del sindicato mediante poder expreso para el efecto, presente la demanda e inicie así la acción en nombre de quien le ha conferido el mandato. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acción de Revisión. Fecha: 23/10/1996. Decisión: Rechaza la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Frade Prieto. Jhobany Francisco. Delitos: Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado. Proceso: 10935. Publicada: Sí ..... 346

**TERMINO / EXTRADICION.** De aceptarse la renuncia al término para presentar alegatos, no solamente privaría al solicitado en extradición, desde el punto de vista del interés particular, de manifestar lo que considere pertinente a su defensa, sino que, además, implicaría privarle del trámite establecido por el legislador en detrimento del debido proceso, el cual, a la luz de la normativa constitucional vigente, es indisponible e irrenunciable por los sujetos intervinientes en el trámite procesal. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Extradición. Fecha: 24/10/1996. Decisión: Acepta la renuncia al término para pedir pruebas, niega la renuncia a término para presentar alegatos de conclusión. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Perú. Requerido: Jukka Urello, Manuel Antonio. Proceso: 12116. Publicada: Sí ..... 349

**LIBERTAD PROVISIONAL / REINTEGRO DE LO APROPIADO / CAUCION.** El artículo 415 del C. de P. P., en su numeral 8°, consagra el derecho a la libertad caucionada «en los eventos del inciso 1° del artículo 139 del Código Penal, siempre que la cesación del mal uso, la reparación del daño o el reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor y la indemnización de perjuicios causados, se haga antes de que se dicte sentencia de primera instancia».

Reintegrar, en términos de la Real Academia de la Lengua Castellana, significa «restituir o satisfacer íntegramente una cosa», que para los efectos previstos por la ley penal (arts. 139 C. P. y 415 num. 8° C. de P. P.), no puede tener significación distinta que el depósito, para el caso a órdenes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de los bienes (dinero) constitutivos del objeto material del punible (peculado por apropiación, art. 133 C. P.) imputado al procesado en el auto que definió su

situación jurídica con medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

Figura jurídica completamente distinta a la de constitución de cauciones, «para garantizar el pago del crédito y las costas», evitar el decreto de medidas cautelares sobre los bienes del demandado o procurar su levantamiento en los términos y para los fines consagrados por el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil. Mal podría alegarse aplicación de esta norma por integración, para una situación penal bien diferente, que frente a una verdadera devolución del objeto material e indemnización eventual permitiría la excarcelación solicitada por el procesado, que en tal virtud le será negada por la Sala. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Única Instancia. Fecha: 24/10/1996. Decisión: Niega por improcedente el beneficio de libertad. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Maya Copete, Antonio. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 9229. Publicada: Sí.....

352

**NOTIFICACION/ AUTO DE PROCEDER.** Basta mirar la redacción de los artículos 182 (modificado por el 19 del Decreto 1853 de 1985), 187, 209, 487 y 498 del Decreto 409 de 1971, que regulaban entonces las notificaciones del auto de proceder, su ejecutoria, el momento de conclusión del sumario y el de iniciación del juicio, para entender que las impugnaciones contra esta providencia solo podían interponerse en el momento de la notificación o dentro de los tres días siguientes al último acto de enteramiento de la providencia, lapso de ejecutoria a la vez común para sustentación de la alzada. E interpuesto este recurso contra la acusación, por cualquiera de los intervinientes procesales -artículo 486 *ibídem*-, las únicas decisiones a ejecutar sin condicionamiento a la instancia, serían las relativas a la detención y las medidas preventivas contenidas en la misma providencia, lo que implica la supeditación del rito a las results de la segunda instancia.

De ese modo no puede sostenerse que en el Decreto 050 de 1987 que entró a regir el 1o. de julio de ese mismo año la situación variase, pues los artículos 196, 197 (modificado luego por el artículo 12 del Decreto 1861 de 1989), y 487 fueron todavía más explícitos para orientar hacia la misma conclusión que hoy todavía ratifican en su orden los artículos 196, 197 y 444 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), particularmente en cuanto en cada uno de estos estatutos invariablemente se advierte que la ejecutoria se alcanza transcurridos tres días luego de la última notificación, pero siempre y cuando no se hayan interpuesto recursos contra la respectiva providencia. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia

cia Casación. Fecha: 24/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Procesado: Hilar Yidi, Nicolás Francisco. Delitos: Estafa. Proceso:

12285. Publicada: Sí ..... 355

#### NULIDAD / VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / DEBIDO PROCESO.

La formulación de cargos con base en la causal tercera, no es libre ni caprichosa. Igual que acontece con la otras razones de casación, cuando se acude a ella se está en el deber de fundamentar y demostrar el respectivo cargo. Y, desde luego, existe la obligación de comprobar de qué manera el vicio es trascendental, esto es que, efectivamente, afecta garantías o desconoce las bases sustanciales de la instrucción o el juzgamiento.

Sobre el ámbito dentro del cual opera la causal primera de casación cuando se alega la infracción directa de la ley, debe decirse que el cuestionamiento debió apuntar al motivo consagrado en la CAUSAL 3<sup>a</sup> de CASACION, por violación del debido proceso, toda vez que el error alegado entraña una equivocada calificación jurídica de la infracción como quiera que se seleccionó la conducta prevista en el título XIII Capítulo Primero del C.P. y no alguna de las indicadas en el capítulo Segundo del mismo título.

Ese error, que como se sabe es un típico error de selección, recibe sanción de nulidad por la circunstancia de que la sentencia, a efectos de conservar su congruencia, debe resolver la imputación dentro del marco jurídico que le señalan la ley y el enjuiciamiento<sup>1</sup>. En consecuencia, únicamente invalidando la acusación y reemplazándola por una que imputara hecho punible de lesiones, era posible proferir fallo por dicha ilicitud.

<sup>1</sup> El artículo 442 del C.P.P., señala que la resolución de acusación debe contener la calificación jurídica provisional, con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del C.P. y el artículo 220.2 establece como motivo de CASACION la inconsonancia del fallo con los cargos formulados en la resolución de acusación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 24/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Florencia. Recurrente: Sterling Vargas, Aníbal. Delitos: Hurto calificado y agravado. Tentativa de homicidio agravado. Proceso: 9755. Publicada: Sí ..... 370

PERITO/ PERJUICIOS/ ACCION CIVIL. 1.-Conforme al principio de libertad probatoria los medios de persuasión previstos en la ley no están jerarquizados y si bien es cierto que la pericia psiquiátrica para comprobar el estado de sanidad mental de una persona no es prueba única ni insustituible si es por lo menos más reputable, máxime frente a una multiplicidad testimonial que no es unánime ni concluyente.

2. -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 se 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 o. y o.)

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 contrario 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 e 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». (Cfr. casación de julio 30 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvele R.)

Lo anterior resulta comprensible, porque si bien en el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal se autoriza el ejercicio de la acción civil de resarcimiento al interior del proceso penal que surge del delito causante del daño a indemnizar, jamás por esa circunstancia llega a confundir la ley la naturaleza de una y otra acción, ni mucho menos sus fines, su objeto, sus titulares ni su vigencia, y ello deslinda el verdadero interés de los intervinientes procesales en materia de interposición de sus recursos, justificando en el de casación la separada regulación de su ejercicio.

Siendo ello así, mal se podría admitir en casación la formulación de cargos penales infundados, solo con el pretexto de quebrantar la limitante de la cuantía en el resarcimiento, en cuanto el monto de los perjuicios aisladamente considerados no otorgue la posibilidad de interponer el recurso extraordinario, pues un evento tal quebrantaría los principios de lealtad e igualdad entre las partes, y desviaría el fin previsto en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal traído a cita, integrando en últimas un verdadero abuso del derecho con desconocimiento del artículo 95 1 de la Constitución Política. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 24/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Zambrano Parra, Luis Orlando. Delitos: Homicidio Imperfecto, Homicidio. Proceso: 9334. Publicada:

-Sí. Salvamento Parcial de Voto Dr. Nilson Pinilla Pinilla ..... 379

**PERJUICIOS/ EXTINCION DE LA ACCION.** Salvamento Parcial de Voto. Salvamento Parcial de Voto Dr. Nilson Pinilla Pinilla - . Fecha: 24/10/1996. Proceso: 9334. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda., Dr. Nilson Pinilla Pinilla ..... 390

**PREVARICATO.** El delito de prevaricato descrito por el artículo 149 del Código Penal actual impone, al igual que el vigente para la época de los hechos, que la decisión cuestionada sea manifiestamente contraria al orden jurídico, ya que la esencia del reato radica en la disparidad ostensible entre la resolución y las normas legales aplicables al caso, acompañada de la conciencia de estarlas infringiendo. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba



Poveda, Única Instancia. Fecha: 24/10/1996. Decisión: Se abstiene de proferir medida de aseguramiento, precluye la investigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Varela Marmolejo, Ramiro. Delitos: Prevaricato. Proceso: 10734. Publicada: Sí ..... 394

**IMPEDIMENTO/ HABER SIDO CONTRAPARTE.** Aunque ha sido criterio preponderante de la Corte que la causal de impedimento aducida en este caso se acoge sólo cuando en el proceso sometido al conocimiento del funcionario judicial, existe la calidad de contraparte entre él y cualquiera de los sujetos legítimos que actúan en dicho asunto, también la Sala ha reconocido, que «podrán existir otros eventos en los cuales ser o haber sido contraparte de alguno de los sujetos procesales conduzca a la separación del funcionario, aunque lo que determinará tal apartamiento serán las condiciones particulares a que conduzca dicha relación jurídico procesal, así como las incidencias concretas que dicha calidad pueda tener en los valores de la objetividad e imparcialidad con que se debe asumir el acto de juzgar.» (Rad.9538. Auto 12 de diciembre, 1995. M.P. Dr. Mejía E.). Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandía. Auto Impedimento. Fecha: 24/10/1996. Decisión: Declara fundado el impedimento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Delgado Cruz, Alvaro. Delitos: Prevaricato. Proceso: 12413. Publicada: Sí ..... 401

**HURTO/ COLISION DE COMPETENCIA.** El delito de hurto se consuma en el momento en que se logra el apoderamiento del bien mueble ajeno, y por ende, el factor territorial para determinar el juez competente para conocer del mismo, es el del lugar donde se consuma ese apoderamiento. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 24/10/1996. Decisión: Asigna competencia al Juez 73 Penal Municipal de Santafé de Bogotá. Procedencia: Juzgado 1º Promiscuo Municipal. Ciudad: Yopal. Procesado: Cifuentes Ruiz, Luis Alejandro. Delitos: Hurto agravado. Proceso: 11758. Publicada: Sí ..... 405

**JUSTICIA PENAL MILITAR/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA.** «...a nivel de la Justicia Penal Militar, la incongruencia entre la convocatoria del consejo de guerra y la sentencia no tiene una causal independiente de casación como ocurre en la normatividad ordinaria. El artículo 442 del Código Militar, numeral 2o, señala como causal cuando la sentencia no esté en consonancia con el cargo formulado en el cuestionario, que como es obvio hace relación a los consejos de guerra con intervención de vocales; por

tanto la incongruencia entre la convocatoria y el fallo solo se puede alegar a nivel de la justicia penal militar por medio de la causal tercera, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad". (Sentencia de octubre 21 de 1992. Magistrado Ponente, Dr. Edgar Saavedra Rojas).

De otro lado, la incongruencia o in consonancia entre una y otra decisión, ha de entenderse a nivel de este recurso extraordinario, en el sentido de que la sentencia debe versar sobre los mismos cargos concretados en el cuestionario propuesto a los vocales, ya sea que por ellos se absuelva o se condene al procesado: por lo tanto, para demostrarlo, es necesario realizar la comparación objetiva del contenido entre ambas piezas procesales y no sobre la base de apreciaciones subjetivas respecto del material probatorio. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 28/10/1996. Decisión: Desestima las demandas, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Procesado: Tangarte García, José Gamaliel. Delitos: Homicidio. Proceso: 9342. Publicada: Sí ..... 409

**TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ AUDIENCIA ESPECIAL/ INTERES PARA RECURRIR.** La presencia o la ausencia del interés para recurrir se convierte en un presupuesto del examen de los contenidos formales y materiales de la demanda, exigencia que deriva tanto de la determinación por la teoría del proceso de que es indispensable que se haya sufrido un perjuicio, como consecuencia de la sentencia atacada, como de la claridad de que el impugnante no ha contribuido con su conducta al resultado que lamenta y de que el recurso extraordinario no enmascara la retractación de lo aceptado o acordado en la terminación excepcional del proceso. A ello conduce no sólo la estructura legal de las figuras de la sentencia anticipada y la audiencia especial (arts. 37 y 37A del C. de P. P.), sino también la expresa limitación que el legislador instauró en el numeral 4° del artículo 37B *idem*, que si bien sólo se estipula para el recurso de apelación, esta Sala ha reconocido la extensión de sus efectos a la casación, pues, de otro modo, ésta sería la vía expedita para burlar una restricción que es correlativa al eco positivo, aunque atemperado, de la voluntad del procesado y su defensor en el resultado de la pretensión punitiva y sus consecuencias, y que tiene sentido por el matiz de proceso de partes que se vierte en aquellas instituciones procesales especiales (Cfr. Auto de 16 de septiembre de 1993, M. P. Dr.

Guillermo Duque Ruiz y Sentencia de Casación de marzo 4 de 1996, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll ). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego Sentencia Casación. Fecha: 28/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Medina Camacho, Ferley. Delitos: Rebelión. Secuestro extorsivo. Proceso: 10578. Publicada: Sí ..... 420

**ACCION DE REVISION.** Conforme a lo previsto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, constituye obligación del demandante acompañar con su escrito las pruebas al menos sumarias, que pretenda hacer valer en el trámite de la acción, luego no le es permitido trasladar a la Corte dicha carga procesal, circunstancia que impone por sí sola el rechazo de la demanda. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandía. Acción de Revisión. Fecha: 29/10/1996. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza in limine la demanda. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Silva Covaleta, Harold Arbey. Procesado: Moreno Díaz, Pedro José. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Proceso: 12405. Publicada: Sí ..... 442

**LIBERTAD CONDICIONAL/ REDENCION DE PENA POR TRABAJO.** De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el Estado, como titular del ius punendi, está facultado para sancionar aquellos comportamientos descritos en la ley penal y que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales.

Tal lesión debe tener una sanción proporcional que el juez impone y que, por lo mismo, debe cumplirse, en principio, en su totalidad. Sólo si la sanción se adecua, a la gravedad del hecho cometido, se logra la justicia material. Sin embargo, por razones de política criminal y por excepción, la ley permite conceder algunos beneficios que llevan a obtener una liberación anticipada, como la libertad condicional o la rebaja por trabajo o estudio. Pero para tener derecho a ellos, deben cumplirse, estrictamente, los requisitos que la ley establece. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación Libertad Reposición-. Fecha: 29/10/1996. Decisión: No repone. Recurrente: Rodríguez Roa, Carlos Enrique. Recurrente: Báez Puentes, Gustavo. Recurrente: Linares, Daniel Parte Civil: Banco Comercial Antioqueño. Proceso: 9885. Publicada: Sí ..... 445

**PROCESO DISCIPLINARIO.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Unico), en armonía con el artículo 115 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) es competente la Corte, en principio, para conocer de los procesos disciplinarios

Pág.

contra los empleados bajo su dependencia, como en este caso en que la queja se formula contra subalternos de la Secretaría de la Sala Penal de esta colegiatura.

La característica del cargo público estriba en la circunstancia de que abraza una serie de individuos cuya misión primordial es la de trabajar en beneficio de una institución de derecho público, en cuyo cometido se prevé determinados deberes y se eleva a la categoría de falta algunas conductas atentatorias de la eficacia, en general, de la administración pública. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandía. Disciplinario. Fecha: 29/10/1996. Decisión: Se ordena el archivo del expediente. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Acción: Empleados de La Secretaría, Sala Penal. Proceso: 5. Publicada: Sí ..... 449

**PRECLUSION DE LA INVESTIGACION/ RECEPTACION.** El artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7° de la Ley 81 de 1993, contempla como causal de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento, según el caso, la de que el sujeto pasivo de la acción penal repare integralmente el daño ocasionado con la comisión del hecho punible respecto de los delitos culposos de homicidio y lesiones personales, cuando no concurren las circunstancias de agravación previstas en los artículos 330 y 341 del Código Penal. Igualmente, se aplicará en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, con excepción del hurto calificado y la extorsión.

Los punibles de homicidio y lesiones personales culposos, así como aquellos que atacan contra el patrimonio económico, son los que, por mandato legal, admiten esta forma objetiva de extinción de la acción penal, lo que excluye la posibilidad de que pueda incluirse algún otro injusto típico que no pertenezca a los ya citados.

Siendo evidente que el encubrimiento por receptación es un delito que atenta contra el bien jurídico de la administración de justicia, surge claro entonces que no procede la solicitada preclusión de la investigación por reparación integral del daño causado. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Única instancia. Fecha: 29/10/1996. Decisión: No precluye la investigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Rosa Vanegas, Miguel Antonio. Delitos: Encubrimiento por receptación. Proceso: 10242. Publicada: Sí ..... 454

**ANONIMO.** La acción jurisdiccional del Estado puede ponerse en movimiento de una de dos maneras: por medio de denuncia verbal o escrita, en la que el denunciante, perfectamente identificado, haga la relación de lo que constituye la notitia criminis; oficiosamente, cuando el hecho susceptible de ser punible, llega a conocimiento de funcionario judicial competente.

El artículo 38 de la Ley 190 de 1995, restringió como forma de adelantar una averiguación la queja o denuncia anónima o que carezca de fundamento, a menos que, teniéndolo, proceda su adelantamiento en forma oficiosa. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Única Instancia. Fecha: 30/10/1996. Decisión: Rechaza la denuncia. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Nader Nader, Salomón Denunciante: Amaya Fecupe, Antonio. Proceso: 12366. Publicada: Sí..... 457

**DEMANDA DE CASACION/ CASACION DISCRECIONAL.** De acuerdo con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso extraordinario de casación exige los siguientes requisitos de procedibilidad:

1. La acción impugnativa debe intentarse contra sentencias proferidas, en segunda instancia, por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito o el Tribunal Penal Militar;
2. La impugnación debe proponerse dentro del término de ejecutoria formal del fallo de segunda instancia atacado, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación; y
3. Que el delito por que se procede tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años, con posibilidad de que se extienda el recurso a otros hechos punibles que tengan prevista una pena inferior, por razón de conexidad con el primero, aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

De manera excepcional puede aceptarse el recurso extraordinario de casación, si no se cumple uno o los dos requisitos señalados en los numerales 1 y 3, cuando se considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, a discreción de la Sala Penal de la Corte. Es la denominada *casación discrecional* regulada en el inciso 3° del artículo 218 citado.

La redacción del mencionado inciso 3°, cuando indica que la Sala puede aceptar el recurso de casación "*en casos distintos de los arriba mencionados*" (num. 1 y 3), con razón prevé la subor-



dinación de la casación discrecional. Es decir, esa especial vía de casación, matizada por la apertura en cuanto al órgano jurisdiccional que produce la sentencia de segundo grado y al *quantum* punitivo máximo para optar al recurso, sólo puede invocarse cuando no se alcanzan aquéllos, los requisitos de la casación genérica.

De modo que si el fallo fuere dictado en segunda instancia por cualquiera de las corporaciones judiciales indicadas, y además se procede por un delito que estipula una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea igual o superior a seis (6) años, no queda al arbitrio del sujeto legitimado para hacerlo acudir a la casación excepcional, sino que irremediablemente debe sujetarse a las exigencias ordinarias del recurso, si es que aspira a impugnar la sentencia por este medio extraordinario. Lo contrario sería pensar en que un medio impugnativo eminentemente rogado, laxativo y extraordinario, como es la casación, por obra de la amplitud o de la libertad en la escogencia, desaparezca como tal y sucumba ante una figura que se estableció de manera excepcional y subordinada al funcionamiento de aquélla. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Casación Discrecional. Fecha: 30/10/1996. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Proceso: Mera Sandoval, Rigoberto. Delitos: Corrupción de menores. Proceso: 12192. Publicada: Sí ..... 460

**AUTO DE PROCEDER/ PRESCRIPCION.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del C. de P. P., habiéndose proferido auto de proceder o su equivalente el término prescriptivo de la acción penal debe contarse nuevamente a partir de la ejecutoria de dicho acto procesal «por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80» del C.P., no pudiendo ser inferior a 5 años.

En estas condiciones, se tiene que el artículo 80 de dicho estatuto al regular las bases de la prescripción de la acción penal establece que esta «prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero, en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte», lo cual significa que este límite máximo prescriptivo es aplicable tanto a la etapa instructiva como de la causa, pues es una prohibición absoluta la que allí contiene.

Entendido entonces que el límite máximo para la prescripción de la acción penal es de veinte años, que serían válidos para la etapa instructiva, con la remisión que al artículo 80 del C.P. hace a su vez el artículo 84 *ibidem*, no puede menos que concluirse



Pág.

que el término máximo de prescripción en la etapa del juicio es de 10 años, esto es, la mitad del máximo ya fijado en el referido artículo 80, para todos los casos. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 30/10/1996. Decisión: Declara prescrita la acción y cesa procedimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrente: Cano Castillo, Hipólito. Parte Civil: Alvarado De Castillo, Rosa Edilma. Delitos: Homicidio. Proceso: 9500. Publicada: Sí ..... 465

**FRAUDE PROCESAL.** El comportamiento del agente activo del delito en el fraude procesal es de los que producen la lesión al bien jurídico amparado por el Estado a partir de un momento dado, prolongándose esa lesión en el tiempo hasta cuando se pone fin a la conducta. Es pues, un tipo penal de conducta permanente. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Pérez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 30/10/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Camacho Olarte, Miguel Juan Francisco. Recurrente: Leyva Obregón, Agustín. Recurrente: Rodríguez Duque, Maximiliano Eduardo. Delitos: Fraude procesal. Proceso: 9134. Publicada: Sí ..... 474

**TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ RECURSO.** Según lo dispone el artículo 37B del Procedimiento Penal, tratándose de la sentencia anticipada o de la obtenida previa audiencia especial, el procesado y su defensor la pueden recurrir, pero "sólo respecto de 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". Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 30/10/1996. Decisión: Declara ajustada la demanda. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Rey Alvarez, José Fedor. Delitos: Homicidio agravado, Rebelión. Proceso: 12297. Publicada: Sí ..... 495

**PORTE ILEGAL DE ARMAS.** Los tipos penales descritos en los artículos 1º y 2º del Decreto 3664 de 1986, sobre porte ilegal de armas de fuego, integran la categoría de los llamados en blanco o de reenvío, en cuanto que para determinar la naturaleza del arma, si de defensa personal o de uso privativo de la fuerza pública, y por ende el alcance de la conducta prohibida, habrá de acudirse necesariamente a la reglamentación legal sobre la materia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 30/10/1996. Decisión: Desestima la

Pág.

demanda, casa oficiosamente, decreta nulidad. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Recurrente: Chávez Rojas, Hugo Alfonso. Delitos: Porte de armas de uso privativo de las F.M. Proceso: 9534. Publicada: Sí Aclaración de voto Dr. Nilson Pinilla Pinilla ..... 497

COMPETENCIA / NULIDAD. Aclaración de Voto. *Aclaración de voto Dr. Nilson Pinilla Pinilla* . Fecha: 30/10/1996. Proceso: 9534. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll ..... 507

CONFESION/ LEGALIDAD DE LA PENA-Multa. Si en realidad, la ley de procedimiento penal no asigna un valor específico a la confesión y al testimonio, sino que le señala al juez ciertos criterios para determinar su mérito probatorio - fundamentalmente las reglas de la sana crítica -, es decir, lo deja en libertad para apreciar su valor conforme a los parámetros contemplados en los artículos 294 y 298 del mencionado código, mal puede endilgársele al Tribunal el cargo de no haber apreciado la confesión en "su verdadero valor" o el de haber "apreciado equivocadamente" el testimonio de la ofendida, por la potísima razón de que ninguno de tales medios de persuasión aparece signado con un valor preestablecido que haya podido ser ignorado o rebasado por el juzgador.

Reiteradamente se ha sostenido por esta Corporación, que la legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino también para el Estado pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley sin que pueda ser soslayado o ignorado discrecionalmente por el Juez. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego Sentencia Casación. Fecha: 31/10/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa de oficio parcialmente en el sentido de imponer multa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Rubio Morales, Roberto. Delitos: Acto sexual violento. Lesiones personales. Confinamiento ilegal. Proceso: 9282. Publicada: Sí ..... 508

COMPETENCIA/ FUERO/ AGENTE DIPLOMATICO. Es un deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (Const. Pol., art. 4, inciso 2º). Es en virtud de este mandato que el artículo 13 del Código Penal previó la norma de la territorialidad de la ley penal colombiana, según la cual ésta se aplicará a toda

Pág.

persona que la infrinja en el territorio nacional, "salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional".

Precisamente la Convención de Viena, adoptada por las Naciones Unidas el 18 de abril de 1961 y aprobada por la ley 6a. de 1972, consagró lo que en derecho internacional se denomina Inmunidad o privilegio diplomático. En efecto, los agentes diplomáticos y consulares acreditados ante el Gobierno Colombiano están exentos de jurisdicción penal, civil y administrativa (art. 31). Esta exención de jurisdicción se extiende al personal administrativo y técnico de la misión y a los miembros de la familia de aquéllos y de éstos, siempre que no sean nacionales colombianos y no tengan residencia permanente en nuestro país (art. 37). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego Unica Instancia. Fecha: 31/10/1996. Decisión: Declara la incompetencia para conocer de las diligencias. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Sherman, Jay Eric. Delitos: Amenaza. Proceso: 12081. Publicada: Sí ..... 518

**ACCION DE REVISION/ TESTIMONIO.** El problema en el fondo es el mismo del testimonio único, sobre el que la Corte ya ha sentido su criterio de que en él -perfectamente- puede fundarse la certidumbre de una sentencia, pues lo que realmente importa es la credibilidad que aquel irradie una vez sometido a las reglas de la sana crítica.

Y si sobre el punto se tratara de ser gráficos, permítase a la Sala recordar la frase atribuida a Napoleón al señalar que, de imperar el postulado que se critica, "un hombre honrado no podría hacer condenar por medio de su testimonio a un pícaro, mientras que dos pícaros sí podrían lograr que se condenara a un hombre honrado".

Así, pues, si resulta incuestionable que el aforismo *testis unus testis nullus*, en rigor no consulta la mejor doctrina, sin duda que se transita la contravía del absurdo -como así lo hace el accionante- cuando se prohíja el criterio de que la credibilidad se acrecienta por la sola circunstancia de un mayor número de deponentes sobre el hecho a probar. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Acción de Revisión. Fecha: 01/11/1996. Decisión: Inadmitir la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Procesado: Restrepo Chavarriaga, Carlos Mario. Delitos: Homicidio. Proceso: 12198. Publicada: Sí ..... 521

**PRUEBA ANTICIPADA/ FALSO JUICIO DE CONVICCION.** 1.-A la *"ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso"* se refiere el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, figura que exige como presupuesto para su procedencia que la versión cuya ratificación se intenta haya ocurrido en otro proceso o se haya practicado como prueba anticipada.

2.-Pero no se trata, como lo sugiere el Procurador Delegado, de que las sentencias sean inmunes a los ataques por una errónea ponderación probatoria, pues qué tal si se encara un examen de prueba de instancia que verdaderamente no lo es, por ser el más absurdo, por ser abiertamente contrario al buen sentido y a la justicia; o porque ni siquiera fuera crítica racional sino arbitrariedad. De verdad que el método de la persuasión racional o de la sana crítica, dispensado como herramienta de evaluación probatoria a los jueces y de efectos notoriamente distintos a la abandonada tarifa legal, les otorga cierta soberanía reglada en esta materia, razón por la cual no es admisible rediscutir en casación los juicios de valor de las instancias que lleven imbricados mínimos elementos de la crítica; pero, obviamente, si caben las censuras en contra de las sentencias que sólo formalmente y como componente autoritario de su redacción invocan la sana crítica de las pruebas, pero que en realidad no la hacen o la emprenden de manera ostensiblemente torcida o defectuosa. En este campo la Corte ha variado sustancialmente su posición, a partir de la sentencia de casación fechada el 13 de febrero de 1995, cuya ponencia correspondió al magistrado *Carlos Eduardo Mejía Escobar*, en cuyos apartes pertinentes se dijo:

"Trátase ahora de lo que puede relacionarse con el falso juicio de convicción. Teóricamente se le suele admitir cuando se vulneran LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA O PERSUASION RACIONAL (experiencia, lógica y postulados de la ciencia o técnica pertinentes al análisis de la respectiva probanza), para negar, en la práctica, la censura, bajo la consideración de que la prueba, por no ser tarifada, no resiste predicamento de esta clase de error. En síntesis, la impugnación, se atiende si se logra evidenciar un ERROR DE HECHO por falso juicio de existencia o de identidad. Y se desatiende cuando el casacionista está advirtiendo que la prueba en sí, materialmente estimada, no ha sufrido menoscabos, esto es, que ni se la ha supuesto ni se la ha ignorado, ni se la ha tergiversado. Porque lo que objeta es la inferencia lógica, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica, o sea, que teniéndose una prueba en el nivel real y legal en que aparece, sin embargo lo defectuoso y dañino es la valora-

ción que quiera dársele pretextándose fiel apego y respeto a esa sana crítica. Tal como se ha considerado hasta ahora, de nada valdría que se recomendase la proposición de ERROR DE HECHIO por no acomodarse a lo que se alega y visualiza en las dos eventualidades del mismo. Y, tampoco sería viable el ERROR DE DERECHO porque la legislación no ha tarifado el mérito de los medios de convicción, ni se ocupa de las pautas que permiten hacer que la deducción o inferencia se correspondan con la experiencia vital.

"Pero alegar el ERROR DE HECHIO resulta válido si se mira que todo apartamiento o tralación fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas.

"En cambio, lo del error de derecho no es aceptable, porque la norma no define a priori (y no lo podría hacer por la naturaleza de las cosas) cuáles son las reglas de experiencia, de lógica y de ciencia que hay que observar para obtener conocimientos y certeza, limitándose a mandar que ellas sean tenidas en cuenta para hallar los contenidos materiales de las pruebas.

"Puede ser que ello suponga ampliar el ámbito del error de hecho; pero con todo y eso, es preferible ejercer dicha opción a dejar en el vacío y por fuera de contradicción y control aquellos eventos en que se privilegia de manera absurda el contenido formal del medio de convicción o se equivoca la inferencia, por encima y a pesar del sentido común y de la justicia.

"En consecuencia, 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, pues que ninguna ley sino la realidad de la vida social, señala cuáles deben ser en cada tiempo y en cada tenui, aquéllas. Por eso el error cometido a través de esta vía, es de hecho y no de derecho" (El énfasis pertenece al texto). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Recurrente: Betancur Vélez, José De Jesús. Delitos: Violación al Decreto 3664/86; Porte de armas de defensa personal, Homicidio preterintencional. Proceso: 9481. Publicada: Sí..... 527

**VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ APLICACION INDEBIDA DE NORMA/ REFORMATIO IN PEJUS.** El error, llamado de selección, se presenta cuando el juzgador se equivoca en la califica-



Pág.

ción jurídica de los hechos, o cuando habiendo acertado, elige una norma distinta para deducir las consecuencias jurídicas.

Ante todo debe decirse que para la fecha del fallo del Tribunal, no estaba vigente la actual Carta Política, que prohibió la reforma de la sentencia en disfavor del procesado cuando es apelante (único (art.31, inciso 2º), ni el actual estatuto procesal, que reproduce literalmente la misma disposición, en su artículo 17. Pero como se trata normas de contenido sustancial, favorables al procesado, no se discute su aplicación inmediata, máxime si se tiene en cuenta el contenido de su artículo 4º, según el cual, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, deben aplicarse las normas constitucionales.

La Corte ha sido reiterativa al sostener que la prohibición de la reformatio in pejus tiene operancia cuando la revisión de la sentencia depende exclusivamente de la voluntad del procesado o su defensor, de manera que el superior no puede revisar el fallo de no mediar dicha impugnación, hipótesis que se presenta cuando los otros sujetos procesales, con interés para hacerlo, no recurren, y la sentencia no está sujeta al grado jurisdiccional de consulta (art.217 Código Penal, modificado por el art.34 de la ley 81 de 1993). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1996. Decisión: Descartó la demanda, declara prescripción, casa parcialmente de manera oficiosa, fija pena, deja sin efecto la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Orden Público. Recurrente: Mesías Becerra, Jesús. Recurrente: Ricaurte González, José. Delitos: Lesiones personales. Tentativa de homicidio. Proceso: 9576. Publicada: Sí.....

540

**HOMICIDIO/ SECUESTRO/ PENA.** En sentencias del 5 de noviembre de 1995 y 25 de julio de este año, con ponencias del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y quien ahora cumple igual función, ha afirmado la Sala que siendo un imperativo el acatamiento de la cosa Juzgada constitucional, inane resulta suscitar debates sobre asuntos cuya consonancia con la Constitución ya ha sido declarada, como acontece con los incrementos punitivos para los delitos de homicidio, extorsión y secuestro, pues la Corte Constitucional en Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993, los declaró exequibles, considerando además, que las razones de política criminal que dieron origen a dicha normatividad, se basaron en la necesidad de una mayor drasticidad en la sanción de este tipo de delitos, catalogados dentro de los de lesa humanidad, tanto por su naturaleza como por el daño y su trascenden-



cia dentro de la sociedad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio la pena accesoria de la patria potestad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Recurrente: Ruiz Córdoba, Noel De Jesús. Delitos: Homicidio. Proceso: 9575. Publicada: Si. Fuente Formal: Clase: LEY Num.: 40 Año.: 1993 ..... 550

**DEFENSOR/ PROCESADO.** El artículo 137 del Código de Procedimiento Penal le confirió al procesado «Para los fines de su defensa ... los mismos derechos de su defensor, excepto la sustentación del recurso de casación», opciones cuyo ejercicio autónomo por el acusado no significan en modo alguno un abandono de los deberes del abogado que lo representa, quien no se puede considerar forzado a patrocinar cuanto recurso o petición quiera intentar bajo su propio riesgo el procesado. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Recurrente: Henao Carvajal, Henry. Delitos: Hurto, Homicidio agravado. Proceso: 9441. Publicada: Si ..... 557

**COLISION DE COMPETENCIA/ NARCOTRAFICO.** Resulta por demás sorprendente que autoridades judiciales encargadas de administrar justicia en forma oportuna y eficaz susciten conflictos de esta naturaleza por motivos rebuscados que indican más un ánimo de sustraerse al conocimiento de los procesos que al de acertar y hacer justicia oportunamente.

En efecto, en este particular caso no es que la determinación del peso de la sustancia decomisada resulte intrascendente, pues es la misma ley la que hace radicar en ella la competencia y las consecuencias punitivas, sino que por pericia fue determinado el pesaje en desarrollo de una diligencia de inspección judicial, y tanto ésta como la peritación allí realizada obran como pruebas legalmente ordenadas y practicadas. Por manera que determinada la competencia con base en ellas y aceptada por el funcionario correspondiente, no es dable cuestionarla de entrada cuando objetiva y funcionalmente se imponía conocer del fallo impugnado, independientemente del resultado que pueda arrojar la revisión cuidadosa de la legalidad del mismo. Cuestionar una competencia dada en tales condiciones, acudiendo al expediente de la crítica probatoria por fuera del desarrollo de la instancia, es ubicarse más en el desconocimiento de la eficacia debida para administrar justicia que en el acierto de las decisiones. Magistrado Ponente:

Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 05/11/1996. Decisión: Dirime el conflicto asignando competencia al Tribunal Nacional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Villavicencio. Procesado: Ariza, Guillermo. Procesado: Viáfara, José Numar. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12414. Publicada: Sí Salvamento de Voto Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Salvamento de Voto Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. .... 556

COMPETENCIA/ NARCOTRAFICO. Salvamento de Voto Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Salvamento de Voto Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego -. Fecha: 05/11/1996. Proceso: 12414. Publicada: Sí. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. .... 570

**PRUEBA TRASLADADA.** No constituye ninguna irregularidad el que las pruebas practicadas en un proceso administrativo sean incorporadas al proceso penal, ya que tal traslado está expresamente autorizado por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que establece:

«Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código.

«Si se hubieron producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial».

En segundo lugar, y con referencia a las pruebas recaudadas en la fase de indagación preliminar, tampoco se desconoció el principio de legalidad, pues su práctica se encuentra autorizada por el artículo 319 del Código de Procedimiento Penal (subrogado por el 40 de la Ley 81 de 1993). Por lo tanto, si la propia ley faculta al funcionario para practicar y recaudar pruebas en esa fase preprocesal, resulta inconsecuente tacharlas de ilegales, por haberse allegado en ese momento. En Colombia, las pruebas practicadas en ese estadio son válidas, a diferencia de lo que ocurre en otros países, que siguen un sistema acusatorio acentuado, en los que las diligencias practicadas en esa fase preliminar son simples medios de investigación y no de prueba, debiendo repetirse, para que adquieran tal calidad, de manera oral en la audiencia pública.

El derecho de contradicción de la prueba se efectiviza no sólo cuando se asiste a su recaudo, sino cuando se critica en sí misma y con relación al resto del material probatorio, cuando se solicitan y aportan elementos de convicción tendientes a demeritar

la que milita en contra del acusado y cuando se argumenta y contraargumenta en su favor. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 05/11/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosa y parcialmente. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Avila Merlano, Carlos Enrique. Recurrente: Millán García, Elibardo. Recurrente: Colorado Gómez, Jairo de Jesús. Proceso: 9412. Publicada: Sí ..... 578

**VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.** Sabido es que si se alega una violación directa de la ley sustancial ( falta de aplicación - ERROR DE EXISTENCIA - o aplicación indebida -ERROR DE ADECUACION - o interpretación errónea - ERROR DE SENTIDO -), el ataque debe ser eminentemente jurídico, jamás probatorio.

2.- Si seleccionó la violación indirecta de la ley sustancial, como así puede colegirse de la forma como el actor hace consideraciones en torno a los presupuestos fácticos y al análisis probatorio realizado por el fallador, le era imperativo identificar si la incorrecta apreciación de los medios de convicción surge por error de hecho o de derecho.

2.1.- Si dirige su ataque hacia el error de hecho, el recurrente debe clarificar si el error se originó al haber incurrido el fallador en falso juicio de existencia por omitir la consideración de una prueba o por tener en cuenta una que no existe materialmente en el proceso, o en falso juicio de identidad por haber tergiversado el contenido fáctico de algún medio probatorio en particular.

2.2 Si se acude al error de derecho, resulta indispensable precisar alguna de las hipótesis que al respecto pueden ocurrir: si falso juicio de legalidad porque el juzgador le otorgó mérito a una prueba ilegalmente producida, o falso juicio de convicción por haberle negado a un medio probatorio el valor que le corresponde o por otorgarle valoración diversa de la que la ley le ha conferido. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Casación. Fecha: 07/11/1996. Decisión: Rechaza in limine la demanda de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Cardozo Díaz, Luis Alfonso. Procesado: Mendoza Guerra, Ernesto Antonio. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 11964. Publicada: Sí ..... 587

**DEMANDA DE CASACION/ NULIDAD.** La Corte, en providencia del 24 de enero del año en curso, con ponencia de quien hoy funge

como tal, reiteró las exigencias técnicas que la ley impone para la admisión de la demanda sustentada bajo los postulados de la causal tercera de casación. En esa oportunidad se dijo:

«Una vez más debe reiterar la Corte que la causal tercera de casación no es de libre postulación, pues, dada la naturaleza y especialidad del recurso extraordinario, no escapa a las exigencias técnicas que la gobiernan. Por tanto, cuando se trata de esta causal, no sólo el recurrente está en la obligación de señalar la clase de nulidad invocada, sino que debe precisar, con logicidad y orden, los fundamentos y la trascendencia del yerro in procedendo alegado.

«Conforme a estas ineludibles premisas, debe tenerse en cuenta que si la nulidad invocada atañe a la violación del debido proceso, como se enuncia en este caso, se impone establecer la demostrada existencia de una irregularidad sustancial que altere la estructura del proceso: por ejemplo, que se haya omitido la correspondiente apertura de instrucción, la no vinculación del procesado, la ausencia de la etapa probatoria del juicio, etc.

«Y si de violación del derecho de defensa se trata, el recurrente tiene el deber de precisar tanto la actuación procesal que estima lesiva como la respectiva norma transgredida, para posteriormente demostrar cómo esa violación incidió adversamente sobre las garantías constitucionales y legales del procesado». Magis- trado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 07/11/1996. Decisión: Rechaza la demanda de casación y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Riohacha. Procesado: Fernández Mendoza, Luis Segundo. Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 11875. Publicada: Sí..... 594

**COMPETENCIA/ NULIDAD.** Es cierto que en cualquier momento, antes de tomar cualquier decisión final sobre la relación jurídico-procesal, los jueces pueden y deben examinar el presupuesto procesal de la competencia, pues, de otro modo, sería entender absurdamente que la resolución de acusación proferida por el fiscal le señala vinculantemente la competencia al juez, cuando en verdad ésta se refiere a la capacidad funcional de la jurisdicción y al derecho fundamental al juez natural o legal, fenómenos que, por su naturaleza y jerarquía, deben estar previamente definidos por la ley y no podrían quedar librados al albur del posterior pronunciamiento judicial (Const. Pol., art. 29 y C. P. P., art. 1°). En esta polistima realidad se fundamentan las colisiones o

conflictos de competencia, cuya regulación legal no tendría sentido si los jueces estuvieran atados a la calificación jurídica y a la consecuente atribución de competencia que se hace en la resolución de acusación (arts. 97 y ss.).

Pero aunque el juez debe y puede declararse incompetente para conocer de determinados hechos delictivos, como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, no le concierne en cambio decretar nulidades dentro de esa actuación procesal que precisamente él señala como ajena a su competencia, habida cuenta de la manifiesta contradicción que encierra un razonamiento de tal jaez. De modo que el señor juez penal del circuito de (...) simplemente debió declarar su incompetencia, sin que fuera procedente anular lo que él veía que estaba fuera de su cuerda funcional, y, como quiera que corría la fase del juzgamiento, proponerle la colisión de competencias al juez regional, evento en el cual se suscitaria la intervención dirimente de esta Sala (C. P. P., art. 68-5). Y sólo cuando esta Corporación hubiese discernido la competencia, como sensata y razonablemente lo señala el artículo 101 idem, habría lugar a que el funcionario designado decretara la nulidad por incompetencia, si es que tal designación llegase a recaer en un juez distinto al que venía sustanciando el juicio. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 12/11/1996. Decisión: Se abstiene de decidir el conflicto. Procedencia: Fiscalía Regional y Juzgado P.C. Ciudad: Medellín y Cisneros. Procesado: Vargas, Rodríguez, Jhon A. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 12407. Publicada: Sí ..... 599

**NULIDAD/ ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION.** La nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción, como toda nulidad, debe proponerse siempre bajo la égida de la causal tercera de casación, demostrando el impugnante que los hechos que dio por establecidos el juzgador o que resultan de las pruebas allegadas al proceso, fueron encuadrados en un tipo penal que no les corresponde, sino en otro diferente, con precisión sobre cuál debió ser en definitiva la correcta denominación del hecho punible.

Si se propone probar dicho error aduciendo equivocada valoración del caudal probatorio, como acontece en el presente caso, debe comprobar que los yerros endilgados al juzgador fueron determinantes de una errada adecuación típica de la conducta imputada. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 13/11/1996. Decisión: No Casa. Proce-

dencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Ramírez Mora, Rubén Darío. Procesado: Mahecha Perdomo, Fernando. Procesado: Mahecha Angarita, José Fernando. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 9320. Publicada: Sí. 603

**COMPETENCIA FUNCIONAL/ CONSULTA/ NULIDAD.** La competencia funcional prevista legalmente para desatar el grado jurisdiccional de consulta no puede obviarse con apriorísticos razonamientos referentes a la adecuación típica de la conducta -como pretende hacerlo el Tribunal Nacional-, porque de ser ello posible, el ad quem podría, pretextando incompetencia, no sólo abstenerse de revisar el fallo cuya legalidad está funcionalmente llamado a sopesar, sino que a su vez y en forma contradictoria, sin revisar la actuación, resultaría formulando juicios de valor en torno a la jurisdicción de la misma, haciendo de paso nugatoria la estructura jerarquizada que por ley se ha hecho de los funcionarios llamados a resolver los recursos y el grado de jurisdicción, pues en últimas, un Juez Penal del Circuito resultaría desatando la consulta de la sentencia proferida por un Juez Regional.

En pretérita oportunidad la Sala se pronunció en igual sentido cuando, con ponencia del Magistrado Calvele Rangel, precisó:

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

«El principio de que las nulidades deben ser decretadas por el funcionario competente se respeta en esos eventos, porque por mandato legal el único que puede invalidar una sentencia es el superior funcional del juez que la dictó, y esto opera en segunda instancia y en casación. Una indebida interpretación de este principio genera una situación no contemplada en la ley, como es que la apelación o la consulta la terminen resolviendo horizontalmente, o lo que es más inadmisiblemente, por parte de un inferior» (auto de abril 24/96). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 13/11/1996. Decisión: Asigna competencia al Tribunal Nacional. Procedencia: Juzgado Quinto Penal del Circuito. Ciudad: Montería. Procesado: Paniagua Garcés, Miguel Ángel. Procesado: Echavarría, Fredy Eduardo. Procesado: Gutiérrez G., Juan De Jesús. Delitos: Porte de armas de uso privativo de las F.M.. Proceso: 11834. Publicada: Sí. 611



**ACCION DE REVISION/ SENTENCIA ABSOLUTORIA.** Un estudio retrospectivo de la legislación procesal nos muestra cómo hasta 1987 la revisión sólo podía intentarse contra fallos condenatorios, siendo a partir del estatuto adoptado ese año que el legislador extendió sus efectos a las sentencias absolutorias, cuando eran producto del comportamiento delictivo del Juez o de un tercero, o se fundamentaban en una prueba falsa (Decreto 050/87), entre otras razones porque en tales eventos el fallo más que ser resultado de un error, lo es de la actividad delictiva.

El estatuto procesal vigente mantiene esta restricción, la cual surge de manera nítida de la redacción de la norma, no siendo por tanto posible desconocer su literalidad, que por igual, es coincidente con la razón de ser de este instituto y su evolución histórica. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Acción de Revisión. Fecha: 13/11/1996. Decisión: Inadmito la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Recurrente Parte: Civil: Rojas Gracia, Claudia Inés. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 11426. Publicada: Si ..... 618

**CAMBIO DE RADICACION.** Nuestro estatuto procedimental penal, en su artículo 68-8, señala que la Corte Suprema de Justicia conoce "De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro, durante la etapa de juzgamiento".

A su turno, el artículo 69-3 *ibidem*, le atribuye al Tribunal Nacional el conocimiento "De la solicitud de cambio de radicación de procesos penales que adelanten los jueces regionales".

Y, el artículo 70-4 *eiusdem*, le fija competencia a los Tribunales Superiores de Distrito para conocer "De las solicitudes de cambio de radicación dentro del mismo Distrito".

Pero, cuando precisa la competencia de los Fiscales Delegados ante esta Corte (art. 123-6 C.P.P.) lo que dispone es que, durante la etapa de instrucción, a ellos corresponde "ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado ante el Tribunal superior de distrito a otro despacho", expresión aquella que es la misma utilizada por el Código al determinar las atribuciones de los Fiscales Delegados ante los Tribunales Superiores de Distrito (art. 125-6 *ibidem*).

No queda, pues, duda alguna de que -con propiedad- sólo puede hablarse de cambio de radicación en la etapa de juzgamiento. Es

Pág.

que, en la fase investigativa, tal fenómeno no se da por cuanto la Fiscalía tiene competencia a nivel nacional y de allí que sólo se trate de realizar una nueva asignación del proceso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Cambio de Radicación. Fecha: 13/11/1996. Decisión: Deniega el cambio de radicación. Procedencia: Unidad Delegada ante los Tribunales. Ciudad: Santafé de Bogotá y Cundí. Procesado: Ramiro Trujillo, Héctor. Procesado: Cuéllar Botello, Gerardo. Procesado: González Cuéllar, Mauricio. Procesado: Silva Ruiz, Mauricio. Procesado: Medina Valderrama, Alvaro. Procesado: Díaz Castro, Hernando. Procesado: Soto Botello, Agustín. Procesado: Domingo Fernández, José. Delitos: Uso de documento público falso, Falsedad material de particular en doc. públ., Prevaricato, Falsedad ideológica en documento público, Peculado, Concierto para delinquir. Proceso: 12247. Publicada: Sí ..... 622

**ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA.** Tratándose de la causal tercera, que es la que invoca el libelista, los hechos nuevos y las pruebas no conocidas al tiempo de los debates, además de acompañar el escrito deben ser trascendentes desde el punto de vista probatorio, de modo que determinen la procedencia del adelantamiento de la acción.

El período probatorio posterior es para que los sujetos procesales tengan oportunidad de controvertir las pruebas allegadas, y para que el funcionario judicial que conoce del trámite decida las que estime necesarias a fin de establecer si hay mérito para invalidar el fallo y ordenar la revisión del proceso, evento en el cual es que se aplica lo dispuesto en los artículos 240 y 241 del estatuto procesal. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Acción de Revisión. Fecha: 14/11/1996. Decisión: Reconoce personería y rechaza in limine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. NO Recurrente: Chaparro Quintero, Armando. Delitos: Lesiones personales, Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado. Proceso: 12199. Publicada: Sí ..... 633

**COLISION DE COMPETENCIA.** 1° Es competente esta Corporación para resolver el conflicto de competencias originado por la interpretación que los funcionarios aludidos han dado al Acuerdo No. 087 de fecha 9 de mayo de 1996 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que contiene la división territorial nacional para efectos judiciales en la jurisdicción ordinaria.

Pág.

Observa la Sala que la citada preceptiva administrativa, en su artículo 1°, numeral 10.16, reubicó el municipio de Chía dentro del Circuito Judicial de Zipaquirá, según el artículo 6° ibídem «a partir del primero de julio de 1996, fecha en la cual los despachos judiciales asumirán la nueva competencia territorial que les corresponda» (Destaca la Corte).

2° A su vez el artículo 5° del citado Acuerdo, dispuso que «Los despachos judiciales continuarán conociendo hasta la terminación de la correspondiente actuación, de los procesos y asuntos de segunda instancia que tengan a su cargo en la fecha en que, para cada caso, entre a regir la división judicial prevista en el presente Acuerdo». (Subrayas y negrilla fuera de texto).

No admite duda que la preceptiva apunta a que los asuntos ya radicados en un determinado despacho judicial con anterioridad al 1° de julio de 1996, continuarán al conocimiento del funcionario respectivo, competencia que la hace extensiva también a la segunda instancia, con lo cual se evita no solamente un traslado innecesario de procesos, sino el desconcierto entre funcionarios y sujetos procesales que ello generaría, con afectación de la oportuna administración de justicia.

3° Además de lo anterior, con relación a la entrada en vigencia del Acuerdo, la única excepción que se hizo en forma expresa y provisional, está contenida en el artículo 7°, cuando determinó que «Los nuevos Circuitos Judiciales establecidos en el artículo primero del presente Acuerdo, entrarán en funcionamiento en la medida en que sean creados y provistos los correspondientes despachos judiciales. Hasta tanto continuará rigiendo la división territorial actualmente vigente», es decir, que en el caso presente en nada se altera la competencia atribuida en la disposición de tránsito primeramente aludida, con lo cual el Juzgado 55 Penal del Circuito debe conocer del proceso hasta su terminación. Como es lógico, para evacuar la segunda instancia si fuere necesario, así mismo la competencia la tiene el superior funcional, esto es, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 14/11/1996. Decisión: Dirime el conflicto en favor del Juzgado 2° Penal del Circuito de Zipaquirá. Procedencia: Juzgado 55 Penal del Circuito. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Pedraza Melo, Alvaro. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 12415. Publicada: Sí..... 636

APODERADO/ PODER/ ACCION DE REVISION. Siendo indiscutible que el poder constituye un elemento esencial de la represen-

Pág.

fación, es claro que en el presente caso agotado en su contenido y alcance el conferido como autorización para iniciar la acción de revisión, no puede aducirse con miras a servir como apoderado en futuros procesos, pues ello implicaría la necesidad de reconocer que la facultad otorgada puede ejercerse indefinida e ilimitadamente en el tiempo, cuando la verdad es que el derecho de postulación en tales condiciones se agota «Por el desempeño del negocio para que fue constituido» (art. 2189 C.C.), que en este caso no es otro que el patrocinio de la revisión del proceso que ya obtuvo pronunciamiento judicial.

No sobra agregar que el reconocimiento de personería efectuado en la decisión que rechazó in limine la demanda anteriormente presentada, como es obvio limitaba las facultades del abogado exclusivamente a dicho trámite, por lo que el accionante no podría invocar ese mismo apoderamiento para presentar ahora una nueva acción de revisión. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Acción de Revisión. Fecha: 18/11/1996. Decisión: Inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: Restrepo Blandón, Faver Henry. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 11992. Publicada: Sí ..... 640

**PERJUICIOS/ INTERES PARA RECURRIR.** Cuando el recurso extraordinario de casación verse exclusivamente sobre indemnización de perjuicios, el recurrente debe presentar la demanda con arreglo a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil, normatividad a la que se somete también lo relativo a la cuantía del interés para recurrir (art. 221 C. de P. P.).

El interés para recurrir es requisito de viabilidad del recurso, y su justiprecio, si bien en algunos casos puede coincidir con la cuantía de las pretensiones (sumas solicitadas), en estricto sentido corresponde al valor de la resolución desfavorable al recurrente.

El mecanismo para determinar la cuantía de ese interés para recurrir, en principio, puede resultar de una simple operación aritmética con el propósito de saber si el perjuicio es mayor o menor del previsto por la ley. Pero, en algunas ocasiones, es recomendable la intervención de un experto que estudie la repercusión desfavorable que tiene la sentencia frente a la aspiración del recurrente, para determinar si por la cuantía del perjuicio es viable la casación. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Recurso de Hecho. Fecha: 19/11/1996. Decisión: Se abstiene de resolver petición de nulidad, declara bien negado el

Pág.

recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Palacios Casas. Delito Arquímides. Delitos: Fraude a resolución judicial, Fraude procesal. Proceso: 11637. Publicada: Sí ..... 643

**TRAICION A LA PATRIA.** El artículo 114 del Código Penal consagra lo siguiente:

«Instigación a la guerra. El colombiano, o el extranjero que deba obediencia a la Nación, que realice actos dirigidos a provocar contra Colombia guerra u hostilidades de otra u otras naciones, incurrirá en prisión de diez a veinte años.

Si hay guerra o se producen las hostilidades, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte».

El texto de la norma es muy claro al indicar que los «actos» deben estar dirigidos a provocar contra Colombia «guerra u hostilidades», es decir, que no basta uno sólo sino que deben ser varios; además, el sujeto debe proceder con la especial finalidad a que alude el tipo, y la entidad e importancia de sus actos debe ser tal que pueda inferirse de ellos que tienen capacidad para producir el resultado, así éste no se produzca.

De otra parte, para el entendimiento del texto en estudio no debe olvidarse que se trata de una de las modalidades en que se puede manifestar la traición a la patria, delito que compromete la existencia y seguridad del Estado, aspecto este que es importante no perder de vista para la correcta valoración de la conducta, pues no basta la existencia de un hecho imprudente provocador de la guerra u hostilidades, ni de uno que aun conteniendo una provocación se ejecute para defender los intereses nacionales. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Única Instancia. Fecha: 20/11/1996. Decisión: Se abstiene de iniciar instrucción. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Santos Núñez, Jorge. Proceso: 11568. Publicada: Sí ..... 652

**SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA/ EDAD DEL PROCESADO.** El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, consagra tres motivos que permiten al funcionario judicial decretar la suspensión de la detención preventiva, dos de los cuales invoca el peticionario con el fin de obtener su «libertad» durante los últimos años de su vida.

El primero autoriza la referida suspensión «Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad y la naturaleza o modalidades del hecho punible hagan aconsejable la medida».

Pág.

No basta el solo hecho de satisfacer dicho requisito objetivo previsto en la disposición citada, para que sea posible la suspensión de la detención preventiva o el aplazamiento de la ejecución de la pena, sino que, por mandato legal, debe recurrirse a todos los antecedentes que permitan al funcionario judicial realizar una evaluación respecto de su personalidad para determinar si la medida resulta o no aconsejable. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación -Libertad-. Fecha: 20/11/1996. Decisión: Niega suspensión de la detención preventiva. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: Aza Romero, Alejandro. Delitos: Homicidio. Proceso: 11572. Publicada: Sí ..... 656

**DEBIDO PROCESO/ NULIDAD.** Debe fundamentarse toda sentencia en un proceso desprovisto de irregularidades sustanciales, respetando así las formas y reglas establecidas por el derecho positivo vigente conforme los lineamientos del Art. 29 de la Carta Fundamental, reiterado por el Art. 1º del C. de P. Penal; su incumplimiento genera un error de los denominados de actividad, de orden, de consunción o in procedendo por hallarse referido a defectos del acontecer procesal. Esta clase de yerros pueden tener ocurrencia tanto en la etapa de la instrucción, como en la del juicio y aun en la propia sentencia cuando hay inobservancia de las normas que regulan su producción como acto procesal, en cuyo caso debe cumplir ciertos requisitos formales, sin los cuales carece de eficacia jurídica.

Conforme lo dispone el Art. 308 del C. de P. Penal, aquellos vicios in procedendo generan nulidad cuando afectan las garantías de los sujetos procesales (errores de garantía) o socavan las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento (errores de estructura), debiendo ser invocados como motivos de nulidad en los casos que taxativamente prevé el Art. 304 Ibídem. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 20/11/1996. Decisión: Casa, decreta nulidad y otorga libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: Valencia Segura, José Isaac. Delitos: Homicidio. Proceso: 9446. Publicada: Sí ..... 660

**VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.** Si pretende una acusación de violación indirecta por error de derecho resulta indispensable precisar alguna de las hipótesis que al respecto pueden ocurrir. Sí, falso juicio de legalidad porque el juzgador le otorgó mérito probatorio a una prueba ilegalmente producida o falso juicio de



convicción por haberle negado a un medio probatorio el valor que le corresponde o por otorgarle valoración diversa de la que la ley le ha conferido, argumentación esta, que por regla general, deviene impropia en sede de este extraordinario recurso, teniendo en cuenta que la prueba que se busca censurar no tiene tarifa legal para su estimación. La eliminación de este justiprecio normativo, dejando en manos del juez la evaluación consiguiente dentro de los lindes que marcan las reglas de la sana crítica, convirtió en inidónea esta vía para intentar dicho cuestionamiento. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 20/11/1996. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Báez Beltrán, César Armando. Delitos: Homicidio. Proceso: 9520. Publicada: Sí..... 676

**PORTE ILEGAL DE ARMAS.** Resulta suficiente para responder el planteamiento de atipicidad penal del porte ilegal de armas de fuego que plantea, con evocar lo que en ocasión anterior tuvo la oportunidad de analizar la Sala, respondiendo una sugerencia de la misma especie:

«...no obstante la expedición del Decreto 2535 del 17 de diciembre de 1993 -dijo la Sala en providencia del 23 de agosto de 1994- el porte de armas continúa siendo delito, y de ninguna manera puede entenderse que el Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 ha perdido vigencia.

Lo que se reglamenta en el artículo 89 del Decreto 2535 es una serie de conductas que denomina «contravención» y que dan lugar al decomiso de las armas, municiones, explosivos y sus accesorios, pero en aquellos casos en que el comportamiento está previsto como punible por la legislación penal, expresamente señala que es «sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar».

Esta previsión la observa en los literales «a», «e», «f», «g» y «m», del mencionado artículo 89, de manera que es claro que en ningún momento quiso el ejecutivo reformar la regulación penal existente en esta materia, y legalmente no podría haberlo hecho, pues el Decreto fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 10. de la Ley 61 de 1993, y ninguno de esos literales tiene ese alcance.»

A lo anterior cabe añadir, además, que los delitos previstos en el Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente

por el Decreto 2266 de 1991 constituyen normas en blanco que obligan su complementación mediante remisión a las disposiciones que describen las armas de fuego, sus características, las condiciones para la expedición de permisos para el porte o tenencia, etc., y ante todo distinguen entre aquellas de guerra o uso privativo de las fuerzas militares y las denominadas de defensa personal, finalidad que cumple precisamente el Decreto 2535 de 1993, que la demanda critica, de manera que si en éste no se describen hechos punibles, no por ello se puede inferir que las conductas del Decreto 3664 hayan desaparecido como tales, mucho menos si las facultades conferidas por la Ley 61 de 1993 que le sirvió de base a este Decreto Extraordinario, no se extendían a la modificación de aquellos tipos penales.

En el mismo sentido se ha pronunciado, por lo demás, la Corte Constitucional, al expedir por vía de control constitucional su sentencia C-296 de 1995, cuando al responder las críticas que allí el actor hacía a los artículos 98 y 99 bajo el entendido de que habrían introducido reformas al procedimiento civil y penal, se le aclaró que ni siquiera en el evento de que tal modificación hubiese tenido lugar, las normas resultarían inexequibles, «debido a que se trataría de una reforma parcelal que no afecta la estructura general del Código, ni establece la regulación sistemática e integral de una materia». Y en cumplimiento de la revisión de los artículos 23, 25, 33, 34, 44 y 45 del mismo Decreto 2535 todavía se añadió que para nada se afectaba en ellos la estructura de los delitos que vedan el porte ilegal de armas, con la intromisión de una supuesta «tesis peligrosista» que jamás allí se ha consagrado, al precisar que,

«El demandante confunde la adopción de una tesis peligrosista con la regulación de conductas culpables que atentan contra bienes jurídicos tutelados por el derecho.

Aquella se presenta cuando la legislación penaliza ciertas situaciones o determinado tipo de personas, bajo el supuesto de la amenaza social que representan, sin que exista una relación de causalidad necesaria entre el supuesto de hecho y la actividad delincinencial. Es el caso, por ejemplo, de las normas que penalizan la mendicidad y la vagancia o el consumo mínimo de drogas; sin embargo, en el caso de la regulación del porte de armas, lo que se hace es prohibir una conducta culpable de un agente. En estos delitos, no se penalizan en abstracto, por el supuesto peligro social que representan las personas, sino que se hace por una conducta específica que se estima atentatoria del orden

Pág.

público (subrayado de la Sala). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Presneda. Sentencia Casación. Fecha: 20/11/1996. Decisión: Desestima la demanda y en consecuencia deniega la casación del fallo. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Alvarez Chica, Faber. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 9338. Publicada: Sí ..... 684

**ACCION DE REVISION/ EXCARCELACION/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS.** La excarcelación que resulta procedente en la acción de revisión es la prevista en el artículo 241 del estatuto procesal penal, precepto que hace referencia a que se otorgará la libertad provisional cuando en el fallo que decide la acción se ordena la revisión de la sentencia ejecutoriada, cuya presunción de verdad que ampara la cosa juzgada se cuestiona. No antes, como parece entenderlo el peticionario. Si lo que pretende es la libertad condicional (C. P. art. 72), dicho subrogado corresponde definirlo al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Acción de Revisión -Libertad-. Fecha: 21/11/1996. Decisión: Se abstiene de resolver la solicitud de libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Quibdó. Recurrente: Arias Franco, Usberto. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 11200. Publicada: Sí ..... 699

**COLISION DE COMPETENCIA/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS.** La confrontación judicial surgió, por su base, del entendimiento que cada uno de los jueces le ha dado al artículo primero del Acuerdo 54 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura, por ello, conviene recordar su texto:

"Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocen de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentren en las cárceles del respectivo circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia.

Así mismo conocerán del cumplimiento de las sentencias condenatorias donde no se hubiere dispuesto el descuento efectivo de la pena, siempre y cuando que el fallo de primera o única instancia se hubiere proferido en el lugar de su sede.

En los sitios en donde no exista aún un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal.

**PARAGRAFO.** Cuando algún condenado sea trasladado de penitenciaría o pabellón psiquiátrico, aprehenderá el conocimiento, el juez de ejecución de penas respectivo, a quien se remitirá la documentación correspondiente. Si no hubiere juez de ejecución de penas, reasumirá la competencia el juez que dictó el fallo de primera o única instancia".

El precepto anterior es claro en establecer para los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad un factor de competencia distinto a los establecidos para los restantes despachos de la jurisdicción ordinaria. Se trata de un factor de índole personal, de tal manera que la competencia para asumir el conocimiento de la ejecución punitiva, depende de que el respectivo condenado se encuentre recluso en uno de los establecimientos carcelarios del circuito sede del funcionario; y hasta tal punto se mantiene ese factor de competencia que sigue al convicto al lugar donde fuere, pues, de ser trasladado de penitenciaría, su expediente debe ser enviado al juez de ejecución de penas que esté radicado en el lugar de ubicación del centro de reclusión, o, en su defecto, al juez que hubiere dictado el fallo de primera o única instancia.

También refule que el artículo 15 transitorio del estatuto de procedimiento penal es de aplicación residual, esto es, que mantiene la función de ejecutar la pena, en los jueces que hubieren dictado la sentencia de primera o única instancia, sólo para los casos en que el condenado se halle recluso en un centro penitenciario localizado por fuera del circuito sede de un juez de ejecución de penas.

En estas condiciones, carece de trascendencia determinar cuál fue el primer fallo ejecutoriado o cuál el último, ni el número de condenas, ni cuál de ellas se encuentra descontando el sentenciado, porque sólo dos elementos juegan en la determinación del funcionario competente para resolver cuestiones derivadas del cumplimiento de la pena: la ubicación del condenado y si en ese lugar existe o no un juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 22/11/1996. Decisión: Asigna competencia al Juzgado 2° de Ejecución de Penas de Santa Fe de Bogotá. Procedencia: Juzgado 2° de Ejecución de Penas. Ciudad: Tunja. Procesado: Florido Vega, Martha Brigitt. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 12451. Publicada: Sí.

**REDENCION DE PENA POR TRABAJO O ESTUDIO.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, «El trabajo, estudio o la enseñanza no se llevará a cabo los días domingos y festivos. En casos especiales, debidamente autorizados por el director del establecimiento con la debida justificación, las horas trabajadas, estudiadas o enseñadas, durante tales días, se computarán como ordinarias. Los días domingos y festivos en que no haya habido actividad de estudio, trabajo o enseñanza, no se tendrán en cuenta para la redención de la pena».

Asimismo, todo lo relacionado con las actividades para la redención de pena, por disposición legal deben ser reglamentadas por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, siendo éstos los únicos válidos para tales efectos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de Código Penitenciario y Carcelario. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación -Libertad-, Fecha: 26/11/1996. Decisión: No repone el auto y concede libertad provisional. Recurrente: Manchola Gaitán, Reinaldo. Proceso: 9948. Publicada: Sí ..... 708

**ESTAFAS COLECTIVAS/ COMPETENCIA.** No cabe duda que la defraudación de que trata este asunto se consumó con el abono de los susodichos pagarés a la cuenta apócrifa, pues en ese momento se obtuvo el provecho ilícito con perjuicio patrimonial ajeno, en cuanto se hicieron efectivos los títulos valores falsos quedando el dinero correspondiente a disposición de los timadores. El cobro de los cheques mediante los cuales se dispuso del dinero fraudulentamente obtenido son actos propiamente dirigidos al agotamiento del delito, que como se sabe es posible que se consiga o no pero en todo caso después de consumado el mismo.

No puede aceptarse la tesis traída por el Tribunal para este caso, según la cual sólo se obtiene el provecho ilícito cuando se logra retirar el dinero de la cuenta fraudulenta, porque ello implicaría extender los actos ejecutivos del delito más allá de la órbita de su consumación, llevándolos hasta el terreno del agotamiento como si la consumación del reato estuviese condicionada a la obtención del propósito perseguido por el actor, confundiendo así dos etapas bien diferenciables del iter criminis.

De otro lado, las circunstancias que rodearon la ilicitud revelan que desde un principio los procesados tuvieron la intención positiva de cometer una estafa por el monto global de todos los pagarés falsos, es decir, idearon una sola acción delictual ejecutable por etapas, obviamente para no despertar sospechas y asegurar el éxito de su empresa criminal. De ahí que en vez de hacer una única gran consignación, hubiesen hecho varias consigna-

Pág.

ciones relativamente pequeñas, con intervalos cortos, involucrando diferentes sucursales del mismo banco y falseando numerosos títulos en cuantías discretas para no despertar desconfianza y evitar así mayores controles de los habituales.

Dicha modalidad de la ilicitud permite concluir que los procesados cometieron una sola acción delictiva de estafa en cuantía muy superior a los diez (10) salarios mínimos legales mensuales de que habla la Ley 23 del 91, cuya cifra concreta corresponde a la sumatoria de la totalidad de los pagarés espurios efectivamente abonados a la cuenta corriente abierta a nombre del supuesto Castañeda Veloza. Y siendo ello así, carece de todo fundamento la nulidad incoada, pues tanto por el factor funcional como por el territorial, resulta incontestable la competencia ejercida por el a quo en este caso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 27/11/1996. Decisión: Casa declarando que el delito de estafa es único y cesa procedimiento por otro. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Echeverry Marmolejo, Hugo. No Recurrente: Cortés Rojas, Roberto. Delitos: Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 9308. Publicada: Sí..... 713

**LIBERTAD PROVISIONAL/ JUSTICIA REGIONAL/ VENCIMIENTO DE TERMINO.** El numeral 4 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, señala que procede la libertad provisional cuando hayan transcurrido 120 días de privación efectiva de la libertad sin que se haya calificado el mérito de la instrucción, sin embargo, el parágrafo de la misma norma advierte que en tratándose de asuntos de competencia de la justicia regional, el término del numeral 4 se duplicará, lo que significa que han de transcurrir 240 días de detención efectiva, sin que se haya calificado el sumario, para poder obtener el beneficio que ahora se negará por estas razones. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Unica Instancia. Fecha: 03/12/1996. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: García de Pechthalt, Ana Delia. Delitos: Enriquecimiento ilícito de particulares. Proceso: 10468. Publicada: Sí..... 721

**DEMANDA DE CASACION/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD.** Recuérdese que el falso juicio de identidad por distorsión de los testimonios incriminatorios se hace consistir en haber sido parcelados arbitrariamente, omitiéndose una porción sustancial de su contexto, lo que desfigura su contenido, para hacerlos producir efectos probatorios contrarios a la verdad que aflora del pro-



Pág.

ceso; planteamiento que consulta las orientaciones jurisprudenciales sobre el particular, que el censor transcribe en lo pertinente.

Dijo en efecto esta corporación que el falso juicio de identidad por tergiversación de la prueba puede darse de dos maneras: «alterando su contenido, haciéndole decir lo que en realidad no predica, o también tomando una parte como si fuera el todo, de donde la omisión de una porción de su texto desfigura su contenido. En cualquiera de los dos sentidos, la prueba es distorsionada pues al final queda expresando algo que en realidad no contiene» (Cas. de 27 de septiembre de 1994, M.P. doctores Ricardo Calvete Rangel y Jorge Enrique Valencia M.). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 03/12/1996. Decisión: Casa, condena, concede el subrogado de la condena de ejecución condicional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Recurrente: Bernal Acero, Hernando. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 10340. Publicada: Sí ..... 725

**SUJETO ACTIVO CALIFICADO/ ESTAFA.** 1.-Si bien el contrato de prestación de servicios no genera vínculo laboral con el Estado, no pudiéndose considerar al procesado como un funcionario o empleado público, lo cierto es que las funciones que desempeñaba desde su condición de particular, de conformidad con el artículo 63 del C.P., permiten considerársele empleado público para efectos penales.

Para efectos penales, el artículo 63 del C.P. incluye a «toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio».

Es la calidad de las actividades encomendadas lo que determina su carácter de función pública, esto es, si se encuentran dentro de las que debe cumplir el ente para alcanzar sus objetivos.

2.-Para la Corte no cabe duda que la descripción típica del artículo 356 del C.P. admite la pluralidad de sujetos pasivos, no sólo porque así se explica el cambio de las expresiones «en perjuicio de otro» por «con perjuicio ajeno», en relación con el C.P. de 1936, que de suyo amplió cualquier criterio restringido al respecto, sino además porque, aun sin esta modificación, la estructura y contenido del delito de estafa, en ninguna forma impide que los sujetos timados puedan ser plurales, pues es claro que su reconocimiento no solo depende de la literalidad de la norma sino, igualmente, de la naturaleza de la conducta descrita y del sentido mismo de la prohibición.

Y, no es que bajo este supuesto hermenéutico, la «determinación del sujeto pasivo», entendida como la previa individualización de las personas a quienes se induce en error, no pueda predicarse en estos casos por la dificultad que se presentaría en la identificación anticipada de sus integrantes por tratarse de una colectividad, pues una tal interpretación resulta desconocedora del verdadero alcance material y jurídico de la norma, además de que partiría de un concepto ideal de conducta.

En efecto, el hecho de que la identidad de cada uno de los sujetos que conforman la colectividad no sea inicialmente determinada por el autor, no significa que la acción no recaiga sobre «personas perfectamente singularizadas», pues, en estos casos la conducta engañosa no va dirigida a un grupo de personas indeterminadas y abstractas sino, por el contrario, al que previamente se ha limitado con conocimiento pleno de las circunstancias temporoespaciales, modales y personales de sus integrantes, a quienes se quiere inducir en error.

Es que si bien el modelo de análisis dogmático de esta clase de conductas típicas, suele partir de la hipótesis en que concurre un solo sujeto pasivo debidamente individualizado, el cual es inducido en error mediante medios directos y personificados de convicción, esto no significa que el intérprete deba reducir el sentido hermenéutico de la norma a estos casos colidianos, ni al punto de partida pedagógico, desconociendo los horizontes de proyección que emergen de su verdadero alcance, para lo cual se impone adentrarse en el contenido de la prohibición, auxiliado por claros elementos político-criminales fundamentadores de una política penal justa, pues la abstracción de la norma no puede desconocer la realidad social y delictual del medio al cual va dirigida.

Admitir que la Ley se limitó a regular como estafa únicamente aquellas conductas defraudadoras desarrolladas en el ámbito de una relación directa, personal y física entre dos individuos, sería equivocado, pues además de que una tal interpretación estaría partiendo de un casuismo que no caracteriza al Código Penal vigente, resultaría absolutamente desconocedora de la propia descripción típica de este delito, que precisamente no limita los artificios y engaños generadores del error en la víctima, ni hace una tal exigencia, sino por el contrario, posibilita una amplísima gama de modalidades en su ejecución, sin dejar de lado la propia versatilidad y capacidad de ingenio del timador, que es consustancial a la defraudación engañosa. Además, habría que

reconocer que el legislador estatuyó un delito de estafa fuera del modelo progresivo de relaciones socio-económicas que generan y del que participan sus destinatarios, lo cual no parece apropiado, pues tratándose de un delito que necesariamente se desarrolla en el ámbito del tráfico jurídico de las negociaciones comerciales y técnicas, no puede comprenderse en un marco diverso a aquél, con todas sus modalidades y posibilidades, mas aun cuando legislaciones como la nuestra no hacen condicionamientos circunstanciales al respecto, cerrando el paso a todas aquellas defraudaciones posibles en el mundo moderno, como sería el caso del fraude informático, por ejemplo.

Siendo entonces diversos los sujetos pasivos a quienes va orientada la acción engañosa, el logro del fin propuesto exige la elección de unos medios idóneos para lograrlo, que por la complejidad en su ejecución necesariamente impone la exteriorización de una multiplicidad de actos dirigidos a cada uno de los integrantes de la colectividad, pues, entender que se estafa a este ente en abstracto, es tan solo una ficción, ya que incontestablemente la inducción en error y la desposesión del patrimonio económico ajeno se logra de las personas en concreto, esto es de quienes la conforman.

Trátase, por tanto, en casos como este, de una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado, que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse.

Y, esto porque el considerar cada inducción en error como una acción autónoma y no como un acto integrante de la acción final propuesta por el defraudador, implica desconocer que la pluralidad de medios ideados y puestos en ejecución tienen como objetivo no el de estafar a una sola persona, sino a la pluralidad anticipadamente prevista y mutar esta voluntad para anteponerle una simple causalidad material, agolada en la obtención de cada una de las cantidades de dinero integradoras de la suma

total que se pretende obtener por el estafador y para lo cual ha puesto en marcha los medios que ha creído idóneos para lograrlo, es nada menos que crear por parte del juzgador su propia conducta desconociendo la que realizó el autor del delito, con la impunidad que un tal proceder generaría en la práctica cuando se trate de cuantías menores tipificables como contravenciones.

No obstante, este reconocimiento de la voluntad como contenido de la acción no puede conducir al equivoco de desconocer la valoración normativa que implica la prohibición típica, como que ésta constituye su límite para los efectos de la unidad de acción; debiéndose tener en cuenta, igualmente, el contenido y sentido del tipo para establecer hasta dónde permite que vaya esa voluntad y a partir de qué momento se inicia otra acción originaria de una imputación concursal, esto es, deben examinarse tanto la finalidad concreta propuesta por el autor, como el tipo penal correspondiente dentro del ámbito social en el cual es aplicado.

No se trata, así, de buscar una solución recurriendo a un híbrido conceptual temporizador de inconsistencias teóricas, sino de poner en su punto el reconocimiento del fundamento de la acción con la prohibición normativa objeto de reproche, que impone recuperar todo el contenido material del tipo llevándolo hacia la relevancia jurídico penal que centrada en el bien jurídico objeto de tutela, suministra su real sentido y alcance.

Así y por tratarse de una acción única, el dolo consecuencialmente también es único y no continuado, dirigido a la vulneración de un tipo penal que admite pluralidad de sujetos pasivos, y que con todos y cada uno de sus actos ejecutivos, y no acciones autónomas, totalizan la lesión final del bien jurídico, entendido como una unidad integrada por la pluralidad de intereses particularizables, lo cual significa que abarca todo el episodio fraudulento dirigido sobre las personas que integran la colectividad y no sobre ésta entendida como ente abstracto, pues lo que sucede es que la unidad de engaño empleado hacia la pluralidad de sujetos, hace que el error se materialice en cada uno de los actos que integran los diversos momentos de ejecución, motivo por el cual la cuantía del provecho ilícito corresponde a lo obtenido de todos los perjudicados.

Por tanto, ha de decirse finalmente, que la concurrencia de sujeto pasivo plural en el delito de estafa corresponde al sentido de la norma, tanto desde un punto de vista estrictamente dogmático, como desde sus postulados críticos y de los contenidos político-criminales que en un Estado social de derecho deben inspi-

Pág.

rar la hermenéutica jurídica, con la necesaria repercusión que tiene un tal planteamiento frente a la fijación de la pena, si se tiene en cuenta que una conducta así ejecutada implica especiales modalidades de ejecución del hecho punible, que un dolo integral de una acción que cubre una pluralidad de sujetos pasivos lleva a un grado de reprochabilidad mayor y que la afectación patrimonial de un conglomerado social, de cuyo relieve su gravedad; Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 03/12/1996. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio, impone pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Torres Pachón, Alfredo. Delitos: Estafa, Concusión. Proceso: 8874. Publicada: Sí ..... 743

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ RECURSO DE CASACION/ COMPETENCIA.** En torno a la procedencia del recurso de casación contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el tema ya ha sido objeto de diversos pronunciamientos por esta Corporación, en términos que resulta pertinente recordar:

«Lo.) El primer inciso del artículo 31 de la Constitución Política dice: «Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley». Esto significa que el principio de la doble instancia no está consagrado de manera absoluta, sino que la propia Carta faculta al legislador para que mediante ley establezca los casos en que no es procedente la apelación o la consulta, sin que con ello se esté vulnerando garantía alguna.

«Así las cosas, como el estatuto procesal establece que le corresponde resolver el recurso de apelación o la consulta al superior jerárquico del funcionario que dictó la providencia, es obvio que ni la impugnación ni el grado jurisdiccional son posibles cuando la decisión fue proferida por la Corte Suprema de Justicia, «máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria», pues quiso la misma Constitución que ya no existiera otra instancia superior, de modo que al asignarle la competencia para la investigación y juzgamiento, o el solo juzgamiento de personas aforadas, el trámite se realiza en única instancia. (Auto Noviembre 18 de 1993, M.P. Dr. Ricardo Calvele Rangel) Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Única Instancia. Fecha: 05/12/1996. Decisión: Deniega el recurso de casación excepcional. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Manzur Jattin, Jorge. Delitos: Concusión. Proceso: 9579. Publicada: Sí ..... 766

**FALESDAD EN DOCUMENTO PRIVADO.** De acuerdo con el trámite notarial de sucesiones previsto en el Decreto Legislativo 902 de 1988, modificado por el Decreto 1729 de 1989, los peticionarios o sus apoderados "deberán afirmar bajo juramento que se considera prestado por la firma de la solicitud, que no conocen otros interesados de igual o mejor derecho del que ellos tienen, y que no saben de la existencia de otros legatarios o acreedores distintos de los que se enuncian en las relaciones de activos y pasivos que se acompañan a la solicitud..." (art. 2º, se agregan subrayas). La exigencia del compromiso juramentado significa que la ley requiere una declaración escrita bajo juramento, que ha de presentarse ante el notario, previamente elaborada por los interesados, con el fin de proteger la pureza del proceso de liquidación y adjudicación de la herencia incoado ante dicho funcionario.

Si más allá de un simple documento, se trata de una declaración juramentada con un destinatario específico que es el notario, indudablemente que el bien jurídico protegido en esa fórmula convencional del Decreto 902 no es directamente el tráfico jurídico, propio de los delitos de falsedad documental, sino el de la administración de justicia, entendida como la función jurisdiccional que resulta fundamental para la resolución de los conflictos sociales, apreciada como la garantía de la transparencia de los procedimientos en bien de todos y cada uno de los miembros de la colectividad. Interesa en este caso más la protección de la veracidad jurídica circunscrita a un proceso (notarial), que es lo que se compromete en el falso testimonio, que la autenticidad o la legitimidad sobreentendidas del documento que contiene la declaración, salvo que se trate de suplantar las personas de los herederos, evento en el cual sí entra a funcionar la falsedad. Con razón se ha sostenido que el falso testimonio es ley especial frente a la falsedad documental, porque en el primero se produce la alteración de un procedimiento a través de un medio de prueba.

Ahora bien, no puede confundirse el bien jurídico institucional denominado administración de justicia, que es el que en realidad se resiente en este caso, con los órganos autorizados para administrar justicia. La verdad es que cada vez que se incide en la resolución de un conflicto intersubjetivo, ya configurado ora eventual, con potestad estatal, se está administrando justicia, y es lo que hacen los notarios en esa clase de procesos sucesorios. Mayor claridad se observa sobre el bien jurídico verdaderamente lastimado en este caso, si se atiende el concepto extensivo de



administración de justicia que consagra el artículo 116 de la Carta Política, según el cual excepcionalmente las autoridades administrativas y los particulares también realizan dicha función jurisdiccional.

En suma, situar la conducta examinada como delito de falsedad y no como falso testimonio, sería menospreciar la exacta relación del comportamiento con el bien jurídico tutelado, como faro que ilumina la interpretación de los tipos legales, en favor de un concepto formalista y contingente del modo de presentación de la declaración de voluntad ante las autoridades. Es decir, si la atestación se hace verbal sería constitutiva de falso testimonio, en caso de ser mentirosa, o tipificaría el injusto de falsedad en documento, si se extiende previamente y por escrito, cuando en verdad esta última modalidad nada tiene que ver con un pensamiento criminalizante, sino que sólo obedece al propósito político-constitucional de hacer más partícipes a los ciudadanos de las decisiones que los afectan (Const. Pol., art. 2°). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Amibál Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 05/12/1996. Decisión: Desestima las demandas, casa parcial y oficiosamente, decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Najar de Huriado, Lilia María. Recurrente: Najar Páez, Luz Marina. Delitos: Falsedad en documento privado. Fraude procesal. Proceso: 9775. Publicada: Sí..... 772

**NULIDAD/ COMPETENCIA FUNCIONAL.** Es claro que si el Tribunal al revisar la sentencia por vía de apelación encuentra que el inferior conoció de unas diligencias respecto de las cuales no tenía competencia, o cuya calificación contiene un error en la denominación jurídica, o cualquier otra irregularidad trascendente, debe decretar la nulidad, decisión para la que está facultado funcionalmente, y no puede abstenerse de hacerlo so pretexto de carecer de competencia, porque de esa manera traslada su función a una autoridad que no le corresponde. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencia. Fecha: 06/12/1996. Decisión: Dirime conflicto declarando competencia al Tribunal Superior de Villavicencio. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Ramos Fierro, Alberto. Delitos: Amenaza. Proceso: 12487. Publicada: Sí..... 791

**ABSOLUCION/ RECURSO DE CASACION.** A pesar de ser un descuido del Magistrado concederle el recurso a un procesado en cuyo nombre no se había interpuesto, la irregularidad es mayor al pretender que la falla se subsana volviendo a correr el trasla-

do para sustentar la impugnación a quien ya se le había corrido, pues con ello incurrió en una ostensible violación del debido proceso, ya que lo que la ley dispone es que se corra traslado individual a cada uno de los recurrentes por treinta días y una sola vez.

Lo ordenado tampoco puede entenderse como una prórroga del término, ya que esa figura está regulada por el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, y evidentemente en este caso no se cumple con ninguna de sus exigencias.

En cuanto al hecho de haber admitido el recurso también respecto de la procesada absuelta, es obvio que la falla no se subsanaba repitiendo lo actuado respecto de otro procesado a quien en nada afectó, sino invalidando lo referente a ella para no tener que declarar desierto el recurso por falta de sustentación. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 10/12/1996. Decisión: Declara nulidad parcial, declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: Mejía Salazar, Herlen de Jesús. Proceso: 12379. Publicada: Sí ..... 794

**AUTO INTERLOCUTORIO/ AUTO DE SUSTANCIACION/ APELACION.** Según el artículo 179 del Estatuto Procesal Penal, las decisiones que se dicten en toda actuación judicial pueden ser de tres clases: sentencias, autos y resoluciones. Son las primeras «las que deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o segunda instancia, en virtud del recurso de casación o de la acción de revisión». En otras palabras, con las que ordinariamente se resuelve la relación jurídico-procesal en las instancias, afirmando la responsabilidad del acusado -sentencia condenatoria-, o reconociendo su inocencia -sentencia absolutoria-, o se falla el recurso extraordinario de casación o la acción de revisión.

Los «autos» a su vez se clasifican en autos interlocutorios y de sustanciación, siendo los primeros aquellos que «resuelven algún incidente o aspecto sustancial» -num. 2º ejusdem-, y éstos los que «se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación» -num. 3º ejusdem-.

Las «resoluciones» proferidas por el fiscal también pueden ser de naturaleza interlocutoria o de sustanciación -num. 4º ejusdem-.

El artículo 202 del mismo ordenamiento establece que el recurso de apelación «procede contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia» (subrayó la Sala), descartando así la posibilidad de interponer la alzada contra los autos o resoluciones de sustanciación.

La razón de esta limitación legal estriba en que los recursos están instituidos como una garantía de las partes para controvertir las decisiones de fondo que se profirieron en el ejercicio de la jurisdicción; y las providencias de sustanciación no ostentan tal característica, pues antes que resolver aspectos sustanciales, se limitan a impulsar o dar trámite al proceso. Por ello, salvo expresa previsión legal, no requieren notificación, no cobran ejecutoria y son de cumplimiento inmediato.

La orden de dar lectura a ciertas piezas procesales solicitadas por las partes y la negativa a leer la totalidad del expediente -como en este caso lo dispuso el Tribunal de Instancia-, constituyen una clara y necesaria manifestación de la indelegable facultad de dirección de la audiencia que el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal atribuye al juzgador para evitar que el debate oral propio de la vista pública se adelante «con perjuicio de la administración de justicia».

No entraña entonces esa determinación ninguna decisión de fondo en torno a la pertinencia o conducencia de las pruebas o a la valoración de los hechos debatidos en el juicio. Únicamente está orientada a encausar el desarrollo de la vista pública, es decir, a controlar y dar impulso al juzgamiento, y por lo mismo, mal puede ser catalogada como providencia interlocutoria susceptible de cuestionamiento a través del recurso de alzada. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Recurso de Hecho. Fecha: 16/12/1996. Decisión: Declara correctamente denegado el recurso de apelación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Sánchez Rodríguez, Luis Alvaro. Proceso: 12117. Publicada: Sí ..... 798

**NULIDAD/ IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA.** Por mandato del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, las nulidades deben ser presentadas antes de que se dicte la sentencia, de modo que por tratarse en el caso de la liquidación de costas de una actuación posterior al fallo, tan solo pueden referirse a ese tema accidental y en él se agota, pues no le es dable al juez que profirió la sentencia, entrar a posteriori a modificarla ni a invalidarla, principio que armoniza con la clara previsión del artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, pero particularmente con el artículo 466 *ibidem*, dentro del cual se fija el plazo para invocar esta clase de invalidaciones.. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Única Instancia -Reposición- Fecha: 18/12/1996. Decisión: Deniega la reposición, rechaza la

Pág.

nulidad propuesta. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Serrano Prada, Rafael. Delitos: Homicidio. Proceso: 10189. Publicada: Sí ..... 803

**RESOLUCION DE ACUSACION/ COMPETENCIA.** En un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, la resolución de acusación tiene fuerza vinculante para el juez en la medida en que no puede ser desconocida por éste con argumentos apriorísticos; proviene de un funcionario diferente -el fiscal- en quien el constituyente radió las funciones de investigación, calificación y acusación (art. 250); constituye la pieza procesal donde se individualizan los hechos por los que se llama a juicio; delimita la competencia; y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación prematura del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93).

En consecuencia, la incompetencia del Juez para conocer de un determinado proceso debe estar referida a los delitos por los cuales se profirió resolución de acusación, pues le está vedado -por virtud del principio de congruencia entre acusación y sentencia-, extender el juzgamiento a hipótesis delictivas derivadas de hechos que no fueron objeto de imputación en el pliego de cargos. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencia. Fecha: 18/12/1996. Decisión: Asigna competencia al Juzgado 27 penal del Circuito de Medellín. Procedencia: Juzgado Regional. Ciudad: Medellín. Procesado: Patiño Martínez, Libardo De Jesús. Delitos: Porte ilegal de armas. Proceso: 12464. Publicada: Sí ..... 809

**RESOLUCION DE ACUSACION/ COMPETENCIA FUNCIONAL.** Delinear ahora que la segunda instancia de una providencia emitida por un Juez de la justicia ordinaria, debe despacharse por el Tribunal Nacional, simplemente por cuanto en la resolución de acusación se dijo que se daba una circunstancia de agravación, única que de ser cierta haría a aquella autoridad competente, sería "oponer el formulismo a la esencia del derecho, lo que es tanto como hacer bizantinismo en contra de la equidad. Se debe renunciar a rendir pleitesía a la forma en la obligada búsqueda del contenido que es cuanto verdaderamente importa" -auto de Dic. 29 de 1987, M.P.Dr. Gustavo Gómez Velásquez, más cuando como en el presente caso se estaría desconociendo lo impertoso de la competencia funcional.

Pero, si a pesar de todo, el Tribunal de Medellín al revisar el asunto "encuentra que el inferior cometió de unas diligencias

respecto de las cuales no tenía competencia, o cuya calificación contiene un error en la denominación jurídica, o cualquier otra irregularidad trascendente, debe decretar la nulidad, decisión para la que está facultado funcionalmente, y no puede abstenerse de hacerlo so pretexto de carecer de competencia, porque de esa manera trasladada su función a una autoridad que no le corresponde." (determinación de diciembre 6 de 1996, M.P.Dr. Ricardo Calvo: Rangel). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18/12/1996. Decisión: Dirime Colisión adjudicando el conocimiento al Tribunal Superior de Medellín. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Zapata Arias, Neyll Alberto. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 12541. Publicada: Sí. .... 814

**TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO/ INTERES PARA RECURRIR/ ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA.** Según el numeral 4o. del artículo 37B del estatuto procesal, en los casos de sentencia anticipada o de audiencia especial el interés del procesado y su defensor para recurrir se limita a los siguientes aspectos: 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.

Esto significa que no puede cuestionar la declaración de responsabilidad ni la apreciación probatoria que le sirvió de base, aspectos que con la aceptación de responsabilidad del procesado se entienden debidamente finiquitados.

Esta limitación no se extiende a la revisión, que como se sabe no es un recurso sino una acción, a través de la cual se puede intentar remover la condición de cosa juzgada a que ha hecho tránsito una decisión que se considera injusta, y es evidente que a las particulares circunstancias previstas en la ley como causales taxativas no escapan los fallos por el simple hecho de ser fruto de un acuerdo o del allanamiento del sindicado.

En el caso concreto de la causal tercera de revisión, que es la aducida en este asunto, si bien el condenado admitió su responsabilidad con la prueba que entonces existía en el proceso, no sería acertado cerrar la posibilidad de que ante hechos no conocidos o pruebas nuevas se pueda revisar, pues ello sería desconocer que la aceptación del implicado pudo deberse a razones tan poderosas, que aún siendo inocente, no tuvo en ese momento alternativa distinta.

Y en materia de ejemplos se puede ir más lejos, es posible que el acusado haya aceptado la responsabilidad, y después se conozca que para ese momento sufría de un trastorno mental. No sería razonable decir que no hay lugar a revisión simplemente porque el procesado pidió sentencia anticipada. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.

**Acción de Revisión.** Fecha: 18/12/1996. Decisión: Reconoce personería, rechaza la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesado: Avilés Calderón, Floralba. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12365. Publicada: Sí ..... 820

**APODERADO SUPLENTE.** Si bien el artículo 144 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el art. 23 de la Ley 51 de 1993, con el propósito de garantizar en todo momento el debido proceso y el derecho de defensa, y que el trámite no se vea entorpecido por la imposibilidad de atender personalmente el estado de la actuación, establece, en cabeza del defensor y el apoderado de la parte civil, la facultad de designar profesionales suplentes «bajo su responsabilidad», esa misma disposición es clara en señalar que «los apoderados principales y suplentes no pueden actuar de manera simultánea».

Esta limitante halla su razón de ser en que las pretensiones de la parte cuya representación les ha sido encomendada, pueden resultar contradictorias o generar desequilibrio frente a los demás sujetos procesales. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación Discrecional. Fecha: 18/12/1996. Decisión: Inadmite el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Vargas de Nieto, Melba Yolanda. Delitos: Prevaricato por omisión, Abuso de función pública. Proceso: 10266. Publicada: Sí ..... 825

#### PERJUICIOS/ LEGITIMIDAD PARA RECURRIR

Cuando la impugnación extraordinaria tiene por objeto lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, su admisión solo puede ser posible si se cumplen los siguientes presupuestos: a) Que el fallo haya sido proferido por el Tribunal Nacional, el Tribunal Militar o los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en segunda instancia. b) Que sea de carácter condenatorio. c) Que exista interés para recurrir por razón de la cuantía.



Puesto que se trata de una impugnación regulada por condiciones especiales, el impugnante, al proponer el recurso, debe manifestar que lo hace por esta específica vía, a fin de que el Tribunal de Instancia pueda estudiar su procedencia, de cara a los presupuestos de admisibilidad anotados.

La demanda, debe también someterse a condiciones especiales, en sus aspectos sustancial y formal. Cuando el delito no cumple el requisito de la pena señalado en el artículo 218 ejusdem (art. 35 de la Ley 81 de 1993), el tema de la impugnación debe estar exclusivamente referido a la indemnización de los perjuicios decretados en el fallo, quedando proscrito cualquier reparo al contenido penal del mismo, para lo cual es presupuesto necesario que dicha exigencia se cumpla (Cfr. Sentencia de 30 de julio de 1996, Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel). Y, respecto de las causales, únicamente podrán plantearse las previstas en las normas que regulan la casación civil (art. 368 C. de P. C., modificado por el Decreto 2282/89, reforma 183).

En lo puramente formal, el escrito debe ajustarse a las exigencias del artículo 225 del estatuto procesal penal, pues, en relación con este específico punto, no existe remisión expresa a las normas civiles, como es usual que el legislador lo haga cuando pretende su aplicación. De allí, que no sea procedente acudir al artículo 374 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 2282/89, reforma 189), que enumera los requisitos formales de la demanda en este campo, ni al 51 del Decreto 2651 de 1991 (Leyes 192/95 y 287/96).

La Corte ha venido sosteniendo que los sujetos procesales que guardan silencio frente al fallo de primer grado, solo tienen legitimidad para recurrir en casación si la sentencia de segunda instancia les reporta consecuencias peyorativas, porque esta actitud refleja conformidad con lo resuelto, y porque la legalidad del fallo de primer grado no puede discutirse con criterio supletorio, después de haber tenido a su disposición la oportunidad legal de controvertirlo y haberse allanado en ello (Cfr. Autos de 9 de agosto de 1995, Mag. Pte. Dr. Didiño Páez Velandía, y 5 de septiembre de 1996, Mag. Pte. Dr. Fernando Arboleda Ripoll). Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 18/12/1996. Decisión: Inadmite la demanda de casación y anula las providencias dictadas por el Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Cardona Forero, Francisco. Recurrente: Galindo González, Jaime. Delitos: Fraude a resolución judicial, fraude procesal. Proceso: 11179. Publicada: Sí..... 842

**COLISION DE COMPETENCIA.** El Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo No. 87 del 9 de mayo del año en curso, modificó la división territorial Nacional para efectos judiciales, adscribiendo el Municipio de Chía al Circuito de Zipaquirá, que pertenece al Distrito Judicial de Cundinamarca.

Respecto a los procesos que se hallaban en curso en el momento de la vigencia de la disposición administrativa, se estableció en el artículo 5o., que los despachos a cuyo cargo se encontraban conservarían la competencia hasta su terminación.

A su turno, en el artículo 6o. se señaló que la nueva estructura judicial empezaba a regir a partir del primero de julio de 1996, fecha desde la cual los despachos judiciales «asumirán» la nueva competencia. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencia. Fecha: 18/12/1996. Decisión: Declara competencia al Juzgado 8º Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá. Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito. Ciudad: Zipaquirá. Procesado: Ceballos Rico, Fabio De Jesus. Delitos: Homicidio. Proceso: 12462. Publicada: Sí ..... 854

LA IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
REALIZÓ EL DISEÑO GRÁFICO DE  
«GACETA JUDICIAL, SEGUNDO SEMESTRE DE 1996 - VOLUMEN II»  
Y TERMINÓ SU IMPRESIÓN EN NOVIEMBRE DE 1998

INSCITA ET LITERAE