REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

LICENCIA NUMERO 731 DE 7 DE MARZO DE 1956
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXLVIII PRIMER SEMESTRE 1997 NUMERO 2487

VOLUMEN I

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

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 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXLVIII PRIMER SEMESTRE NUMERO 2487

VOLUMEN I

SANTA FE DE BOGOTA D.C., COLOMBIA - AÑO 1997

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

PRIMER SEMESTRE DE 1997



SALA PLENA

Doctores
Didimo Páez Velandia - Presidente
NICOLAS BECHARA SIMANCAS - Vicepresidente
BLANCA TRUJILLO DE SANJUAN - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor
JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ - Presidente
LINA MARIA TORRES GONZALEZ
ROBERTO PEÑUELA ALFONSO - Secretarios

MAGISTRADOS
Doctores
CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHOLSS
PEDRO LAFONT PIANETTA
JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ
JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
NICOLAS BECHARA SIMANCAS
RAFAEL ROMERO SIERRA
JORGE SANTOS BALLESTEROS

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor
FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ - Presidente
Doctora
LAURA MARGARITA MANOTAS G. - Secretaria

MAGISTRADOS
Doctores.
RAFAEL MENDEZ ARANGO
FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ
JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA
JORGE IVAN PALACIO PALACIO
GERMAN GONZALO VALDES SANCHEZ
RAMON ZUÑIGA VALVERDE
FERNANDO VASQUEZ BOTERO

SALA DE CASACION PENAL

Doctor CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE - Presidente
PATRICIA SALAZAR CUELLAR - Secretaria

MAGISTRADOS
Doctores RICARDO CALVETE RANGEL
NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
FERNANDO ENRIQUE ARBOLEDA RIPOLL
CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
DIDIMO PAEZ VELANDIA
JORGE ENRIQUE CORDOBA POVEDA
JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA
CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO

RELATORES

Doctoras LILIANA POLANIA ALVAREZ
Sala de Casación Civil y Agraria

ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
Sala de Casación Laboral

AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO
Sala de Casación Penal

BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA
Tutelas

REPUBLICA DE COLOM
BIBLIOTECA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL	DOCTORA LILIANA POLANÍA ÁLVAREZ
RELATORA SALA LABORAL	DOCTORA ESPERANZA INÉS MÁRQUEZ ORTEZ
RELATORA SALA PENAL	DOCTORA AYDA LUCY LÓPEZ DE GIRALDO
RELATORA TUTELAS	DOCTORA BEATRIZ EUGENIA CORTÉS BECERRA

TOMO CCXLVIII PRIMER SEMESTRE - Número 2487

FUERO/ COMPETENCIA

El fuero que la Constitución Política otorga a los Congresistas de la República para que sea la Corte Suprema de Justicia la única institución que pueda asumir su investigación y juzgamiento en asuntos criminales, es una prerrogativa especial que protege la actividad parlamentaria como función y a los Congresistas como sus miembros.

Contrario a lo que los peticionarios afirman, el fuero Parlamentario se explica en la necesidad de proteger al Congreso, como Institución, para mantener la independencia y autonomía que debe caracterizar la labor parlamentaria. La protección foral de los Parlamentarios se explica únicamente en su pertenencia al Congreso, y se mantiene aún separados de éste, cuando el asunto por el que se les procesa es derivado del ejercicio de la función; en tal razón, el Congresista, como persona natural, no tiene ninguna facultad dispositiva sobre su fuero como tal y la única manera de separarse de él es renunciando al cargo del que lo deviene.

Ahora bien, no puede tampoco perderse de vista que el fuero es también un factor de competencia, en cuanto asigna a la Corte el conocimiento de los asuntos criminales en los que se hallen involucrados los Congresistas, y siendo la competencia en materia penal un asunto de orden público, los sujetos procesales no pueden disponer de el.

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C. veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 06

Proceso No. 10684

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que en derecho corresponda respecto de la "renuncia al fuero" y la solicitud de remisión del presente asunto a los Jueces Regionales, que ha presentado el Representante a la Cámara Tiberio Villarreal Ramos.

LA SOLICITUD

El sindicado Tiberio Villarreal Ramos en escrito que coadyuva su abogado defensor, manifiesta a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que "renuncia al fuero que posee para continuar con el proceso de la referencia" y que en consecuencia el expediente "se remita al Juez Regional para la continuación del trámite.

Funda la solicitud en la consideración del fuero como un derecho a su favor y por tanto renunciable por aquel a quien beneficia.

El abogado defensor coadyuva la petición agregando que "el fuero por ser un derecho es renunciable en cada proceso que nos entretenga, sin que por esa razón se afecte en los otros".

CONSIDERACIONES

El fuero que la Constitución Política otorga a los Congresistas de la República para que sea la Corte Suprema de Justicia la única institución que pueda asumir su investigación y juzgamiento en asuntos criminales, es una prerrogativa especial que protege la actividad parlamentaria como función y a los Congresistas como sus miembros.

Siendo ello así, no se puede acceder a la petición del sindicado Villarreal Ramos y de su defensor para que se le acepte a aquel su decisión de despojarse del fuero que lo cobija como Congresista, pero sin separarse de la Corporación de la que deriva tal beneficio.

El fuero no puede ser entendido como lo hacen sindicado y defensor, como un privilegio personalísimo del que sea posible separarse a voluntad y además hacerlo parcialmente, como lo afirman los petentes cuando advierten su voluntad de mantenerlo para enfrentar otros asuntos.

Contrario a lo que los peticionarios afirman, el fuero Parlamentario se explica en la necesidad de proteger al Congreso, como Institución, para mantener la independencia y autonomía que debe caracterizar la labor parlamentaria. La protección foral de los Parlamentarios se explica únicamente en su pertenencia al Congreso, y se mantiene aún separados de éste, cuando el asunto por el que se les procesa es derivado del ejercicio de la función; en tal razón, el Congresista, como persona natural, no tiene ninguna facultad dispositiva sobre su fuero como tal y la única manera de separarse de él es renunciando al cargo del que lo deviene.

Ahora bien, no puede tampoco perderse de vista que el fuero es también un factor de competencia, en cuanto asigna a la Corte el conocimiento de los asuntos criminales en los que se hallen involucrados los Congresistas, y siendo la competencia en materia penal un asunto de orden público, los sujetos procesales no pueden disponer de ella.

Suficientes razones son las anteriores para que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

RESUELVA

1°. *Rechazar* la petición del sindicado Tiberio Villarreal Ramos y de su defensor para que el presente asunto sea remitido a los señores Jueces Regionales.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ CONGRESISTA – Procedimiento

Una vez más debe la Sala indicar que el artículo 186 de la Constitución Política establece que la Corte Suprema de Justicia investigará y juzgará los hechos punibles cometidos por los congresistas, precepto éste que sólo consagra la competencia en torno a dicho asunto.

Es verdad que este postulado constitucional no fijó procedimiento alguno para el desarrollo de esa competencia como tampoco la ley se ocupó sobre el particular, lo que necesariamente conlleva a la remisión del estatuto procedimental penal para la consolidación del mandato supralegal.

Dentro del mismo se han establecido algunas reglas particulares para la llamada justicia regional, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que investiga y juzga, su pluriofensividad (pues afecta variados e importantes bienes jurídicos como los órdenes público, económico y social y la salud, seguridad y moral públicas, entre otros), así como la dificultad para investigarlos y comprobarlos, dada su complejidad, y que son las que debe aplicar la Sala, por haber sido estatuidas atendiendo a la naturaleza jurídica de la infracción y no a la calidad jurídica del procesado ni a la categoría del funcionario encargado de adelantar el proceso.

El hecho de que aquél sea aforado, no cambia la naturaleza del hecho punible, ni le resta gravedad, ni aminora su multiofensividad, ni disminuye la dificultad para demostrarlo, por lo que aparece no sólo lógico, sino necesario aplicar tales previsiones legales.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., enero veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor Jorge E. Córdoba Poveda

Aprobado Acta No. 05

Proceso No. 10474

VISTO

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado Álvaro Enrique Benedetti Vargas contra la providencia del pasado seis de diciembre, por medio de la cual se profirió resolución de acusación en su contra.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del sindicado expone cuatro argumentos que sustentan su inconformidad con la providencia impugnada, lo cuales se sintetizan así:

1.- Sostiene que la competencia de la Corte para investigar y juzgar a los congresistas es plena, lo que implica que sobre ellos recae el derecho subjetivo al fuero integral.

Así el impugnante, luego de transcribir la parte pertinente de la providencia recurrida respecto de las nulidades, asevera que la tendencia del proceso penal es "no dar a un mismo competente una pluralidad de procedimientos".

Señala que a la justicia regional se le ha diseñado un procedimiento especial y que la ley "se lo difiere sólo a ella".

Por ello, dice, en nuestro sistema procesal no existe precepto legal o constitucional que le "atribuya a la Corte competencia para aplicar el procedimiento previsto en el artículo 457, en el 415, en el 397 numeral 1, entre otros". Es decir, "no hay norma legal que dé soporte o competencia a la Corte para aplicar un procedimiento especial exclusivo de la competencia regional".

Concluye el memorialista afirmando que

"La defensa, al menos como constancia, quiere manifestar que en su opinión respetuosa, el proceso que se está aplicando en este caso no tiene soporte en la constitución ni en la ley. La Corte no tiene competencia para aplicar un procedimiento que la ley atribuye de manera exclusiva y excluyente a los fiscales y jueces regionales. Y no la tiene porque ni la Constitución ni la ley se la atribuyen".

2.- El testimonio de Guillermo Alejandro Pallomari González fue la columna vertebral de la prueba de cargo. No obstante, dice el memorialista, el derecho de contradicción sobre este elemento de juicio fue "francamente limitado".

Después de citar las páginas de la providencia impugnada en las cuales se hace referencia a dicha declaración, asegura que en materia de garantías "no es posible afirmar que ellas se satisfacen con residuos o remanentes. Se necesita que la garantía sea plena y dentro de la plenitud del Derecho de controversia y sin negar que es un complejo de múltiples opciones, una de las más importantes es la del *control de la producción de la prueba*" (Subrayado es del texto).

En ese orden de ideas, en criterio de la defensa, el procesado tiene derecho a estar presente en la práctica de las pruebas, para así por lo menos asegurarse de la identidad del deponente y que el mismo declaró libre y voluntariamente.

Finaliza insistiendo en que:

"No considero que sea compatible con un estado social de derecho el vaciamiento del contenido de las garantías del debido proceso para dejar el solo cascarón o apariencia. Por esta vía de las garantías 'a medias' se llegue con mucha facilidad a prescindir de ellas".

3.- En este acápite se refiere a que la conducta investigada no se adecua al tipo penal del enriquecimiento ilícito de particular imputado a su defendido.

Considera que no hay concurso aparente de tipos por resolver, por cuanto que la imputación del mencionado hecho punible constituye "un estrujamiento a la realidad, a las verdades que están demostradas en el proceso y a las mismas proposiciones admitidas por la Sala, incluso en su misma providencia".

Luego de trascribir un párrafo de las consideraciones de la providencia recurrida y de asegurar que los hechos investigados ocurrieron con posterioridad al 20 de julio de 1994, fecha en la cual el procesado se posesionó como congresista, dice que la conducta no fue realizada por un particular sino por un miembro de una corporación pública, esto es, por un servidor público.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la mencionada providencia señala al procesado como congresista y que según Pallomari el dinero recibido tuvo como objeto, entre otros, prestar ayuda política, concluye que el "incremento patrimonial no justificado lo fue por razón del cargo o de sus funciones", como Representante a la Cámara, conducta que coincide con la hipótesis del artículo 148 del Código Penal.

Frente a tales consideraciones, surge entonces clara la conclusión según la cual "el artículo 10 del decreto 2266 de 1991 no describe lo mismo que el artículo 148 del Código Penal, lo que finalmente descarta la apariencia de concurso de tipos penales aplicables".

De otra parte, el aumento patrimonial injustificado en el enriquecimiento ilícito de servidor público no excluye el origen ilícito, además de que el precepto no exige que éste provenga del ejercicio propio del cargo, ya que la expresión "por razón del cargo o de las funciones" siempre se ha utilizado como sinónimo de "por ocasión" o "con ocasión", "que es una fórmula usada por el legislador cuando quiere dar una noción amplia de nexo causal".

También señala que el artículo 148 del Código Penal no exige que el enriquecimiento provenga de bienes distintos a la actividad de narcotráfico y conexos, tal como lo sostiene la misma Sala.

Así las cosas, asevera que si la Corte insiste en mantener vigente la resolución de acusación, se le debe imputar al procesado el tipo penal contenido en el artículo 148 del Código Penal.

Concluye afirmando que:

"Es evidente la mayor riqueza descriptiva del tipo penal contenido en el artículo 148 del C.P. con relación al contenido en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991.

También por esta razón la norma aplicable es la del Código Penal".

En el acápite que denominó de "peticiones", solicita a esta Corporación que declare las nulidades invocadas en el alegato de conclusión. Subsidiariamente demanda la variación de la adecuación típica en los términos precedentemente expuestos.

Por último, insiste en la libertad provisional de su defendido en el evento de la variación de la calificación jurídica de los hechos o en la detención domiciliaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Teniendo en cuenta que el memorialista plantea tres temas diferentes sustentatorios del recurso de reposición, la Corte procederá al estudio independiente de cada uno, iniciando con aquél que atañe con la solicitud de nulidad, dado el principio de prioridad.

Desde ya debe la Sala advertir que los argumentos expuestos por el señor defensor del procesado, nada nuevo aportan a lo afirmado por él en el alegato precalificatorio, lo que necesariamente conlleva a concluir que la providencia recurrida no se modificará.

1.- En efecto, insiste el impugnante en que el procedimiento aplicable a este asunto es el ordinario que contempla el Código de Procedimiento Penal y no el estatuido para los procesos adelantados en la justicia regional, pues, en su criterio, no existe precepto constitucional o legal que así lo autorice.

Una vez más debe la Sala indicar que el artículo 186 de la Constitución Política establece que la Corte Suprema de Justicia investigará y juzgará los hechos punibles cometidos por los congresistas, precepto éste que sólo consagra la competencia en torno a dicho asunto.

Es verdad que este postulado constitucional no fijó procedimiento alguno para el desarrollo de esa competencia como tampoco la ley se ocupó sobre el particular, lo que necesariamente conlleva a la remisión del estatuto procedimental penal para la consolidación del mandato supralegal.

Dentro del mismo se han establecido algunas reglas particulares para la llamada justicia regional, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que investiga y juzga, su pluriofensividad (pues afecta variados e importantes bienes jurídicos como los órdenes público, económico y social y la salud, seguridad y moral públicas, entre otros), así como la dificultad para investigarlos y comprobarlos, dada su complejidad, y que son las que debe aplicar la Sala, por haber sido estatuidas atendiendo a la naturaleza jurídica de la infracción y no a la calidad jurídica del procesado ni a la categoría del funcionario encargado de adelantar el proceso.

El hecho de que aquél sea aforado, no cambia la naturaleza del hecho punible, ni le resta gravedad, ni aminora su multiofensividad, ni disminuye la dificultad para demostrarlo, por lo que aparece no sólo lógico, sino necesario aplicar tales previsiones legales.

Como lo ha reiterado la Sala, un entendimiento diferente crearía un tratamiento desigual que implicaría hacerle producir al fuero efectos que no tiene.

En estas condiciones la nulidad planteada no está llamada a prosperar.

2.- La siguiente inconformidad la hace consistir en que la Corte limitó el derecho de contradicción respecto del testimonio de Guillermo Alejandro

Pallomari, por cuanto que la defensa no pudo "controlar la producción" de este medio de convicción, que es la columna vertebral de la prueba de cargo, en forma tal que el procesado no pudo asegurarse de la existencia del deponente, de su identidad y de la libertad y voluntariedad de su declaración.

Tampoco le asiste razón al memorialista, en la medida en que no es cierto que la resolución de acusación se haya soportado básicamente en el citado medio de prueba; como tampoco que esté sub judice la identidad del declarante o que su versión sea fruto de algún tipo de presiones.

En efecto, como se advirtió en el calificatorio, debe nuevamente señalarse que es la múltiple prueba allegada al proceso la que se encarga de darle sustento y corroborar lo declarado por el señor Pallomari, cuya versión no es sino una de las piezas del caudal probatorio allegado en contra del Doctor Benedetti.

De igual manera, para la Sala resulta claro que fue el mentado Guillermo Alejandro Pallomari la persona que sin ningún tipo de presión rindió declaración testimonial ante la Comisión Especial de Fiscales designada para el efecto, pues no existe ningún medio de prueba que demuestre lo contrario, ni la defensa ha aportado elementos de juicio que sustenten sus afirmaciones.

Finalmente, no se ajusta a la realidad procesal la aseveración según la cual en este proceso se limitó el derecho que la defensa tenía de hacerse presente en la práctica de la multicitada declaración, ya que como se dijo en decisión del 9 de abril de 1996, "la prueba fue ordenada mediante auto del 30 de noviembre de 1995, conocido por todos los sujetos procesales, sin que por parte de la defensa se hubiera manifestado la voluntad de asistir a su práctica, o formulado interrogatorio por escrito", lo que conlleva a colegir que los sujetos tuvieron todas las oportunidades para participar en la recepción de este testimonio y, por lo mismo "controlar su producción".

No se puede entonces alegar ahora, como lo hace el connotado recurrente, quebrantos al derecho de defensa. Por consiguiente, al haber estado el procesado rodeado de la máximas garantías judiciales que establece nuestro sistema jurídico, la petición de nulidad en torno a este aspecto tampoco tiene vocación de prosperidad.

3.- La ultima petición que hace el señor defensor consiste en que el delito de enriquecimiento ilícito de particular imputado al doctor Benedetti Vargas no se tipifica, por cuanto que en la misma resolución de acusación se le tiene como un servidor público que de haber delinquido lo habría hecho con ocasión de sus funciones.

Es verdad que a lo largo de la providencia se le reconoce al doctor Benedetti la calidad de congresista. Sin embargo, ello hace relación exclusivamente a la competencia que tal investidura le otorga a la Corte para investigar y juzgar dichos aforados y no, como lo argumenta el recurrente, que esa condición haya servido de parámetro para el proceso de adecuación típica.

Aseverar, que por ser congresista y obtener coetáneamente incremento patrimonial injustificado, la conducta se subsume en la descripción del art.148 del C. P., es desconocer que no basta la calidad de servidor público y el incremento patrimonial no justificado, sino que además es menester que existe relación entre los dos, esto es, que el citado aumento lo sea por razón del cargo o de las funciones, lo que hasta el presente no aparece demostrado en el expediente, ni por prueba directa ni indiciaria.

Por otra parte, tampoco entiende la Sala cómo de la afirmación del señor Pallomari de que el dinero girado al procesado lo fue, entre otros objetivos, "como ayuda política", pueda inferirse esa relación, pues tal ayuda se le puede prestar a cualquier persona, sin ser servidor público, por ejemplo para financiar su campaña política con el fin de acceder a los cargos de elección popular.

En conclusión, no aparece demostrado que el enriquecimiento ilícito imputado se haya obtenido por razón del cargo o de las funciones ejercidas por el doctor Benedetti Vargas en su calidad de Representante a la Cámara. Unicamente, como se ha dicho, probado está que de las conocidas empresas de fachada del Cartel del Cali, salieron distintas sumas de dinero con destino al patrimonio del sindicado, conociendo éste su origen ilícito.

También debe advertirse que para la Corte, en el presente caso, nunca ha existido concurso aparente de tipos. Por el contrario, la adecuación típica ha surgido clara del estudio conjunto y mancomunado de los elementos de juicio que obran en el proceso.

Finalmente, sobre la libertad provisional o la detención domiciliaria, la Sala se remite a lo dicho en la providencia impugnada, que textualmente reza:

"Por último, insiste el defensor en la petición de detención domiciliaria, agregando que la "negativa de esta modalidad de detención para el Dr. Benedetti es violatoria de tratados internacionales suscritos por Colombia, de la Constitución y de la ley".

Sobre el tema la Corte debe reiterar que es la misma ley la que impide el proferimiento de esta medida de aseguramiento respecto del delito de enriquecimiento ilícito de particular, de conocimiento de las autoridades judiciales

regionales, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Por consiguiente, siendo claro que la normatividad vigente se encarga de excluir dicha medida de aseguramiento cuando se está frente al mencionado hecho punible, no queda otra alternativa distinta a la de negar la solicitud de la defensa".

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

RESUELVE

No reponer la providencia del 6 de diciembre de 1996, por medio de la cual la Corte profirió resolución de acusación en contra del doctor Álvaro Enrique Benedetti Vargas, por el delito de enriquecimiento ilícito de particular.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

APODERADO – Legitimidad

El primer aspecto que debe considerar cualquier autoridad judicial al estudiar la viabilidad de una acción o de un recurso interpuestos en representación de otro, es el de la legitimidad tanto sustancial como procesal que para actuar se ostente.

Es cierto que el inciso final del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal admite que dentro de la actuación penal los abogados no hagan presentación personal de sus escritos. Pero como esa autorización se condiciona al hecho de que previamente "hayan sido reconocidos".

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C. veintiocho (28) de enero de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.07.

Proceso: 12595

VISTOS

Se decide sobre la admisibilidad de la demanda mediante la cual se instaura la acción de revisión del proceso penal adelantado contra José Manuel Cano López, quien resultó condenado como autor del delito de homicidio consumado en Jorge Iván Díaz Osorio.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 26 de septiembre de 1995, del Tribunal Superior de Antioquia, se revocó la absolución que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Andés había impartido en favor José Manuel Cano López, por el delito de homicidio cometido en contra de Jorge Iván Díaz Osorio, y en su lugar se le

condenó a la pena principal de dieciséis (16) años y seis (6) meses de prisión y a las demás cargas inherentes a esa reponsabilidad.

Pese a que en contra de esta decisión se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación, a la postre se le declaró desierto por cuanto no se presentó la respectiva demanda en el lapso que concedía la ley.

LA DEMANDA

A la Secretaría de la Sala llegó por correo un poder otorgado por José Manuel Cano López al abogado Fabio Reyes Ochoa, encargándole la instauración de una acción de revisión dentro del proceso referenciado; escrito que carece de presentación personal, autenticación o pase del establecimiento carcelario en donde el sentenciado se encuentra privado de la libertad.

Al memorial anterior se adjunta un escrito de demanda, también sin constancia de presentación personal, en el cual se impetra la admisión de la acción de revisión y se agregan copias autenticadas de las sentencias de primera y segunda instancia y del auto que declaró desierto el recurso de casación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El primer aspecto que debe considerar cualquier autoridad judicial al estudiar la viabilidad de una acción o de un recurso interpuestos en representación de otro, es el de la legitimidad tanto sustancial como procesal que para actuar se ostente.

En este caso es indudable que el sentenciado José Manuel Cano López tiene interés jurídico para promover la acción de revisión, dada su condición de penalmente condenado, por lo que la legitimación ad causam no ofrece discusión alguna. Mas no ocurre igual con la legitimación procesal, por cuanto no aparece debidamente acreditada, dado que el memorial poder carece de cualquier constancia que corrobore el origen subjetivo del mandato, sea mediante autenticación, ora de representación personal, o bien del pase de la oficina jurídica de la cárcel en donde se encuentra recluido el otorgante.

Por otra parte, tampoco el profesional que dice apoderar al rematado cumple la diligencia de presentación personal del poder o la demanda, formalidad llamada a acreditar su condición de abogado titulado.

Es cierto que el inciso final del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal admite que dentro de la actuación penal los abogados no hagan presentación personal de sus escritos. Pero como esa autorización se condiciona al hecho de

que previamente "hayan sido reconocidos", y no es esa la situación que acredita el doctor Reyes Ochoa, tiénese por incumplida la carga impuesta en los artículos 139 y 157 del mismo ordenamiento procesal, al pie de la que indica el artículo 22 del Decreto 196 de 1971, y ello conducirá a la Sala a no reconocer personería al apoderado, como a abstenerse de darle curso a su petición, haciéndole devolución de su escrito para que si a bien lo tiene subsane las deficiencias anotadas, en caso de que persista su interés de instaurar la acción de revisión.

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

RESUELVE:

Abstenerse de reconocer personería al abogado Fabio Reyes Ochoa para actuar a nombre del sentenciado José Manuel Cano López, y de otorgar impulso a sus pretensiones, sin perjuicio del cumplimiento futuro que de a los requisitos sobre presentación del mandato y la demanda que quedan reseñados.

Devuélvanse para ese fin el libelo y sus anexos a su remitente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego (No firmó), Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION/ PRUEBA – Finalidad

*El cambio de radicación previsto por los artículos 83 y Ss. del Código de Procedimiento Penal, tiene como finalidad la preservación del orden público, de la imparcialidad e independencia en la dirección de la actuación, de las garantías fundamentales y de la seguridad e integridad del sindicado. En lo tocante con el trámite del incidente de cambio de radicación, el artículo 85 ejusdem enseña que: "**La solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda...**" (subraya y negrilla fuera del texto).*

En esta clase de incidente no existe período probatorio que pueda adelantar el funcionario llamado por la ley a definirlo; en otras palabras, no hay práctica de pruebas a iniciativa de parte ni de oficio, pues éstas deben ser presentadas con la solicitud, con los argumentos que la fundamentan, si se aspira a que prospere. En caso contrario, la pretensión no está llamada a ser acogida, pues no puede la Corte o el Tribunal, según el caso, suplir deficiencias en los planteamientos y la prueba a cargo del sujeto procesal interesado.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., enero treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.09

Proceso: 12482

VISTOS

Decide la Corte, de plano, el incidente de cambio de radicación propuesto por el procesado John Freddy Camacho Useche.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Penal del Circuito de Granada, Meta, adelanta proceso reunificado contra *John Fredy Camacho Useche* y *Édgar Navarro García*, por el delito de homicidio en grado de tentativa de que fuera víctima *Edilberto Bemúdez Yate*, en hechos ocurridos el 25 de septiembre de 1991 en un predio rural ubicado en el municipio de Fuente de Oro.

2. El procesado Camacho Useche, quien se encontraba privado de su libertad en la Penitenciaría Nacional "El Barne" de Tunja, en cumplimiento de pena impuesta por un Juez Regional de Santafé de Bogotá que lo condenó en sentencia anticipada de fecha 9 de noviembre de 1994 por el delito de rebelión, fue trasladado el 5 de septiembre de 1996 a la Cárcel del Circuito Judicial de Granada (f. 394), con el fin de llevar a cabo la audiencia pública de juzgamiento, fijada por el Juez Penal de ese Circuito para el pasado 19 de septiembre.

3. El debate no pudo iniciarse en la fecha indicada por ausencia del defensor del implicado Navarro García (f. 397). Emerge entonces (fs. 398 y 399) que el acusado Camacho Useche pidió que la actuación fuera remitida a esta corporación para que decida el cambio de radicación de su asunto, proceso que solicita sea fijado en el Distrito y Circuito de Tunja, toda vez que "En el departamento del Meta, en cualquier cárcel que sea recluído, así sea transitoriamente, mi vida corre serio peligro, pues estoy amenazado de muerte por los paramilitares, debido a que fuí sindicado del delito de rebelión".

Para comprobar el motivo de su petición, pide que se ordene el acopio de las siguientes pruebas: "1° Oficiar al Gobierno Nacional y del Departamento del Meta, pidiendo información sobre la existencia de grupos insurgentes de izquierda y paramilitares. 2° Oficiar al Director de la Penitenciaría El Barne pidiendo información si en mi hoja de vida existen constancias de que he sido sindicado del delito de rebelión. 3° Oficiar al Juez Regional de Bogotá pidiendo copia de la sentencia condenatoria que me infligió como responsable del delito de rebelión. 4° Solicitar a las cárceles del Circuito de Granada y Penitenciarías de la Picota y El Barne, pidiendo copia de las resoluciones de traslado para verificar las razones que las motivaron, y, a éstas dos últimas, si he tenido que ser recluído en pabellones de seguridad".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cambio de radicación previsto por los artículos 83 y Ss. del Código de Procedimiento Penal, tiene como finalidad la preservación del orden público, de

la imparcialidad e independencia en la dirección de la actuación, de las garantías fundamentales y de la seguridad e integridad del sindicado.

En lo tocante con el trámite del incidente de cambio de radicación, el artículo 85 ejusdem enseña que: "La solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda..." (subraya y negrilla fuera del texto).

En esta clase de incidente no existe período probatorio que pueda adelantar el funcionario llamado por la ley a definirlo; en otras palabras, no hay práctica de pruebas a iniciativa de parte ni de oficio, pues éstas deben ser presentadas con la solicitud, con los argumentos que la fundamentan, si se aspira a que prospere. En caso contrario, la pretensión no está llamada a ser acogida, pues no puede la Corte o el Tribunal, según el caso, suplir deficiencias en los planteamientos y la prueba a cargo del sujeto procesal interesado.

En el caso propuesto, ningún medio de convicción aporta el procesado en orden a demostrar el temor que le infunde a su seguridad la presunta e hipotética actuación de un grupo de personas denominado de manera genérica, que atentaría contra él en Granada.

No específica las posibles amenazas, que dice en forma imprecisa haber recibido por el hecho de que fue procesado por delito contra el régimen constitucional, ni expresa objeción alguna, atinente a su indemnidad, acerca del trámite procesal que ha sido adelantado por los funcionarios competentes.

El simple traslado de establecimiento carcelario para la realización de un acto procesal no comporta en manera alguna que haya necesidad de cambiar a los jueces naturales y, de otra parte, ese cambio de centro de reclusión, que es en realidad lo que preocupa al peticionario, tiene previsto en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de solución (arts. 405 C. de P. P. y 75 de la Ley 65 de 1993), pero no por vía del incidente propuesto.

Se negará entonces el cambio de radicación solicitado.

Sin perjuicio de lo anterior, copias de esta providencia y del escrito presentado por John Fredy Camacho Useche serán enviadas a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, y a la Cárcel del Circuito Judicial de Granada, Meta, para que en ejercicio de sus facultades adopten las prevenciones que puedan estimar del caso, en orden a garantizar la seguridad del mencionado recluso.

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

RESUELVE

1. No acceder al cambio de radicación propuesto por el procesado John Fredy Camacho Useche.

2.Por la Secretaría de la Sala y con la finalidad y destino indicados en precedencia, compúlsense las copias señaladas.

3. Regrese la actuación al despacho de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PENA/ PERSONALIDAD DEL PROCESADO

El factor "personalidad" lo incluye el legislador entre los criterios para graduar la pena (art. 61 C. P.), como requisito para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional (art. 68 C. P.), y en el evento en estudio, de manera que no puede afirmarse válidamente que el haberlo tenido en cuenta para la dosificación de la pena o para negar la suspensión de la condena impide que pueda ser apreciado para definir la libertad condicional, pues en cada caso se mira con propósito diferente.

Si bien algunos autores, entre ellos el que cita el recurrente, ven en el elemento personalidad un aspecto muy complejo a cuya medida justa muy difícilmente podría llegar el juez sin colaboración de expertos, la Sala no lo cree así, de modo que en providencia del 24 de abril de 1992, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez se refirió al punto en los siguientes términos:

"Algunos quieren hacer del concepto de la "personalidad", para efectos de la dosificación de la pena (art.61 C. P.) o de la concesión del subrogado (art. 68 ibídem) (o del subrogado de la libertad condicional (art. 72 ibídem, agrega la Sala) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por especialistas en sicología , siquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por esta clase de científicos. La ley no es tan escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones más a la mano, de más fácil manejo, de verificación más posible y real, de alcances más generales y valorables por el común de las gentes, con la formación corriente que suele acompañar a víctimas y victimarios, o a abogados de defensa y de parte civil o integrantes del ministerio público, o en fin al nivel de formación básica de los integrantes de la judicatura. Intentar cambiar estos derroteros tan sencillamente ideados por el legislador, sería dar ocasión a que el proceso de negación o de otorgamiento de la condena de ejecución condicional, fuese labor más complicada de la que concentra el descubrimiento de un delito, la demostración del ente infraccional y la conclusión de un juicio de

reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según el interés que le mueva, encontraría, parapetado en una tesis, la personalidad del procesado incompatible con este subrogado o, por el contrario, abiertamente subsumible en los factores que gobiernan su concesión. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro sistema penitenciario como elemento válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado".

Y más adelante se agrega: "La personalidad del procesado, en su fijación, tendrá que relacionarse con lo que es él, en sí, en su conducta individual o familiar o social, en sus características forma de vida (oficios, artes o profesiones lícitas) y en sus condicionamientos comportamentales, que permitan confiar, fundadamente, en que resulta más provechoso para él y la colectividad sustraerle de la reclusión que efectivizar, en un medio carcelario, la pena privativa de la libertad impuesta".

La idea de la readaptación social no se restringe a que el delincuente sea un interno disciplinado, porque igual al salir a la calle puede en forma inmediata volver a delinquir, sino a que todos los elementos le den la convicción al juez de que al hacerlo se va integrar a la sociedad comprendiendo que no debe volver a incurrir en conductas reprochables.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casacion Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., febrero cuatro de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 10

Proceso: 12697

VISTOS

Por apelación conoce la Sala del auto por medio del cual el Tribunal Nacional le negó al sentenciado *Alirio de Jesus Tobón Duque* el subrogado de la libertad condicional solicitada por su defensor.

ANTECEDENTES

1º Mediante sentencia de fecha 27 de julio de 1995, el Tribunal Nacional condenó a Alirio de Jesus Tobón Duque a la pena privativa de la libertad de 50

meses de prisión, al hallarlo responsable del delito de concusión, fallo que fue confirmada por la Corte al resolver el recurso de apelación.

2º El defensor del condenado solicitó la libertad provisional con fundamento en la viabilidad de la libertad condicional, al parecer por no estar enterado en ese momento de la confirmación de la sentencia de primera instancia, limitándose a decir que la conducta en el establecimiento carcelario fue calificada como ejemplar, y que en atención al tiempo efectivo de reclusión y a la rebaja de pena a que pueda tener derecho por trabajo, su cliente ya cumplió las dos terceras partes de la pena impuesta.

3º El Tribunal Nacional, acogiendo una providencia de ésta Sala, se declaró competente para resolver sobre la petición de libertad, la cual negó con base en los siguientes argumentos:

Dado el tiempo que el implicado ha permanecido en cautiverio y los descuentos a que tiene derecho por trabajo, es claro que ha superado las dos terceras partes de la pena impuesta, sin embargo la gravedad del hecho punible, la calidad del agente, la preparación ponderada y el deliberado propósito que se vio en la actuación, permiten inferir una personalidad altamente inmoral e insensible que merece todo el reproche del Estado. Y agregó:

"Tobón Duque obedeció únicamente a un afán de lucro económico fácil, sin parar mientes en el inmenso daño que con su conducta le estaba ocasionando a la administración pública, donde en las condiciones en que se encuentra el país, se exige de sus funcionarios absoluta rectitud y pulcritud en el manejo de sus asuntos, más cuando se es operador de derecho porque las esperanzas de los asociados en recuperar la confianza en sus instituciones gira la mayoría de las veces en torno a sus jueces; estos elementos de juicio nos permiten concluir que existe una poderosa razón de estado en aras de defensa del interés general que nos indica cómo este tipo de conductas deben ser sancionadas en proporción al daño que causan al conglomerado y por ello es imperativo ser más drásticos con sujetos activos calificados de esta categoría pues lo vulnerado no es ni más ni menos que la majestad de la justicia".

"Así mismo, desdice de su personalidad la actitud que este reo asumió dentro de la investigación, pues nada aportó para el esclarecimiento de los hechos y, esa rebeldía o desgano, además de producir un innecesario desgaste de la administración de justicia denota también una mayor insensibilidad moral y ética que sugiere el tratamiento penitenciario completo, pues es claro que el procesado sabía perfectamente del daño que producía a la sociedad con su conducta, conoce quienes fueron sus copartícipes del punible, seguramente sabe quién se quedó

con el dinero exigido ilícitamente y sin embargo prefiere acudir a argumentos equívocos tratando de engañar con el innegable propósito de desviar el cueros probatorio, incluso pretendiendo hacer aparecer como mendaces a quienes le formularon cargos por su censurable conducta."

4° Esta decisión fue recurrida por el sentenciado, quien estima que el Tribunal Nacional no tenía competencia para resolver la solicitud de excarcelación en razón a que la facultad para ejecutar la pena radica en los jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Sostiene que el pronunciamiento de la Corte que cita el Tribunal es anterior al actual Código de Procedimiento Penal, y a la Ley 65 de 1.993 que establece la competencia y las funciones respecto a la libertad que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia.

Con relación al factor subjetivo que prevé el artículo 72 del Código Penal para el otorgamiento de la libertad condicional, manifiesta que el concepto de personalidad suscita dificultades porque su estudio y determinación no siempre se hace de manera científica, razón por la cual el tratadista Luis Carlos Pérez lo califican como juicio aventurado e incierto, al tiempo que ésta Corporación en auto del 10 de marzo de 1.981, anhela que se pudieran hacer exploraciones científicas.

El comportamiento asumido con posterioridad a la sentencia, especialmente en el establecimiento carcelario, es el de mayor importancia para saber si la pena ha cumplido con la función resocializadora. La personalidad del condenado se refiere a la etapa de la vida del reo después de la comisión del delito, porque al imponer la pena el juez tiene necesidad de detenerse en el comportamiento anterior y concomitante al hecho punible, aspecto que no puede tomarse de nuevo para la procedencia de la libertad condicional. Cita una decisión de la Corte según la cual para el estudio de la libertad condicional la personalidad debe valorarse por la conducta en el establecimiento carcelario, su dedicación en actividades que se programen en cada centro de reclusión, sus antecedentes penales, de policía y disciplinarios durante el tiempo de detención, y todo aquello que lleve al Juez a la conclusión de que el procesado se ha rehabilitado para vivir en sociedad.

Aduce que habiendo superado las dos terceras partes de la pena, debe examinarse si ésta ha cumplido la función resocializadora, porque la concesión de la libertad condicional no depende de la gravedad y modalidad del hecho punible, ya que estos aspectos se tiene en cuenta al momento de proferir la sentencia y el concepto de personalidad para estudiar el subrogado que solicita no puede considerarse nuevamente porque se estaría violando el principio del non bis in idem.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El impugnante cuestiona dos aspectos del auto proferido por el Tribunal Nacional, a saber: la competencia, y el entendimiento dado al concepto de personalidad previsto en el artículo 72 del Código Penal.

En cuanto a lo primero, basta recordar que en providencia del 24 de abril de 1.996, citada por el ad quo posterior al estatuto procesal vigente y a la Ley 65 de 1993, con ponencia de quien aquí cumple igual cometido, la Sala concluyó que no obstante que en la actualidad existen los jueces de ejecución de penas, en los casos de aforados "la competencia del fallador se mantiene inalterable, pues mal podría entenderse que la garantía del fuero termina con el proferimiento de la sentencia, como quiera que en la etapa posterior a ella, esto es, durante su ejecución, hay decisiones de trascendental importancia, respecto de las cuales obran las mismas razones que fundamentan el fuero para la investigación y/o el juzgamiento.

Este criterio no ha cambiado, por el contrario, en esta oportunidad se reitera que el fuero ampara al procesado aún respecto de las decisiones que corresponda tomar durante la ejecución de la pena.

En cuanto a lo segundo, es cierto que al condenado se le impuso una pena de prisión mayor de dos (2) años, que de la misma ya descontó las dos terceras partes, y que el Director de la cárcel calificó su conducta en el establecimiento como ejemplar, pero también lo es que el artículo 72 del Código Penal dispone que se puede conceder la libertad condicional cuando, además de los requisitos mencionados, su personalidad y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.

El factor "personalidad" lo incluye el legislador entre los criterios para graduar la pena (art. 61 C. P.), como requisito para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional (art. 68 C. P.), y en el evento en estudio, de manera que no puede afirmarse válidamente que el haberlo tenido en cuenta para la dosificación de la pena o para negar la suspensión de la condena impide que pueda ser apreciado para definir la libertad condicional, pues en cada caso se mira con propósito diferente.

Si bien algunos autores, entre ellos el que cita el recurrente, ven en el elemento personalidad un aspecto muy complejo a cuya medida justa muy difícilmente podría llegar el juez sin colaboración de expertos, la Sala no lo cree así, de modo que en providencia del 24 de abril de 1992, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez se refirió al punto en los siguientes términos:

"Algunos quieren hacer del concepto de la "personalidad", para efectos de la dosificación de la pena (art.61 C. P.) o de la concesión del subrogado (art. 68 ibídem) (o del subrogado de la libertad condicional (art. 72 ibídem, agrega la Sala) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por especialistas en sicología , siquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por esta clase de científicos. La ley no es tan escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones más a la mano, de más fácil manejo, de verificación más posible y real, de alcances más generales y valorables por el común de las gentes, con la formación corriente que suele acompañar a víctimas y victimarios, o a abogados de defensa y de parte civil o integrantes del ministerio público, o en fin al nivel de formación básica de los integrantes de la judicatura. Intentar cambiar estos derroteros tan sencillamente ideados por el legislador, sería dar ocasión a que el proceso de negación o de otorgamiento de la condena de ejecución condicional, fuese labor más complicada de la que concentra el descubrimiento de un delito, la demostración del ente infraccional y la conclusión de un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según el interés que le mueva, encontraría, parapetado en una tesis, la personalidad del procesado incompatible con este subrogado o, por el contrario, abiertamente subsumible en los factores que gobiernan su concesión. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro sistema penitenciario como elemento válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado".

Y más adelante se agrega: "La personalidad del procesado, en su fijación, tendrá que relacionarse con lo que es él, en sí, en su conducta individual o familiar o social, en sus características forma de vida (oficios, artes o profesiones lícitas) y en sus condicionamientos comportamentales, que permitan confiar, fundadamente, en que resulta más provechoso para él y la colectividad sustraerle de la reclusión que efectivizar, en un medio carcelario, la pena privativa de la libertad impuesta".

Pues bien, precisado que el concepto de personalidad que emplea el legislador en los casos anotados es el que está al alcance del sentenciador y de los sujetos procesales, y que se infiere de distintos factores como lo son la conducta ejecutada, las circunstancias que la rodearon, los motivos determinantes, el comportamiento social y familiar etc, es del caso recordar que el doctor Alirio de Jesús Tobón es un profesional del derecho que logró ocupar la posición de fiscal seccional en la ciudad de Medellín, y estando en el ejercicio del cargo obtuvo de una persona la suma de ocho millones de pesos a cambio de la libertad de su hermano, hecho que ante la contundencia de las pruebas recaudadas fue admitido por el implicado.

No se necesita ser especialista en la materia para entender que un funcionario que realiza tal comportamiento carece de todo escrúpulo, que demuestra una personalidad inclinada de tal modo al delito, que pasó por sobre toda consideración no sólo para traicionar la confianza que le fue depositada, sino precisamente para valerse de ella como medio para consumar su agresión. Que no se diga que esta clase de apreciaciones son únicamente para graduar la pena, porque también son válidas para analizar la conveniencia de su cumplimiento total con miras a una verdadera readaptación, que no la demuestra el sólo hecho de observar buena conducta en la cárcel.

La idea de la readaptación social no se restringe a que el delincuente sea un interno disciplinado, porque igual al salir a la calle puede en forma inmediata volver a delinquir, sino a que todos los elementos le den la convicción al juez de que al hacerlo se va integrar a la sociedad comprendiendo que no debe volver a incurrir en conductas reprochables, situación que no e da en el caso del recurrente como en forma atinada concluyó el Tribunal.

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

RESUELVE

Confirmar la providencia objeto del recurso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote. Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel , Jorge E. Cordoba Poveda, Jorge Anibal Gomez Gallego, Carlos E. Mejia Escobar, Didimo Paez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan Manuel Torres Fresneda

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria

PRUEBA/ AUDIENCIA PUBLICA

El artículo 448 del Código de Procedimiento penal es muy claro al señalar que las pruebas decretadas en la etapa del juicio se practicarán en la audiencia pública, excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos, y si de ellas surgen otras que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, deben ser solicitadas y recaudada antes de que finalice la audiencia pública.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C., febrero cinco de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 011

Proceso: 7830

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado *Leovigildo Gutiérrez Puentes*, contra el auto por medio del cual se ordenó la práctica de algunas pruebas y se negaron otras.

SUSTENTACION DEL RECURSO

La inconformidad se limita a la diligencia de ampliación de indagatoria que se dispuso que fuera practicada en la audiencia pública, pues según el impugnante su defendido persiste en que se realice previamente, "toda vez que desea hacer algunas precisiones que necesariamente han de conducir a la eventualidad de decretar otras pruebas con base en las facultades de dirección que tiene en este caso el Juzgador colegiado, e inclusive con las mismas que de naturaleza oficiosa le asisten".

Agrega que el procesado frente al delito de enriquecimiento ilícito tiene algunas objeciones que se traducen en un análisis de naturaleza técnico-contable conforme al cual pretende aclarar los movimientos bancarios. A acudido a un experto en la materia y desea que la Sala conozca los aspectos de disentimiento, de donde seguramente han de sobrevenir otros medios de prueba los cuales pueden ser evacuados dentro de la audiencia.

Estima que el deseo de su cliente es procedente y por lo tanto recurre el auto mencionado a fin de que se acceda a esa solicitud.

Como una motivación más, el letrado afirma que resulta aconsejable escuchar al procesado antes de la audiencia, "situación razonable y justa si se tiene en cuenta la forma como se calificó el sumario sin que previamente el sindicado pudiese objetar la acusación por el enriquecimiento, oportunidad que surge ahora con la posibilidad de pedir pruebas en el juicio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°. El artículo 448 del Código de Procedimiento penal es muy claro al señalar que las pruebas decretadas en la etapa del juicio se practicarán en la audiencia pública, excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos, y si de ellas surgen otras que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, deben ser solicitadas y recaudada antes de que finalice la audiencia pública.

Así las cosas, es evidente que la solicitud del defensor debe ser rechazada, pues si el sustento es la posibilidad de que de la ampliación de la indagatoria surja la necesidad de practicar otras pruebas, ello no implica que deba recibirse antes de la audiencia, pues es una hipótesis que el estatuto procesal tiene prevista en el inciso segundo de la norma mencionada, con una fórmula que garantiza plenamente el derecho a la defensa.

De otra parte, es innegable que el propósito del acusado de hacer una explicación técnico contable de sus movimientos bancarios ante la Sala Penal de la Corte se logra de mejor manera en la diligencia de audiencia, en donde además, tanto los Magistrados como los sujetos procesales podrán hacer las preguntas que estimen pertinentes.

Como el defensor advierte que no conoce muy bien el proceso, sería importante que lo hiciera antes de hacer afirmaciones como la relativa a que el procesado, por la forma como se calificó el sumario, no pudo previamente objetar la acusación por enriquecimiento ilícito, tema sobre el cual la Corporación se ha

pronunciado en varias oportunidades, abundando en razones que demuestran que es una aseveración contraria a la realidad procesal.

2°. Para la celebración de la diligencia de audiencia pública se fija el día martes 18 de febrero del año en curso a las nueve de la mañana (9: A. M.).

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

RESUELVE

1°. No reponer la providencia impugnada.

2°. Señalar como fecha y hora para la celebración de la audiencia pública el día martes dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997) a las nueve de la mañana (9: A. M.).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ NULIDAD

Cuando el Juez, al dictar sentencia, se equivoca en la calificación jurídica de los hechos precitados en la acusación, porque adecúa la conducta investigada dentro de un tipo penal distinto del que la describe, la causal aducible en casación dependerá de la naturaleza del yerro. Si compromete el nomen iuris, entendido por tal la denominación genérica bajo la cual se agrupan distintos tipos penales dentro de un mismo Capítulo de la Parte Especial del Código Penal, la causal alegable será la tercera. Pero si el nomen iuris se mantiene dentro del género, la causal que debe invocarse será la primera.

Cada causal de casación, como se sabe, se inspira en unos determinados motivos, está sometida a una precisas técnicas en su demostración y tiene adscritas sus propias consecuencias jurídicas. Si la causal planteada es la primera o la segunda, la Corte, debe dictar fallo de sustitución, pero si es la tercera, y el vicio trasciende la sentencia, la solución será indefectiblemente la nulidad de la actuación en todo o parte (art.229 C. de P. P.).

Una de las razones por las cuales la errada calificación jurídica del hecho por fuera del nomen iuris debe atacarse dentro del ámbito de la causal tercera de casación, y no de la primera, está directamente vinculada con la consecuencia legalmente prevista para cada caso, pues si el casacionista escoge esta última, y la censura prospera, la Sala estaría obligada a dictar fallo de sustitución, lo cual implicaría entrar a condenar por un delito distinto del imputado en la resolución acusatoria, incurriendo de esta manera en un nuevo error judicial, denunciable dentro de los marcos de la causal segunda, por disconformidad de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Sobre la forma como su demostración debe asumirse, la Corte ha dicho que es obligación hacerlo siguiendo los lineamientos técnicos de la causal primera, con indicación de las normas de derecho sustancial que el juzgador

aplicó indebidamente y de las que correlativamente dejó de aplicar, las razones jurídicas de este desacierto y, si la indebida calificación se originó en errores de apreciación probatoria, el señalamiento de cada uno de ellos, si de existencia, identidad, legalidad o convicción, y de su trascendencia o incidencia en la parte dispositiva del fallo.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado Acta No.16

Proceso: 11768

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Héctor Hernán Delgado Palacio.

ANTECEDENTES

El 3 de enero de 1995, en el perímetro urbano del Municipio de Santa Rosa de Osos (Antioquia), Héctor Hernán Delgado Palacio atacó sorpresivamente con arma de fuego a Rodrigo Angel Alvarez Pérez, causándole una herida a nivel del décimo espacio intercostal, línea medio-escapular, que ameritó inicialmente una incapacidad de 40 días.

Por estos hechos, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos, mediante sentencia de 26 de septiembre de 1995, condenó a Héctor Hernán Delgado Palacio a la pena principal de 21 años de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio en el grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.162 y ss-1).

Apelado este fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Antioquia, mediante el suyo de 24 de noviembre de 1995, que ahora recurre en casación, lo confirmó integralmente (fls.204 y ss).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, apartado segundo, el actor acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993, y 22, 26 y 324 del Código Penal.

Al enunciar los motivos de la acusación, sostiene que el juzgador incurrió en errores de hecho y derecho al valorar el acervo probatorio, puesto que dejó de apreciar pruebas legalmente recogidas, realizó juicios falsos y apreció erróneamente otras. "Es así como le dio valor exclusivo a la deponencia del ofendido Rodrigo Alvarez Pérez, y a otras expresiones gaseosas que afloran en el proceso provenientes de testigos de oídas, que no concretaron lo que dicen haber escuchado, y descartó de plano, la aseveración directa del hermano de la víctima, Germán Darío Alvarez, que de manera fluida y radical expresa a folios 9 del cuaderno principal, que su consanguíneo jamás había sido amenazado por parte de Héctor Hernán o su familia" (fls.234). Dice que esta afirmación no fue tenida en cuenta por el Tribunal, debiendo haberlo sido, ya que el declarante tenía que saberlo.

Incurre también el fallador de instancia en contradicción al analizar lo manifestado por Héctor Hernán en su indagatoria y lo dicho por el ofendido Rodrigo Angel en su declaración, puesto que admite afirmaciones de ambos sobre incidentes pasados, pero termina dándole valor total a este último, lo cual riñe con la valoración que debe hacerse de la prueba, toda vez que "se le cree al uno o se le cree al otro, porque de no ser así y no habiendo otra prueba más que apoye lo del uno u otro, se tendrá que desechar este indicio" (fl.234).

Ocurre lo mismo cuando el fallador acepta lo manifestado por el ofendido en el sentido de haber acudido a la Inspección de Policía de Santa Rosa de Osos con el fin de iniciar proceso policivo por las amenazas de que era objeto, habiendo logrado la conminación, pues esta prueba, a pesar de haber sido solicitada por la fiscalía en su oportunidad, no fue aportada, y aún así se le tuvo como indicio en su contra, lo cual riñe con lo preceptuado en los artículos 247, 255 y 274 del estatuto procesal.

Puesto que estos yerros sirvieron para concluir que Héctor Hernán, de manera inequívoca, tenía ánimo de venganza e insistía en ella, debe afirmarse que el fallador se equivocó en la apreciación de los hechos.

A continuación sostiene que la idoneidad del arma para la producción del resultado, no es objeto de censura, "como si lo es la zona anatómica vulnerada y la repetición de golpes" (fls.235).

En relación con la zona anatómica interesada, el Tribunal concluyó que era esencialmente vital, cuando se sabe que en orden de prioridad está la cabeza como el centro de la vida de todo ser humano. Es más, si los disparos se hicieron a corta distancia (6 metros), y cuando la víctima caminaba desprevenidamente, "no sería entendible que hacia allí no dirigiera el arma, amén de que el dictamen médico legal no califica si el proyectil que impactó en la humanidad de Rodrigo Alvarez,

era de naturaleza mortal o simplemente mortal o tenía otro calificativo" (fls.235). Esto quiere decir que a su juicio no se fundamentó en esta prueba y que por tanto no se observó lo preceptuado en el artículo 262 ejusdem.

Qué no decir de la repetición de golpes. En la diligencia de allanamiento a la morada de Héctor Hernán Delgado, se halló junto a él el arma con 5 cartuchos y 2 vainillas, lo que quiere decir que 2 fueron los disparos realizados. Esto indica que pudiendo hacerlo, no agotó la carga, porque no existía propósito homicida. "Es aquí donde debe observarse la diferencia entre la repetición de golpes y la repetición del accionar de un arma y más tratándose de fuego, pues la repetición de golpes es manifestación de un propósito, lo que la repetición del accionar puede provenir de una acción instintiva que al parecer fue lo que sucedió" (fls.236).

Concluye diciendo que, de haberse apreciado y valorado dichas pruebas con observación de los artículos 247 y 254, se habría llegado a la conclusión de que el hecho no llenaba las exigencias para deducir tentativa de homicidio, pues si aparentemente existía en el procesado un motivo (muerte de su hermano Arsenio Delgado), los hechos reseñados no estaban acreditados. Esto indujo al fallador a dejar de aplicar el artículo 331 del Código Penal.

Con fundamento en estas argumentaciones, pide que se case la sentencia recurrida.

SE CONSIDERA

Cuando el Juez, al dictar sentencia, se equivoca en la calificación jurídica de los hechos precitados en la acusación, porque adecúa la conducta investigada dentro de un tipo penal distinto del que la describe, la causal aducible en casación dependerá de la naturaleza del yerro. Si compromete el nomen iuris, entendido por tal la denominación genérica bajo la cual se agrupan distintos tipos penales dentro de un mismo Capítulo de la Parte Especial del Código Penal, la causal alegable será la tercera. Pero si el nomen iuris se mantiene dentro del género, la causal que debe invocarse será la primera.

Cada causal de casación, como se sabe, se inspira en unos determinados motivos, está sometida a unas precisas técnicas en su demostración y tiene adscritas sus propias consecuencias jurídicas. Si la causal planteada es la primera o la segunda, la Corte, debe dictar fallo de sustitución, pero si es la tercera, y el vicio trasciende la sentencia, la solución será indefectiblemente la nulidad de la actuación en todo o parte (art.229 C. de P. P.).

Una de las razones por las cuales la errada calificación jurídica del hecho por fuera del nomen iuris debe atacarse dentro del ámbito de la causal tercera de casación, y no de la primera, está directamente vinculada con la consecuencia legalmente prevista para cada caso, pues si el casacionista escoge esta última, y la censura prospera, la Sala estaría obligada a dictar fallo de sustitución, lo cual implicaría entrar a condenar por un delito distinto del imputado en la resolución acusatoria, incurriendo de esta manera en un nuevo error judicial, denunciable dentro de los marcos de la causal segunda, por disconformidad de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Sobre la forma como su demostración debe asumirse, la Corte ha dicho que es obligación hacerlo siguiendo los lineamientos técnicos de la causal primera, con indicación de las normas de derecho sustancial que el juzgador aplicó indebidamente y de las que correlativamente dejó de aplicar, las razones jurídicas de este desacierto y, si la indebida calificación se originó en errores de apreciación probatoria, el señalamiento de cada uno de ellos, si de existencia, identidad, legalidad o convicción, y de su trascendencia o incidencia en la parte dispositiva del fallo.

En el caso que es objeto de estudio, el actor, aún cuando expresamente no lo dice, plantea incorrecta calificación jurídica de los hechos, pues sostiene que existió aplicación indebida de los artículos 323 y 324 del Código (29 y 30 de la ley 40 de 1993), que describen el homicidio agravado, y falta de aplicación del artículo 331 del Código Penal, que trata de las lesiones personales.

Frente a la calificación demandada por el censor, el ataque, por los motivos ya expuestos, debió intentarse por la vía de la causal tercera, no por los cauces de la primera, puesto que la Corte no podría entrar a dictar fallo de sustitución por el delito de lesiones personales, estando llamado a juicio el procesado por el de homicidio, sin incurrir en el motivo de casación previsto en la causal segunda.

Además de esta equivocación en la selección de la causal, el cargo adolece de absoluta falta de sustentación técnica, pues los errores de apreciación probatoria que, en criterio del censor, determinaron la indebida calificación de los hechos en cuanto al homicidio en la modalidad de tentativa, se quedan en el mero enunciado, traduciéndose el escrito tan sólo en una expresión del criterio personal del casacionista sobre la forma como debieron haberse apreciado algunas pruebas testimoniales e indiciarias que el juzgador valoró de manera distinta, sin entrar a denunciar realmente errores de apreciación probatoria, que, como se sabe, se presentan cuando el juzgador deja de apreciar una prueba que obra en el proceso, o supone una que no existe, o pone a decir lo que el medio objetivamente no dice, o se aparta en su valoración de las reglas de la sana crítica, o de las normas que preestablecen su valor o eficacia probatorias, o desconoce las que regulan su incorporación al proceso.

Como a la Corte, en virtud del principio de limitación que preside el recurso, no le es permitido entrar a suplir los vacíos del libelo ni corregir sus desaciertos, y los que la demanda presenta, por ser de carácter sustancial, la toman inestudiable, se impone su inadmisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 226 del estatuto procesal.

Puesto que esta decisión, según los artículos 197 y 226 del estatuto procesal, causa ejecutoria con la firma del órgano que la produce, se ordenará la inmediata devolución del proceso al Tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Héctor Hernán Delgado Palacio*. Por tanto, se declara *desierto* el recurso.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ AUTO INTERLOCUTORIO/ SENTENCIA

1o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 218 del C.P.P. el recurso extraordinario de casación procede contra sentencias de segunda instancia proferidas por Tribunales de Distrito Judicial, Tribunal Nacional o Tribunal Penal Militar y en casos excepcionales, por Juzgados del Circuito, esto es, aquellas que "deciden sobre el objeto del proceso" (art. 179.1 C.P.P.).

2o. Los autos interlocutorios, por su parte, son los que resuelven incidentes o aspectos sustanciales, siendo excepcional que autos de esta naturaleza se denominen sentencia, pues como lo ha precisado la Sala, "la ley denomina "sentencia" a una decisión que en sede de casación invalida un proceso, en los demás casos, la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias es naturalísticamente un "auto interlocutorio", así se haya pronunciado, como ocurrió en este caso, con ocasión de la revisión de una sentencia". (Sentencia, agosto 31 de 1995; M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casacion Penal.– Santafé de Bogotá D.C., veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y siete.

Aprobado Acta No. 19

Proceso: 12134

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Galvez Argote.*

VISTOS

Mediante sentencia del 19 de mayo de 1995, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Ibagué condenó a Gonzalo Díaz Ducuara a la pena principal de 30 años y 1 mes de prisión como autor de los delitos de homicidio cometidos en las personas de José Edier Oviedo y Ana Celia Monroy Vega, porte ilegal de armas para la defensa personal y fuga de presos. Por este último delito igualmente se condenó a Adolfo Díaz Ducuara a la pena principal de 6 meses y 20 días de prisión.

Apelada la anterior decisión, el 14 de marzo del año próximo pasado, el Tribunal Superior de Ibagué la modificó en el sentido de redúcir a 19 años la pena de prisión impuesta a Gonzalo, revocándola en cuanto al homicidio de Ana Celia Monroy Vega y el porte ilegal de armas para la defensa personal, pues respecto de estas ivestigaciones decretó la nulidad de lo actuado, a partir de la resolución de acusación. En lo demás el fallo fue confirmado.

Habiéndose impugnado en casación la sentencia de segundo grado por el defensor del procesado, analiza la Corte si la demanda presentada reune los requisitos formales a que se refiere el artículo 225 del C.P.P..

Hechos

Por imputársele la autoría de la muerte de la señora Ana Celia Monroy Vega, el Juzgado Promiscuo Municipal de San Antonio (Tolima) afectó con detención preventiva a Gonzalo Díaz Ducuara, a quien se recluyó en la cárcel de San Antonio, de donde se fugó el 31 de diciembre de 1992, luego de dar muerte al guardia Edier Oviedo. Contra este procesado existía también otra investigación por el delito de porte ilegal de un arma para la defensa personal, que le fue encontrada en una requisa que le efectuaran miembros de ejército. Acumuladas las tres investigaciones que cursaban en contra de Díaz Ducuara, el proceso se tramitó y falló bajo una misma cuerda.

La demanda

1o. Invocando la causal primera de casación, el libelista acusa la sentencia del Tribunal de violar los artículos 5, 36 y 323 del C.P. y 36 y 161 del C.P.P., debido a errores en la apreciación de las pruebas, sustentando su postulado con una cita jurisprudencial sobre técnica casacional respecto de la violación indirecta de la ley. no obstante que de inmediato afirma la violación directa "por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas", los cuales, en su criterio, se presentaron desde el momento en que se practicaron las diligencias de indagatoria.

A continuación, reproduce el fallo impugnado en lo atinente a la nulidad declarada en relación con la investigación por el homicidio de la señora Monroy Vega y el delito de porte ilegal de armas para la defensa personal, resaltando que aunque el Tribunal admitió que al indagarse al procesado por éstos delitos se procedió sin la asistencia de un abogado, revocó la sentencia de primera instancia "a partir del cierre y clausura de las investigaciones respectivas, pero para la defensa y garantía constitucional en derecho debe prodigarse desde el momento de las mismas injuradas".

En el mismo sentido, se refiere a la investigación adelantada por la muerte de José Edier Oviedo Villafrade, pues no es cierto, como aparece en el acta respectiva, que hubiese estado asistido por un defensor, pues quien aparece como tal fue denunciado por el delito de falsedad y prevaricato, ya que, para ese momento, el abogado se encontraba cumpliendo el mismo papel, respecto de otra persona.

Como sustento de su argumento, reproduce el artículo 161 del C.P.P. y transcribe ampliamente los diferentes fallos de tutela y exequibilidad proferidos por la Corte Constitucional sobre la defensa técnica, aduciendo a renglón seguido que al haberse decretado la nulidad parcial a partir del cierre de la investigación "y no desde las indagatorias respectivas, como es lógico", la consecuencia evidente es "la violación de la ley sustancial por errores de derecho".

Así, reproduce los artículos 36 y 323 del C.P. para afirmar su violación "directa" a consecuencia de la nulidad decretada, pues "el dolo no se encuentra tipificado en ninguno de los delitos estudiados, y así debe prodigarse y emitirse" pues, "Este hecho o conducta estudiado una vez dadas las investigaciones, tanto las declaradas nulas, (Homicidio en cabeza de Ana Celia Monroy Vega, Porte Ilegal de Armas de Defensa Personal), como el homicidio en cabeza de José Edier Oviedo Villafrade, y Fuga de presos, hasta la fecha, determina su inexistencia total y real, ya que la declaratoria de nulidad, conyeva (sic) la de toda la actividad y diligencia procesal legal, así debe ser decretado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en vía de esta demanda":

De otro lado, y en lo que pareciera ser otra censura contra la sentencia atacada y pese a no estar precedida de la invocación de alguna de las causales de casación, se refiere el casacionista a las circunstancias en que se produjo la muerte de José Edier Oviedo, guardia de la cárcel de San Antonio, considerando imprescindible el estudio de la declaración de Mardoqueo Quintana, de quien afirma, el Tribunal "dá crédito total" y la indagatoria de Margarita Morales Tobón de la que destaca sus contradicciones, ya que "las pruebas adjuntas a la investigación dan cuenta de hechos completamente diferentes", como lo demuestran los testimonios de Efraín, Norma constanza y David Chaguala.

Concluye entonces que de "la crítica formal de las pruebas allegadas y que no fueran evaluadas en su totalidad por parte de la sentencia recurrida se deduce que al momento de ocurrir el hecho no tomó parte en el mismo, ya que no fue el autor directo ni indirecto de la muerte de JOSE EDIER OVIEDO VILLAFRADE, pues las pruebas determinan que terceras personas fueron las que en últimas lo realizaron".

Finalmente solicita "*decretar la nulidad, de las investigaciones iniciadas*" y la libertad del procesado "*por términos vencidos*", así como que se case el fallo y se dicte el que ha de reemplazarlo.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

En la réplica que al respecto presentó como no recurrente la Procuradora Judicial No. 101 ante el Tribunal de Ibagué, advirtió que en lo pertinente a las nulidades declaradas por el ad quem y que son atacadas por el casacionista no cabe el recurso de casación, apoyándose para ello en una jurisprudencia de esta Sala, pues tales decisiones deben entenderse como autos interlocutorios, así hayan sido proferidas en una sentencia.

Tampoco encuentra razón a las argumentaciones expuestas respecto de la vulneración al derecho de defensa en la investigación por los delitos de homicidio y fuga de presos, pues, en su criterio, si el procesado firmó la diligencia, pese a no haber sido asistido por quien allí figuraba como su defensor sin dejar constancia alguna, contribuyó a su configuración, debiéndose tener en cuenta la presunción de legalidad de dicha acta.

Por último, afirma que la invocación de la supuesta violación directa de los artículos 323 del C.P. y 36 del C.P., "no pasa de ser un enunciado", pues para demostrar la vulneración al derecho de defensa ha debido acudir a la causal tercera de casación.

CONSIDERACIONES

1o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 218 del C.P.P. el recurso extraordinario de casación procede contra sentencias de segunda instancia proferidas por Tribunales de Distrito Judicial, Tribunal Nacional o Tribunal Penal Militar y en casos excepcionales, por Juzgados del Circuito, esto es, aquellas que "deciden sobre el objeto del proceso" (art. 179.1 C.P.P.).

2o. Los autos interlocutorios, por su parte, son los que que resuelven incidentes o aspectos sustanciales, siendo excepcional que autos de esta naturaleza se denominen sentencia, pues como lo ha precisado la Sala, "la ley denomina *'sentencia'* a una decisión que en sede de casación invalida un proceso, en los demás casos, la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias es naturalísticamente un 'auto interlocutorio', así se haya pronunciado, como ocurrió en este caso, con ocasión de la revisión de una sentencia". (Sentencia, agosto 31 de 1995: M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

3o. Siendo ello así, debe afirmarse en primer lugar, que en el caso concreto, desacierta el actor al censurar por medio de este recurso las decisiones del Tribunal de Ibagué, que por su naturaleza, tienen el carácter de autos interlocutorios, esto es, las relacionadas con la declaratoria de nulidad de las investigaciones adelantadas en contra de Gonzalo Díaz Ducuara por uno de los delitos de homicidio y el de porte ilegal de armas para la defensa personal, pues contra ellas no procede este recurso extraordinario, imponiéndose al respecto el rechazo in limine de la demada.

4o. Por ello, y aparte de lo equivocado que resulta en casación el ataque de autos interlocutorios, en lo que tiene que ver con los delitos de homicidio y fuga de presos, mayor es aún el desatino del libelista cuando bajo el único cargo que dice formular, hace una serie de planteamientos simultáneos con absoluto desconocimiento de los mínimos presupuestos de precisión y claridad exigidos por el numeral 3o. del artículo 225 del C.P.P. que en nada se compadecen con la formulación inicial.

5o. En efecto, en franca contradicción con la pretendida censura propuesta, en donde el censor anuncia una violación indirecta de la ley al afirmar que los yerros del juzgador provienen de la valoración probatoria y que éstos son de hecho y de derecho, en su desarrollo argumentativo reiteradamente manifiesta que está demostrando una violación *directa* de la ley sustancial, motivo de violación, que como es sabido, obliga a respetar los hechos y la valoración probatoria presentada por el Juzgador en la sentencia.

6o. Mayúsculo es aún el desacierto del casacionista, cuando dentro de esa mezcla inconciliable de confusas argumentaciones al referirse a la investigación llevada en contra del procesado por los delitos de homicidio y fuga de presos, aduce también la nulidad por vulneración al derecho de defensa, por haberse practicado, en su concepto, la diligencia de indagatoria sin la asistencia de un abogado titulado, ya que, como acertadamente lo expresa el Ministerio Público en la réplica a la demanda, esta clase de yerros, deben invocarse al amparo de la causal tercera de casación.

7o. En lo que tiene que ver con la alternativa planteada por el censor, en caso de no acogerse sus iniciales argumentos sobre la nulidad de lo actuado, esto es, que no está probada la participación directa de Díaz Ducuara en el homicidio de José Edier Oviedo, además de que ha debido plantearla como subsidiaria, de su contexto tampoco puede colegirse qué clase de yerro es el que pretende demostrar, pues solamente corresponde a un cambio inusitado de la amalgama de quejas presentadas contra la sentencia, que no respetan los presupuestos mínimos de lógica y técnica propios de este recurso.

8o. Por las anteriores razones, imperioso resulta para la Corte el rechazo in limine del escrito que a manera de demanda ha presentado el defensor de Gonzalo Diaz Ducuara.

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

RESUELVE

1o. *Rechazar in limine* la demanda de casación presentada por el defensor de Gonzalo Diaz Ducuara.

2o. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

3o. Contra este proveído no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA

Mas si tan solo por vía de discusión se regresara al tema de la competencia, se ha de tener en cuenta que en contra de cuanto argumenta el recurrente, no es cierto que el artículo 186 de la Constitución Política le otorgue a la Sala Plena de la Corte la competencia para el juzgamiento de los congresistas.

Como sucede, por vía de ejemplo, con el artículo 175 de la Carta, que también le adscribe a la Corporación el juzgamiento de altos funcionarios del Estado, lo que se dice en el precepto que invoca el recurrente es que "De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención", expresiones genéricas y referidas al órgano competente, pero que de ninguna manera adscriben en concreto ese conocimiento ni a la Colegiatura en pleno, ni a una determinada de sus Salas.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y siete(1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.19 (25-feb/97).

Proceso: 10189

VISTOS

Ingresan de nuevo las diligencias a la Sala para que se decida sobre la reposición que interpone el señor defensor del acusado en contra de la providencia del treinta y uno de enero último que denegó la nulidad de la sentencia proferida, y dispuso la expedición de copias con fines disciplinarios.

ANTECEDENTES

1.- El auto impugnado denegó por segunda vez la nulidad del fallo de condena invocado por el señor defensor del procesado, poniendo de presente que ya la Corte había tenido ocasión de responder a los argumentos expuestos por el ahora recurrente y de avisar sobre la imposibilidad de desconocer expresos preceptos legales sobre competencia, cuando la Corte Constitucional se ha referido y zanjado el tema sobre esa discusión, hallando ajustada a la preceptiva superior la normatividad que le atribuye a las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia las atribuciones que por su especialidad les confiere la ley.

2.- Ahora, propuesto en tiempo, el inconforme intenta el recurso de reposición sobre el supuesto de que la Sala no ha respondido su argumento central sobre la preferencia que el artículo 186 constitucional tendría para la definición del caso, y la novedad que contiene la providencia recurrida, respecto de la orden de expedición de copias que el señor abogado quiso hacer inoperante hasta tanto aquella orden de la Sala quedara en firme.

Sobre el primer aspecto aduce el impugnante que un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el artículo 235 superior no puede suplir otro relacionado con el artículo 186 que a su juicio "es norma especialísima" y referente al juzgamiento de congresistas, por lo que no se puede entender suplida ni satisfecha en el primero, haciéndose ineludible el pronunciamiento de la Sala de Casación sobre la aplicabilidad del segundo precepto, con mayor razón si se trata de una norma "especialísima que preserva el fuero de los congresistas" y que ni siquiera la ley ha reglado sino que la ha violado; en cuanto como la propia Corte Constitucional lo reconoce, el artículo 4o de la Constitución está aún por sobre la cosa juzgada constitucional, siendo a juicio del recurrente obvio y evidente "que si el art. 68 del C. de P.P. da competencia a la Sala Penal únicamente, está contrariando gravemente al art. 186 de la Constitución que no lo da a la Sala Penal sino a la Sala Plena de la Corte.

Persistiendo en su entendimiento de no haber sido aún respondido su argumento por esta Sala de la Corte añade que hay frente a la sentencia C-222/96 de la Corte Constitucional similitud entre la forma de juzgamiento de los congresistas por parte de la Corte Suprema y la de los altos Funcionarios por la Cámara de Representantes en pleno y no por la sola Comisión de Acusación, por lo que dice orientar su acusación no contra el fallo proferido sino respecto de la violación del debido proceso generada por la sustitución del juez competente.

Repugna la defensa el argumento de intangibilidad del fallo proferido evocando la invalidación que la Sala hiciera de un fallo proferido por ella misma y sin

competencia citando ponencia del Magistrado Lizandro Martínez Zúñiga y proponiendo que si bien es cierto que la sentencia aquí proferida ya se hallaba en firme, no ocurre lo mismo con la liquidación de las costas, por lo que estima viable la anulación.

Insiste una vez más en que los artículos 186 y 235 de la Constitución son preceptos diversos y de imposible equiparación para efectos de un pronunciamiento sobre exequibilidad, y como conclusión reclama que la Sala aplique aún el invocado artículo 186, siquiera para efectos de la liquidación de perjuicios, lo que no obsta para insistir en que la Sala admita su error y a la vez que decrete la nulidad incipientemente reclamada, conceda como consecuencia la libertad del procesado, proponiendo en subsidio que de inmediato se remitan las diligencias a la Sala Plena de la Corte para que sea ésta la que se pronuncie como competente, y sobre el supuesto de que la condena en costas es aún susceptible de anulación.

Es de precisar que mediante escrito separado el señor defensor pide la anulación del oficio por medio del cual cumplió la Secretaría con la remisión de copias para fines disciplinarios, proponiendo que éste no podía remitirse antes de la ejecutoria de la decisión que impugna, rogando allí que la Sala reconsidere la drástica medida, por estimar que el proceso disciplinario le generaría muy graves perjuicios morales y económicos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Debe insistir la Sala, para comenzar, en la notoria improcedencia de la nulidad pedida por el señor defensor del acusado, no solamente porque según se le explicó en providencia del pasado treinta y uno de (31) enero, las nulidades dentro del proceso solo pueden formularse hasta el término de traslado común para preparar la audiencia, con mayor razón si este proceso no es susceptible de impugnación en casación, pero además, ahora, porque tampoco toleran las normas de procedimiento la formulación reiterada de una nulidad sobre una misma causal y unos mismos hechos, según lo advierte el artículo 307 ibídem, siendo evidente que en este estadio de la actuación, cuando el fallo definitivo ha quedado en firme, las únicas intervenciones pertinentes son las que apuntan a la ejecución de la condena.

La contundencia de las anteriores afirmaciones, surgida de los preceptos que acaban de evocarse y del artículo 211 ibídem que expresamente veda a la Sala que profirió el fallo entrar a reformarlo o revocarlo, resulta ser además la consecuencia lógica del principio de la cosa juzgada que ampara ya la sentencia proferida, y que jamás podría enervarse –y menos con el sorprendimiento de quienes fueron

sujetos procesales–, bajo el pretexto de continuar formulando indefinidas peticiones invalidatorias a todas luces extemporáneas e improcedentes, sin que para buscar variantes sea de recibo la insinuación de que en materia de liquidación de costas no hay todavía una decisión ejecutoriada, o que en otro caso diverso del presente anuló esta Sala su propio fallo proferido, pues uno y otro argumento adicionales carecen de toda relación con la solicitud inicialmente propuesta y que es la que limita el objeto del recurso en trámite, valga decir, la anulación no tan solo del fallo sino del proceso íntegro por falta de competencia.

2.- Mas si tan solo por vía de discusión se regresara al tema de la competencia, se ha de tener en cuenta que en contra de cuanto argumenta el recurrente, no es cierto que el artículo 186 de la Constitución Política le otorgue a la Sala Plena de la Corte la competencia para el juzgamiento de los congresistas.

Como sucede, por vía de ejemplo, con el artículo 175 de la Carta, que también le adscribe a la Corporación el juzgamiento de altos funcionarios del Estado, lo que se dice en el precepto que invoca el recurrente es que "De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención", expresiones genéricas y referidas al órgano competente, pero que de ninguna manera adscriben en concreto ese conocimiento ni a la Colegiatura en pleno, ni a una determinada de sus Salas.

De ahí que resulte oportuno recordar cómo la doctrina constitucional sostiene que

"El desarrollo del Estado moderno impone la división del trabajo en toda la administración pública y en particular en la justicia, si todos los jueces tienen la facultad de administrar justicia, no todos la tienen para conocer indiscriminadamente de los múltiples y diversos negocios; si todos los jueces están investidos de jurisdicción, su ejercicio está sujeto a la reglamentación que la ley haga, esto es lo que se denomina competencia, la que puede referirse a las causas civiles, penales o contencioso administrativas, que se sometan a la decisión del poder o los límites en que esa competencia le sea atribuida" (Sentencia de abril 15 de 1970, C.S.J., Sala Plena, Magistrado Ponente Dr.Luis Sarmiento Buitrago).

Y de ahí también el que la Corte Constitucional haya sostenido, como ya tuvo ocasión de recordarlo esta Sala al responderle aquí idénticas pretensiones de la defensa, con motivo de la revisión de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que esas competencias asignadas a la Corte tienen que entenderse dentro del marco que más adelante establece la Carta Constitucional en el artículo 234, valga decir que mediante su asignación a sus Salas especializadas, razón que reiteradamente se le ha dado al recurrente, sin que

para controvertirla haya tenido otro argumento distinto que el de volver sobre una norma constitucional que ni contradice la del citado artículo 234, ni mucho menos la del artículo 235, preceptos sobre los cuales han operado los pronunciamientos dentro del control constitucional.

Pero es más, en decisión C-561 de la Corte Constitucional, que revisó dentro de acción pública de exequibilidad el numeral 7o. del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, tuvo aquella Corporación la ocasión de volver de nuevo sobre el tema, no solamente para ratificar lo expuesto en fallo C-037 de 1996 con ponencia del Magistrado Doctor Vladimiro Naranjo Mesa, al cual se ha referido con reiteración la Sala, sino para apuntar en términos inequívocos que son de entera aplicación a este debate, por coincidir en el texto de las disposiciones allí y aquí analizadas (art. 175 y 186 de constitucionales, respectivamente), que la adjudicación legal que hace el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de ninguna manera desconoce la adscripción de competencias que la Constitución le hace de manera genérica a la Corte Suprema de Justicia.

Por su adecuación al caso, nada mejor que repetir lo dicho entonces en aquel pronunciamiento de control constitucional, en cuanto allí expresamente se responden varias de las razones que ayer y ahora asoma el recurrente. Dijo, en efecto la Corte Constitucional bajo ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero lo que sigue:

"*Es cierto que la Constituyente, deseando proteger a determinadas personas en razón a las altas dignidades que ellas representan y a la implicación de los cargos que desempeñan, las ha amparado con fueros especiales dentro de la jurisdicción penal.Igualmente es cierto que uno de los caracteres específicos de dicha competencia es el juzgamiento por parte de un juez plural. Es decir, de la concurrencia en ese proceso de juzgamiento, de un número plural de jueces que toman la decisión. Pero ese número plural en el caso específico que se estudia, debe ser coherente con la especialización funcional del mismo juez plural. Es decir, se compatibiliza el número de jueces que juzgan en una Sala, con especialización -y por tanto coherencia funcional y organizativa- de los mismos jueces, respecto del tema que se va a abordar. El problema no es entonces de índole meramente cuantitativo sino de coherencia organizativa y de especialización funcional, pues garantiza mejor el debido proceso y la seguridad jurídica de un acusado un juzgamiento por un número plural de jueces especializados en el campo penal, que su juzgamiento por un número mayor de jueces, de altas calidades jurídicas, pero que carecen de esa formación especializada en el campo penal. Por ello, como lo anota uno de los intervinientes, no se puede hacer una confusión*

funcional en relación con la acepción "Corte Suprema" pues ésta, como se ha dicho, se divide funcionalmente, de acuerdo a las especialidades, precisamente para garantizar de mejor manera el derecho fundamental al debido proceso.Es así como debe interpretarse todo este andamiaje jurídico organizativo que ha sido fruto del análisis adelantado en esta sentencia".

Si, pues, de modo expreso y reiterado han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional aval para las actuaciones de esta Sala de la Corte, ni remotamente las pretensiones del recurrente podrían tener por este aspecto posibilidad alguna de prosperidad.

3.- Respecto de la expedición de copias que ordenó la Sala con fines disciplinarios en contra del señor defensor del acusado, tampoco se demuestra viable su revocatoria, pues es gratuita su afirmación cuando insinúa que esa orden deriva de la impaciencia de la Sala frente a sus razones, las cuales se han respondido indefectible y oportunamente, muy a pesar de su improcedencia, como osada y perfunctoria su afirmación de obedecer a un ánimo de castigo o de perjuicio en su contra, motivaciones bizarras que ni remotamente inspiran ni han inspirado los pronunciamientos de esta Colegiatura.

Si la Sala se vio impuesta a proceder de la manera que tanto le mortifica al recurrente, fue en obedecimiento del deber que fija el artículo 70 del Decreto 196 de 1991, en vista de una conducta objetiva que bien puede constituir la falta descrita en el artículo 52-1 del anotado Decreto y cuya valoración final concierne a las autoridades disciplinarias, tras observar la interposición repetida de recursos e incidentes notoriamente improcedentes, como los de apelación y casación contra un fallo de única instancia que de ninguna manera los admite, tras de los cuales se formula y luego reitera una solicitud tardía y no menos improcedentes de nulidad.

Por lo demás, y así hubiese concurrido la orden de expedición de copias con una de naturaleza interlocutoria (denegación de la nulidad), es notorio que aquella implicaba apenas un mandato de perentorio cumplimiento por la Secretaría, que no podía supeditarse a dilación ni ejecutorias, si el citado artículo 70 del Decreto 196 de 1971 prevé que la comunicación se libre a manera de "inmediato aviso" al competente.

El fracaso del recurso interpuesto, es causa, una vez más, de la improsperidad de la excarcelación que se propone como supeditada.

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

RESUELVE

No reponer el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION

Si bien el delito de tráfico ilícito de estupefacientes no figura contemplado dentro del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en 1911 como de aquellos hechos punibles que ameritan la medida, "la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...", y "la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica" con el objeto de realizar cualquiera de estas actividades, constituyen delito que da "lugar a extradición en todo tratado vigente entre las Partes", a las voces de los artículos 3 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado Acta No. 18 Feb. 20/97

Proceso: 12116

Conceptúa la Corte sobre la solicitud de extradición del ciudadano peruano señor Manuel Antonio Julca Urrelo, formalizada por el Gobierno del Perú.

1. La solicitud

1.1.- El Gobierno de la República del Perú, por conducto de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal No. 5-8-M/127 de 6 de mayo de 1996, informa que la Corte Superior de Lima ha solicitado la detención preventiva con fines de extradición por el delito de tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero del ciudadano peruano Manuel Antonio Julca Urrello, de quien se tiene conocimiento fue

capturado por la policía colombiana. Sin embargo, como se verá más adelante, la acusación se refirió exclusivamente al tráfico de drogas y por ese delito el Gobierno Peruano solicitó la extradición, según la Resolución Suprema expedida a esos propósitos por la Presidencia de la República del país requirente.

En tal virtud, con apoyo en lo dispuesto por el Tratado de Extradición suscrito entre ambos países en 1911 y la Convención de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1988, solicita la captura preventiva con fines de extradición del mencionado ciudadano (fl. 70 anexo 1).

1.2.- Mediante Nota Verbal 5-8-M/139, la Embajada del Perú hizo llegar copia autenticada de la documentación relativa a la descripción e identificación del ciudadano peruano Manuel Antonio Julca Urrello, la cual contiene sus datos civiles y personales, la ficha de registro electoral, el movimiento migratorio del solicitado y una fotografía del mismo (fls. 54 y ss-1).

De la solicitud de captura y los documentos referidos, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia dio traslado al Ministerio de Justicia y del Derecho, y éste a su vez al Fiscal General de la Nación quien, mediante Resolución de 23 de mayo de 1996, decretó la captura con fines de extradición del ciudadano peruano Manuel Antonio Julca Urrello (Fls. 47 y ss-1.) la que se le notificó el día 4 de junio de la misma anualidad en la Penitenciaría Nacional de Itaguí (Antioquia), fecha para la cual ya se encontraba detenido por cuenta de la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá con ocasión del proceso penal que en su contra hace trámite en el país (fls. 42 y ss-1).

1.3.- Con Nota Verbal 5-8-M/96 de 2 de agosto de 1996, la Embajada del Perú hizo llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, la documentación con la cual se formaliza la solicitud de extradición del referido ciudadano peruano, quien es requerido con ocasión del proceso que por el delito de tráfico de drogas se tramita ante la Primera Sala Penal Ad Hoc de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Para tales efectos, anexa los siguientes documentos debidamente legalizados por el Consulado General de Colombia en Lima:

– Informe Nro. 7-96/CEA de fecha 31 de julio de 1996 presentado por la Comisión de Extradición Activa del Ministerio de Justicia del Perú.

– Cuadernillo Nro. 8/96 correspondiente a la actuación realizada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en cumplimiento del trámite interno de extradición, según la legislación del país solicitante.

- Cuaderno de Extradición No. 8-96/S, el cual contiene fotocopia de la parte pertinente de la actuación surtida dentro del proceso penal que tramitan las autoridades del Perú (anexo 2) (fls. 1 y ss -1).

1.4.- Conforme lo previsto por el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio traslado de la documentación al Ministerio de Justicia y del Derecho y conceptuó, además, que "los convenios aplicables al caso son: Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 30 de diciembre de 1988" (fl. 27-1).

1.4.1.- En el anexo 2 se encuentran los siguientes documentos:

1.4.1.1.- Oficio No. 747-01096 emanado de la Oficina Central Nacional Interpol de Perú, con destino al Juzgado 42 Penal de Lima, mediante el cual indica haber recibido información relativa a que el ciudadano peruano Manuel Antonio Julca Urrello, fue detenido en Colombia y que el mismo se halla con orden de captura internacional por delito contra la salud pública. Por lo anterior sugiere adelantar el trámite de la documentación pertinente a fin de dar curso a la solicitud de extradición por vía diplomática (fl. 3).

1.4.1.2.- Copia del auto proferido el 17 de abril de 1996 por la Sala Primera Penal Ad Hoc de Lima, dentro del expediente 8-96, mediante el cual da cuenta haberse abierto investigación penal contra Manuel Antonio Julca Urrello por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, que en su contra se dictó mandato de detención en razón a que "el mencionado encausado ha sido un estrecho colaborador del procesado Demetrio Limonier Chávez Peña Herrera 'Vaticano', jefe de una organización delictiva que operaba a nivel nacional e internacional dedicándose al tráfico ilícito de drogas, previsto y penado por los artículos doscientos noventiséis y doscientos noventisiete del Código Penal Peruano, siendo intervenido juntamente con el indicado jefe de la organización, María Mónica Correa Torres, Denisse Ramírez Pantoja y Alix Yannet Ramírez Perdomo, el día doce de Enero de mil novecientos noventicuatro, en el inmueble ubicado en la calle cincuentiocho, número tres, HN –ciento diecinueve, Conjunto Residencial 'Los Arrayanes' en Santiago de Cali– Colombia, que cursados los oficios correspondientes para su ubicación y detención, el Señor Procurador de la República a fojas dieciocho mil setecientos noventinueve, solicita se curse orden de captura internacional contra Manuel Antonio Julca Urrello señalando como datos generales para su identificación, haber nacido el diecisiete de Marzo de mil novecientos sesentiuno en la ciudad de Chiclayo de estado civil soltero, solicitud aceptada por el juzgado de origen..", por lo cual resuelve admitir el trámite de

extradición, ordena formar cuaderno separado y solicitar la detención preventiva con fines de extradición (fls. 4 y ss.).

1.4.1.3.- Atestado Policial número 010, de la Dirección Antidrogas de la Policía Nacional de Perú, en el cual se indica que de la actuación adelantada por esa entidad se establece que Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera, Manuel Antonio Julca Urrello y otros, "son presuntos autores del delito Contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas (PBC), a nivel de macrocomercialización nacional e internacional, como Jefe de Firma y mediante la utilización de una organización criminal con presencia dentro y fuera del país, empleando las modalidades de "Tráfico" y "Lavado de dinero" (fls. 16 y ss.-2).

1.4.1.4.- Mediante escrito fechado el 28 de enero de 1994, el Fiscal Provincial Penal de Lima formaliza denuncia penal contra Demetrio Limonier Chavez Peñaherrera y otros por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado Peruano (fls. 121 y ss.-2).

1.4.1.5.- Con fundamento en el atestado policial, la denuncia penal formulada por el Fiscal Provincial y las diligencias adelantadas, mediante auto de 28 de enero de mil novecientos noventa y cuatro el Juzgado 42 Penal de Lima abrió instrucción contra Demetrio Limonier Chavez Peñaherrera y otros, y decretó la detención de los encausados por el delito de tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero (fls. 125 y ss.-2).

1.4.1.6.- Por escrito presentado el primero de julio de 1994, el Fiscal Provincial Penal de Lima solicita al Juzgado Penal se comprenda también como procesados del delito contra la Salud Pública-Tráfico Ilícito de Drogas, previsto y penado en los artículos 296 y 297 del Código Penal a "Manuel Antonio Julca Urrello, conocido con el apelativo de 'ciego' " y otros que relaciona, "los cuales habrían sido grandes colaboradores del procesado Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera 'Vaticano', jefe de la 'firma', además de pertenecer a dicha asociación delictiva que operaba a nivel nacional e internacional" (fls. 130 y ss-2).

1.4.1.7.- El Juzgado 42 Penal de Lima, por auto de once de julio de mil novecientos noventa y cuatro, amplió la instrucción para comprender también a Manuel Antonio Julca Urrello y otras personas, contra quienes simultáneamente decretó la detención preventiva por el delito de tráfico ilícito de drogas (fls. 135 y ss-2).

1.4.1.8.- Por auto de ocho de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, el Juzgado Penal de Lima, declaró reo ausente a Manuel Antonio Julca Urrello y dispuso el nombramiento de defensor de oficio (fls. 140 y ss.-2).

1.4.1.9.- Mediante Dictamen número 695-95 del siete de junio de mil novecientos noventa y cinco, la Décima Fiscalía Superior en lo Penal de Lima, encontró mérito para pasar a juicio oral a Demetrio Limonier Chavez Peñaherrera y otros por los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero, en tanto que consideró no encontrar reunidos los requisitos para tomar la misma medida respecto de Manuel Julca Urrello por tráfico ilícito de drogas (fls. 144 y ss.-2).

1.4.1.10.- Llegado el proceso a conocimiento de la Décima Sala Penal de la Corte Superior de Lima, en auto de catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco, consideró que el procesado Manuel Antonio Julca Urrello no ha esclarecido ni justificado su presencia en la ciudad de Cali cuando fue capturado el jefe de la organización Demetrio Limonier Chávez, ni sus continuos viajes a Colombia, por lo cual dispuso someter el asunto a consideración del Fiscal Supremo en lo Penal (fls. 205 y ss.-2).

1.4.1.11.- El Fiscal Supremo en lo Penal de Perú, al resolver el grado de consulta propuesto por la Décima Sala Penal de la Corte Superior de Lima, consideró que "no se encuentran totalmente desvirtuados los cargos de Tráfico Ilícito de Drogas imputados a los inculpados....Manuel Julca Urrello y ..., toda vez que subsisten en su contra elementos que revelan la implicancia de los mismos en actividades ilícitas de narcotráfico y de lavado de dinero, que además están muy vinculadas a la organización liderada por el acusado Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera o Demetrio Limonier Chávez Peña Herrera o Camilo Ferrer Picasso (a) Vaticano, quien como jefe de la firma denominada "Loco Limonier" operaba en la zona del Alto Huallaga, realizando la comercialización de Pasta Básica de Cocaína en gran escala a nivel nacional e inclusive internacional, llegando a abastecer de droga al Cartel de Cali, del País vecino de Colombia.."

"Sobre la conveniencia de que el imputado Manuel Antonio Julca Urrello, pase al Juicio Oral, no se basa únicamente en el hecho de haber sido intervenido por la Policía de Cali-Colombia, en el mismo inmueble donde se capturó al principal implicado de esta causa, Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera (a) Vaticano, razón que podría ser más que suficiente si consideramos que no existe justificación válida de su presencia en dicho lugar, sino porque en este domicilio además se incautó un maletín conteniendo $ 60,000 dólares americanos, cuya propiedad se atribuye al acusado Juan Orejuela Ortiz, conforme es de verse de las notas informativas transcritas a fs. 425-429 (Cuaderno A) de autos, dejando entrever estas circunstancias la concertación de un 'negocio', que deviene una consecuencia lógica de lo antes expuesto, y máxime si por añadidura se agrega que la mencionada intervención se realizó en la casa que arrendaban en ese vecino país, la pareja de esposos conformada por los acusados Juan Eduardo Ramírez Saavedra (a) Petete

y María Mónica Cerre Torres, habiéndose ya hecho referencia anteriormente de la estrecha vinculación del primero con la organización de Chávez Peñaherrera; de otra parte, el informe migratorio de fs. 84 (Cuaderno A) revela los continuos viajes a Colombia de este inculpado Manuel Julca Urrello, sin que se encuentren plenamente justificados; es menester referir también que las copias del Atestado corriente a fs. 6418 y siguientes (Cuaderno L), se observa que la avioneta de matrícula OB-1311 siniestrada el 31 de Enero de 1991 en Tocache, transportaba cuatro (4) sacos conteniendo Pasta Básica de Cocaína - lavada, verificándose del informe de fs. 5954 (Cuaderno k) que la citada nave pertenecía a la Cía. Aero-Huaylas de propiedad de Manuel Julca Urrello".

"...Atendiendo a todo lo expuesto anteriormente, esta Fiscalía Suprema en lo Penal dispone que el Señor Fiscal Superior que interviene en el conocimiento del proceso, formule acusación contra .., Manuel Julca Urrello y..., por los delitos que se le viene instruyendo" (fls. 212 y ss-2).

1.4.1.12.- En cumplimiento de lo dispuesto por la segunda instancia, el 27 de octubre de 1995 la Décima Fiscalía Superior en lo Penal de Lima, "en aplicación del Art. 92 inc. 4, del Decreto Legislativo 052, y con los Arts. 12, 23, 45, 46, 92, 93, 95 y 296 del Código Penal", formuló Acusación contra Manuel Julca Urrello y otros, como autores del delito de tráfico ilícito de drogas, y solicitó la condena de los acusados con la imposición de ocho años de pena privativa de la libertad (fls. 218 y ss-2).

1.4.1.13.- Por auto de veintinueve de febrero de mil novecientos noventa y seis y con fundamento en la acusación fiscal, la Décima Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, encontró mérito para adelantar juicio oral contra Demetrio Limonier Chavez Peñaherrera, Manuel Antonio Julca Urrello y otros, y señaló como fecha de la audiencia el diez de abril del mismo año (fls. 228 y ss.-2).

1.4.1.14.- En escrito presentado a la Sala Penal Especial de Lima, el abogado defensor del procesado Manuel Antonio Julca Urrello propone se dé cumplimiento a la excepción de cosa juzgada, la cual sustenta en que por razón del procedimiento llevado a cabo por la Policía Colombiana en la ciudad de Cali (Colombia), las autoridades judiciales de este país no encontraron mérito para su captura y, de otra parte, que por virtud del siniestro ocurrido a la avioneta de matrícula OB 1311, cuya propiedad se atribuye al procesado, la Fiscalía del Perú dispuso archivar definitivamente el proceso (fls. 272 y ss.-2).

En la audiencia de juzgamiento iniciada por la Primera Sala Penal Ad Hoc de Lima, se consideró el pedimento del defensor y se ordenó reservar el

pronunciamiento sobre la excepción propuesta para el momento de proferir la sentencia correspondiente (fls. 277A y ss-2).

1.4.1.15.- Copia de algunos artículos del Código Penal vigente en el Perú (arts. 80 a 84 sobre la prescripción de la acción penal; 296 a 298 sobre el delito de tráfico ilícito de drogas), del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911, de la Convención Interamericana sobre Extradición aprobada en Caracas el 25 de febrero de 1981 y de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas suscrita en Viena el 20 de Diciembre de 1988 (fls. 278 y ss-2).

1.4.1.16.- Orden de captura internacional, expedida contra Manuel Antonio Julca Urrello por el Juzgado especializado en lo Penal de Lima. (fls. 326 y ss.-2).

2. Pruebas allegadas durante el trámite de extradición.

2.1.- Resolución de tres de febrero de mil novecientos noventa y seis, mediante la cual un Fiscal Regional de Santa Fe de Bogotá profirió medida de aseguramiento contra Manuel Antonio Julca Urrello por el concurso de los delitos previstos en los artículos 44, 33 inc. 1o. de la Ley 30 de 1986 y 1o. del Decreto 1895 de 1989, denominados concierto para delinquir, tráfico de estupefacientes y enriquecimiento ilícito, respectivamente (fls. 42 y ss. cno. Corte).

2.2.- Resolución expedida el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y siete por la Unidad de Narcotráfico de la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, en la cual se califica el mérito del sumario con acusación contra Manuel Antonio Julca Urrello, por los delitos que motivaron la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 103 y ss. Cno. Corte).

3. Alegatos de conclusión

Durante el término previsto por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, solo hizo uso de este derecho el defensor del procesado.

Considera el Abogado que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17 del Código Penal Colombiano, el trámite de la extradición se rige por lo establecido en los Convenios o Tratados Internacionales, y, a falta de éstos, por lo que al respecto prevea el Código de Procedimiento Penal, "lo cual significa a las claras que existiendo Tratado entre los Estados requirente y requerido, sus disposiciones prevalecen sobre las contenidas en las respectivas legislaciones ordinarias".

En el caso bajo estudio, estima el libelista que la solicitud de extradición presentada por el Gobierno del Perú, se soporta en el Tratado de Extradición de 1911 y la Convención de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes.

Aclara que coadyuva la manifestación de allanamiento a la extradición hecha por su defendido cuando se concedió el término para solicitar pruebas, razón por la cual, al cumplirse los requisitos formales y legales, la extradición debe ser concedida, previo el concepto favorable de la Corte.

Finalmente, cuestiona los soportes fácticos y jurídicos del proveído expedido por la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, mediante el cual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a su cliente, "debiéndose optar por la Preclusión de la Investigación" (fls. 94 y ss-2).

SE CONSIDERA

1.- Conforme al artículo 17 del Código Penal, la extradición se concederá, solicitará u ofrecerá de acuerdo con los tratados publicos y a falta de éstos el Gobierno procederá conforme lo establezca el Código de Procedimiento Penal.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia conceptúa que los instrumentos internacionales aplicables al caso son el Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, los cuales se encuentran aprobados y ratificados por las Repúblicas de Colombia y del Perú.

De este criterio participa la Corte, puesto que si bien el delito de tráfico ilícito de estupefacientes no figura contemplado dentro del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en 1911 como de aquellos hechos punibles que ameritan la medida, "la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta. la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...", y "la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica", con el objeto de realizar cualquiera de estas actividades, constituyen delito que da "lugar a extradición en todo tratado vigente entre las Partes", a las voces de los artículos 3 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988.

Aunque la Cancillería no lo dice expresamente, pues guarda silencio sobre la normatividad que regula el trámite a seguir en el presente evento, los instrumentos

internacionales mencionados prevén que el mismo, en los respectivos países signatarios, se rige por la legislación interna de cada uno de ellos.

Al respecto la Ley 26 de 1913 (aprobatoria del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911), señala en el inciso tercero del artículo VIII que "La extradición de los prófugos, en virtud de las estipulaciones del presente Tratado, se verificará de conformidad con las leyes de extradición del Estado al cual se haga la demanda".

Del mismo modo, la Ley 67 de 1993 (mediante la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988), establece en el párrafo 5o. del artículo 6 que "La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la Parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la Parte requerida puede denegar la extradición."

Entonces, con relación al procedimiento a seguir en este caso, es de acatarse la voluntad expresada en los tratados multilaterales a que se ha hecho referencia, resultando imperiosa la aplicación de aquellas disposiciones del estatuto procesal penal colombiano que, en regulación del trámite interno, no contrarían los intrumentos internacionales mencionados.

2.- La Corte, en ejercicio de su competencia a estos efectos atribuida por los referidos instrumentos internacionales, y conforme a las previsiones del artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, las cuales se integran a los Tratados Públicos aplicables al caso, como se deja visto, debe emitir su concepto con fundamento en la validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, la equivalencia de la resolución proferida en el país requirente y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo dispuesto por los tratados públicos.

En el orden enunciado, se abordará el estudio de cada uno de estos aspectos, no sin antes advertir que el allanamiento a la solicitud de extradición hecho por el requerido y coadyuvado por el defensor, no trae más consecuencia distinta que la exteriorización de conformidad con el cumplimiento de los requisitos previstos en los tratados públicos para que el concepto sea positivo al requerimiento del Estado solicitante, pero tal asentimiento no exonera a la Corte de tener que evaluar la satisfacción de los presupuestos de procedencia de la medida demandada, ya que de incumplirse alguno de ellos, el concepto no puede ser otro que desfavorable al pedimento del país solicitante, con prescindencia de la manifestación expuesta en sentido contrario por el extraditable o su defensor.

2.1. *La validez formal de los documentos presentados*:

Revisada la documentación allegada a la Corte, se tiene que ésta se presentó por vía diplomática, y, por virtud de lo previsto por el Tratado sobre Ejecución de Actos Extranjeros, suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 y aprobado en Colombia por la Ley 16 de 1913, no requiere del requisito de autenticación o legalización.

Se observa, no obstante, que la documentación así allegada por las autoridades peruanas, se legalizó debidamente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y el Consulado General de Colombia en Perú expidió similar constancia sobre el particular, lo mismo que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, quien certificó la autenticidad de la firma y funciones de la autoridad consular.

La Resolución Suprema número 094-96-JUS, suscrita por el Presidente del Perú, Ingeniero Alberto Fujimori, mediante la cual autoriza el pedido de extradición al Gobierno de la República de Colombia del ciudadano peruano Manuel Antonio Julca URRELLO, aparece refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Justicia y el Encargado de la Cartera de Relaciones Exteriores de ese país, y la fotocopia autenticada de la misma fue hecha llegar a esta Corporación por conducto del Ministerio de Justicia y del Derecho de donde se concluye que su trámite fue diplomático.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud de extradición del nacional peruano Manuel Antonio Julca Urrello se hizo por la vía prevista a estos efectos, y, además, se cumplieron los ritos formales de legalización de los documentos allegados, la Corte los considera aptos para servir de prueba en este asunto.

2.2. *Demostracion plena de la identidad del requerido*

No se discute que la persona detenida con ocasión de este procedimiento, es la misma cuya extradición pide el Gobierno de la República del Perú y corresponde a Manuel Antonio Julca Urrello, ciudadano nacional de ese país, quien se identifica con el pasaporte número 1175841 expedido en Lima (fl. 50 anexo 1), el cual coincide con el número suministrado por las autoridades requirentes como documento de identificación a él expedido (fl. 55).

A esta conclusión igualmente se llega si se da en considerar que el propio detenido ha manifestado su voluntad de allanarse a la solicitud de extradición que respecto de él eleva ante las autoridades colombianas el Gobierno de su país.

Se satisface, entonces, el requisito en mención.

2.3. *Principio de la doble incriminación*

Según el artículo VIII del Acuerdo sobre extradición suscrito en Caracas en 1911 –aplicable en este evento concreto, tal como quedó establecido–, "En ningún caso tendrá efecto la extradición si el hecho similar no es punible por la ley de la Nación requerida", y de conformidad con el art. V ejúsdem, la medida no procede "Si con arreglo a las leyes de uno u otro Estado no excede de seis meses de privación de libertad el máximun de la pena aplicable a la participación que se imputa a la persona reclamada, en el hecho por el cual se solicita la extradición".

A Manuel Antonio Julca Urrello, las autoridades de su país le imputan responsabilidad penal en el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes en grado de "macrocomercialización" internacional por formar parte de la "firma" liderada por Demetrio Limonier Chavez Peñaherrera, alias "Vaticano", confeso narcotraficante quien también se halla vinculado al mismo proceso dentro del cual se demanda la extradición de aquél. De la misma manera, por los cuatro sacos de pasta básica de cocaína que al parecer transportaba la avioneta de matrícula OB-1311 "siniestrada" el 31 de Enero de 1991 en Tocache, pues, según se afirma en el pliego enjuiciatorio, la citada nave pertenecía a la Compañía Aero-Huaylas de propiedad de Manuel Julca Urrello.

Estas conductas, a las cuales se concreta la solicitud de extradición, las enmarcó el Fiscal en el Perú, dentro de la descripción legal que como tipo penal básico recoge el artículo 296 del Código Penal Peruano cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 296. El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico o las posea con este último fin, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4".

Similar disposición se encuentra en el ordenamiento penal colombiano, específicamente en el "Estatuto Nacional de Estupefacientes" o Ley 30 de 1986, si se considera que el inciso primero del artículo 33 señala:

"ART. 33.- El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, 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 incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y multa en cuantía de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales".

Por lo anterior, tanto en lo que respecta a la ilicitud de la conducta por la cual se pide la extradición, como en lo relativo al monto de la pena que el tipo penal prevé, se satisface el requisito bajo estudio.

Aclara la Corte, sinembargo, que si bien inicialmente dentro del proceso penal seguido en su país contra el extraditable Julca Urrello también se le atribuyó responsabilidad penal por el delito de lavado de dinero, es lo cierto que la acusación del Fiscal se refiere exclusivamente al tráfico ilícito de drogas, único delito por el cual el Presidente del Perú, Ingeniero Alberto fujimori, mediante la Resolución Suprema No. 094-96-JUS autoriza solicitar la extradición (fl. 21 cno. Corte).

2.4. *Equivalencia de las providencias proferidas en el extranjero*

El presupuesto mínimo exigido por el Tratado de Extradición suscrito en Caracas en 1911, la Corte lo considera satisfecho puesto que con la documentación se allegó copia del "auto de detención dictado por el Tribunal competente, con la designación exacta del delito o crimen que la motivaren, y de la fecha de su perpetración" (art. VIII), que para el caso es el auto del 28 de enero de 1994 proferido por el Juez en lo Penal de Lima (fls. 125 y ss.-2) adicionado el 11 de julio del mismo año (fls. 135 y ss.-2). En dicha providencia se concretan los hechos imputados, la fecha de su realización, los delitos constitutivos de la conducta y las normas en que se encuentran previstos. Igualmente ordena abrir instrucción contra el inculpado y decreta su detención, decisión ésta que corresponde a lo que en nuestro ordenamiento procesal penal se denomina medida de aseguramiento de detención preventiva.

A la anterior actuación se sumó posteriormente la acusación formal presentada por la Fiscalía del Perú y constituida por el concepto proferido por el Fiscal Supremo en lo Penal del Perú, al resolver el grado de consulta elevado por la Décima Sala Penal de la Corte Superior de Lima, y la acusación formulada el 27 de octubre de 1995 por la Décima Fiscalía Superior en lo Penal de Lima, refrendada por el auto de veintinueve de febrero de mil novecientos noventa y seis proferido por la Décima Sala Penal de la Corte Superior de Lima con fundamento en la acusación fiscal, piezas procesales que integran lo que en nuestro ordenamiento procesal corresponde a la resolución de acusación ejecutoriada, al punto que con

posterioridad a tales pronunciamientos, no existe otra etapa distinta al juicio oral o audiencia pública, como aquí se ha convenido en denominar.

2.5. *El Concepto*

La Corte es del criterio que el Gobierno Colombiano debe proceder a la extradición del ciudadano peruano Manuel Antonio Julca Urrello, por el delito de tráfico ilícito de estupefacientes, solicitada por el Gobierno de la República del Perú, pues se satisfacen los requisitos preestablecidos a estos efectos, como viene de demostrarse.

Dada la gravedad de los hechos por los cuales en Colombia ha sido convocado a responder en juicio el requerido, pues se le acusa por los delitos de concierto para delinquir, tráfico de estupefacientes y enriquecimiento ilícito, es claro que compete al Gobierno Nacional, dentro de sus facultades, decidir si la extradición se hace efectiva inmediatamente o se otorga de manera diferida, de acuerdo con las previsiones que traen el Tratado de 1911 (art. VII) y el Código de Procedimiento Penal Colombiano (art. 560).

Finalmente, y con relación al planteamiento del defensor acerca de la necesidad de que la Fiscalía General de la Nación precluya la investigación que contra su prohijado se sigue en la República de Colombia, ha de señalarse que tal petición resulta extraña a la naturaleza y alcance del presente trámite, por lo cual no amerita ningún pronunciamiento sobre el particular.

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

RESUELVE:

Primero. Conceptuar favorablemente a la extradición del ciudadano peruano Manuel Antonio Julca Urrello, solicitada al Gobierno de Colombia por su homólogo de la República del Perú.

Segundo. Por la Secretaría de la Sala, comuníquese esta determinación al requerido Manuel Antonio Julca Urrello, a su defensor, al Agente del Ministerio Público y al Fiscal General de la Nación para lo de su cargo en relación con el detenido preventivamente con fines de extradición.

Tercero. Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de ley.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

El proceso penal colombiano no solo tiene una estructura formal que indica en qué orden se debe adelantar cada actuación, sino que además está regido por una estructura conceptual, que consiste en que el contenido de una decisión determina o delimita el tema del cual debe ocuparse un pronunciamiento posterior.

Un ejemplo muy claro de esta situación lo vemos en la consonancia que la ley exige que exista entre la sentencia y la resolución de acusación. Ello significa que debe existir una identidad entre los cargos por los cuales se enjuicia y los que se definen en la sentencia, o dicho de otra manera, el fallo tiene por objeto resolver sobre los cargos formulados, y dentro de la facultades que corresponden al juez, condenar o absolver.

En consecuencia, cuando se invoca la causal segunda de casación, la demostración consiste en confrontar la resolución de acusación con la sentencia, para verificar si se ha condenado por cargos no previstos en la acusación, o si se han dejado de resolver aquellos expresamente formulados, es decir, en este error in procedendo se puede incurrir por acción o por omisión.

La imputación de un cargo implica precisar e individualizar naturalísticamente el hecho que le sirve de sustrato básico, para determinar si de él son predicables los elementos que integran el hecho punible y las circunstancias específicas (y las genéricas que requieren valoración) de agravación o atenuación.

La omisión en el pliego de cargos respecto de las circunstancias de atenuación concurrentes es subsanable en la sentencia, porque el juez puede reconocerlas en ese momento, pero no ocurre lo mismo respecto de las específicas de agravación, porque si se agregan en el fallo se rompe la congruencia debida y generalmente se afecta el derecho a la defensa.

También puede el sentenciador, sin afectar el principio de congruencia, condenar como cómplice a quien fue llamado a juicio como autor; o por tentativa aunque se hubiere imputado un delito consumado; o por punible culposo aunque se hubiere acusado por delito doloso; o por un solo delito aunque la acusación fuere por un concurso. Obviamente en cada caso debe obrar la motivación que explique las razones del cambio, pues de lo contrario se entendería como una variación injustificada

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá D.C., febrero veintisiete de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 20

Proceso: 9739

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jose Rodrigo Hernandez Ramirez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Granada (Meta), en la cual le impuso al acusado ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión por los delitos de homicidio y hurto calificado y agravado.

I. HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Como la sentencia se ocupó de dos procesos acumulados, uno por homicidio y el otro por hurto, y la demanda se refiere únicamente a este último, basta relacionar los hechos que dieron lugar a él, los cuales fueron los siguientes:

La noche del 27 de noviembre de 1990, en el barrio "El Progreso" de la ciudad de Granada, tres individuos armados de cuchillos intimidaron al señor Ramon Nonato Rodriguez y lo despojaron de una suma de dinero producto de la venta de frutas, actividad que realizaba en un vehículo automotor de su propiedad en compañía de su hija de once años Mireya Eugenia Rodriguez Ocampo y de su ayudante John Kennedy Machado.

Unas horas después la policía capturó a los sujetos Jose Rodrigo Hernandez, Jorge Alirio Raigosa y Leonel Alberto Martinez, a quienes los ofendidos señalaron como los autores del atraco.

La instrucción la inició el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Granada, despacho que luego de oír las indagatorias y practicar algunas pruebas, resolvió la situación jurídica de los capturados con medida de aseguramiento de detención preventiva. Perfeccionada en lo posible la investigación y agotado el trámite previo, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de hurto calificado por el numeral segundo del artículo 350 del Código Penal, y agravado por los numerales 9o. y 10. del artículo 351 ibidem.

En la etapa del juicio el proceso fue acumulado a otro que se adelantaba contra José Rodrigo Hernandez Ramirez ante el Juzgado Penal del Circuito de Granada por el delito de homicidio, y allí culminó con sentencia condenatoria para todos los encausados, fijándoles las penas siguientes: a Hernandez Ramirez ciento cincuenta y seis (156) meses de prisión por los dos delitos; y a Leonel Alberto Martinez y Jorge Alirio Raigoza Pineda, veintiocho (28) meses por el punible de hurto. A todos se les impuso interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción privativa de la libertad.

El Tribunal Superior de Villavicencio conoció del recurso de apelación y confirmó la sentencia en su totalidad.

II. La demanda

El libelista formula un único reproche al amparo de la causal segunda de casación, porque considera que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, en la medida en que se le aplicó el numeral 6o. del artículo 351 del Código Penal, circunstancia agravante que no fue tenida en cuenta en el pliego acusatorio.

En la demostración hace un recuento sobre las etapas del proceso penal y sus características, así como de los requisitos formales que debe tener la resolución de acusación. Precisa que los agravantes imputados en la acusación fueron los tipificados en el numeral 9o. (de noche), y en el numeral 10o. (por dos o más personas), sin embargo en la sentencia se le atribuyó la causal del numeral 6o., es decir, "sobre vehículo automotor", la cual no figuró en el pliego de cargos, ni fue debatida ni probada durante el juicio.

La petición es que se admita la censura formulada contra la sentencia, y en su lugar se dicte el fallo de remplazo que corresponda.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que se case la sentencia, porque resulta evidente la inconsonancia parcial que existe entre ella y la resolución de acusación.

Admite como cierto que el fallo desbordó el marco jurídico establecido en la resolución de acusación, incurriendo en un claro yerro in procedendo que compromete la unidad del proceso en desmedro de los intereses defensivos del procesado, pues al no haberse imputado la causal de agravación del numeral 6o. del artículo 351 del Código Penal, la defensa no desplegó ninguna actividad sobre ese tema.

No es aceptable el criterio de que la agravante se edifica sobre un hecho admitido por el acusado, como es el desplazamiento de la víctima en su vehículo al momento de ejecutarse el delito, porque en el proceso penal colombiano es una garantía que la sentencia se circunscribe a los cargos imputados en la resolución de acusación, de manera que el término "cargo" adquiere una importancia determinante y no puede desconocerse su preciso contenido conceptual.

La consonancia que se exige a la sentencia es en relación con los cargos, no propiamente con los hechos en su sentido natural, así estos sean el soporte de aquellos, diferenciación que resulta de capital importancia para el desenvolvimiento del proceso, ya que la defensa se orienta en exclusiva a desvirtuar los cargos.

De otra parte, el Ministerio Público estima que la no inclusión de la agravante en la resolución de acusación se debió a que la realidad fáctica vertida en autos no da lugar a su configuración típica, pues el comportamiento delictual no se ejecutó sobre objeto transportado en el vehículo, sino sobre el dinero que el señor Rodríguez poseía en el momento.

Con base en lo anterior, concluye el Procurador Delegado, la sentencia se debe casar parcialmente y dictar un fallo de reemplazo con la correspondiente rebaja punitiva por la supresión de la causal de agravación ilegalmente aplicada.

IV. Consideraciones de la Sala

1o.- El proceso penal colombiano no solo tiene una estructura formal que indica en qué orden se debe adelantar cada actuación, sino que además está regido por una estructura conceptual, que consiste en que el contenido de una decisión determina o delimita el tema del cual debe ocuparse un pronunciamiento posterior.

Un ejemplo muy claro de esta situación lo vemos en la consonancia que la ley exige que exista entre la sentencia y la resolución de acusación. Ello significa que debe existir una identidad entre los cargos por los cuales se enjuicia y los que se definen en la sentencia, o dicho de otra manera, el fallo tiene por objeto resolver sobre los cargos formulados, y dentro de la facultades que corresponden al juez, condenar o absolver.

En consecuencia, cuando se invoca la causal segunda de casación, la demostración consiste en confrontar la resolución de acusación con la sentencia, para verificar si se ha condenado por cargos no previstos en la acusación, o si se han dejado de resolver aquellos expresamente formulados, es decir, en este error in procedendo se puede incurrir por acción o por omisión.

La imputación de un cargo implica precisar e individualizar naturalísticamente el hecho que le sirve de sustrato básico, para determinar si de él son predicables los elementos que integran el hecho punible y las circunstancias específicas (y las genéricas que requieren valoración) de agravación o atenuación.

La omisión en el pliego de cargos respecto de las circunstancias de atenuación concurrentes es subsanable en la sentencia, porque el juez puede reconocerlas en ese momento, pero no ocurre lo mismo respecto de las específicas de agravación, porque si se agregan en el fallo se rompe la congruencia debida y generalmente se afecta el derecho a la defensa.

También puede el sentenciador, sin afectar el principio de congruencia, condenar como cómplice a quien fue llamado a juicio como autor; o por tentativa aunque se hubiere imputado un delito consumado; o por punible culposo aunque se hubiere acusado por delito doloso; o por un solo delito aunque la acusación fuere por un concurso. Obviamente en cada caso debe obrar la motivación que explique las razones del cambio, pues de lo contrario se entendería como una variación injustificada

2o.- En el caso que nos ocupa es verdad que la resolución de acusación fue por el delito de hurto calificado por el numeral 2o. del artículo 350 del Código Penal, y agravado por los numerales 9o. y 10o. del artículo 351 ibidem.

Y tiene razón el demandante al señalar que el sentenciador se excedió, pues en la condena se le imputó a los encausados la circunstancia agravante del numeral 6o. del artículo 351, con la afirmación de que el hurto fue "sobre vehículo automotor", agregado que no podía hacerse porque el fallo resulta parcialmente incongruente.

Además de que procesalmente no era viable desbordar con la sentencia el marco fijado en la resolución de acusación, error suficiente para que el recurso incr-

puesto prospere, es evidente, como bien lo destaca el Ministerio Público, que según los hechos acreditados la agravante del numeral 6o. era inaplicable, pues el hurto no se cometió sobre "vehículo automotor, unidad montada sobre ruedas o sus partes importantes o sobre objeto que se lleve en ellos".

El objeto material del hurto fue el dinero producto de la venta de frutas, y aunque estas se exhibían y transportaban en un vehículo, lo cierto es que esa situación está por fuera de lo que la norma consagra, que es una especial drasticidad en la pena cuando el atentado patrimonial recae sobre un automotor, o sobre sus partes, o sobre su carga, constituyendo esta última hipótesis un acto de piratería terrestre.

El propósito era intimidar al vendedor de frutas para quitarle el dinero, pero como él advirtió el peligro, se refugió en la cabina de la camioneta donde finalmente fue amenazado con arma cortopunzante, lo que llevó a su hija a entregar la suma que tenía en su poder. Es claro que en la finalidad buscada no tenía ninguna importancia el automotor, y en realidad contra él no se adelantó ninguna acción, ni puede decirse que constituyera elemento del hurto consumado.

3o.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del estatuto procesal, cuando se casa la sentencia en virtud de la causal segunda de casación se dicta el fallo de reemplazo, decisión que en este caso apunta a que se haga una nueva dosificación de la pena, descontando lo que se hubiere aumentado por la agravante erróneamente apreciada.

Como el Juez no señaló el incremento de pena por el delito de hurto de manera global sino que la individualizó incluso respecto de los agravantes y luego la sumó a la del homicidio para dar un total que se ajusta a los parámetros de la ley, es fácil ver que por las circunstancias del artículo 351 la pena de José Rodrigo Hernández se incrementó en doce (12) meses, y que ellas eran tres (3), las tipificadas en los numerales 6o., 9o. y 10o., lo cual significa que por cada agravante se elevó la sanción en cuatro (4) meses, luego al dejar de tener en cuenta el numeral 6o., la pena se debe reducir en esa cantidad, por lo que pasará de ciento cincuenta y seis (156) a ciento cincuenta y dos (152) meses de prisión.

En lo atinente a la interdicción de derechos y funciones públicas, fijada en la sentencia en el mismo tiempo de la pena principal, oficiosamente se reducirá a diez (10) años, esto es, ciento veinte (120) meses, máximo permitido por el artículo 44 del Código Penal, por cuanto el fallo en esta materia es violatorio del principio de legalidad, error corregible por la Sala en aplicación de la facultad otorgada en los artículos 228 y 229 del Procedimiento Penal.

De otra parte, como en este caso la decisión se debe hacer extensiva a los no recurrentes al tenor de lo normado en el artículo 243 ibidem, la pena de Leonel Alberto Martínez Florián y Jorge Alirio Raigoza Pineda se reducirá en un (1) mes y diez (10) días, como quiera que por las agravantes se les incrementó un total de cuatro (4) meses. En consecuencia, tanto la pena de prisión como la de interdicción de derechos y funciones públicas será de veintiseis (26) meses veinte (20) días.

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

RESUELVE

1o. Casar parcialmente la sentencia recurrida.

2o. Decretar que la pena de prisión aplicable a José Rodrigo Hernández Ramírez es de ciento cincuenta y dos meses (152), y la de interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) años.

3o. Las penas de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas de Leonel Alberto Martínez Florián y Jorge Alirio Raigoza Pineda, se fijan en veitiseis (26) meses y veinte (20) días.

4o. En todo lo demás se mantiene lo dispuesto en el fallo impugnado.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PECULADO/ PRESCRIPCION/ COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS

Es claro que el delito de peculado puede ser cometido, como ocurre en el presente caso, tanto por servidores públicos como por particulares. estando todos ellos sometidos al régimen prescriptivo general que consagra el artículo 82 del Código Penal, ya que la preceptiva apunta a todas aquellas conductas imputadas a los empleados oficiales (servidores públicos), "en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos", es decir de responsabilidad, sin que en manera alguna se refiera exclusivamente a conductas comunes como equivocadamente lo entiende el libelista.

Es más, las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunican al partícipe que las hubiere conocido.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.–Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 21.

Proceso: 12089

El defensor del procesado *José Fernando Arboleda Salazar*, quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Zipaquirá (Cundinamarca), solicita la inmediata libertad de su representado en razón a que la acción penal se halla prescrita, si se tiene en cuenta que el auto de proceder (hoy resolución de acusación), cobró firmeza el 27 de junio de 1987.

Dice el memorialista que los argumentos de orden jurídico ahora expuestos, son diferentes a los consignados en petición de la defensora de otro procesado,

por lo que deben ser tenidos como originales, reclamando un pronunciamiento que conduzca a la liberación del señor Arboleda Salazar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Dan cuenta los autos que "Durante los meses de mayo a diciembre de mil novecientos setenta y siete, varias entidades, entre las que se encuentran Cody, Industrias Metalibec, Cementos Boyacá, Energía de Bogotá, Películas Mexicanas, Cartón de Colombia, Lister y Colombiana de Distribuciones de Combustibles, giraron cheques destinados al pago de impuestos de diversa índole, los cuales fueron consignados con endoso falso, por medio de Héctor Augusto Alvarez y Luis Antonio Vergel, empleados de la Administración de Impuestos Nacionales, y Henry Mosquera Salas, servidor de la Contraloría General de la República, en la cuenta personal del señor José Fernando Arboleda, con el consentimiento del Gerente del Banco de Colombia sucursal Edificio Lara, Señor Rodrigo Poveda, el Inspector de la Caja Aquilino Acero Reyes y de la Cajera Principal Ligia Rivera Farfán, lo cual trajo como resultado la apropiación ilegal de dineros del erario público en cuantía superior a quinientos mil pesos" (fl. 117 y 118 -Cuaderno No. 1 de la Corte).

2° Mediante providencia de fecha 15 de marzo de 1995, esta Corporación negó al procesado *José Fernando Arboleda Salazar* la libertad inmediata e incondicional que reclamaba, pues en este caso concreto la acción penal con relación al delito de peculado por apropiación por el que se le convocó a juicio criminal, no había prescrito.

En aquella oportunidad la Sala puntualizó que "Según el inciso 2° del artículo 105 del Código Penal de 1936 la acción prescribirá 'En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte'".

"Así mismo, el artículo 107 ibidem establecía que la prescripción de la acción penal se interrumpía por el auto de proceder, la que 'principiaría a correr de nuevo desde el día de la interrupción; pero en este caso el término de la prescripción no podrá excederse más allá del señalado en el artículo 105'".

"El artículo 3° del Decreto 1858 de 1951, establecía como pena privativa de la libertad para el peculado por apropiación mayor de tres mil pesos ($ 3.000.oo), la de cuatro (4) a quince (15) años de presidio y en el actual Código Penal en su artículo 133 (modificado por el artículo 2° de la Ley 43 de 1982), la sanción por dicha conducta cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos ($500.000.oo) es la de cuatro (4) a quince (15) años de prisión".

"Si de conformidad con lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 84 de la actual codificación penal 'Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80', es claro que en el presente caso al quedar ejecutoriado el auto de proceder (hoy resolución de acusación) el *24 de junio de 1987*, debe ser analizado el instituto de acuerdo con las disposiciones vigentes, por resultar más favorable al procesado".

"...Entonces, *Arboleda Salazar*, los empleados de la Administración de Impuestos Nacionales y el servidor de la Contraloría General de la República, aún vinculados a este Proceso, están sometidos al régimen prescriptivo que consagra el artículo 82 del Estatuto Penal, esto es, que el término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder del máximo allí fijado".

"Como ya quedó ampliamente establecido, la infracción que se imputa a los procesados aún vinculados a este informativo, tiene señalada en su máximo una pena de quince (15) años de prisión, la que aumentada en una tercera parte, daría veinte (20) años sin que tal guarismo exceda al máximo previsto en el artículo 80 del Código Penal. Y como quiera que debe reducirse a la mitad por mandato del inciso 2° del artículo 84 ibidem, el término prescriptivo será de diez (10) años, que se cumpliría tan solo el *24 de junio de 1997*". (fl. 44 a 46).

3° Es precisamente con relación a la aplicación del artículo 82 del Código Penal, que el libelista entiende que sin entrar en consideraciones sobre si la pena a imponer en el caso concreto debe ser la estipulada en el inciso 1° del artículo 133 del C.P. o la del inciso 2° del mismo, a la presente fecha estaría más que vencido el término de prescripción, que lo es de siete años y medio (7 $^{1}/_{2}$ años), "toda vez que en este asunto tal circunstancia extintiva de la acción penal no puede estar gobernada por los parámetros del artículo 82 del C. P".

Estima desacertada la interpretación que del artículo 82 del Código Penal se hace en el sentido de que el aumento de una tercera parte del término prescriptivo opera para los delitos propios de los empleados oficiales (hoy servidores públicos) como sujetos activos cualificados, pues tal circunstancia está referida para los delitos comunes atribuídos a los empleados oficiales en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellas, "como sería el caso de las lesiones personales que cause un servidor público a un ciudadano que le reclame por la demora en un trámite; o también el hurto que cometa un juez en el inmueble donde practica un allanamiento".

Y agrega: "De acuerdo con un análisis de la norma en cuestión, lleva a la conclusión de que el legislador se refirió a un aumento de la tercera parte del máximo de la pena fijada entrátándose de delitos comunes cometidos por

Servidores Públicos y no se refiere a los delitos propios del servidor público como tal, es decir, como sujeto activo cualificado".

Apoya su criterio en que el "Legislador al tipificar las conductas propias del servidor público, como las que atentan contra la Administración Pública, al fijar la sanción en el correspondiente tipo, en todos los casos ha tenido en cuenta fijarla con una intensidad suficiente que sancione adecuadamente al sujeto activo como servidor público que es por la vulneración a los intereses del Estado que implica su conducta".

"No parece lógico pensar que a más de haber procedido el legislador a fijar una pena adecuadamente alta para cada delito de servidor público, haya querido también aumentar más el término de prescripción, ya que el término sancionatorio arrastra al prescriptivo".

Concluye que la redacción misma del artículo 80 incita a la tesis por él expuesta, de que ese aumento de la tercera parte para el término prescriptivo se refiere es a la comisión de delitos comunes por parte de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellos, pues de no ser así, el Legislador hubiese dicho que "El término de prescripción fijado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte en los casos de delitos cometidos por servidores públicos".

4° Interesante y desde luego respetable la tesis novedosa que la defensa presenta para reclamar la prescripción de la acción en favor de su representado y, como consecuencia de ello la libertad inmediata. Empero, olvida que las preceptivas constitucionales y legales deben ser interpretadas y aplicadas armónicamente, luego no necesariamente el legislador debe en cada tipo penal establecer, además de las sanciones correspondientes, un término de prescripción de la acción penal.

Es claro que el delito de peculado puede ser cometido, como ocurre en el presente caso, tanto por servidores públicos como por particulares, estando todos ellos sometidos al régimen prescriptivo general que consagra el artículo 82 del Código Penal, ya que la preceptiva apunta a todas aquellas conductas imputadas a los empleados oficiales (servidores públicos), "en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos", es decir de responsabilidad, sin que en manera alguna se refiera exclusivamente a conductas comunes como equivocadamente lo entiende el libelista.

Es más, las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunican al partícipe que las hubiere conocido y esa la razón para que Arboleda Salazar como particular hubiese sido convocado a juicio por el punible de peculado por apropiación, situación que en manera alguna impide que el término prescriptivo previsto para las conductas imputadas a servidores públicos le sea igualmente aplicado.

Siendo así que en pronunciamientos anteriores de esta Sala y del Tribunal Superior de Bogotá se determinó claramente que la acción penal en este caso concreto, solamente prescribe el *24 de junio del corriente año*, debe negarse la libertad del procesado y ordenar que sin más dilación, vuelvan las diligencias a la Procuraduría Delegada para que emita concepto respecto de la demanda de casación presentada por la defensora de Henry Mosquera Salas.

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

RESUELVE

1° *Declarar* que la acción penal en este caso no ha prescrito. Como consecuencia de ello *niega* al procesado *Fernando Arboleda Salazar*, la libertad incondicional reclamada por su defensor.

2° Vuelvan las diligencias a la Procuraduría Delegada para que emita concepto en el término previsto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Ricardo Calvete Rangel (No firmó), Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FORMULACION DE CARGOS/ SENTENCIA ANTICIPADA

1. No acierta el censor cuando afirma que "la variación de la adecuación típica provisional en la etapa de la causa es función exclusiva del Fiscal". Por el contrario, si como lo prescribe el artículo 444 del C. de P. P., a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación, jurídicamente le está vedado modificar o adicionar la acusación que debió formular con absoluta precisión y claridad en la oportunidad debida.

2. Ciertamente, en materia de sentencia anticipada, el acta de aceptación de cargos se asimila a la resolución de acusación, según se desprende del contenido del artículo 37B.2 del C. de P. P., modificado por el artículo 5° de la ley 81 de 1993, no sólo como rito procesal sujeto a determinadas exigencias de forma y fondo, sino también como verdadera calificación, en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

Precisamente, esta equivalencia hace entender como provisional la específica adecuación típica de la conducta que prematuramente realiza el Fiscal en el acta de formulación de cargos, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal "(artículo 442-3 C. de P. P.), sin que la estructura especial de este instituto, que exige la sumisa y pacífica aceptación del procesado a la pretensión punitiva de la Fiscalía y por consiguiente implica la renuncia de aquél a refutar la acusación y a controvertir las pruebas que la sustenten, conduzca fatalmente a que el Juez en la sentencia deba limitarse a reproducir de manera irreflexiva los razonamientos jurídicos del acta de cargos, así éstos sean desatinados, soslayando "la obligación de corregir los actos irregulares" que, como norma rectora que "prevalece sobre cualquiera otra disposición" del Código de Procedimiento Penal, le impone el artículo 13 del mismo texto, resignando de paso su indiscutible condición de supremo garante de la legalidad.

3. Este carácter provisorio permite al juzgador, como muchas veces se ha dicho, al concretar definitivamente la adecuación típica del hecho punible, acomodar en la sentencia –si es del caso– la conducta a uno cualquiera de los tipos que integran el capítulo respectivo pero sin trascender los límites o parámetros impuestos por el núcleo central de la acusación.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.–Santafé de Bogotá, D.C., marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Aprobado Acta No. 20 de febrero 27 de 1997.

Proceso: 9637

VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por el Fiscal Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia proferida por esta Corporación, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 11 Penal del Circuito de esa ciudad, que halló responsable a *Raúl Gustines*, a título de determinador de falsedad en documento privado y autor de estafa, condenándolo a purgar la pena principal de once (11) meses y diez (10) días de prisión, multa de ciento once pesos con diez/100 ($ 111.10) y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

HECHOS

Los sintetizó así el Tribunal:

"El procesado Raúl Gustines *–hombre jubilado por el Municipio de Cali, de 56 años de edad, con 2º año de bachillerato y que carece de bienes actualmente–, se casó legítimamente –por los ritos católicos– con Carmela Villota Jativa,, con quien procreó un hijo de nombre Raúl José Gustines, nacido el 20 de enero de 1966.*

Por escritura Pública No. 577 de septiembre 27 de 1982 (fl. 144), se les adjudicó por el antiguo "ICTC" (sic), un inmueble ubicado en la carrera 42 No. 36-104 barrio "Periquilio" hoy Villa del Sur, por la suma de $ 31.486.90. En esta misma fecha, constituyeron el bien en patrimonio de familia, en favor del descendiente legítimo.

El 22 de julio de 1988, el sindicado, se comprometió a vender el inmueble, sin la presencia y consentimiento de su esposa, a la señora Aura Lina García de

Jaramillo, para lo cual se firmó el correspondiente documento, donde se fingió por parte de una amiga del sindicado, la firma y huella digital de su legítima esposa Carmela Villota Jativa, ante Notario 6° del Círculo de Cali (fl. 142).

Pactaron las partes un precio de $ 2.300.000.oo por el valor total de la casa de habitación, en donde la ofendida Aura Lina García de Jaramillo –quien posteriormente se constituyó en parte civil–, entregó la suma de $ 300.000.oo en dinero efectivo, el 22 de julio de 1988 –precisamente el día en que se firmó la promesa de compraventa–, y el saldo por 2.000.000.oo, lo entregó al actor el 5 de agosto del citado año.

Efectivamente el 12 de agosto de 1988, mediante Escritura Pública No. 2966, otorgada en la Notaría 12 del Círculo de Cali, (fl.19 y 33), el sindicado Raúl Gustines y su esposa –a través de una dama amiga del sindicado que se prestó para el ilícito de nombre Lucía o Lucy N.–, dieron cumplimiento a la promesa de venta y obviamente firmaron la escritura referenciada, en compañía de la ofendida Aura García de Jaramillo, *documento que se hizo por la suma de $ 1.600.000.oo. En este mismo acto, cancelaron el patrimonio de familia que afectaba el bien, para cuyo efecto como se anotó, se suplantó la presencia y firma de doña* Carmela Villota Jativa, *tal como se desprende del certificado de tradición (fl.12).*

El día 18 de agosto de 1988, bajo la Radicación No. 48366, se llevó a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Cali, la copia de la escritura, para su anotación en el folio correspondiente al número de matrícula 370-0143874, quedando así debidamente registrada la transacción civil y consumándose la tradición como lo exige la ley" (fl.265-267 - cuaderno 1).

ACTUACIÓN PROCESAL

El 11 de septiembre de 1991, el entonces Juzgado 36 de Instrucción Criminal de Cali, declaró abierta la investigación y recibió la indagatoria a Raúl Gustines.

La Fiscalía 41 Delegada, Unidad 1 de Patrimonio de la misma ciudad, mediante resolución del 2 de septiembre de 1993 resolvió la situación jurídica profiriendo medida de aseguramiento, con beneficio de excarcelación, por los punibles de falsedad material de particular en documento público y estafa.

El 15 de diciembre de 1993, se realizó diligencia de sentencia anticipada (artículo 37 C.P., modificado por el 3° de la ley 81 de 1993) por solicitud que hiciera la defensora

del procesado. En ella, la Fiscalía Delegada, le formuló cargos como determinador de falsedad material de particular en documento público y autor de estafa, en concurso material, heterogéneo y sucesivo (fl. 217-1) que el procesado aceptó expresa y totalmente.

El Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali, apartándose de la calificación dada por la Fiscalía en lo pertinente a la falsedad material de particular en documento *público* (artículo 220 C.P.) dictó el fallo mediante el cual condenó a Raúl Gustines a la pena principal de 11 meses y 10 días de prisión, multa de $ 111.10 por hallarlo penalmente responsable de los delitos de falsedad material en documento *privado* (artículo 221 C.P.) y estafa (artículo 356 idem) en concurso heterogéneo y sucesivo, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período. Se le impuso, además, la obligación de pagar los perjuicios materiales y se le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fl. 223 - 248).

Impugnada la sentencia de primer grado por el Fiscal Seccional Delegado, al mostrarse inconforme con la variación introducida en la calificación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali la confirmó íntegramente en proveído del 25 de marzo de 1994 (fl. 265 - 290 cuaderno 1).

Mediante Resolución No.C-014 del 15 de abril de 1994, el Fiscal Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali , porque " de acuerdo a reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el recurso de casación debe ser sustentado por los Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior" desplazó al Fiscal 41 Delegado que llevó la acusación, asumió las funciones inherentes a la Fiscalía como sujeto procesal , impugnó el fallo de segunda instancia y presentó oportunamente la respectiva demanda de casación . (fl.299 - 300).

LA DEMANDA

El censor formula un solo cargo al fallo de segunda instancia con fundamento en el numeral segundo del artículo 220 del C. de P.P., esto es," cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación". (fl.317-1).

Sustenta la impugnación, inicialmente, indicando que el Fiscal 41 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, al resolver la situación jurídica de Raúl Gustines le dedujo cargos por razón del concurso heterogéneo y sucesivo de hechos punibles conformado por la falsedad material de particular en documento público –artículo 220 del C. Penal– y de la estafa artículo 356 idem–.

Que el procesado aceptó la acusación en su integridad de la manera como le fue deducida en la providencia que resolvió la situación jurídica y en el acta de aceptación de cargos, que por mandato legal, es equivalente a la resolución acusatoria, siendo imperioso para el Juez Penal del Circuito el proferir sentencia de acuerdo a lo allí consignado.

Sostiene el impugnante que sólo el Fiscal en la etapa de la causa puede modificar la calificación provisional por prueba sobreviniente que así lo amerite, y por lo tanto," ni el Juez de primera o de segunda instancia, estaban legitimados para variar la calificación jurídica provisional que conforme a los hechos endilgados al procesado derivó la Fiscalía, porque la función acusadora por mandato constitucional y legal, la detenta este Organismo , pues el Estatuto Procesal Penal en desarrollo de la Constitución Nacional, escindió el ejercicio de la acción penal en forma acorde a las etapas del Proceso, marcando límites precisos a la instrucción, acusación y juzgamiento, para que a la postre una entidad acuse y la otra juzgue". (fl.319-1).

Al haberse variado la calificación, concluye el impugnante, se incurrió en la causal del numeral 2° del artículo 220 del C. de P.P., "en razón a la falta de consonancia entre los cargos formulados y aceptados por el procesado en el acta de sentencia anticipada y la sentencia, que lesiona no obstante lo reiterativo, el debido Proceso y el derecho de defensa". (fl.320-1).

Solicita, por lo tanto, se case el fallo impugnado y en su lugar se dicte el que ha de reemplazarlo.

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

El Procurador Judicial N° 63 delegado ante el Juzgado 11 Penal del Circuito, cuestiona en su escrito la legitimidad del Fiscal Coordinador ante el Tribunal Superior para desplazar al Delegado Seccional que le correspondió la acusación, porque lo hace "bajo motivaciones erróneas ya que el fiscal desplazante se arroga facultades que no tiene por no haberle sido asignadas ni por la ley ni por los reglamentos" (fl.324-1).

Respecto a la demanda se pronuncia en forma adversa a las pretensiones del actor, fundamentado esencialmente en las consideraciones que sobre la variación en la calificación hizo el Tribunal Superior.

La defensora del procesado en su escrito apoya la sentencia impugnada y rechaza la demanda de casación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere no casar el fallo impugnado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que el Juez puede degradar la calificación contenida en forma concreta en la resolución de acusación en aras del principio de favor rei, en tanto que se mantenga dentro de los límites esenciales de la identidad de género delictivo de manera que no se rompa la estructura de la acusación y siempre que el fallo tenga sustento en prueba suficiente y legalmente producida.

En el caso a estudio, concluye la Delegada, "se pasó de un tipo a otro sin romper la identidad del género de Falsedad Documental, que permite afirmar la coherencia entre acusación y sentencia". (fl.16-2).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Resulta imperativo, antes de proceder a examinar el cargo formulado a la sentencia, advertir que el Fiscal Coordinador de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior tiene legitimidad procesal en este asunto para interponer y sustentar el recurso extraordinario de casación.

Si bien es cierto el Fiscal 41 Seccional de la Unidad de Patrimonio Económico, que adquirió por razón del artículo 444 del C. de P. P. la calidad de sujeto procesal y como tal intervino en la causa, era el legitimado para impugnar el fallo, también resulta evidente que su homólogo delegado ante el Tribunal Superior tenía capacidad legal para desplazarlo con fines específicos del recurso extraordinario. Función que asume mediante resolución especial, amparado en las prescripciones de los artículos 125-3 del C. de P. P., 20-4 del Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación) y 1-1 de la Resolución No. 2722 de 1994 emanada del Despacho del Fiscal General de la Nación

En punto al análisis de los aspectos sometidos a consideración por parte del casacionista en el sustento de la causal invocada, se imponen las siguientes consideraciones:

1. No acierta el censor cuando afirma que "la variación de la adecuación típica provisional en la etapa de la causa es función exclusiva del Fiscal". Por el contrario, si como lo prescribe el artículo 444 del C. de P. P., a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación, jurídicamente le está vedado modificar o adicionar la

acusación que debió formular con absoluta precisión y claridad en la oportunidad debida.

2.- Ciertamente, en materia de sentencia anticipada, el acta de aceptación de cargos se asimila a la resolución de acusación, según se desprende del contenido del artículo 37B.2 del C. de P. P., modificado por el artículo 5° de la ley 81 de 1993, no sólo como rito procesal sujeto a determinadas exigencias de forma y fondo, sino también como verdadera calificación, en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

Precisamente, esta equivalencia hace entender como *provisional* la específica adecuación típica de la conducta que prematuramente realiza el Fiscal en el acta de formulación de cargos, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal" (artículo 442-3 C. de P. P.), sin que la estructura especial de este instituto, que exige la sumisa y pacífica aceptación del procesado a la pretensión punitiva de la Fiscalía y por consiguiente implica la renuncia de aquél a refutar la acusación y a controvertir las pruebas que la sustenten, conduzca fatalmente a que el Juez en la sentencia deba limitarse a reproducir de manera irreflexiva los razonamientos jurídicos del acta de cargos, así éstos sean desatinados, soslayando "la obligación de corregir los actos irregulares" que, como norma rectora que " prevalece sobre cualquiera otra disposición" del Código de Procedimiento Penal, le impone el artículo 13 del mismo texto, resignando de paso su indiscutible condición de supremo garante de la legalidad.

3.- Este carácter provisorio permite al juzgador, como muchas veces se ha dicho, al concretar definitivamente la adecuación típica del hecho punible, acomodar en la sentencia –si es del caso– la conducta a uno cualquiera de los tipos que integran el capítulo respectivo pero sin trascender los límites o parámetros impuestos por el núcleo central de la acusación.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la sentencia se profirió por un concurso heterogéneo y sucesivo de hechos punibles de falsedad material de particular en documento privado y estafa, desconociendo la calificación provisional que hizo la fiscalía sobre el punible lesivo de la fe pública (falsedad de particular en documento público), lo que implica una variación normativa de tipos penales agrupados en el mismo capítulo y con igual nomen iuris, en forma tal que se mantienen los límites esenciales de la identidad del género delictivo sin romper el núcleo básico de la acusación, comportando, de otro lado, resultas favorables al procesado. Cuando esto ocurre, no es dable pregonar una incongruencia entre la resolución de acusación, o su sucedáneo el acta de cargos, y la sentencia, atacable por la vía de la causal segunda de casación, pues la armonía

entre estos actos procesales es inconcusa en la medida en que ambos refieren al injusto de falsedad en documentos.

Este tema lo reseña y puntualiza la Corte en reiterados fallos, entre ellos en el de octubre 5 de 1995, así:

" Para que se pueda predicar una incongruencia es menester que el sentenciador al proferir el fallo de instancia, desconozca la denominación jurídica imputada en la resolución de acusación y condene por un nomen juris del delito distinto al señalado en esa pieza procesal.

La resolución de acusación ha de construirse con base en las previsiones legales, es decir, como decisión interlocutoria que es, deberá contener: una narración de los hechos que son objeto de averiguación, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar; el señalamiento con el debido análisis de las pruebas allegadas a la investigación en legal forma; la adecuación típica de la conducta, la cual se entenderá como provisional, *con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal; y las razones por las cuales se comparte o no los alegatos de los sujetos procesales.*

En lo que hace referencia a la calificación jurídica provisional de los hechos con enunciación del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal significa que la infracción penal imputada en el pliego acusatorio no es rígida, en el sentido de que el funcionario judicial que va a proferir el fallo quede atado a ella, sino que puede variarse en la sentencia el delito imputado siempre y cuando la modificación normativa –género– no contraríe el capítulo señalado en la resolución de acusación, por tal motivo, le es dable al juzgador hacer las variaciones correspondientes en cuanto a su especie se refiere, apoyándose en los medios de convicción". (M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Al margen de lo anterior, que sería suficiente para desestimar la demanda, conviene hacer las siguientes precisiones:

El censor, con la argumentación propia de la causal invocada, reiteradamente pregona la transgresión no sólo del debido Proceso sino del derecho de defensa (fl. 319,320-1).

Si alguna censura quiso hacer 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 segunda 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.

Sinembargo, débese observar que la decisión judicial que desconoció la calificación primaria de la Fiscalía, no constituye atentado contra el derecho de defensa si se tiene en cuenta sus resultas favorables en relación con los cargos que en definitiva aceptó el procesado al momento de su formulación en la diligencia de sentencia anticipada.

Tampoco esta degradación de la calificación configura una irregularidad sustancial con entidad suficiente para enervar la existencia y validez del acto que la contiene porque, se insiste, aún frente al instituto excepcional de la sentencia anticipada, el fallador conserva la misma potestad juzgadora de que dispone en el procedimiento ordinario, dentro de la cual tiene, "conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales" (inciso 4° del artículo 37 del C. de P. P.), la capacidad funcional de ajustar la calificación en el ámbito del mismo capítulo y manteniendo incólume la identidad del género delictivo, de manera que no se rompa la estructura básica de la acusación o no se malogre el derecho a la contradicción y la defensa, como eventualmente podría ocurrir si se hicieran cambios gravosos para el procesado.

De otro lado, al tenor de lo preceptuado en el artículo 308-5 del C. de P.P., inocua se torna cualquiera otra consideración de nulidad si se tiene presente que el Fiscal agotó los medios procesales que la ley le brindaba para remediar la presunta irregularidad, estimada frente a la calificación dada por él a la conducta del procesado.

Finalmente, si bien el argumento toral de la reclamación del impugnante está en considerar que la conducta falsaria del convicto debió adecuarse a la descripción típica del artículo 220 del C. Penal y no al 221 idem como lo hicieron los falladores de instancia, esta postura conduce a un error *in iudicando* que, para prosperar, debió orientarse por la vía de la violación directa de la ley sustancial (artículo 220-1,cuerpo primero, C. de P.P.) por abstenerse el fallador de dar aplicación al artículo 220 del C.P., acogiéndose erróneamente el 221 idem.

El libelo ninguna precisión contiene al respecto y a la Corte, por razón del principio de limitación, no le es permitido corregir, adicionar o de cualquier manera llenar los vacíos que se presenten en la demanda.

Lo anterior no obsta para que la Corte llame la atención de las instancias a fin de que al momento de citar la jurisprudencia de esta Sala en auxilio a sus decisiones, se tenga el elemental cuidado de hacerlo en casos que fáctica y jurídicamente correspondan a lo debatido en el fallo traído a colación, para que no ocurra lo que

aquí advierte, que se invocan pronunciamientos de esta Corporación, relacionados con un poder o un simple contrato, para ilustrar una discusión que versa sobre una escritura pública.

La impugnación 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 impugnada

Copíese, devuélvase al Tribunal de origen y

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll (con Salvamento de Voto), Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda (con Salvamento de Voto), Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar (con Salvamento de Voto), Dídimo Páez Velandia (con Salvamento de Voto), Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso No. 9637

Con el comedimiento debido por la decisión de mayoría, seguidamente expongo las razones que me llevan a distanciarme de la solución que ella contiene acerca de las facultades del juez para variar la denominación jurídica de los hechos imputados y aceptados por el procesado, durante el trámite previsto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 3°, para la terminación del Proceso por sentencia anticipada.

Se sostiene allí, de manea rotunda, que "... aún frente al instituto excepcional de la sentencia anticipada, el fallador conserva la misma potestad juzgadora de que dispone en el procedimiento ordinario, dentro de la cual tiene, 'conforme a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales' (inciso 4° del artículo 37 del C. de P. P.), la capacidad funcional de ajustar la calificación en el ámbito del mismo capítulo y manteniendo incólume la identidad de género delictivo, de manera que no se rompa la estructura básica de la acusación o no se malogre el derecho a la contradicción y la defensa, como eventualmente podría ocurrir si se hicieran cambios gravosos para el procesado".

Desde el punto de vista de la operancia de los principios que deben regir el orden procesal, esta postura, en opinión nuestra, no resulta consecuente.

Asimilar el procedimiento ordinario, para estos efectos, aquel donde la acusación es resultado de una fase investigativa con permanente controversia probatoria, y su formulación juicio exclusivo del titular de la persecución, con la conformidad en allanarse a los cargos, expresada libre y voluntariamente por el procesado, con posterioridad a la ejecutoria de la resolución de la situación jurídica, a efecto de poder dictar sentencia anticipada, conlleva el evidente desconocimiento de la diversa naturaleza a que corresponde cada uno de estos trámites.

A pesar de la variedad de características que en el medio se atribuyen al llamado procedimiento ordinario, básicamente teniendo como referencia un sistema de enjuiciamiento mixto con tendencia acusatoria, es lo cierto que la naturaleza de relación jurídica que tradicionalmente se le atribuye, en orden a hacer prevalecer la iniciativa del sujeto jurisdiccente en la actuación, es verificable en el actual régimen y, no obstante los cambios introducidos, se mantiene.

En esa naturaleza, más allá de las razones y justificaciones puramente intrasistemáticas, habría de ser ubicada originariamente la potestad del juez para variar la calificación establecida en la acusación para el hecho, al momento del fallo, claro está, siempre y cuando se observen los criterios establecidos para ello por la doctrina, los cuales la sentencia motivo de disentimiento reitera de manera amplia.

Bien otra es la situación, nos parece, en tratándose de la terminación anticipada del Proceso por manifestación de conformidad con los cargos. En este evento, es de tenerse en cuenta que tal modalidad de procedimiento corresponde a una de las expresiones del principio de oportunidad, concretamente, la llamada oportunidad reglada, por cuya aplicación se reconoce al reo el derecho a disponer del desarrollo de la acción penal, en las oportunidades, por los motivos y bajo las condiciones preestablecidas en la ley, a cambio de obtener atemperamiento en la punición. En el supuesto del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, para una de las modalidades de este instituto, entre las condiciones de mayor significado jurídico-procesal se exige la de hacer explícita la voluntad de aceptar la imputación que el fiscal formule y someterse a la abreviación de los trámites procesales, con todas las consecuencias que esto comporta, entre ellas la restricción al interés para recurrir.

Como puede verse, desde la relación comparativa que cabría establecer entre los fundamentos y esquemas a los que corresponden estos dos tipos de Proceso, existe una clara distinción respecto del acto medular de concretar la acusación, como presupuesto de la sentencia.

Mientras en el procedimiento ordinario, es conclusión de la controversia probatoria plena que abarca la instrucción como fase procesal; ámbito determinado en el tiempo y actividad en la cual el reo es vencido en la persecución, en el Proceso abreviado, es de la iniciativa de aquel, quien ha de manifestar estar dispuesto a aceptar la imputación que el fiscal formule en su contra, lo cual, de cumplirse, traerá como consecuencia la terminación del Proceso.

Y si como antes se dejó expuesto, esa iniciativa en el procedimiento abreviado la puede tener el procesado en ejercicio de un derecho de disponibilidad sobre el desarrollo de la acción penal –de ahí que cumplido el acto de aceptación de los

cargos el Proceso termine con el proferimiento de la sentencia, sin que haya sido prevista para el juez la posibilidad de "formular observaciones", como sí ocurre en el trámite de "audiencia especial"-, resulta apenas lógico entender que en relación con los contenidos de ese acto de formulación y admisión de cargos, las facultades del juez encuentran en la participación del reo en la concreción de la acusación, un límite difícilmente indesconocible.

En este último aspecto se centra nuestro disentimiento respetuoso con la decisión de la Sala. Si a la acusación como acto procesal en la terminación del trámite por sentencia anticipada se llega a instancia del reo, quien manifiesta su voluntad en allanarse a los cargos que el fiscal formule en su contra, y efectivamente los acepta, no cabe dejar de considerar que esa actuación así cumplida es compleja, acorde apenas con la naturaleza a la que corresponde el procedimiento en el cual ha tenido ocurrencia. Tampoco cabe negar esa complejidad acudiendo a la facultad de disposición con que cuenta el juez sobre la acusación en el procedimiento ordinario, con todo y que en ello se estén observando las limitaciones que al efecto han sido establecidas.

Lo anterior, por cuanto en este aspecto, como ya fuera destacado, el procedimiento ordinario y el abreviado parten de fundamentaciones distintas. En el procedimiento ordinario la acusación es acto de elaboración exclusiva por el fiscal, resultado de la valoración a la actividad probatoria y la contradicción en ella realizada por el reo, lo cual, desde un punto de vista eminentemente funcional, justifica que el juez en el fallo, sin apartarse de la estructura a que corresponde, pueda variarla. En el procedimiento abreviado, la acusación procede mediante la intervención incidente del procesado, quien en procura de obtener una disminución punitiva, expresa su conformidad con la imputación que de los cargos se haga en su contra.

Pensar la variación de la denominación jurídica establecida para el hecho en esta última hipótesis, al margen de la aceptación que de los cargos ha hecho el reo, supone asumir el acto como correspondiente a una elaboración que realmente no ha tenido, y con un contenido que no le es propio, en nítida desvirtuación del procedimiento adelantado.

Cierto es que tanto en el procedimiento ordinario como en el abreviado, la acusación tiene por función limitar el marco fáctico y jurídico de la sentencia. Esa comunidad en la función, sin embargo, no puede autorizar una facultad indiscriminada de disposición sobre la acusación por parte del juez. Es esto tan claro, que la propia ley ha dispuesto que la formulación y aceptación de los cargos en el Proceso abreviado equivalga a la resolución acusatoria del ordinario, con lo cual al tiempo que mantiene la distinción de base entre uno y otro procedimiento, reafirma el esquema fundamental donde sin acusación resulta imposible concebir el Proceso.

Lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la facultad para modificar la acusación en el procedimiento de terminación por sentencia anticipada, no puede ser inferida de la sola circunstancia que aquella aparezca prevista como actuación procesal y el acta en que consta sea equivalente a la resolución acusatoria. Establecer la procedencia del ejercicio de esa facultad en este tipo de procedimiento, impone tener que resolver la tensión surgida entre el derecho del reo a propiciar la conclusión del trámite beneficiándose con un tratamiento punitivo más benigno, y la potestad del juez para variar la calificación dada al hecho.

Distintos aspectos deben ser considerados en este propósito. La manifestación del procesado de que es su intención acogerse a este excepcional trámite, y su concurrencia efectiva y personal expresando conformidad con la imputación que en contra suya eleva el fiscal. Estos prespuestos, el derecho del procesado a incoar el procedimiento y su real participación en el acto de formulación y aceptación de los cargos, como características esenciales de la acusación, se erigen en límites insuperables de la potestad judicial para variar la denominación jurídica establecida para el hecho, en tanto ello supondría dejar sin efecto y operancia las manifestaciones de voluntad del procesado.

Resulta oportuno destacar, en cuanto tiene que ver con estos mismos aspectos, que tampoco es admisible la pretensión de legitimar la variación de la acusación en el fallo, en casos de procedimiento abreviado, teniendo como supuesto que la imputación es puramente fáctica. Al respecto debe tomarse en cuenta que la terminación anticipada prevista en el artículo 37 del Código solo es posible con posterioridad a la ejecutoria de la resolución que define la situación jurídica, con lo cual se está haciendo ver como el marco de la imputación por el fiscal es la calificación dada a los hechos en esa resolución, desde luego, sin perjuicio de que sea necesario ampliar la indagatoria y/o practicar pruebas adicionales, actividad que también, entendemos, debe tener por referente la resolución de la situación jurídica. Por todo esto, es de concluir que no se trata en estricto sentido de ninguna imputación fáctica, que permita tener por sentado que la denominación jurídica del hecho queda liberada a una nueva estimación, por manera que sea susceptible de concreción en el fallo o de variación la ya establecida, en el acto de imputación y aceptación que lo precede.

No muy diversa de ésta, es la conclusión a que habría de llegarse respecto del criterio especialmente enfatizado en la sentencia de mayoría, según el cual, la disponibilidad por parte del juez sobre la calificación dada al hecho en la acusación corresponde a un supuesto, sin consideración del tipo de procedimiento de que se trate, y siempre y cuando no resulte gravosa para el reo.

Hay en este tipo de proposición, ciertamente un supuesto. Creer que en nombre de un aparente favorecimiento del reo, el debido Proceso legal puede adquirir configuración cualquiera, sin reparar en las repercusiones que esto conlleva.

El debido Proceso, como las reglas para el cumplimiento de la actividad judicial en la tutela de derechos e intereses legítimos de quienes acceden a la justicia, sin negar su carácter de derecho, corresponde a una objetivización; a criterios que han de ser asumidos como realidad que demanda sujeción. En ese sentido, tales reglas preceden y actualizan la actuación judicial, lo cual, prima facie, impide anteponer a ellas las razones de favorabilidad en procura de obtener su deconocimiento, pues esos contenidos favorables precisan la observancia misma del Proceso debido para que los actos en que se les reconocen puedan tener legitimidad.

En el tratamiento del caso materia del fallo que motiva nuestra discrepancia, en esto termina incurriéndose. Como la variación a la calificación jurídica establecida para el hecho implica optar por una especie delictiva punitivamente más benigna, ella, entonces, se hace procedente, sin embargo que el juez resulte imponiendo su criterio al respecto, en una clara, para nosotros, expropiación del derecho a propiciar la acusación por otro hecho, aunque de consecuencias más graves, y aceptarla una vez ha sido imputada por el fiscal, quien es el titular de la persecución, según el expreso mandato del artículo 250 de la Carta.

Ninguna duda cabe, entonces, en que proceder así trae consigo que la objetivización a que ha de corresponder el debido Proceso, que para el caso impone atenerse a la calificación dada al hecho en los términos en que fue imputado y aceptado por el reo en ejercicio de su derecho, resulta transgredida so pretexto de reconocer aparentes consecuencias favorables, generando con ello toda una paradoja: reconocer como derecho un resultado punitivo favorecedor del reo, con desconocimiento de otro; precisamente el de acogerse a la terminación anticipada con aceptación de los cargos imputados, también con consecuencias punitivas favorables al procesado.

Para nosotros resulta tan evidente en un evento como éstos la tergiversación al debido Proceso, que la reducción de pena que correspondería reconocer por acogimiento a la terminación anticipada, pierde toda sustentación. Si el fallo se dicta tomando como base el nomen iuris establecido por el juez, luego de variar el que fuera tomado en cuenta en la diligencia de imputación y aceptación de cargos, obviamente la sentencia estará fundándose en un hecho distinto; y desconociendo el supuesto único de la disminución punitiva autorizada por la ley, que, para estos efectos, es el cargo aceptado por el procesado.

Son estas razones las que nos llevan a creer que en tratándose de la terminación del Proceso por sentencia anticipada, la calificación jurídica que al hecho se dé en el acto de imputación y aceptación de los cargos que caracteriza este tipo de procedimiento, es intangible.

Debe aclararse, no obstante, que sostener la indisponibilidad de la calificación establecida para efectos de la imputación y aceptación de los cargos por el procesado, no implica negar del juez el debido ejercicio de control de legalidad sobre la actuación. Baste recordar al respecto que el mismo artículo 37 del Código de Procedimiento reafirma esa potestad condicionando el proferimiento del fallo a que no haya habido violación de las garantías fundamentales. Solo que esta atribución presupone el cumplimiento del procedimiento configurado en la ley, con las características que le son propias, entre ellas la aquí destacada de ser la denominación jurídica del hecho aspecto materia de proposición, concreción y aceptación entre el procesado y el fiscal, dentro de la esfera común a sus derechos y funciones.

Significa entonces que no puede confundirse el control de legalidad, y los diferentes instrumentos de tipo procesal para su efectividad, con la atribución para disponer de la denominación jurídica del hecho, en términos como los que refiere la sentencia de la que nos apartamos, o la invalidación del acto de aceptación de cargos por errónea calificación.

Al haberse dispuesto por el juez de instancia en el presente caso del acto de concreción y aceptación de los cargos, variando la denominación jurídica para dictar sentencia por un hecho distinto al imputado, y sobre el cual el procesado expresó su conformidad, en postura que halló confirmación en la sentencia de segunda instancia objeto del recurso extraordinario de casación, se incurrió en irregularidad sustancial con afectación del debido Proceso (art. 304-2 C. de P.P.), la cual, en ejercicio de su facultad oficiosa (art. 228 id.), ha debido declarar la Corte, invalidando la actuación a partir del fallo dictado por el juzgado.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Magistrado

Adhiero

Dídimo Páez Velandia, Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso No. 9637

Con mucho respeto me permito disentir de la posición mayoritaria de la Sala, en cuanto aceptó la variación efectuada por el juez de instancia a la calificación dada a los hechos por el Fiscal en el acta de formulación de cargos, de falsedad material de particular en documento público a falsedad material de particular en documento privado, no óbstante que se trataba del trámite especial de sentencia anticipada.

Basamos nuestro disentimiento en lo siguiente: "La sentencia anticipada del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal y la sentencia anticipada previa audiencia especial del 37A, ibidem, son parte de los mecanismos político-criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia; a cambio de hacer menos gravosa la pena". (Casación N° 11.362. Marzo 8/96. M.P.Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

En una época el criterio imperante fue el de persecución rigurosa que corresponde a la idea de retribución, según la cual, el Estado ha de castigar, para la realización de la justicia absoluta, cada violación de la ley penal sin excepción. Este, como titular del ius puniendi y a través de sus respectivos órganos (Policía Judicial, Fiscalía y Jueces) tiene el deber-poder de perseguir, investigar y sancionar la criminalidad total. El delito lesiona el orden jurídico, causa alarma y daño social, por lo que, en aras del interés público y de la realización de la justicia, deber ser sancionado, sin que la voluntad del Fiscal, ni la del Juez, ni la de la víctima, ni la del acusado, pueden impedir la persecución y punición íntegra.

Pero el criterio estrictamente retribucionista de la pena fue adicionado para señalarle otras finalidades como la preventiva, la protectora y la resocializadora. Lo anterior, unido a la influencia del derecho anglosajón y al desmesurado aumento de los conflictos sociales, con la natural congestión y literal atascamiento de los

despachos judiciales, determinó que el concepto de persecución rigurosa sufriera excepciones a través de mecanismos como la conciliación, la preclusión por indemnización integral, la sentencia anticipada, la sentencia anticipada previa audiencia especial, los beneficios por colaboración eficaz, la extinción de la acción penal para el denunciante en el caso del cohecho, etc.

Tales figuras se añadieron a otras que ya existían, como el desistimiento en los delitos querellables, la amnistía y el indulto en los delitos políticos, la oblación, la atenuación de pena por reintegro en el peculado, etc..

En todos estos eventos, el Estado no sanciona o, por lo menos, atempera su potestad punitiva por razones de utilidad social y económica o en aras de una justicia más pronta y eficaz.

Uno de los casos de aminoramiento parcial de la persecución penal es la sentencia anticipada. "Pero esta facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de éste una contraprestación consistente en que debe reconocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal, optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por los mismo, se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad, libremente aceptada".

"De ahí que el legislador plasme, consecuentemente con la teleología de la terminación anticipada del Proceso, como regla general, la imposibilidad de recurrir la sentencia, salvo en algunos eventos". (Casación N° 11.362. Marzo 8/)6. M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda).

Tales hipótesis se encuentran expresamente señaladas en el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, aunque el acta contentiva de los cargos aceptados por el procesado sea, según la ley procesal, equivalente a la resolución de acusación, no es igual a ella y, por eso, no siempre se les puede dar el mismo tratamiento. Entre sus diferencias están no sólo la de que la primera no puede ser sometida estrictamente a los mismos requisitos formales de la segunda, sino la de que mientras en ésta la calificación dada a la conducta es provisional, en el sentido de que el juez puede variarla dentro del respectivo capítulo, esto es, sin modificar el nomen iuris y sin agravar la responsabilidad del acusado, pudiendo aminorarla, en aquella tal calificación debe entenderse como definitiva, pues no se puede cambiar por el juez, ni siquiera dentro de los parámetros previstos, porque este abreviado trámite

constituye una particular forma de Proceso, en la que ni al procesado le es permitido recurrir la sentencia por fuera los límites señalados en el artículo 37B-4 del Código de Procedimiento Penal, a menos que se desconozcan sus garantías fundamentales, ni el Estado puede modificar la imputación fáctica ni la jurídica. Ese es el esquema señalado en la ley y desconocerlo es vulnerar las reglas del debido Proceso y faltar a los deberes de lealtad y buena fe que deben presidir todas las actuaciones.

Lo anterior no significa que si el juez, al controlar la legalidad del acuerdo, encuentra que la denominación jurídica dada a la conducta por el fiscal en el acta de formulación y aceptación de cargos no se adecua a los elementos de juicio que obran en el Proceso, deba aceptarlos ciegamente, violentando la lógica y el derecho. No. El remedio en tal caso es decretar la nulidad a partir de tal pieza, para que la adecuación típica se haga y acepte conforme a la realidad que arroja el Proceso, de manera tal que al dictar la sentencia se establezca entre esta pieza y el pliego de cargos la debida correspondencia y armonía.

Jorge E. Córdoba Poveda, Magistrado

Fecha Ut Supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso No. 9637

Estando de acuerdo con las observaciones hechas en los salvamentos que preceden a éste, me parece conveniente insistir sobre los siguientes aspectos, no dejando de manifestar, por supuesto, mi respeto y consideración plenos por la tesis de la mayoría:

1. El Proceso penal colombiano tiene una estructura básica constitucional. Allí se le concibe fundamentalmente como un contradictorio donde las funciones de investigación-acusación están concentradas en un órgano del Estado que las ejerce frente a otro y contra alguien.

2. El órgano investigador, durante esa fase, actúa sin embargo en ejercicio de jurisdicción; por eso rige el principio de oficialidad o actuación oficiosa (poder y deber), pero no lo hace rogadamente sino que directamente produce la prueba, toma las medidas procesales del caso, afecta a los sujetos con medidas cautelares, y sus decisiones se desenvuelven con sujeción a doble instancia. El ente que desarrolla esta tarea es la Fiscalía General de la Nación y su composición, funcionamiento y estructura interna son especiales. Pertenece a la Rama Jurisdiccional pero es independiente al interior de ella, es decir, no recibe instrucciones, aunque eventualmente sus actos jurisdiccionales están sujetos a controles específicos, reglados y limitados, mientras conserve la facultad jurisdiscente, como ocurre con el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, o con la protección especial del habeas corpus.

3. Durante esa etapa del Proceso, decide el derecho definitivamente aunque solo para precluir. Unicamente esta clase de determinación tiene carácter de cosa juzgada formal y a veces material. Tales determinaciones no son revocables por ningún otro órgano de la administración pública o de justicia.

4. Culminada esa etapa, el órgano Fiscalía, si acusa, deja de ejercer jurisdicción y entra al juicio a ejercer actos de parte o de sujeto procesal, que no obstante ello tienen serias limitaciones en cuanto a su disponibilidad por el carácter público de la función acusadora y por principio de legalidad, cuya otra faceta es el de oportunidad reglada. De este modo el Fiscal no puede ya modificar formalmente la acusación, ni precluirla para no ejercerla. Puede cambiar su postura procesal, pero rogando la decisión, pidiéndola, no tomándola.

5. En este esquema, el Juez aparece a la manera de un arbitro y su función es decidir el pleito ajeno. Es más juez, más arbitro (y el Proceso más acusatorio) en tanto menos intervenga correctivamente y más se limite a decidir la cuestión que plantean los sujetos actuantes.

6. Las particularidades con que la ley regule el debido Proceso, son las que permiten saber en un momento dado hasta dónde puede o debe llegar el Juez en el ejercicio de ese poder, que es la esencia de su función y la razón de ser de su existencia. Pero el problema se presenta cuando la ley no es explícita, o cuando, como suele suceder, no lo resuelve todo porque no se ha previsto todo.

7. Tal el caso de la sentencia anticipada. Los disidentes jamás hemos buscado que el Juez, ante el allanamiento o la aceptación de cargos por parte del procesado, sea un invitado de piedra. Lo que consideramos, es que la estructura de ese procedimiento tiene un fundamento material diferente del procedimiento ordinario. Que ese fundamento material es distinto por la razón de ser del uno y del otro y por sus presupuestos procesales y probatorios. Y que esa diferencia justifica y conduce a que el ámbito de movilidad del Juez frente al objeto del Proceso, frente a los sujetos, y frente a la manera como ha de controlar la legalidad y la justicia del caso, también funcione distinto.

8. Por eso nos parece admisible que el Juez, al sentenciar en el procedimiento ordinario, se mueva dentro de los límites del género de delito que se ha precisado en la resolución acusatoria. Si hay error de género, anula y reconduce el Proceso hacia una calificación correcta para propiciar un juicio que aguante resolución de fondo sin violentar la validez del Proceso, su estructura, la congruencia entre acusación y sentencia. Si el error es de especie, de grado de culpabilidad, de definición del grado de participación, bien puede dictar sentencia y atemperar el cargo, aunque no agravarlo. Porque así no se viola la congruencia, ni se sorprende al acusado.

9. Pero este modelo de Proceso parte del supuesto de que todo el trajín procesal se ha agotado. De que el Estado investigador ha podido desarrollar con plenitud y eficiencia las etapas pesquisitorias que la ley le otorga e impone, y las facultades de

averiguación que le permiten fijar el hecho, sus circunstancias y los probables responsables.

10. En la sentencia anticipada ese presupuesto de actividad no concurre porque la petición que de ella se hace interrumpe dicha posibilidad y genera un salto en bruseo hacia la decisión definitiva de manera más o menos prematura. De ahí que nosotros pensemos que cuando en este caso se formulan los cargos y el procesado (asistido por su defensor) los acepta de manera libre en sus contornos y en su valoración jurídica, el Juez dicta sentencia solo si encuentra que con ello no viola la legalidad y la justicia. Pero si encuentra ilegales los cargos o el procedimiento, lo que debe de hacer es abstenerse de dictar el fallo para que el Proceso se desenvuelva de la manera ordinaria, como es su vocación, con pleno ejercicio del contradictorio y allí sí, en un procedimiento concebido y tramitado con plenitud de actividad y de formas, resuelva como ha de ser.

11. Que el costo de un proceder de esta estirpe es mucho, se dice, porque el procesado se vería privado de una rebaja de pena, o porque él no es culpable de los errores del Estado . A ello se responde que el procesado, y menos su defensor, están obligados a aceptar cargos inconducentes, que la ley ofrece otros mecanismos para discutir lo que sea discutible (como el procedimiento de audiencia especial) y que la perspectiva de una rebaja no puede justificar la patente de corso para que lo que no prospera ante el Fiscal se lleve, por vía de sentencia anticipada y pretermitiendo la facultad investigativa del Estado, al dominio prematuro del Juez.

12. Si no fuese así, de esa manera, se dejaría en manos de las partes el Proceso mismo. Se podrá siempre renunciar al iter procesal (obstaculizando la labor de investigación) para que el Juez resuelva en sentencia un sumario que apenas comienza, como sucede en muchas ocasiones, principalmente en los eventos de investigaciones complejas, de conductas permanentes, o continuas, y en casos de infracciones múltiples o de sujeto pasivo colectivo o plural.

En síntesis, el Juez desarrolla de una manera su poder decisorio y controlador al interior del Proceso cuando está ante un Proceso ordinario, y de otra cuando está ante un allanamiento a los cargos. El Juez debe definir siempre la cuestión en su legalidad y en su justicia. Pero para hacerlo no tiene por qué avasallar a las partes ni al Proceso. Como señalaba Carnelutti, "..si nos encontrásemos con un magistrado que sin ser requerido por alguien se dedicase a descubrir y enderezar entuertos, lo consideraríamos más que un héroe de la justicia, un maníaco peligroso del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Messina". El Proceso

colombiano debe propiciar la identidad, cada vez mayor, de un juez árbitro que resuelva el conflicto estado acusador-parte acusada, pero para eso es preciso reconocer a uno y otro el pleno ejercicio de sus roles y, sobre todo, tener la paciencia para que el asunto llegue a conocimiento del Juez en el debido momento.

La ley Colombiana dispone en el art 37 inciso 3º que el juez dictará sentencia *conforme* a los hechos y circunstancias aceptados, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales. Sobre ese particular la revisión de constitucionalidad que en el momento se hizo de la norma expresó que dicho control cubre "no sólo los aspectos formales o procedimentales sino también los sustanciales o de fondo" (Sent. C-425 de 1996). Por su lado, la conformidad a que alude la disposición no puede concebirse *avalorada* jurídicamente, como para pretender que sea simplemente fáctica en sentido opuesto a lo normativo. No. Simplemente, si la formulación del cargo y su aceptación, acto jurídico procesal unitario, no pueden fundamentar la sentencia porque ella así devendría ilegal o injusta , el Juez no puede proferirla.

La pregunta a resolver sería entonces si el Juez, no pudiendo dictar sentencia debe anular la formulación de cargos, o si imprueba el acto jurídico como en el caso de la audiencia especial para sentencia anticipada, o si profiere una especie de decisión inhibitoria o cómo debe proceder.

No parece que sea la nulidad la mejor alternativa, pues con ella se termina propiciando lo que se quiere evitar. La solución más adecuada es la indicada en la institución más próxima, en el trámite más cercano, es decir el de la audiencia especial con fines de sentencia anticipada: la improbación del acto. Al fin y al cabo allanarse a los cargos es una forma de acuerdo no negociado y si éste es jurídicamente inaceptable, la improbación es la herramienta que mejor vacuna contra una interferencia del juzgador en la labor investigativa cuando ésta, por la petición de sentencia, no ha sido plenamente desarrollada.

Y aunque esta postura aparece bosquejada en la aclaración de voto que tuve oportunidad de hacer al fallo de Casación de julio 24 de 1996 (M.P. Dr. Córdoba Poveda), he de recordar que en aquel entonces se estaba ante el texto del art. 37 primigenio del C.P.P. y que dicha institución se había previsto por una sola vez por lo que, expresé, que "a la postre, dejar abierto ese camino (la celebración de otro acuerdo) me condujo a votar y suscribir la decisión..." que fué anulatoria desde la audiencia especial. Por supuesto que en ese entonces no se contaba, para la audiencia especial, con la posibilidad de la formulación de observaciones, que hoy resuelve estas cuestiones, ni existía la sentencia anticipada sin audiencia especial que hoy prevé el texto del actual art 37.

Débió la Corte, entonces, Casar oficiosamente el fallo para que los controles a la legalidad y justicia del acto procesal contentivo de los cargos y su aceptación se hicieran por la vía adecuada, respetuosa del debido Proceso legal y de la separación funcional.

Carlos E. Mejía Escobar.

Santafé de Bogotá, fecha ut supra.

EXTRADICION/ NACIONALIDAD

La tradición constitucional del Estado colombiano ha privilegiado siempre el Ius Soli y por ello entrega la nacionalidad colombiana a los nacidos en suelo de Colombia, pero normalmente combinándolo con el Ius Sanguinis, ya que exige que el padre o la madre sean colombianos.

También ha combinado el Ius Soli y el Ius Domicilii en cuanto entrega la nacionalidad a los hijos de extranjeros en los que por lo menos uno de los padres esté domiciliado en Colombia al momento del nacimiento (C.P. 1991) o que el hijo se domicilie en Colombia (C.P 1886).

Finalmente se combina el Ius Sanguinis con el Ius Domicilii en cuanto permite el acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento a los nacidos en el extranjero que sean hijos de colombianos y se domicilien en Colombia. Como puede fácilmente apreciarse, el señor (...) es una persona nacida en el extranjero, hija de padres colombianos pero sin domicilio en la República, por lo que no puede considerarse a la luz de la Constitución de 1991, ni a la de la de 1886, como nacional colombiano por nacimiento y por tanto está excluído del amparo constitucional del artículo 35 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C. ,marzo cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No. 21

Proceso: 11359

Procede la Corte a emitir concepto en relación con la solicitud de extradición que del ciudadano venezolano *Amador Alexis Brand Maiguel* ha hecho ante las autoridades colombianas el Gobierno de los Estados Unidos de América a través de su embajada en Santafé de Bogotá D.C.

I. La solicitud de extradición

El Gobierno de los Estados Unidos de América solicita la extradición del ciudadano venezolano *Amador Alexis Brand Miguel*, a quien requiere para que en territorio de ese país responda por los siguientes cargos.

1. Cumplimiento del tiempo que le falta de la sentencia de 151 meses de prisión que le fue impuesta por violaciones federales de narcóticos. El requerido en extradición fue condenado en el Distrito Oriental de Carolina del Norte en el caso No. 88-35-02-CR-7, por posesión con la intención de distribuír y distribución de cocaína, en violación del título 21, secciones 841 (a) (1) y 841 (b) (1) del Código de los Estados Unidos de América.

1.1. Los hechos que dieron orígen a la condena se relacionan así en la documentación adjunta:

"(...) El jueves 21 de julio de 1988, *Amador Alexis Brand Miguel* llegó a Wilmington, Carolina del Norte, manejando un automóvil chevrolet cavalier color gris del año 88. Ese automóvil fue examinado por las autoridades policiales de conformidad con un auto federal de registro. Se incautaron aproximadamente 5 kilogramos de cocaína que se encontraban en el maletero del chevrolet cavalier. Por Pavloff (otro inculpado) se supo que *Brand Miguel* había cargado la cocaína en el maletero del automóvil y recibido un pago por trasladar la cocaína de Miami (Florida), a Wilmington (Carolina del Norte).

"Después del registro del automóvil Chevrolet Cavalier, *Amador Alexis Brand Miguel*L, Paul Andrew Pavloff y Francisco Javier Ruíz Tarafa fueron detenidos por la policía por haber contravenido las leyes federales sobre estupefacientes. Posteriormente *Brand Miguel*, Pavloff y Ruíz Tarafa fueron acusados por un gran jurado federal en el Distrito Oriental de Carolina del Norte por haber contravenido las leyes federales sobre estupefacientes. A continuación *Brand Miguel*L, Pavloff y Ruíz Tarafa se declararon culpables de contravenir las leyes federales sobre estupefacientes y fueron condenados a una penitenciaría federal.

"El 27 de marzo de 1989, como resultado de un convenio declaratorio, *Amador Alexis Brand Miguel* fue juzgado culpable en la causa penal No. 88-35-02-CR-7 de poseer cocaína con la intención de distribuírla, según se imputó en el cargo 2 de la acusación. El 27 de marzo de 1989, el Juez W. Earl Britt del Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Oriental de Carolina del Norte, lo condenó a cumplir 151 meses de encarcelamiento y 5 años de libertad supervisada".

2. Resolución de acusación No. 94-03146-RV, dictada el 16 de noviembre de 1994, en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Florida, mediante la cual se le acusa del delito de fuga, en violación del título 18, secciones 751(a) y 408 (a) del Código de los Estados Unidos de América.

Los hechos constitutivos de la acusación se contraen a la siguiente relación:

"Después de la sentencia *Amador Alexis Brand Miguel* fue entregado a la Cárcel Federal en Pensacola (Florida) para cumplir la condena. El 18 de julio de 1994, se informó que *Brand Miguel* se había ausentado de su trabajo. Esa ausencia no estaba autorizada y, por consiguiente, fue declarado fugitivo en esa fecha. En el momento de la fuga, *Brand Miguel* todavía tenía que cumplir 95 meses de la condena".

II. Actuación

1. El Fiscal General de la Nación por resolución del 28 de julio de 1995 y en respuesta a la Nota Verbal No. 587 del 24 del mismo mes y año, remitida a su Despacho por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el oficio No. OJ.E 213 del 25 de julio de 1995, ordenó la captura con fines de extradición del ciudadano extranjero "*Amador Alexis Brand Miguel*".

2. El 28 de octubre de 1995 fue capturado en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) el requerido en extradición *Amador Alexis Brand Maiguel*, quien al momento de su aprehensión se identificó con el pasaporte No. AO. 82140 expedido el 25 de julio de 1994 por la República de Venezuela y la cédula de identidad venezolana No. V.- 6.523.723.

3. La Embajada de los Estados Unidos de América remitió al Ministerio de Relaciones Exteriores la nota verbal No. 1140 del 22 de diciembre de 1995, por medio de la cual oficializa como representante del Gobierno de ese país la solicitud de extradición del ciudadano extranjero "*Amador Alexis Brand Miguel*".

4. El 26 de diciembre de 1995, El Ministerio de Relaciones Exteriores mediante el oficio No. OJ.E. 382 envía el expediente de extradición al Ministerio de Justicia y del Derecho, advirtiendo que "en atención a lo establecido en el artículo 522 del Código de Procedimiento Penal, me permito manifestarle que por no existir convenio aplicable al presente caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal Colombiano".

5. En cumplimiento del artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, el señor Ministro de Justicia y del Derecho remitió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia toda la documentación referente al pedido de extradición de *Amador Alexis Brand Maiguel* que formalizara mediante nota verbal No. 1140 del 22 de diciembre de 1995 el Gobierno de los Estados Unidos de América.

6. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo del artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, corrió traslado al requerido y a su defensor, abrió a pruebas la actuación, practicó algunas de las solicitadas por el apoderado del señor *Amador Alexis Brand Maiguel*, negó otras y ordenó algunas de oficio.

7. El señor defensor del requerido en extradición *Brand Maiguel* orientó el debate probatorio básicamente hacía la demostración del carácter de nacional colombiano por nacimiento de su representado para lo cual aportó y la Corte aceptó incorporar como pruebas, su registro civil (extemporáneo), su cédula de ciudadanía original y documentos civiles y eclesiásticos acerca de la identidad y nacionalidad de sus padres.

La Sala ordenó de oficio la práctica de inspecciones judiciales y la recepción de testimonios de personas cuyos nombres aparecen mencionados por el defensor o en los documentos del señor *Brand Miguel*, como testigos del presunto nacimiento de éste en territorio nacional.

III. El alegato de conclusión

El señor abogado defensor del requerido en extradición *Amador Alexis Brand Maiguel* presentó escrito en el que impetra la emisión de concepto desfavorable a la extradición por las siguientes razones:

1. Por la calidad de nacional colombiano por nacimiento que según él tiene el señor *Amador Alexis Brand Maiguel*, afirmación que sustenta en similar condición de sus padres, Amador de Jesús Brand Arango y Elizabeth Maiguel; en el nacimiento del requerido en extradición en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander) el 7 de junio de 1962; en el registro actual de *Brand Maiguel* como nacido en tal ciudad y en la expedición de cédula de ciudadanía colombiana a su nombre.

Agrega en cuanto hace a este punto, que la existencia de documentos venezolanos a nombre del señor *Brand Maiguel* no puede entenderse como su renuncia a la nacionalidad colombiana, sino como una consecuencia de la fuerza de las circunstancias que llevaron a sus padres a residenciarse en Venezuela como

rechazo a un ataque físico que la madre del requerido en extradición sufriera en la ciudad de Cúcuta. En similar sentido, resentimiento por el ataque y conveniencia por los beneficios educativos, explica la inscripción del menor *Brand Maiguel* como nacido en Venezuela.

Señala en todo caso, que cuando *Brand Maiguel* fue capturado en Cúcuta, se "prestaba" (sic) a tramitar los papeles para su correcta identificación, pero que además debe tenerse en cuenta que la Constitución Política permite actualmente tener doble nacionalidad sin renunciar a la colombiana y que de todas maneras si alguna nacionalidad fuera "expurea" (sic) sería la venezolana, aunque se apresura a aclarar que no puede seguirse ninguna actuación judicial en contra de su poderdante por tratarse de hechos ocurridos cuando él tenía muy corta edad.

2. En punto al análisis de la situación jurídica de la nacionalidad de *Brand Maiguel* frente a la ley 43 de 1993 y a las disposiciones de la anterior Constitución, explica que su defendido nunca ha renunciado a la nacionalidad, en los términos que señala el artículo 23 de la ley citada y por tanto no puede ser privado de su nacionalidad.

Advierte que tampoco le es aplicable a su cliente el trámite de recuperación de la nacionalidad, por cuanto nunca la ha perdido, pues jamás adquirió carta de naturalización en país extranjero, pero en todo caso reclama que en virtud del principio de favorabilidad señalado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, debe aplicársele el mandato del artículo 96 de la misma Carta en cuanto a que "la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad".

3. Reclama a continuación y previo reconocimiento de la condición de nacional colombiano por nacimiento de su defendido, que se declare que ha cumplido la pena que le correspondería por los delitos por los que se le reclama en los Estados Unidos de América, pues señala que sumadas la pena de narcotráfico, el que dosifica con los extremos señalados para un cómplice, con la de fuga, que calcula en 6 meses, entregan un resultado mucho menor que el tiempo que *Brand Maiguel* ha permanecido en prisión, que cuantifica en 103 meses y 22 días, a los que llega totalizando el lapso de reclusión en los Estados Unidos de América y el que ha permanecido detenido con fines de extradición en Colombia.

4. Alega una incorrecta identificación del requerido en extradición, por cuanto se solicitó por los Estados Unidos y se ordenó la captura por parte de la Fiscalía General de la Nación de una persona cuyo segundo apellido es "Miguel" y el apellido correcto de su poderdante es "Maiguel", por lo que, según él, no hay identificación plena del capturado como la persona requerida.

5. En punto a la doble incriminación dice que el tope de la punibilidad no se cumple porque "para el delito por cual se inculpa a mi representado el ordenamiento a aplicar sería la ley 30 de 1986 y esta establece como pena máxima para este delito la de cuatro años de prisión, menos las circunstancias de atenuación (...)"; agrega comentarios sobre los límites de las penas con la escuela peligrosista y sobre la supuesta violación de derechos humanos que constituiría la entrega de un nativo a un Estado extranjero.

La atenuación que precisa la refiere a que "en el peor de los casos" en nuestro país le correspondería por el narcotráfico una pena de 4 años de prisión, "con el atenuante del art. 24 del C.P. (complicidad), la pena en mención hay que disminuirla de una sexta parte a la mitad", a lo que además le disminuye la rebaja del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (decreto 0050), que dice regía para la época de los hechos, por la colaboración y autoinculpación de su poderdante ante la justicia estadounidense, sumándole finalmente las rebajas que establece la ley 81 de 1993 en los artículos "referentes al sometimiento a la justicia", de los que cita el 38, 44 (369A del C.P.P.), 45, 46, 47 y 49.

6. Finaliza el escrito reclamando un concepto desfavorable a la extradición y aportando una serie de firmas de personas a las que supuestamente les consta la naturaleza colombiana del requerido en extradición.

Consideraciones de la Corte

1. El Código de Procedimiento Penal colombiano señala en su artículo 558 que la Corte fundamentará el concepto de extradición en: Validez formal de la documentación presentada; demostración plena de la identidad del solicitado; Principio de la doble incriminación y equivalencia de la providencia proferida en el extranjero.

2. *Validez formal de la documentación:*

Los documentos remitidos por la Embajada de los Estados Unidos de América, se ajustan a las formalidades del trámite de la extradición y específicamente a los señalados en el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal.

La Embajada ha enviado transcripción auténtica de la sentencia y de la resolución de acusación dictadas en contra de *Amador Alexis Brand Miguel* en los Estados Unidos de América. Tales actos procesales contienen la indicación fáctica exacta, así como el lugar y fecha de su ejecución, jueves 21 de julio de 1988 para el narcotráfico y 18 de julio de 1994 para la fuga (folios 25 a 88).

La documentación recibida a través de la vía diplomática contiene también los datos necesarios para establecer la identidad de la persona reclamada y a la misma se le han agregado copias auténticas de las disposiciones penales aplicables al caso.

En conclusión, la validez formal de la documentación se halla plenamente acreditada, sin que pueda pasarse por alto que sobre ella no se ha presentado ninguna objeción por parte de la defensa.

3. *Demostración Plena de la Identidad del Solicitado*:

3.1. Como ya de tiempo atrás lo viene señalando La Corte, "el punto que es materia de análisis, con miras a conceptuar sobre la viabilidad del otorgamiento de una extradición, alude a la identidad entre la persona que es sujeto pasivo de la acción penal adelantada en el país extranjero y la persona que estando en suelo colombiano ha sido capturada con esos fines; lo que no se puede confundir con un eventual problema judicial por un error en la individualización del procesado, cometido fuera de nuestras fronteras. Para los efectos aquí perseguidos, basta que el procesado o sentenciado en el país requirente sea el mismo individuo que se encuentre sometido al trámite de extradición"[1], situación sobre la que en el presente caso no hay ni el menor asomo de duda, no obstante la argumentación del abogado defensor sobre la presunta irregularidad que para el trámite de extradición significa que la solicitud de los Estados Unidos de América se haya hecho sobre una persona de apellido "Miguel" y no "Maiguel" como es en verdad el segundo apellido de su cliente.

En efecto, frente a la abundante evidencia respecto de la identidad del sujeto pasivo de la acción penal en el país requirente con el actualmente detenido con fines de extradición, ninguna atención merece el reparo del señor defensor.

Tiénese, como primera medida, la fotografía que del pedido en extradición se adjuntó por la Embajada de los Estados Unidos de América (folio 87), frente a las fotografías del folio 283, que corresponde a la presentada por Brand Maiguel para tramitar en ese país el permiso de residencia No. A-28591185, y folio 303, de la cédula de identidad venezolana con la que se identificó al momento de su captura, para concluir, sin ninguna duda, sobre la identidad del señor Amador Alexis Brand Maiguel aquí detenido, con el solicitado como Amador Alexis Brand Miguel , también conocido como "Amador Brand", "Alexis Brand",

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: extradición No. 10.564, Auto del 15 de septiembre de 1995. Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas.

"Amador Miguel", "Alexis Miguel", "Alexis Miguel Brand" y "Amador Miguel-Brand" (folio 21), sin que la inadvertencia mecanográfica en que incurren los funcionarios de la Embajada estadounidense resulte relevante para desestimar la identidad plena del requerido.

Por si lo anterior fuera poco, en el "documento de prueba C" adjuntado por las autoridades estadounidenses (folio 42 a 46), identifica al sujeto del "fallo que comprende la sentencia dictada a tenor de la ley de reforma de las sentencias", causa 88-35-02-CR-7 como "Amador Alexis Brand Miguel ", dentro de la que además se identifica al condenado como el titular del registro de extranjería No. A-28591185, mismo al que aparece agregada la fotografía visible al folio 283.

Finalmente en punto a la identidad plena del requerido en extradición, se puede observar el folio 282 y su correspondiente traducción en el folio 379, para detallar que en tal documento, denominado como "servicio de información de no inmigrantes - lectura de datos básicos" aparece que su entrada a los Estados de América se hizo por Miami, por vía aérea, identificándose con el pasaporte No. 6523723, que es el mismo que usó para similar propósito al momento de su detención el 28 de octubre de 1995 (folio 304) en la ciudad de Cúcuta en la República de Colombia.

Concluyese de lo anterior la plena identificación del señor Amador Alexis Brand Maiguel , vinculado a este trámite de extradición, con el solicitado por la Embajada de los Estados Unidos de América como Amador Alexis Brand Miguel .

3.2.No obstante lo anterior y habida cuenta que la identificación plena del individuo solicitado en extradición comporta también la demostración de su nacionalidad, cuando como en éste caso el requerido y su defensor alegan la nacionalidad colombiana, para reclamar, como colombiano por nacimiento, el amparo del artículo 35 de la Constitución Política, debe la Corte estudiar tan trascendental punto antes de proseguir con el trámite del presente asunto.

El requerido en extradición Amador Alexis Brand Maiguel a través de su abogado defensor, ha aportado como pruebas y la Corte ha aceptado incorporar como tales, los siguientes documentos, con los que la defensa pretende demostrar la nacionalidad de colombiano por nacimiento de su prohijado: documentos sobre la nacionalidad colombiana de los padres del pedido en extradición y registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía original de Brand Maiguel. Por su parte la Corte ha aportado la partida eclesiástica de bautismo del mismo y se ha obtenido respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores acerca de la inexistencia de solicitud de recuperación de la nacionalidad por parte de Brand Maiguel (folio 218).

3.2.1. El Estado colombiano, a través de sus dos últimas Cartas Políticas (1886 y 1991) ha reconocido como nacionales por nacimiento:

3.2.1.1. A los naturales de Colombia:

3.2.1.1.1. Hijos de padre o madre que hayan sido naturales o nacionales colombianos.

3.2.1.1.2. Hijos de extranjeros:

3.2.1.1.2.1. Con la Constitución de 1886 se les exigía "que se hallen domiciliados en la República".

3.2.1.1.2.2. Con la Constitución de 1991 se exige que "alguno de sus padres esté domiciliado en la República en el momento del nacimiento".

3.2.1.2. A los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República.

Dentro de este preciso marco constitucional y con vista en la prueba documental recaudada durante el adelantamiento del presente trámite de extradición, la Corte concluye que Amador Alexis Brand Maiguel es una persona cuya situación no se tipifica en ninguna de las previsiones descritas por las Constituciones que nos han regido durante los últimos 110 años.

La Corte fundamenta fácticamente esta afirmación en la consecución de la partida eclesiástica de bautizo del entonces menor Amador Alexis Brand Maiguel, corrida el 14 de octubre de 1962 en la Parroquia San José de Cúcuta-Catedral, en cuyo folio se observa claramente que se le ha tachado el lugar de nacimiento original que era "San Antonio del Táchira (Venezuela)" para mutarlo por "en Cúcuta", corrección ordenada por el decreto No. 1207 del 7 de noviembre de 1995, emanado del delegado episcopal.(folios 68 y 70, anexo No. 1).

La defensa alega que la corrección de la partida eclesiástica se hizo con respeto de las normas de tal fé y que la frase "San Antonio del Táchira (Venezuela)" en el folio original de la partida de bautismo, luce "a primera vista" diferente del resto de grafías, de donde dice, que el nacimiento en Cúcuta se colige de la falta de un espacio para la anotación del lugar del nacimiento, pues se suponía el nacimiento en tal ciudad.

Sin embargo, la Corte encuentra suficientes elementos de juicio para concluir que se asaltó la buena fé del delegado episcopal, para hacer aparecer como lugar de nacimiento uno diferente de aquel en el que realmente ocurrió tal suceso.

En efecto, no es sólo que el folio "corregido" permita concluir por sí solo de su mera lectura que el entonces infante Amador Alexis nació en la República de Venezuela, sino que el folio siguiente, en la partida de bautismo 1048, muestra que el mismo 14 de octubre de 1962 se bautizó también al menor Luis Alejandro Brand Maiguel, hermano de AMADOR ALEXIS y nacido el 9 de abril de 1961, también en San Antonio del Tachira (Venezuela), prueba plena de que la familia Brand Maiguel residía en ese país desde mucho tiempo antes, como que se ha comprobado el nacimiento de dos de sus hijos en territorio venezolano.

Confluye igualmente en contra de la credibilidad del hecho certificado con la corrección de la partida de bautismo, el haber sido hecha el 7 de noviembre de 1995, es decir con posterioridad a la captura con fines de extradición del señor Amador Alexis Brand Maiguel, la cual se produjo el 28 de octubre de 1995 en la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), por lo que sin ningún esfuerzo mental puede concluirse que el objetivo específico del cambio del lugar de nacimiento en la partida eclesiática, no era otro que el de preparar la nacionalidad de colombiano por nacimiento del capturado para evitar su extradición al abrigo del artículo 35 de la Constitución Política.

Respecto de la afirmación del abogado defensor, sobre la anotación con letra diferente de la frase "San Antonio del Táchira (Venezuela)" como lugar de nacimiento, ello no pasa de ser un enunciado carente de respaldo técnico, amén de que la simple observación del folio 68 del cuaderno anexo, permite corroborar la similitud de la escritura con la de la totalidad del registro.

Pero además, la anotación del sitio del nacimiento en las partidas 1047 y 1048 se explica por la administración del sacramento bautismal en una parroquia diferente a aquella en la que ocurrió el nacimiento, ya que en los demás registros se presume que tal hecho ocurrió en jurisdicción de la parroquia, pues ello es lo mandado por el inciso 2° del canon 857 del Código de Derecho Canónico, estatuto jurídico de la fé católica: "Como norma general, el adulto debe bautizarse en la iglesia parroquial propia, y el niño en la iglesia parroquial de sus padres, a no ser que una causa justa aconseje otra cosa"; esa es entonces la conclusión y no la que erróneamente hace el defensor, para la cual además basta mirar los cánones 875 y siguientes del mismo Código, específicamente el 877 que señala:

"El párroco del lugar en el que se celebre el bautismo debe anotar diligentemente y sin demora en el libro de bautismo, el nombre de los bautizados, haciendo mención del ministro, los padres, padrinos, testigos si los hubo y el lugar y día en que se administró e indicando así mismo el día y lugar del nacimiento", mandato sobre el que además resulta pertinente la siguiente doctrina de la Iglesia, contenida en la respuesta de la SCS, en 1954, X Ochoa, Leges Ecclesiae 2, Roma 1969:

"En cuanto a la inscripción del bautismo, el responsable es el párroco del lugar, donde se celebró el bautismo. Lo normal es que el niño se bautice en la iglesia parroquial de sus padres, pero una causa justa puede aconsejar que se celebre en otra parroquia. Pues bien, en este caso, la obligación no es del párroco del domicilio de los padres, sino el de la parroquia donde realmente se bautizó. Es más, éste ya no está obligado a comunicarlo al párroco propio del bautizando. Así sólo hay una inscripción y no dos, como antes, lo que daba lugar a cierta inseguridad jurídica"[2].

Deviene de lo anterior que ninguna duda puede aceptarse sobre la anotación del lugar de nacimiento original en la partida 1047 de Amador Alexis Brand Maiguel y por tanto puede concluirse, sin vacilación alguna, que el no es natural Colombiano por nacimiento por no haber nacido dentro de las fronteras de la República. Y aunque es hijo de colombianos y su nacimiento ocurrió en el extranjero no puede acogerse al principio del Ius Domicilii, por no haber estado nunca domiciliado en Colombia

La tradición constitucional del Estado colombiano ha privilegiado siempre el Ius Soli y por ello entrega la nacionalidad colombiana a los nacidos en suelo de Colombia, pero normalmente combinándolo con el Ius Sanguinis, ya que exige que el padre o la madre sean colombianos.

También ha combinado el Ius Soli y el Ius Domicilii en cuanto entrega la nacionalidad a los hijos de extranjeros en los que por lo menos uno de los padres esté domiciliado en Colombia al momento del nacimiento (C.P. 1991) o que el hijo se domicilie en Colombia (C.P 1886).

Finalmente se combina el Ius Sanguinis con el Ius Domicilii en cuanto permite el acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento a los nacidos en el extranjero que sean hijos de colombianos y se domicilien en Colombia.

Como puede fácilmente apreciarse, el señor Amador Alexis Brand Maiguel es una persona nacida en el extranjero, hija de padres colombianos pero sin domicilio en la República, por lo que no puede considerarse a la luz de la Constitución de 1991, ni a la de la de 1886, como nacional colombiano por nacimiento y por tanto está excluído del amparo constitucional del artículo 35 de la Carta.

2. Código de Derecho Canónico. Antonio Benlloch Poveda. Editorial Edicep, Valencia (España), páginas 398 a 407.

Súmase a lo anterior, que el señor *Amador Alexis Brand Maiguel* se ha identificado durante toda su vida, hasta el 28 de octubre de 1995 inclusive, como ciudadano venezolano; es titular del pasaporte venezolano No. 6.523.723 y de la cédula de identidad del mismo número expedida por la República de Venezuela (folios 306 a 307), identificaciones con las que además se encuentra que tramitó documentos en los Estados Unidos de América, como la licencia de conducción (folios 257 a 264) y la tarjeta de residente extranjero (278 a 283), por lo que nacido en Venezuela y con documentos de identidad de ese Estado, no puede atribuírsele ninguna nacionalidad diferente que la de venezolano.

3.3. Respecto del alegato de conclusión presentado por el señor abogado defensor, en cuanto afirma que de conformidad con el artículo 96 de la Constitución Política su defendido tiene derecho a gozar de la doble nacionalidad, sin perder la Colombiana, que dice tiene, la Corte se permite precisar:

Es cierto como lo señala el señor defensor que el señor *Brand Maiguel* no ha renunciado a su nacionalidad colombiana, y ello es así por cuanto resulta completamente imposible renunciar a algo que no se tiene, pues el señor *Brand Maiguel* en ningún momento ha sido nacional colombiano por nacimiento, no nació dentro de las fronteras de la República de Colombia y jamás ha estado domiciliado aquí. En tal razón y como nunca ha combinado el Ius Sanguinis, que lo favorece para su nacionalidad colombiana, con el Ius Domicilii, que exige tanto la Constitución actual como también lo hacía la anterior, no puede alegarse colombiano por nacimiento y por tanto no puede renunciar a una nacionalidad que no tiene ahora y no ha tenido nunca, aunque eventualmente podrá llegar a tener si alguna vez fija su domicilio en la República, previo adelantamiento de los trámites que señala la ley 43 de 1993 y su decreto reglamentario 207 del mismo año, normas aplicables por ser las únicas que permiten obtener la nacionalidad cuando se goza de otra, aunque la otra, como en este caso, no se haya adquirido por carta de naturalización, como explicaba el artículo 9° de la Constitución de 1886, sino por naturalización simple y llana obtenida de haber nacido en otro país.

3.4. El señor defensor reclama, con fundamento en el artículo 3° de la ley 43 de 1993, el reconocimiento de la nacionalidad colombiana de *Amador Alexis Brand Maiguel* por ser titular de la cédula de ciudadanía No. 79.824.673 de Santa Fe de Bogotá D.C., y al respecto anota La Corte:

La mencionada norma señala: "De la prueba de la nacionalidad. Para todos los efectos legales, se considerarán como pruebas de la nacionalidad colombiana la tarjeta de identidad o la cédula de ciudadanía expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil o el registro civil para los menores de 7 años, acompañado de la prueba del domicilio cuando sea el caso".

Este artículo contiene evidentemente una orden perentoria de reconocer probada la nacionalidad del titular de uno de los documentos allí anotados, pero ello no depende exclusivamente de ese hecho, sino que debe estar "acompañado de la prueba del domicilio cuando sea el caso".

Naturalmente la expresión "cuando sea el caso", debe determinarse con arreglo a la Constitución y las leyes y con vista en tales normatividades, la Corte puede concluir que la situación del señor *Amador Alexis Brand Maiguel* es uno de los casos a los que se refiere el artículo 3° de la ley 43 de 1993.

Sin embargo, como atrás se ha declarado, el señor *Amador Alexis Brand Maiguel* es un ciudadano venezolano, hijo de padres colombianos, que ha nacido en territorio extranjero.

Siendo ello así, tiene respecto de la nacionalidad de colombiano por nacimiento, únicamente la expectativa de obtenerla cuando, de conformidad con el artículo 96 de la Constitución Política de 1991, "se domiciliare en la República", requisito que de igual manera exigía el literal "b" del ordinal 1, del artículo 8° de la anterior Constitución.

En este orden de ideas y por tratarse de un asunto atinente a la nacionalidad, se entiende por domicilio, la definición que de él entrega el inciso 3° del artículo 2° de la propia ley 43 de 1993, que señala: "Por domicilio se entiende la residencia en Colombia acompañada del ánimo de permanecer en el territorio nacional, de acuerdo con las normas pertinentes del Código Civil".

Surge claro de lo expuesto, que para los colombianos que hayan perdido la nacionalidad colombiana, por razón de la aplicación del artículo 9° de la Constitución anterior, o para aquellos que nunca la han tenido pero tienen la expectativa de tenerla, no basta la mera exhibición de los documentos a que se refiere el artículo 3° de la ley 43 de 1993, sino que a ellos deben agregar pruebas claras y contundentes del ánimo de permanecer en el territorio nacional, situación que no se demuestra con otra cosa que con hechos de los que se deduzca claramente la vocación de permanencia en el territorio nacional, como por "el hecho de abrir botica, fabrica, taller, posada, escuela u otro establecimiento durable, para administrarlo en persona: por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de los que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas"[3], sin descuidar que "no se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar

3. Artículo 80 del Código Civil.

un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental, como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal, o la del que se ocupa en algún tráfico ambulante"[4]

Ahora bien, la obtención de cualquiera de tales documentos, tarjeta de identidad, cédula de ciudadanía, o registro civil de nacimiento, debe hacerse con arreglo a las leyes, no en contravía con ellas, pues no debe olvidarse que uno de los elementos esenciales del acceso a la nacionalidad colombiana, por nacimiento o por adopción, es la manifestación de la "voluntad de respaldar y acatar la Constitución Política y las leyes de la República"[5] y por supuesto no tiene tal voluntad quien adelanta los trámites para obtener uno de tales documentos, en contravención de la ley que rige para su caso concreto.

En efecto, para empezar, el señor *Brand Maiguel* no ingresó al territorio nacional con el ánimo de obtener la nacionalidad colombiana, ni estaba autorizado para ello, pues la ley 43 de 1993, señala un procedimiento reglado para una situación como en la que él se encuentra y no es otra que la indicada en el artículo 31 donde se regula exactamente su situación:

"De la expedición de pasaportes provisionales a los hijos mayores de edad de padre o madre colombianos nacidos en el exterior. Los funcionarios consulares de la República podrán expedir pasaportes provisionales a los hijos mayores de edad de padre o madre colombianos, nacidos en el exterior, válido únicamente para viajar a Colombia con el objeto de definir su nacionalidad, dejando la siguiente anotación en la página de observaciones de la correspondiente libreta: 'La expedición del presente pasaporte no implica reconocimiento de la nacionalidad colombiana, ni constituye prueba de la misma. Se otorga en consideración a que el titular es hijo de padre (o madre) colombiano y puede ser colombiano por nacimiento cuando cumpla el requisito de fijar su domicilio en el territorio nacional' ".

Adicionalmente a lo anterior, la misma Ley 43 de 1993 señala que para la recuperación de la nacionalidad, o para la obtención en este caso, el nacional deberá recuperarla "formulando una solicitud en tal sentido ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, los Consulados de Colombia o ante las gobernaciones, manifestando su voluntad de respaldar y acatar la Constitución Política y las leyes de la República. El acta de recuperación de la nacionalidad se remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al

4. Artículo 79 del Código Civil.

5. Artículos 13 y 25 de la ley 43 de 1993; y, 2 y 5 del decreto 207 de 1993.

Departamento Administrativo de Seguridad 'DAS' [6], requisito que como atrás se demostró el señor *Brand Maiguel* nunca llenó, pues la Cancillería informa de la inexistencia de solicitud de tal naturaleza (folio 218).

Con la perspectiva del marco jurídico reseñado, la actuación del señor *Brand Maiguel*, no permite concluir otra cosa que la violación de la ley de nacionalidad colombiana de su parte y por tanto la inadmisibilidad de los documentos obtenidos como prueba de su nacionalidad, los que además, si fueran válidos, resultarían insuficientes en su caso por no estar acompañados del requisito de fijar su domicilio en la República.

Pero es que además, el comportamiento del señor *Brand Maiguel*, previo a su captura, permite descartar de plano que tuviera siquiera la intención de obtener la nacionalidad de colombiano por nacimiento. Obsérvese al efecto el siguiente itinerario:

a.- El señor *Amador Alexis Brand Maiguel* ingresó a la República de Colombia como ciudadano venezolano simple y llanamente, no como ciudadano venezolano con la expectativa de obtener la nacionalidad colombiana.

b.- Las constancias de ingreso de *Brand Maiguel* al país son de septiembre 1 de 1994, cuando ingresó por Paraguachon (Guajira) con visa de turismo por 60 días; del 29 de junio de 1995 cuando ingresó por Medellín con visa de 30 días; y del 29 de septiembre de 1995, cuando salió de Venezuela por el puesto fronterizo del Táchira e ingreso a Colombia por Cúcuta con visa de 30 días (folios 303 a 307).

c.- El propio *Brand Maiguel* en indagatoria rendida ante la Fiscalía 141 de la Unidad 5ª de Patrimonio, reconoce haber ingresado al país 3 días antes de su captura, por Cúcuta (folio 343), aunque de ello no hay constancia en las hojas de su pasaporte que en fotocopia remitió el departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Como puede fácilmente observarse, el señor *Brand Maiguel* estuvo en Colombia con posterioridad a su fuga de la Cárcel Federal en Pensacola (Florida-EE.UU.AA) que ocurrió el 18 de julio de 1994, en septiembre de ese mismo año y en junio y septiembre del año siguiente, sin que en ninguna de tales oportunidades manifestara su intención de obtener la nacionalidad colombiana a la que tendría derecho, deseo que solo vino a patentizar cuando fue capturado con fines de extradición el 28 de octubre de 1995 en la ciudad de Cúcuta, por lo que puede deducirse claramente

6 Artículo 25 de la ley 43 de 1993.

que su intención de ser nacional colombiano no está animada por la voluntad de respaldar la Constitución y las leyes de la República sino por la malsana vocación de evadir su responsabilidad con la justicia estadounidense, amparándose en la prohibición constitucional de extraditar colombianos por nacimiento.

Basten los anteriores argumentos para concluir que la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento de los que es titular *Amador Alexis Brand Maiguel* son de contenido falso pese a su autenticidad, pues contienen datos que no corresponden a la realidad y fueron obtenidos con violación de la ley 43 de 1993, por lo que no resultan aptos para demostrar su nacionalidad de colombiano por nacimiento.

4.*Principio de la doble incriminación.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, para conceder u ofrecer la extradición de ciudadanos extranjeros pues la de colombianos por nacimiento se halla prohibida por el artículo 35 de la Carta Política, el hecho por el que se procede en el país requirente debe estar también previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a 4 años.

En el caso que hoy ocupa a la Corte, los hechos por los que se persigue al ciudadano venezolano *Amador Alexis Brand Maiguel*, están igualmente penados en Colombia, aunque uno tiene pena de prisión inferior a la exigida por el artículo citado y respecto de él habrá de emitirse concepto desfavorable.

4.1.-En efecto, naturalísticamente la condena proferida contra *Brand Maiguel* se refiere a los hechos de "(...) El jueves 21 de julio de 1988, *Brand Miguel* llegó a Wilmington, Carolina del Norte, manejando un automóvil chevrolet cavalier color gris del año 88. Ese automóvil fue examinado por las autoridades policiales de conformidad con un auto federal de registro. Se incautaron aproximadamente 5 kilogramos de cocaína que se encontraban en el maletero del chevrolet cavalier. Por Pavloff (otro inculpado) se supo que Brand Migue había cargado la cocaína en el maletero del automóvil y recibido un pago por trasladar la cocaína de Miami (Florida), a Wilmington (Carolina del Norte)", hechos que sin duda se ajustan en nuestro país a la descripción del inciso 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, que modificada por el artículo 17 de la ley 365 del 21 de febrero de 1997 consagra una pena de 6 a 20 años.

No resulta aceptable en este punto la tésis del abogado defensor que pretende que a su defendido se le dosifique la pena por la autoridad colombiana, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de atenuación, pues la redacción del artículo

549 se refiere única y exclusivamente a que el hecho, en abstracto, sea penado en Colombia, con una pena mínima de 4 años. Cualquier otra actuación de la Corte sobre tal punto devendría en violatoria de la soberanía del Estado requirente.

Además el hecho no tiene atenuantes modificatorios de la pena en la ley colombiana y respecto de los factores que eventualmente disminuirían la pena en los Estados Unidos de América, ellos ya fueron determinados en ese país al momento de dosificarle la pena y por ello es que la sentencia se limitó a 151 meses de prisión, en un tipo penal dentro del cual, según la documentación adjunta, el Juez puede imponer un "periodo de encarcelamiento que no sea menor de 10 años ni exceda de prisión perpetua".

De otra parte la sentencia es fruto de un "convenio declaratorio" en la cual de 4 cargos que se le formularon por el gran jurado, solo se le condenó por uno, el cargo 2. "posesión con la intención de distribuír y distribución de aproximadamente 5 kilogramos de cocaína, y complicidad en dicha posesión y distribución", los demás cargos, 1, 5 y 6, "se declaran sin lugar a petición de los Estados Unidos". Entonces no solo resultan exóticas las peticiones del abogado defensor, sobre la redosificación de una pena impuesta por una autoridad extranjera por parte de la autoridad judicial colombiana, sino que la sanción impuesta en los Estados Unidos de América lo fue con todas las rebajas que la legislación de allí contempla.

Ahora bien, respecto de la afirmación del abogado defensor sobre la aplicabilidad del Código de Procedimiento Penal de 1987 para efectos de reclamar la rebaja de pena por confesión, o las de la ley 81 de 1993, por colaboración con la justicia, argumento que lleva implícita la reclamación del principio de favorabilidad, debe recordarse que la Corte tiene señalado que:

"Ante todo debe recordársele al defensor que la extradición tiene como finalidad, ser un mecanismo de asistencia y cooperación judicial entre diversos Estados para lograr la entrega del sentenciado o infractor al Estado en cuyo territorio se cometió el hecho y del cual logró evadirse.

"La pretendida aplicación del principio de favorabilidad carce de razón, por cuanto que la Sala no debe emitir un juicio de responsabildiad penal contra el requerido, que parece así entenderlo el defensor, sino que con los parámetros que fijo el legislador examina la procedencia o no de la solicitud de extradición, y uno de esos parámetros es que el quantum punitivo tenga como mínimo en esta época y no cuando se cometió el delito, pena de prisión de cuatro (4) años (...)

"Una cosa es el Proceso penal que le corresponde a las autoridades extranjeras adelantarlo conforme a su legislación y otro muy distinto es el trámite especial

de extradición que se surte en nuestro país, conforme al cual la Corte de manera objetiva examina la procedencia con base en la documentación aportada por el Estado requirente y en la normatividad vigente al momento de la infracción

"El principio de favorabilidad tendría operancia si la Corte en lugar de conceptuar tuviera que cumplir funciones de instancia o de Tribunal de Casación para imponer la pena; pero aquí la pena tiene relevancia únicamente para llenar un requisito de procedibilidad, que evidentemente es de aplicación inmediata por tratarse de una norma procesal sin contenido sustancial. Las normas que contemplan el trámite de extradiciópn en el Código de Procedimiento Penal Colombiano no tienen el carácter de sustanciales, como parece entederlo erradamente el defensor y esa es la razón por la cual la garantía constitucional invocada resulta inaplicable en los términos en que ha sido planteada"[7]

En consecuencia, como el hecho por el que se impuso la condena en los Estados Unidos de América tiene en Colombia una pena mínima de 6 años, señalada en la ley 365 del 21 de febrero de 1997 que rige actualmente en nuestro país, por este hecho se emitirá concepto favorable.

4.2. El otro hecho, ha sido descrito en la documentación adjunta así: "Después de la sentencia, *Amador Alexis Brand Miguel* fue entregado a la Cárcel Federal en Pensacola (Florida) para cumplir la condena. El 18 de julio de 1994, se informó que *Brand Miguel* se había ausentado de su trabajo. Esa ausencia no estaba autorizada y, por consiguiente, fue declarado fugitivo en esa fecha. En el momento de la fuga, *Brand Miguel* todavía tenía que cumplir 95 meses de la condena".

La anterior descripción fáctica constituye en Colombia el delito de fuga de presos, penado en el artículo 178 del Código Penal con una sanción mínima de 6 meses, por lo que evidentemente no llena el requisito de la pena mínima de 4 años, razón suficiente para emitir concepto desfavorable por ese tipo penal.

5. *Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero.*

Habida cuenta que el señor *Amador Alexis Brand Maiguel* se halla en los Estados Unidos de América condenado a la pena de 151 meses de prisión, mediante sentencia a la que solo es posible arribar luego de haber superado la resolución de acusación, la Corte considera plenamente surtido el requisito

---

7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Concepto de Extradición, 15 de febrero de 1995; Estado requirente: Italia; ciudadano requerido: Cesare Ciulla, Magistrado Ponente: Edgar Saavedra Rojas.

mínimo de equivalencia contenido en el ordinal 2° del artículo 549 que habla de "que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente".

6. *Otras Decisiones*

En el análisis que se dedica en el numeral 3 al punto de la nacionalidad, se demuestra la violación de la ley 43 de 1993, para obtener el registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía expedida a nombre de *Amador Alexis Brand Maiguel* y el contenido de falso de tales documentos, como que se le ha dictado medida de aseguramiento por tal hecho por parte de la Fiscalía General de la Nación (folios 356 a 363), conclusión que impone, en cumplimiento de la ley, las siguientes decisiones:

6.1. Expedir copia de este concepto con destino al sumario No. 248620 que se adelanta al requerido en extradición en la Fiscalía 141 Delegada de la Unidad 5ª de Delitos contra la Fé Pública y el Patrimonio de esta ciudad.

6.2. Desglosar, con destino al Registrador Nacional del Estado Civil, el original de la cédula de ciudadanía No. 79.824.673 expedida en Santa Fe de Bogotá D.C., a nombre del ciudadano venezolano *Amador Alexis Brand Maiguel*, para que se estudie, de conformidad con el artículo 67 del Código Electoral (decreto 2241 de 1986) si hay lugar a la cancelación de tal documento. Para contribuír al mejor estudio de la situación, se remitirá además copia de esta providencia, y de los siguientes folios: 165, 166, 218, 304 a 307 y 356 a 363 del cuaderno principal y 62 a 70 del cuaderno anexo No. 1.

6.3. Con destino a la Dirección Nacional del Registro Civil de la Registraduría Nacional del Estado Civil y para que se estudie la viabilidad de dar aplicación a los artículos 104 del decreto 1260 de 1970 sobre anulación de las inscripciones en el Registro Civil y normas concordantes del decreto 158 de 1994, se expedirán copias de esta providencia y de los siguientes folios: 165, 166, 303 a 307, 333 a 363 del cuaderno principal y 62 a 70 del cuaderno anexo No. 1.

6.4. Como para la Corte resulta por lo menos preocupante, que funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil y de la Notaría 46 del Círculo de Bogotá se hayan trasladado hasta la Penitenciaría Central "La Picota" a tomar las huellas digitales necesarias para la expedición de documentos de identidad colombianos a un ciudadano extranjero que se encontraba, y se halla aún, detenido con fines de extradición, se expedirán copias, con destino a la Procuraduría General de la Nación, de este concepto y de las siguientes piezas procesales: folios 304 a 307, 325, 326 y 341 a 355, para lo de su cargo.

6.5. La Corte observa con preocupación que en varios de los conceptos de extradición tramitados con posterioridad a la reforma constitucional de 1991, se viene repitiendo el hecho de encontrarse ciudadanos extranjeros con documentación nacional de aparente expedición legal[8], situación a la que sin duda contribuye la redacción de normas como el decreto 1260 de 1970, con todas sus adiciones y reformas, que permiten la apertura del folio de Registro Civil de Nacimiento en cualquier tiempo con posterioridad a tal hecho, con la sola presentación de dos testigos, documento que así obtenido sirve naturalmente para la solicitud de la cédula de ciudadanía o de la tarjeta de identidad, con lo que después se presentan ante la autoridad judicial que tramita el concepto de extradición para alegar su condición de nacionales colombianos por nacimiento.

Semejante situación que a la Corte le parece de sumo grave, por el riesgo que corre la República de convertirse en refugio de delincuentes extranjeros que amparados en documentación nacional terminan escudándose en la prohibición constitucional del artículo 35 para evitar su extradición, amerita que en desarrollo del principio constitucional de la colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado, se remita copia de este concepto a los señores Ministro de Justicia y del Derecho y de Relaciones Exteriores, al señor Registrador Nacional del Estado Civil y al señor Superintendente de Notariado y Registro, para que se estudie la necesidad de adopción de remedios legislativos a este problema o por lo menos se adopten directrices administrativas que obliguen a Notarios y Registradores a verificar la verdadera nacionalidad de los registrandos.

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

RESUELVE

1°. Conceptuar favorablemente a la extradición del ciudadano venezolano *Amador Alexis Brand Maiguel*, solo en cuanto hace al delito relacionado con narcotráfico, por el cual la justicia estadounidense lo condenó a 151 meses de prisión.

2°. Conceptuar desfavorablemente a la extradición del mismo ciudadano, frente a la solicitud por el delito de fuga, asunto en el cual la justicia estadounidense le dictó la resolución acusatoria No. 94-03146-RV proferida el 16 de noviembre de 1994 por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Florida.

3°. Por Secretaría líbrense las copias a que se alude en el punto 6.

8 Confrontar conceptos de 17 de junio de 1993, Magistrado Ponente: Didimo Páez Velandia; y 24 de septiembre de 1996, Magistrado Ponente: Juan Manuel Torres Fresneda.

4°. En firme, devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia para lo de su cargo y comuníquese con copia del concepto al Fiscal General de la Nación.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ MEDIDAS CAUTELARES

Los cuestionamientos inherentes al objeto del Proceso principal –entre los cuales se encuentran las decisiones en torno a la libertad del procesado–, deben ser resueltos por el funcionario de conocimiento, quien es el responsable del mismo y no por quien legalmente está limitado a adoptar de plano decisiones incidentales. como en este caso la Corte Suprema de Justicia (arts. 68-5,8 y 106 del C. de P. P.).

Y aunque parezca elemental conviene precisarlo: el Juez de conocimiento, quien para estos efectos es aquél donde quedó el asunto en espera de la resolución del incidente por la Corte, no pierde la competencia en relación a este tipo de aspectos urgentes, por el sólo hecho de haber aceptado la colisión. Por ende, es a él a quien se refiere el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal cuando adscribe la facultad para decidir "lo referente a las medidas cautelares", en "el juez que tuviere el Proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión".

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal. Santafé de Bogotá,D.C., cuatro (4) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No. 21

Proceso: 12877

I. ASUNTO

Resolver la solicitud de libertad provisional hecha por el defensor del procesado *Nacianceno Gil Martínez*, por vencimiento del término señalado en el artículo 415-5 del C. de P. P. –modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993.

2. Consideraciones de la Corte

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Ibagué (Tolima) remitió a esta Corporación el cuaderno original del Proceso adelantado contra *Nacianceno Gil Martínez*, para que sea resuelta la colisión negativa de competencias trabada con un Juez Regional de Santa Fe de Bogotá.

Ese específico motivo por el cual se encuentran en la Corte las presentes diligencias, lleva a la Sala a reiterar una vez más su incompetencia para adoptar decisiones distintas a las propias del respectivo trámite incidental, bien sea de impedimento, recusación, cambio de radicación, o, como en este caso, colisión de competencias

Lo anterior por cuanto los cuestionamientos inherentes al objeto del Proceso principal –entre los cuales se encuentran las decisiones en torno a la libertad del procesado –, deben ser resueltos por el funcionario de conocimiento, quien es el responsable del mismo y no por quien legalmente está limitado a adoptar de plano decisiones incidentales, como en este caso la Corte Suprema de Justicia (arts. 68-5,8 y 106 del C. de P. P.).

Y aunque parezca elemental conviene precisarlo: el Juez de conocimiento, quien para estos efectos es aquél donde quedó el asunto en espera de la resolución del incidente por la Corte, no pierde la competencia en relación a este tipo de aspectos urgentes, por el sólo hecho de haber aceptado la colisión. Por ende, es a él a quien se refiere el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal cuando adscribe la facultad para decidir "lo referente a las medidas cautelares", en "el juez que tuviere el Proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión".

De las premisas anteriores se deduce que siendo el Juez Sexto Penal del Circuito de Ibagué –Tolima–, el competente para resolver prioritariamente la petición de libertad provisional formulada por el defensor del procesado *Nacianceno Gil Martínez*, a él habrá de remitirse en forma inmediata la respectiva solicitud.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal., *se abstiene* de resolver la petición de libertad hecha por el defensor del procesado *Nacionceno Gil Martínez* y en consecuencia ordena la remisión inmediata de la solicitud al Juzgado Sexto Penal del Ciruito de Ibagué –Tolima–, Despacho que actualmente conoce del Proceso seguido contra el referido interno.

Por la Secretaría de la Sala, infórmesele al procesado el curso de su solicitud.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ CARGOS EXCLUYENTES

1. Es la casación un recurso extraordinario por medio del cual se ataca la legalidad de las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales a que se refiere el art. 218 del C. de P.P., cuando los falladores han incurrido en alguno de los yerros in iudicando o in procedendo expresamente señalados en la ley. Por este motivo, no se trata de un medio de impugnación de libre sustentación, sino debidamente reglado por la ley de procedimiento, la cual determina los requisitos que ineludiblemente debe cumplir el demandante en la formulación de los cargos que de acuerdo con sus pretensiones presente ante la Corte, los cuales, lejos del azar, deben tender a demostrar en forma clara y precisa el vicio de ilegalidad que considere concurre en el fallo impugnado, para que la Corte de encontrarlo demostrado, así lo declare.

Así, la demanda de casación deberá contener, además de la identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada y la consiguiente síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal, "La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", debiéndose recurrir a capítulos separados cuando fueren varias las causales invocadas y subsidiariamente, cuando se propongan cargos excluyentes.

2. La subsidiariedad debe predicarse en relación con un mismo supuesto, que es lo que posibilita la exclusión en los términos de cargos contradictorios, como lo ha venido entendiendo la Sala, esto es, que la no contradicción la ha impuesto la ley sólo al interior de un mismo cargo y no entre las censuras principales y las subsidiarias, como lo propone el Delegado bajo una óptica exclusivamente filosófica exigente de la logicidad de que carece la norma, pues es precisamente lo contrario lo que dispone el inciso último del numeral 4o. del art. 225 del C. de P.P., al referirse a la permisión de "formular cargos excluyentes", por separado y de manera subsidiaria.

3.- "La contradicción debe hacerse manifiesta en la parte dispositiva de la sentencia, de manera que resulte ella inejecutable o tan incierta que no sea posible entender cuál ha sido la declaración allí efectuada o la condena impuesta, luego es claro y así es preciso volver a repetirlo en esta oportunidad, siguiendo pautas conceptuales de vieja data conocidas (G.J.T LXXXIII, pág. 57), que para los efectos del Num. 3 del Art. 368 del Código de Procedimiento Civil, el núcleo conflictivo del fallo contradictorio radica en que contiene varias expresiones de voluntad decisoria que se destruyen entre sí por obra de elemeniales postulados de lógica formal, de manera que la ejecución de una parte implique la inejecución de otra, pero sin caer en el error, muy frecuente por cierto, de confundir lo contradictorio con lo que es apenas diferente en el plano puramente jurídico" (Sen. Cas. 23 de mayo 1996, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá D.C., seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*.

Aprobado Acta No.21 Marzo 4 de 1.997

Proceso:10929

VISTOS

El Juzgado 8o. Penal del Circuito de esta capital, mediante sentencia del 28 de noviembre de 1.994, condenó a Edgar Antonio Rodríguez Rodríguez a la pena principal de 24 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor de los delitos de peculado por uso, en concurso, cometidos en contra de la *Caja Agraria* al favorecer actividades crediticias de las sociedades Inversiones Hoyos Arismendi Ltda, Deportes Clásicos Ltda, Inversiones Torrijos Ordoñez Ltda, Filiberto Díaz Meza y Distribuidora Petrofert Ltda; a Félix María Moreno Rodríguez como autor, caso Petrofert Ltda y cómplice respecto de la sociedad Hoyos Arismendi Ltda., a la pena principal de 18 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas en igual tiempo y, finalmente, también a Pedro Alfonso Fuentes Jaimes como cómplice del mismo ilícito en los cuatro primeros casos en mención, a la pena principal de 15 meses de prisión y la interdictiva correspondiente por el mismo período; a su turno, todos ellos fueron condenados solidariamente al pago del equivalente a 500 gramos oro por los perjuicios ocasionados con el delito, siéndoles además otorgada la condena de ejecución condicional.

Por el mismo hecho punible y en relación con la firma Petrofert Ltda fue absuelto Fuentes Jaimes, como también Gustavo Rojas Gutiérrez, José Jair Lozano Rubiano y Demetrio Velasco Morales por los cargos que a cada uno se le formularan en la resolución acusatoria.

Apelada esta decisión por los defensores de Rodríguez Rodríguez y Moreno Rodríguez y por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior mediante fallo del 24 de abril de 1.995, declaró la nulidad parcial de lo actuado por violación al derecho de defensa, respecto del procesado Fuentes Jaimes; modificó la pena impuesta a Moreno Rodríguez, concretándola en 15 meses de prisión, e igual período la interdicción de derechos y funciones públicas, aclarando que su responsabilidad lo era a título de cómplice en todos los casos; finalmente, también modificó la condena por concepto de perjuicios incrementándola al equivalente a 1.000 gramos oro, confirmando en lo demás la decisión de primer grado.

Contra esta sentencia el representante de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Corte.

HECHOS

La investigación adelantada en virtud de la denuncia presentada el 7 de mayo de 1.983, por el Delegado Regional de la Auditoría Distrital ante la *Caja Agraria*, Pablo Emilio Lozano Peña, permitió establecer la existencia de múltiples irregularidades en el trámite, aprobación y desembolso de diversas cartas de crédito al exterior, créditos ordinarios y algunas operaciones financiadas, llevadas a cabo por dicha entidad durante los últimos meses de 1.982, en relación con las sociedades "Inversiones Hoyos Arismendi Ltda". (Cartas de crédito sobre el exterior Nos. 5270, 5277 y 5278 por un total de US $494.836.oo); "Distribuidora Petrofert Ltda". (Cartas de crédito sobre el exterior Nos. 5264, 5265, 5266 y 5276 por la suma de US $1'522.905.oo); "Deportes Clásicos Ltda". (Crédito ordinario No. 7489 por $2.000.000.oo); "Inversiones Torrijos Ordoñez Ltda". (Crédito ordinario No.7639 por $20'000.000.oo) y "Filiberto Díaz Meza" (Crédito ordinario No.7500 por $10'000.000.oo).

Estos hechos fueron imputados a los empleados de la *Caja Agraria*, Oficina Principal, Edgar Antonio Rodríguez Rodríguez (Gerente Regional Distrital), Pedro Alfonso Fuentes Jaimes (Subgerente), Felix María Moreno Rodríguez (Director de Comercio Exterior), Gustavo Rojas Gutiérrez (Director de Operaciones), José Jair Lozano Rubiano y Demetrio Velasco Morales (Inspectores Agropecuarios).

ACTUACIÓN PROCESAL

Abundante prueba documental fue allegada con la denuncia, principalmente informaciones relacionadas con los diversos créditos diligenciados y estudios bancarios de las distintas operaciones en las cuales se destaca por parte de la Auditoría interna de la CAJA AGRARIA, las múltiples irregularidades detectadas en desarrollo de los trámites de los cinco créditos objeto de la noticia criminis.

El Juzgado 5o. de Instrucción Criminal de esta ciudad para la época, abrió la investigación por auto fechado el 10 de mayo de 1.983, practicándose, entre otras diligencias, inspección judicial en la oficina de Comercio Exterior de la CAJA AGRARIA (Avenida Jiménez), en donde se obtuvieron los fólderes contentivos de las cartas de crédito y las distintas operaciones crediticias adelantadas, así como de los registros de documentos que sirvieron de base para su concesión.

Por auto del 7 de junio de 1.983, el Juzgado 36 de Instrucción Criminal Ambulante, aceptó la demanda de parte civil presentada a nombre de la *Caja Agraria* y dentro de la cual se hiciera un estimativo por concepto de daños y perjuicios en la suma de $185'300.000.00.

Fueron vinculados mediante indagatoria Edgar Antonio Rodríguez Rodríguez, Pedro Alfonso Fuentes Jaimes, María Victoria Portilla, a quien le fue cesado procedimiento por auto del 4 de abril de 1.984; Mariano Ospina Hernández, Jorge Alberto Sánchez Suárez, Felix María Moreno Rodríguez, Gustavo Rojas Gutiérrez, José Jair Lozano Rubiano y Demetrio Velasco Morales, como también por declaración de personas ausentes a Luis Carlos Hoyos Jiménez y Hernán Romero Suárez.

Una vez practicada copiosa prueba testimonial, documental, careos e inspecciones judiciales, el Juzgado 81 de Instrucción Criminal cerró la investigación y calificó su mérito por autos del 2 de mayo y 27 de julio de 1.989, ordenando el cese de todo procedimiento en favor de Moreno Rodríguez, Rojas Gutiérrez, Ospina Hernández y Sánchez Suárez; compulsando copias a fin de que se investigara por separado a los implicados juzgados en ausencia y acusando como cómplices por el delito de peculado por apropiación a los demás procesados, salvo Rodríguez Rodríguez, a quien el punible se le imputó a título de autor.

Esta decisión fue modificada por el Tribunal Superior de Bogotá por auto del 11 de julio de 1.990, en el sentido de considerar que el delito tipificado era el de peculado por uso de que trata el C.P. en su art. 134, como también en lo atinente con el cese procesal para Moreno y Rojas, a quienes acusó como cómplices de esta ilicitud, confirmando en lo demás el calificatorio del a quo.

En la etapa de la causa conoció el Juzgado 8o. Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, quien ordenó se practicaran dos dictámenes periciales, así:

a) En comercio exterior, con el fin de establecer los "efectos" que habrían tenido en el diligenciamiento de varias de las cartas de crédito aprobadas, el envío de diversos telegramas que modificaron, ente otras situaciones, el consignatario de las mercancías y su dirección domiciliaria.

b) Respecto de los daños y perjuicios, con el fin de establecer su cuantía, para lo cual el perito partió de la sumatoria de aquellas obligaciones insolutas por parte de las sociedades favorecidas irregularmente con créditos, de acuerdo con las informaciones obrantes en el Proceso sobre el cobro que de ellas venía adelantándose en diversos juzgados civiles del circuito de esta ciudad y las certificaciones obtenidas directamente ante la *Caja Agraria*, estableciendo con base en estos parámetros que el daño emergente ascendía a la suma de $119'926.918.55 y el lucro cesante en $440'876.255.01.

Realizada la audiencia pública, se profirió la sentencia de primera instancia en los términos precisados con anterioridad y específicamente en relación con los perjuicios, si bien el a quo reconoció la existencia del referido dictamen pericial, así como el hecho de no haber sido objetado por las partes, precisa que al estar demostrado que la *Caja Agraria* adelantaba diversos Procesos por vía ejecutiva con el fin de lograr las indemnizaciones pertinentes, la limitante legal contenida en el art. 55.3 del C. de P.P., impedía una condena de esta naturaleza.

Así mismo, recuerda en respaldo de su decisión, que el delito objeto de condena es peculado por uso y no por apropiación, por lo cual las obligaciones insatisfechas corresponden a terceras personas, respecto de quienes no sólo se adelantan Procesos civiles, sino también diversas averiguaciones penales.

Los anteriores motivos sirvieron al juzgado a quo para afirmar que "no puede tenerse como base para la condena civil el dictamen brindado por el perito".

Pese a lo expresado y en reconocimiento del "good will" que entiende pudo resultar menoscabado para la Caja Agraria, impuso a los procesados el pago solidario al equivalente de 500 gramos oro, "como compensación a la lesión patrimonial generada".

Por su parte, al desatar la apelación y con respecto a la condena civil, el Tribunal Superior enfatizó que si bien el art. 55.3 del C. de P.P. no es aplicable en este caso, por cuanto las personas que fueron demandadas civilmente no son sindicadas del delito investigado, es acertado el criterio del juez de primer grado al considerar

que en el peculado por uso a pesar de que se trate "de dinero" en una cuantía determinada "no por ello, ésta hace parte del valor del daño causado", pues se trata de "un dinero del que se tiene el ánimo de restitución", razón suficiente para desestimar el dictamen sobre perjuicios, como lo dispone el art. 273 del C. de P.P.

Concluyó entonces la Corporación, que pese a resultar innegable la existencia de perjuicios, ellos no son fruto del "good will" a que alude el fallo del a quo, "sino más bien por los gastos de asistencia jurídica que le ha representado a la institución para atender el dispendioso trámite procesal que se ha prolongado por más de diez años, con informes y estudios los que aunque no fueron tasados, sí podrían apreciarse con fundamento en el artículo 107 del C.P., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 55 del C. de P.P"., fijándolos, en consecuencia, en una suma equivalente a 1.000 gramos oro.

LA DEMANDA

El apoderado de la parte civil formula seis cargos contra la sentencia que impugna, tres de ellos como principales y los otros tres como "excluyentes" de aquellos que, como se verá, en cada caso les preceden.

Primer cargo

Con fundamento en la causal primera, inciso segundo, motivo segundo del art. 368 del C. de P.C., (Conc. art. 221 C.P.P.), acusa el actor la sentencia impugnada por ser violatoria por vía indirecta de una norma de derecho sustancial, como consecuencia de "error de hecho manifiesto en la apreciación de determinada prueba".

Cita y reproduce como normas vulneradas, los arts. 1.613 y 1.614 del C.C., 103, 106 y 107 del C.P., 55.2 y 3, 246, 248, 253 y 264 del C. de P.P.

Precisa el censor para demostrar el ataque, que los falladores de primero y segundo grado, excluyeron en sus respectivas sentencias, pruebas legalmente aportadas, lo que equivale a un "Falso juicio de existencia", específicamente la desestimación que hicieran del dictamen pericial aportado al Proceso.

Aduce enseguida que mediante este recurso extraordinario pretende que la Sala "desarrolle la jurisprudencia nacional (artículo 219 C. de P.P.)", en relación con el tema de los perjuicios y específicamente en tanto considera que si bien respecto de los delitos de peculado por apropiación y por uso el daño emergente es diverso, no sucede igual con el lucro cesante (beneficios tales como intereses, corrección monetaria etc.), el cual "viene a ser el mismo", como en el presente

caso, con la única diferencia que en la primera modalidad típica se dejan de percibir "en forma definitiva", en tanto que en la segunda "es indefinida hasta tanto no se restituya el dinero usado indebidamente".

Para demostrar que el Tribunal no tuvo en cuenta el peritazgo de perjuicios que establecía su monto por todo concepto, incluídos el lucro cesante y el daño emergente, reproduce en extenso las consideraciones que precisamente le sirvieron de fundamento al sentenciador para su desestimación, de conformidad con lo normado en el art. 273 del C. de P.P., reiterando como el fallador "dió por no demostrado, estándolo", el valor de los perjuicios ocasionados por razón del lucro cesante, "al no tener en cuenta el dictamen legal y oportunamente aportado al Proceso".

Reproduce enseguida dos extractos de pronunciamientos de esta Sala sobre el tema controvertido y que estima pertinentes, para finalizar solicitando se case la sentencia impugnada, en el sentido de condenar a los procesados por concepto de lucro cesante en el monto de $440'876.255.01, mas el equivalente a 1.000 gramos oro como daño emergente.

Segundo cargo (Excluyente del anterior)

Con base en idéntica causal (Art. 368 del C. de P.C. numeral primero, inciso segundo, motivo primero) y acusando violación indirecta de la ley sustancial, referida a los mismos preceptos citados en el primer reproche, por error de derecho propone la parte civil esta censura, "con relación al dictamen pericial que obra en el Proceso, lo que equivale a un falso juicio de convicción o de valoración de la prueba, en el que el funcionario le niega a la prueba el valor de convicción que la ley le asigna".

Reitera los conceptos expuestos en desarrollo del primer cargo en torno a que el lucro cesante es el mismo independientemente de la modalidad delictiva de peculado por apropiación o por uso, para colegir que el fallador estaba obligado a tomar el estimativo de perjuicios pericial (arts. 246, 248 y 253 C.P.P.) y no a acudir a los arts. 106 y 107 del C.P., pues al no hacerlo habría vulnerado indirectamente la ley sustancial, toda vez que dicho dictamen los establecía, pese a lo cual el Tribunal, en últimas, optó por no fijarlos en la sentencia.

Nuevamente, reproduce como en el cargo anterior, idéntico extracto del fallo del Tribunal, para concluir que el sentenciador habría dado "por no demostrado, estándolo, el valor de los perjuicios por concepto de lucro cesante, ocasionados con el hecho punible del peculado por uso, al no darle valor probatorio al dictamen pericial oportunamente aportado al Proceso".

Cita a la Corte sobre el tema del restablecimiento del derecho y los perjuicios morales en relación con las personas jurídicas, para culminar con la misma petición consignada en el primer reproche.

Tercer cargo (Excluyente del primero y segundo)

Con sustento en la primera causal del art. 368 del C. de P.C., acusa en esta oportunidad la sentencia por violación directa de la ley sustancial, en el sentido de interpretación errónea de los arts. 1.613 y 1.614 del C.C., pues, aduce, "siendo la que sin duda se aplica al caso, se le dá un entendimiento equivocado".

Transcribe los argumentos expuestos en desarrollo del primer cargo relativos a que la Sala desarrolle la jurisprudencia en torno al tema de los perjuicios en los delitos de peculado por uso y apropiación, reiterando su opinión al respecto, esto es, que el lucro cesante es el mismo independientemente de que se trate de una y otra de estas figuras típicas.

Aduce luego que el Tribunal únicamente se refirió en la condena por perjuicios al daño emergente, cuando éstos comprenden, además, el lucro cesante, razón por la cual "faltaba la indemnización" por dicho concepto, "lo que viene a constituir en consecuencia, una violación directa de la ley por interpretación errónea de la misma". Así, culmina reproduciendo el mismo fragmento de la sentencia que recoge la motivación del Tribunal para deducir la condena patrimonial.

Cuarto cargo (Excluyente del tercero)

Lo presenta con base en el numeral primero, inciso primero, del art. 368 del C. de P.C., por violación directa de la ley sustancial, que deviene de la falta de aplicación de los arts. 1.613 y 1.614 del C.C., citando además como preceptos violados los arts. 55.1, 246 y 264 del C. de P.P.

Para el censor, el Tribunal incurrió en evidente error de existencia, como quiera que las normas en mención señalan que los perjuicios comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante, pese a lo cual el sentenciador exclusivamente concretó la condena por este aspecto en el primero de los señalados elementos. Para evidenciar lo anterior, otra vez como en las precedentes censuras, transcribe el acápite del fallo que definiera el tema de los perjuicios.

En respaldo del ataque, copia el impugnante doctrina y jurisprudencia que entiende pertinente, relacionada con "la clasificación de los daños y la forma de liquidarlos", como también respecto "de la cuantía en el peculado por uso".

Por último, solicita se case la sentencia dejando sin valor el numeral segundo de la misma, para que en su lugar, se proceda a tasar la condena en perjuicios.

Quinto cargo

Aduce ahora el recurrente la causal primera del art. 368 del C. de P.C., al estimar la sentencia impugnada, violatoria por vía directa de la ley sustancial, en el sentido de aplicación indebida del art. 107 del C.P., es decir, por incurrirse en "un error de selección de la norma sustancial aplicada, por no ser esa la que se aplica al caso".

Dando por supuesto que obraba prueba suficiente en el Proceso sobre el valor de los perjuicios causados por concepto de lucro cesante, no procedía en criterio del actor acudir a la mencionada norma, toda vez que ello sólo es viable cuando no existe en el Proceso base suficiente para fijar su monto a través de perito. Para demostrar lo anterior, procede nuevamente a extraer del fallo la parte concerniente a las consideraciones tenidas en cuenta por el juzgador en la tasación de la condena civil, a la cual insistentemente ha hecho referencia en los anteriores cargos.

Entendiendo que en el presente caso es factible valorar los perjuicios, pues se encuentra demostrada su existencia y cuantía, sostiene enseguida que ha debido acudir el Tribunal a los arts. 55.1, 246 y 264 del C. de P.P. y nó a los arts. 55.2 ídem y 107 del C.P., toda vez que, además, los arts. 307 del C. de P.C. y 247 del C. de P.P. ordenan al juez decretar oficiosamente aquellas pruebas tendientes a lograr su concreción, acorde con los arts. 1.613 y 1.614 del C.C., por lo que solamente de no ser posible la determinación de su cuantía, procede la aplicación de los arts 106 y 107 del C.P.

Solicita, en consecuencia, se case el fallo dejando sin efectos el numeral segundo, para en su lugar "reformar la condena en perjuicios" de acuerdo "con lo expresado en este cargo".

Sexto cargo

Finalmente, aduce el censor la causal tercera consagrada en el art. 368 del C. de P.C., al considerar que la parte resolutiva de la sentencia contiene declaraciones o disposiciones contradictorias.

Para fundamentar el reproche, sostiene que si bien la sentencia condenó al pago de perjuicios materiales, excluyó el lucro cesante pese a que de conformidad con los arts. 1.613 y 1.614 del C.C., hace parte integrante de aquéllos, lo que en su entender, constituye una "disposición contradictoria en la parte resolutiva de dicha

sentencia". En procura de demostrar su aserto, como en todos los cargos propuestos a lo largo del libelo, vuelve a citar en su literalidad el fallo del Tribunal, en aquello atinente con la condena indemnizatoria.

Solicita,en consecuencia, se case la sentencia, para que en su lugar, de acuerdo con lo expresado, se reforme en lo que repecta a la condena por concepto de daños y perjuicios.

ALEGATO DE NO RECURRENTE

Para el defensor del procesado Edgar Antonio Rodríguez Rodríguez, debe la Corte "desestimar de plano la demanda" presentada por el apoderado de la parte civil, en razón a "lo contradictorio de los cargos y la falta de fundamentos jurídicos y probatorios para demandar un incremento exagerado de los perjuicios".

Referido al primer reproche, entiende que el mismo carece de "razones lógicas", como quiera que la prueba pericial fue sopesada en las instancias, siendo además necesario recordar, afirma, que el pago de los créditos se persiguió a través de las acciones ejecutivas correspondientes, por lo que intentar lo mismo dentro del Proceso penal "nos ubica frente a un enriquecimiento sin causa, al obtener un doble pago".

La réplica a los demás cargos es sintetizada por el opositor, así:

"El cargo segundo se encuentra en franca contradicción con el primero, pues con fundamento en los mismos aspectos fácticos *ya no se habla de error de hecho por falso juicios (sic) de existencia de prueba sino de la convicción o valoración de la misma que es un aspecto opuesto, y que decir del tercer cargo, violación directa, cuando se ataca la sentencia por interpretación errónea, una vez más cimentado sobre lo misma situación fáctica y mucho más incomprensible cuando en un derroche de derecho, en los cargos 4, 5 y 6 se habla de error en la existencia de la norma, error en la selección de la norma sustancial aplicada y por último, por contener la sentencia en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias.*

"La galimática presentación nos demuestra que no han sido canalizados de acuerdo a la normativa del artículo 1o. numeral 182 (sic) del Decreto 2282 de 1989, hoy, artículo 368 del Código de Procedimiento Civil ya que los cargos presentados a la luz del derecho positivo se excluyen, sin ser de recibo que se diga en la demanda que por su independencia no afectan la incongruencia de cargos". (Se resalta en el texto).

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Pese a que la jurisprudencia ha admitido, a partir de la vigencia del actual Estatuto de Procedimiento Penal y de conformidad con el art. 225 inciso segundo, numeral 4, la posibilidad de que los demandantes en casación planteen cargos excluyentes, para el Procurador Delegado, se hace imperioso establecer un alcance a la expresión "excluyente" que sea compatible con los principios orientadores de este recurso extraordinario.

Sobre esta base y reiterando las especiales características que tiene la casación, que la hacen un juicio técnico-jurídico a la sentencia, entiende que ella tiene por presupuesto para su prosperidad, pero incluso para su misma proposición, "un demostrable error cometido por el sentenciador", que la diferencian de una tercera instancia.

Cita a la Sala sobre este tema, para agregar reiterando que al casacionista corresponde identificar "en su real dimensión y alcance" los yerros imputados a la sentencia, como que de esta circunstancia se deriva otra consecuencia y es el carácter dispositivo del recurso, según el cual, las decisiones de la Corte están limitadas a los planteamientos del recurrente.

En consecuencia, afirma enseguida, que la posibilidad de formularse cargos excluyentes está condicionada por los referidos principios de la casación, de manera que no basta cualquier separación de los ataques para ser admitidos como excluyentes, máxime cuando la propia ley exige que se presenten en forma subsidiaria, es decir, sostiene el Delegado, "en una relación en la cual éstos suplan o robustezcan –según el caso– los argumentos y pretensiones del principal".

Desarrolla su planteamiento el Ministerio Público, así:

"En efecto: los cargos autorizados son aquellos excluyentes, no así los incompatibles ni los contradictorios y aun cuando estos tres vocablos parecerían remitir a un idéntico concepto, las distinciones entre ellos son claras. Así, lo excluyente *hace referencia a aquello 'que excluye', vale decir, a lo que echa a una cosa fuera del lugar que ocupaba o descarta, rechaza o niega la posibilidad de una cosa, es decir que se resume en la fórmula 'A en cambio de B'; lo* contradictorio *se refiere a 'cualquiera de dos proposiciones de las cuales una afirma lo que la otra niega, y no pueden ser a un mismo tiempo verdaderas ni a un mismo tiempo falsas', lo que se subsume en la fórmula 'Si A, entonces no B' y lo incompatible significa aquello 'no compatible con otra cosa', por lo que la calidad de tal,* incompatibilidad.*a lo que no tiene aptitud o proporción para unirse o concurrir en un mismo lugar o sujeto, vale decir, 'A no se une con B'.*

"Lo excluyente si bien rechaza la posibilidad de una cosa, no necesariamente entra en contradiccoón con ella, pero menos aún carece de aptitud para concurrir con ella. Lo contradictorio envuelve la idea de lo excluyente y además implica la imposibilidad de la subsistencia de dos proposiciones que se repelen. Lo incompatible, reúne las dos anteriores condiciones y a ellas agrega la noción de lo que mutuamente se repugna, sin que sea posible su unión".

Continúa en Delegado afirmando que precisamente sobre la base de estas nociones se pronunció la Corte en Cas. de 30 de mayo de 1.991, cuyo texto reproduce, estableciendo la diferencia existente entre lo contradictorio y lo incompatible.

Es claro desde esta perspectiva, prosigue, que la ley cuando autoriza la posibilidad de presentar cargos excluyentes, no está admitiendo lo contradictorio y lo incompatible, pues de presentarse impondrían la necesidad de rechazar in límine el libelo.

"En otras palabras –adiciona el Procurador–, si el recurrente expresa el contenido de la decisión final esperada, pero frente a ella plantea múltiples ataques con diferentes y contradictorios sustentos argumentales, o bien con idéntico sustento y diversos orígenes del pretendido error de manera que resulten ineptos para concurrir entre si, lo que está haciendo con su escrito es demandar de la Corte la identificación del error que él mismo ha tenido que precisar, revelando así una inseguirdad que tiene su origen en una mala comprensión del recurso, una indebida interpretación de la sentencia o, definitivamente, un propósito de utilizar la vía extraordinaria para fines a los que no está destinada.

"De esta forma, podría aseverarse que los cargos excluyentes cuya proposición simultánea admite la ley, son aquellos que se dirigen a poner de presente varios errores reales cometidos en la sentencia, sobre la base de argumentaciones diferentes y que por lo tanto implican diversos contenidos de las decisiones, según sea la prosperidad de ellos, pero que no encierran mutua contradicción ni se repelen entre sí y por el contrario, pueden ser formulados de manera subsidiaria en el sentido de que los cargos excluyentes deben fortalecer las proposiciones del cargo principal o tener capacidad para suplirlas sin destruirlas".

Enfrentados estos conceptos con la demanda que el apoderado de la parte civil ha presentado en el caso objeto de estudio, encuentra el Delegado que en ella se han formulado además del primer reproche por falso juicio de existencia por omisión del dictamen pericial, otros cinco ataques claramente incompatibles, "pues en el presente caso todos y cada uno de los seis cargos está sustentado con los mismos argumentos, trascribiendo el mismo aparte de la sentencia del tribunal

referente a los perjuicios y repitiendo el criterio en cada uno de ellos, pero con sustentos legales distintos (diferentes son las causales alegadas y los motivos de la violación), todo lo cual torna incompatibles los argumentos".

Pese a lo anterior, y como quiera que la demanda sustento del recurso impetrado fuera admitida por la Corte, procede el Procurador a responder los cargos, aclarando que no será reiterativo en los argumentos que son predicables de todos ellos y que, de todas maneras conducen, en su criterio, a su improsperidad.

Primer cargo

Postulado por la presunta omisión probatoria del dictamen pericial sobre perjuicios obrante en el expediente, basta para demostrar que no asiste razón al impugnante, según el Ministerio Público, con observar que la sentencia sí se ocupó de él aun cuando lo desestimó por no ajustarse a los criterios que ha debido considerar.

Evidencia lo anterior, sintetizando los fundamentos expuestos por los juzgadores de primera y segunda instancias para desestimar el dictamen "pese a admitirse su existencia material", recordando que ello obedeció a un juicio valorativo relacionado con "la fuente misma del perjuicio y la relación que existe entre el daño causado y la conducta delictiva de los incriminados", concluyendo, en consecuencia, que la censura no debe prosperar.

Segundo cargo

Formulado por error de derecho "al negarle a la prueba el valor de convicción que la ley le asigna", responde el representante del Ministerio Público, que resulta patente el desconocimiento del actor sobre el contenido que teóricamente admite el falso juicio de convicción y que está referido al desprecio del valor que una determinada prueba tiene o cuando se le atribuye una particular capacidad demostrativa no señalada en la ley.

Sobre este supuesto, destaca, que el dictamen pericial no escapa a la regla general de apreciación probatoria, que regula el art. 273 del C. de P.P., lo que trae como lógica consecuencia que la opinión pericial no ata al juez cuando, por ejemplo, en su criterio, los expertos equivocan la base de la tasación de los perjuicios, conforme sucedió en el presente caso. Por lo anterior, también afirma su desestimación.

Tercer cargo

Destaca igualmente su improsperidad, pues recuerda que para el Tribunal "no existía un lucro cesante, básicamente porque la liquidación presentada por el perito

cobijaba el capital prestado y los intereses moratorios, sumas que de conformidad con lo averiguado en el expediente" son objeto de litigio ante la jurisdicción civil.

No se presenta, como lo sostiene el libelista, interpretación errónea de los preceptos 1.613 y 1.614 del C.C., pues lo acontecido fue que sentenciador calculó los perjuicios con un criterio diverso al sostenido por el actor, es decir, entendiendo que los procesados no se apropiaron de suma de dinero alguna, sino que lo entregaron a terceros quienes se comprometieron civilmente a pagar intereses y capital.

"Podría atacarse aquí el Proceso -añade el Procurador Tercero-, alegando una indebida calificación de la conducta, a fin de obtener del Tribunal de casación una declaración según la cual la conducta se adecuara al delito de peculado por apropiación, tipo penal que sí permitiría reclamar la indemnización bajo los conceptos de daño emergente y lucro cesante formulados por el censor. Pero mientras se mantenga incólume la sentencia y por tanto válido el argumento según el cual los procesados transfirieron a título de préstamo el capital y no dieron origen a su pérdida, deberá también sostenerse la inexistencia de un lucro cesante derivado de los beneficios económicos que podría reportar el dinero".

Cuarto cargo

La demostración de esta censura, como las anteriores, es para el Delegado descuidada "en grado sumo", lo cual impone su rechazo, pues procede el actor a transcribir doctrina sobre los perjuicios sin justificar su relevancia en este caso, además de reiterar el sustento expuesto en el anterior cargo, pese a que en dicha oportunidad que en éste los mismos preceptos a que se refiriera como interpretados erróneamente, ahora los considera ignorados, desconociendo, como ya lo advirtiera, el principio de no contradicción.

Por último, puntualiza el Procurador:

..."el censor incurre en una contradicción interna que impide entrar en el estudio de fondo de la censura. Adviértese al respecto que acepta que el juzgador consideró como daño emergente los gastos que tuvo que realizar la Caja Agraria para atender el dispendioso Proceso penal, sin incluir, como resulta lógico, el capital objeto del mutuo. No dice el libelista, por tanto, que la violación de las normas sustanciales invocadas haya traído como consecuencia una indebida tasación del valor del daño emergente en el cual se hubiera debido incluir el dinero prestado ilegalmente por los encausados.

"Contradictoriamente, empero, y fundamentándose en las mismas normas, reclama de la Corte la condena por un lucro cesante intrínsecamente ligado al

monto del capital adeudado por los terceros beneficiarios de los préstamos, lo que implica desconocer la cuantía y origen del daño emergente (lo que no hizo el libelista) pues solamente al haberse incorporado a éste el capital dado en mutuo podría demandarse la productividad del mismo como perjuicio derivado de la infracción".

Quinto cargo

Todo se reduce en este reparo, según el Ministerio Público, a afirmar la indebida aplicación del art. 107 del C.P., sin establecer de qué manera se causó el quebranto de la ley sustancial.

"Esta falta de precisión en el cargo, agrega, impidió al libelista advertir que si algún error se debería reconocer en la aplicación del artículo 107 del código de las penas, ha debido acudir para su proposición a la vía indirecta, en tanto que la tasación discrecional del daño es consecuencia directa de la desestimación que en las instancias se hiciera de la prueba pericial y por tanto, la norma sustancial tuvo que ser quebrantada (si ello fuera admisible) por la vía indirecta".

Sexto cargo

En concepto del Procurador Delegado, los planteamientos contenidos en este ataque "constituyen el prototipo de lo que se debe evitar en sede de casación", es decir, formular un enunciado general de un supuesto yerro del juzgador, sin demostración alguna.

El actor desconoce, inclusive, el contenido que a la causal 3o. del art. 368 del C. de P.C., ha dado la jurisprudencia de la Sala Civil, en el entendido que debe tratarse de resoluciones encontradas que hagan imposible su simultánea ejecución, hipótesis que claramente no se presenta en este caso y que conduce, sin más análisis, a su desestimación.

CONSIDERACIONES

1. Es la casación un recurso extraordinario por medio del cual se ataca la legalidad de las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales a que se refiere el art. 218 del C. de P.P., cuando los falladores han incurrido en alguno de los yerros in iudicando o in procedendo expresamente señalados en la ley. Por este motivo, no se trata de un medio de impugnación de libre sustentación, sino debidamente reglado por la ley de procedimiento, la cual determina los requisitos que ineludiblemente debe cumplir el demandante en la formulación de los cargos que de acuerdo con sus pretensiones presente ante la Corte, los cuales,

lejos del azar, deben tender a demostrar en forma clara y precisa el vicio de ilegalidad que considere concurre en el fallo impugnado, para que la Corte de encontrarlo demostrado, así lo declare.

Así, la demanda de casación deberá contener, además de la identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada y la consiguiente síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal, "La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", debiéndose recurrir a capítulos separados cuando fueren varias las causales invocadas y subsidiariamente, cuando se propongan cargos excluyentes.

2. En este caso, seis son los cargos que formula el censor al fallo impugnado: el primero como principal por violación indirecta de los arts. 1613 y 1614 del C.C., 103, 106 y 107 del C.P. y 55 (inciso 1o. y 2o.), 246, 248, 253 y 264 del C. de P.P., por error de hecho proveniente de falso juicio de existencia al no haber tenido en cuenta el Tribunal el dictamen pericial de perjuicios que legalmente obra en el Proceso; el segundo, que enuncia como subsidiario del anterior, lo es por violación indirecta de las mismas normas sustanciales, pero por error de derecho por falso juicio de convicción, al no haberle dado el fallador el valor probatorio positivo que afirma le corresponde a la misma prueba; el tercero, subsidiario del primero y del segundo, lo es por violación directa por interpretación errónea de los arts. 1613 y 1614 del C.C.; el cuarto, subsidiario de todos los anteriores, por violación directa por falta de aplicación de los mismos arts. 1613 y 1614 del C.C.; el quinto ataque, propuesto como principal, por violación directa por aplicación indebida del art. 107 del C.P. y el sexto con igual característica, con fundamento en la causal tercera del art. 368 del C. de P.C., por contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones contradictorias.

3. Es, entonces, el dictamen pericial de perjuicios, la prueba que le sirve de fundamento al demandante para predicar en la *primera censura* un supuesto error de hecho por omisión en la valoración probatoria, desconociendo la diferencia material y conceptual existente entre la falta de apreciación de la prueba y su crítica valorativa, pues resulta incuestionable en el fallo recurrido que el referido dictamen fue tenido en cuenta por el Tribunal y cosa distinta es que, como consecuencia de esa valoración, haya decidido no acogerlo.

En efecto, compartiendo el ad quem el detenido análisis fáctico y jurídico que hiciese el a quo sobre el alcance del art. 55 del C. de P.P., además de prohijarlo, se detiene en explicar el porqué debía abstenerse de imponer condena al pago de perjuicios "cuando en el Proceso obra prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil", dando aplicación al art. 273 ibídem, para no

acoger dicho dictamen pericial. Así, entre otros argumentos en extenso tratados, afirmó el Tribunal sobre este tópico:

"Es del caso precisar que nuestra normatividad procesal penal en el artículo 43 exige al perjudicado con el delito, elegir entre la acción civil ordinaria y la acción civil dentro del Proceso penal para reclamar la indemnización de los daños sufridos con la comisión del hecho delictivo. Por ello el inciso último del artículo 55 del C. de P.P. ordena al juez penal abstenerse de imponer condena al pago de perjuicios cuando en el Proceso obra prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil.

Y esto es apenas consecuente con la alternativa que se tiene por parte del perjudicado para elegir el camino del resarcimiento conforme a la oportunidad que le brinda la ley procesal penal. Sin embargo debe tenerse en cuenta que lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 55 es aplicable cuando la demanda civil por responsabilidad extracontractual tenga como fundamento los hechos delictivos que son materia del Proceso penal y consecuencialmente las personas demandadas sean las mismas que figuran como sindicadas del delito porque en este caso sí la persona perjudicada optó por escoger la vía civil para demandar el resarcimiento de los daños ocasionados con el ilícito penal.

En este aspecto le asiste razón al recurrente porque los Procesos ejecutivos que se adelantan por la vía civil lo son en contra de quienes fueron ordenantes en las cartas de crédito o mejor quienes son deudores de la Caja Agraria como que fueron beneficiados con los créditos concedidos y como se sabe, ellos no fueron vinculados a este Proceso penal que sólo se adelantó contra los funcionarios del Banco por haberlos favorecido con ese dinero y lógicamente los hechos objeto de los Procesos ejecutivos son totalmente distintos a aquéllos que constituyen los ilícitos materia del presente Proceso penal.

Sin embargo, si es el delito la fuente de la obligación de resarcir a quien resulta perjudicado con el mismo, debe tomarse en consideración en qué consistió ese ilícito pues en esa medida puede inferirse también el perjuicio. Con acierto lo reseña la juzgadora de instancia al decir que si se trata de un peculado por uso indebido lo que se reprocha es el actuar desleal de los funcionarios públicos que usan a permiten el uso de los bienes del estado y en esa medida la cuantificación de los daños no puede ser igual a la que se haría si se tratara de un peculado por apropiación en el que el valor de lo apropiado si es base de su cuantificación. Aquí, lo usado necesariamente tiene un valor, la cosa o bien estatal y si se trata de dinero pues tendrá una cuantía pero no por ello, ésta hace parte del valor del daño causado porque la consideración debe ser desde otro punto de vista como por ejemplo para efectos de la repercución del delito y la gravedad del mismo

que se tendrá en cuenta para la dosificación punitiva pero la indemnización lo sería por los daños realmente causados con ese uso.

Y ésto porque como se decía antes, no se trató de un peculado por apropiación en donde lo apropiado hubiera sido el monto del dinero a que se refirieron los préstamos sino que se trató fue del uso del mismo y en consecuencia la situación no es similar para efectos de tasación de los daños materiales en la medida en que tratándose del primer caso, el cuantum de lo apropiado si haría parte de éstos, más no en el uso porque se trata precisamente de un dinero del que se tiene el ánimo de restitución tanto que parte del mismo ha sido reintegrado y otro, se encuentra en vía de cobro judicial.

Si se observa entonces el dictamen del perito designado para efectos de que avaluara estos daños se infiere que allí únicamente se está refiriendo a unos perjuicios que aunque no califica como materiales, alude al daño emergente y al lucro cesante sobre la base de las obligaciones insolutas a la fecha del dictamen teniendo como fuente los informes suministrados por el Departamento de cartera de la Caja Agraria, los que justiprecia en la suma de QUINIENTOS SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL CIENTO SETENTA Y CUATRO PESOS CON CINUENTA Y SEIS CENTAVOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS, ($560.803.174.56). (fl 209 4o. c.o.) Por esta razón, se estima que no puede tenerse en cuenta este dictamen para efectos de la condena de perjuicios pues no se ajusta a los que realmente ha debido considerar para su tasación y por ello con fundamento en el artículo 273 del C. de P. p. se considera que el mismo debe desestimarse".

4. Es, esta misma prueba, la que vuelve a cuestionar el recurrente en el cargo *segundo*, subsidiario del anterior, por igual vía, pero en esta oportunidad por error de derecho por falso juicio de convicción, ignorando que este medio probatorio carece de tarifa legal para su valoración en nuestro sistema procesal penal y por tanto, mal podría exigírsele al fallador una apreciación probatoria determinada, distinta a la que con apego a los principios que gobiernan la sana crítica pudiera inferir, quedando en consecuencia convertido el reproche en una típica discrepancia de criterios valorativos, en el que prima el del sentenciador, amparado por la doble presunción de acierto y legalidad.

5. La *tercera censura*, es formulada como subsidiaria de las dos precedentes, por violación directa por interpretación errónea de los arts. 1613 y 1614 del C.C., invocación esta que de suyo demuestra como inusitada la subsidiariedad, pues no advierte la Sala supuesto alguno que excluya el cargo respecto de lo argumentado en el primero y segundo, lo cual evidencia el real desconocimiento del demandante sobre este extraordinario recurso, pues la subsidiariedad debe predicarse en relación con un mismo supuesto, que es lo que posibilita la exclusión en los términos de

cargos contradictorios, como lo ha venido entendiendo la Sala, esto es, que la no contradicción la ha impuesto la ley sólo al interior de un mismo cargo y no entre las censuras principales y las subsidiarias, como lo propone el Delegado bajo una óptica exclusivamente filosófica exigente de la logicidad de que carece la norma, pues es precisamente lo contrario lo que dispone el inciso último del numeral 4o. del art. 225 del C. de P.P., al referirse a la permisión de "formular cargos excluyentes", por separado y de manera subsidiaria.

Debió, por tanto, el demandante formular este cargo como principal, no obstante que aún en estas condiciones, también hubiese resultado arbitrario, si se tiene en cuenta que al atacarse con este recurso la legalidad del fallo proferido por el Tribunal de segunda instancia, los yerros objeto de la impugnación deben corresponder inevitablemente al mismo pronunciamiento, lo cual significa, que al no haberse aplicado en este caso los referidos arts. 1613 y 1614 del C.C., no puede argumentarse la censura por vía de la interpretación errónea, ya que para que ello sea factible debió el juzgador haber aplicado las normas objeto del cuestionamiento, dándoles un alcance hermenéutico indebido.

6. Ahora, y como si la subsidiariedad en la formulación de los cargos permitiese una sustentación libre del recurso, el demandante presenta la *cuarta censura* como subsidiaria de la primera, segunda y tercera, esta vez por violación directa por falta de aplicación de los mismos arts. 1613 y 1614 del C.C., incurriendo en igual desacierto al ya advertido respecto del anterior reproche, convirtiendo la impugnación en una simple cuestión de azar, alejada por tanto de las exigencias de claridad y precisión exigidas por la ley, al crear una curiosa cadena de subsidiariedades que en una recta interpretación de la normatividad positiva no tiene cabida, ya que el nexo de subsidiariedad debe predicarse con referencia a un determinado cargo principal y no como alternativas inconexas carentes de vinculación alguna con aquella, pues un cargo así formulado necesariamente deberá presentarse como principal.

No obstante, y aún en la hipótesis de que se entendiese que la remisión de subsidiariedad sólo se hace al tercer cargo y que todo se debe a un problema de ambigua redacción del libelo, es evidente la falta de seriedad de la demanda, cuando con iguales argumentos a los expuestos para sustentar la interpretación errónea, pretende demostrar, acto seguido, una presunta falta de aplicación de las mismas normas, mas aún, cuando prácticamente todos los cargos contienen iguales transcripciones del fallo del Tribunal e idénticos argumentos jurídicos, que dicho sea en verdad, sólo llegan a ser meras enunciaciones, pues en ninguna forma explican su contenido y alcance y menos, su incidencia para quebrar el fallo objeto de impugnación; de ahí que ante unas insulares transcripciones doctrinales, no puede la Corte entrar oficiosamente a complementar la demanda y menos aún a

saber el porqué en criterio del censor, las normas atacadas debieron ser aplicadas a este caso.

7. Respecto del *quinto cargo*, igualmente su improsperidad es ostensible, ya que al atacar el fallo por aplicación indebida del art. 107 del C.P., por cuanto en su criterio el dictamen pericial probaba la existencia de los perjuicios materiales causados con el delito, no pudiéndose por tanto aplicar dicha norma porque esta supone que la cuantía de los perjuicios no ha sido posible fijarla mediante perito, es claro que está faltando a la verdad procesal, por cuanto el sentenciador de segunda instancia expuso el por qué no tenía en cuenta el dictamen, lo cual significa que el ataque debió formularse por error de hecho por falso juicio de existencia y no por violación directa que supone un debate jurídico respecto a una determinada norma positiva, dando por admitidas las pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal y su consiguiente valoración.

8. Finalmente, en relación con el *sexto reproche*, el demandante lo sustenta en la tercera causal del art. 368 del C. de P.C., por considerar que la sentencia impugnada contiene "declaraciones o disposiciones contrarias" debido a que al disponer en la parte resolutiva que se condena a los procesados al pago de la suma equivalente a 1.000 gramos oro "por concepto de los daños materiales", se está en contradicción con la parte motiva, en la que se especifica que los daños materiales se limitan al daño emergente, cuando es sabido que aquéllos comprenden también el lucro cesante.

Siendo este todo el fundamento del ataque, que pretende demostrar con la transcripción de la sentencia del Tribunal respecto al análisis de esta temática, el libelista tampoco precisa, como es el punto común de la demanda, el contenido ni alcance de la censura, que desde luego bajo este enfoque no hubiese sido útil, por cuanto la comprensión que hace de la causal es absolutamente equivocada, ya que como lo ha afirmado reiteradamente la Sala de Casación Civil al fijar el alcance de esta causal, "la contradicción debe hacerse manifiesta en la parte dispositiva de la sentencia, de manera que resulte ella inejecutable o tan incierta que no sea posible entender cuál ha sido la declaración allí efectuada o la condena impuesta, luego es claro y así es preciso volver a repetirlo en esta oportunidad, siguiendo pautas conceptuales de vieja data conocidas (G.J.T LXXXIII, pág. 57), que para los efectos del Num. 3 del Art. 368 del Código de Procedimiento Civil, el núcleo conflictivo del fallo contradictorio radica en que contiene varias expresiones de voluntad decisoria que se destruyen entre sí por obra de elementales postulados de lógica formal, de manera que la ejecución de una parte implique la inejecución de otra, pero sin caer en el error, muy frecuente por cierto, de confundir lo contradictorio con lo que es apenas diferente en el plano puramente jurídico" (Sen. Cas. 23 de mayo 1996, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss).

De otra parte, no está por demás señalar que la pretendida contradicción afirmada por el recurrente, no corresponde a la realidad del fallo, como se colige de las propias transcripciones que del mismo hace, pues el Tribunal condenó por "los perjuicios materiales", pero como conclusión del detenido análisis que hizo en la parte motiva respecto a demostrar el por qué no incluía en éstos el lucro cesante, lo cual no posibilita confusión alguna al respecto y menos contradicción.

Los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JURAMENTO – Situación jurídica / CIERRE DE INVESTIGACION

Bastará entonces precisar, para descuento de una invalidación por vía oficiosa, que el reproche del acusado de habérsele interrogado bajo juramento -pese a ser cierto como resulta al folio 69v. y siguientes- no constituye irregularidad alguna, primero, porque cuando ello ocurre el Tribunal apenas había ordenado abrir investigación en contra de la Juez, y en esas condiciones (...) actuaba nada más como testigo; pero además, porque una vez dispuso el competente que se hiciese extensiva la instrucción al secretario -folio 130- a su vinculación se procedió dentro de las formalidades que ese acto exige, sin que el fallo radique su soporte en lo que el señor (...) hubiere dicho bajo juramento.

Que al acusado no se le definió su situación provisional antes del cierre de la instrucción es otra afirmación exacta pero del mismo modo irrelevante, porque además de tratarse de un hecho que ya la Fiscalía valoró y desestimó en instancias, es evidente que al clausurarse la investigación dentro de la vigencia del Decreto 050 de 1987, aquella exigencia no era condicionante, y mal podría afectar de nulidad su omisión, cumplida la actuación como lo fue de acuerdo con la ley aplicable.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá, D. C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Doctor: Juan Manuel Torres Fresneda.

Aprobado Acta No.23

Proceso: 11427

VISTOS

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado *Manuel de Jesús Garcés Valetta* en contra de la sentencia de primer grado por medio de la cual el Tribunal Superior de Antioquia lo condenó a las penas

principales de 38 meses de prisión, un mil pesos de multa e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, y al pago de los perjuicios ocasionados, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, tras declararlo penalmente responsable de los delitos de falsedad en documento público (tres), abuso de autoridad y prevaricato que le habían sido imputados dentro de las causas acumuladas bajo esta única actuación.

ANTECEDENTES

La Unidad de Fiscalías ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Antioquia y Medellín emitió el 8 de junio de 1994, resolución acusatoria en contra de *Manuel de Jesús Garcés Valetta* por el delito de Prevaricato, según hechos ocurridos durante su desempeño como Juez 95 de Instrucción Criminal encargado con sede en Urrao.

Como a su vez, la misma Unidad de Fiscalía había formulado resolución acusatoria en contra de *Garcés Valetta* por los delitos conexos de falsedad documental en concurso homogéneo y abuso de autoridad, según resolución del 23 de noviembre de 1992, confirmada el 30 de diciembre del año siguiente por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia procedió a acumular esta última actuación a la primera, según auto de julio 15 de 1994.

Una vez unificada, prosiguió la causa ante el Tribunal, así que culminada la diligencia de audiencia dictó la respectiva sala de decisión el fallo de cuya revisión se trata, tras atender la alzada que interpusiera la defensa.

Los hechos de los cuales se ocupa cada una de las causas acumuladas pueden de la siguiente manera resumirse:

1. *De los delitos de falsedad y abuso de autoridad* se tuvo primera información mediante escrito que dirigiera el 9 de mayo de 1991 el entonces detenido León Angel González Cortés al juez Superior que conocía su causa, mostrando inconformidad porque en una diligencia de reconocimiento en fila de personas, el testigo Luis Henry Higuita Arroyave había sido coaccionado por el Secretario del Juzgado Instructor para que le señalara como autor del homicidio por el cual estaba respondiendo.

Remitida esta información por el Juzgado Superior al Tribunal de Antioquia, la indagación adelantada primero por su Sala Penal y luego por la Fiscalía estableció que siendo titular del Juzgado 95 de Instrucción Criminal con sede en Urrao la Doctora Gladys Arrieta Neira, y Secretario *Manuel de Jesús Garcés Valetta*, como al vencerse

el término de unas vacaciones concedidas a la titular, ésta no se reintegró el 2 de enero de 1991 como le correspondía, sino hasta la tarde del día 8 de ese mes, ello implicó que el señor Garcés, quien había sido encargado en su reemplazo, continuara adelantando algunas actuaciones, solo que no sin hacerse aparecer en ellas como titular, colocó en su lugar a su superiora, quien de regreso no tuvo inconveniente en suscribir como si hubiese realmente participado en actos realizados en su ausencia.

Una de esas diligencias fue el reconocimiento en rueda de personas verificado en el curso de la ampliación de una declaración rendida por el menor Luis Henry Higuita dentro de la instrucción seguida contra León Angel González por el delito de homicidio, acto que se verificó en la mañana del 8 de enero. El abuso de autoridad radica en que como el menor halló dificultad para la identificación del imputado, *Garcés Valetta* le señaló a González indicándole características como el corte del cabello y la forma de vestir, logrando formalizar así el señalamiento.

Ya en horas de la tarde hizo presencia en el Despacho la doctora Arrieta Neira, y con el acta de la diligencia de reconocimiento firmó también el auto de apertura de esa instrucción y el acta de la indagatoria, sin que hubiese participado en ellos ni hubiese estado siquiera en la sede aquellos días.

2. *El delito de prevaricato* remite al sumario adelantado por el mismo Juzgado 95 de Instrucción Criminal con sede en Urrao en contra de Francisco Montoya Sepúlveda por el delito de homicidio cometido en la persona de Roberto Montoya Urrego, acción violenta ocurrida en aquella localidad el 10 de noviembre de 1991.

Luego de ser oído en indagatoria, a Montoya Sepúlveda le decretó medida de detención la doctora Arrieta Neira bajo el cargo de homicidio según providencia del día 21 del mismo mes y año, con la firma de *Manuel de Jesús Garcés Valetta* como Secretario, pero como unos días después volvió a salir la titular a vacaciones, siendo de nuevo encargado como Juez su subalterno, decretó este el día 23 de diciembre la cesación de procedimiento en favor del procesado Francisco Montoya, tras reconocerle una legítima defensa que contrariaba las pruebas aportadas, y luego de clausurar la investigación con un inusitado apremio, del que participaron el defensor, el procesado y el personero al renunciar los términos de ejecutoria y de traslado para presentación de alegaciones.

El hecho se conoció ante la inconformidad que le expresó la madre del occiso a la Procuraduría Provincial de Andes, considerando irregular la excarcelación del homicida, irregularidad que respaldó esa Oficina del Ministerio Público al destacar que si había variado la prueba que apoyaba la detención para el momento del auto calificatorio, había sido para consolidar la responsabilidad del imputado, y ello asomaba la ocurrencia de una actuación que merecía investigarse.

Calificadas las dos instrucciones seguidas en contra del procesado señor *Garcés Valetta*, y acumuladas luego las causas ante el Tribunal como ha quedado visto, el juzgamiento culminó con la sentencia de condena ahora impugnada, de cuya revisión se ocupará la Corte en los términos que lo propone el apelante.

Motivos del apelante

De la sentencia recurrió el acusado, quien advirtió en escrito separado que la sustentación iría a cargo de su defensor, lo que no le obstó para hacer reparos al procedimiento, considerando contrario al derecho de defensa que en el Proceso por falsedad se le hubiese recibido primero una versión jurada de los hechos y luego sí la indagatoria; porque en la resolución de acusación se redactó primero el enjuiciamiento y luego su detención, lo que entiende contrario a la voluntad legal de definir la situación provisional antes de clausurar la instrucción, y porque en el Proceso por prevaricato se le negó el allegamiento íntegro de la actuación seguida contra el procesado Montoya, lo que habría permitido cotejar íntegramente las versiones que precedían la decisión que se le reprocha, rematando en la solicitud de suspensión condicional de la ejecución del fallo, por ser padre de cuatro hijos pequeños que necesitan de su apoyo para subsistir.

La anunciada sustentación del defensor centró su esfuerzo en rebatir el cargo de prevaricato, haciendo énfasis en la necesidad de demostrar que a la violación legal se llega de modo intencional o doloso, lo que estima carente de apoyo probatorio, al punto de entender que para el tribunal se dio prácticamente un prevaricato culposo, pues no llegó a probarse cual pudo ser el interés ni el provecho del señor *Garcés Valetta* para proceder concientemente de modo contrario a la ley.

Dando por admitido que la experiencia en su trabajo judicial había podido habilitar al acusado en algunos conocimientos jurídicos, considera que ellos no eran los suficientes para entender la discrepancia con el criterio de la juez titular y el del Tribunal al valorar el caso, siendo la decisión secuela de las diferencias culturales y la preparación académica entre unos y otro, de modo que no podía el Tribunal, como lo hizo, limitarse a cotejar los argumentos de la juez en el auto de detención con los del procesado en su providencia criticada, menos si éste dijo que la prueba a su juicio había variado llevándole al convencimiento de la legítima defensa.

Haciendo luego una referencia a la prueba, ve el defensor que la explicación del sindicado sí hizo una mención de la necesidad de oponerse o resistir a un medio de agresión que percibió en manos del occiso, de donde entiende que aquí se puede tratar apenas de una divergencia de opinión.

Superficialmente menciona el abuso de autoridad para decir que la prueba de su existencia se limitó a una versión incriminante que a lo sumo podía hacer operante el principio del in dubio pro reo, pero nunca un fallo de condena, y más ligeramente alude a la falsedad para admitir la prueba de su aspecto material, pero advirtiendo que la de responsabilidad deja resquicios, precisamente por la falta de conocimientos jurídicos del procesado, quien pudo actuar en el convencimiento de buena fe que no estaba defraudando a la justicia, o en un errado concepto de lealtad frente a su superior.

El escrito anuncia que "En la oportunidad legal" se ampliarían estos conceptos, pero el término de sustentación venció sin que se hubiese conocido otra razón distinta de las apuntadas, haciendo de remate una invocación de reducción de pena, porque el acusado no es hombre de antecedentes penales, sino un decoroso servidor judicial por cerca de 18 años, a quien se deben aplicar criterios de resocialización y no de retaliación, habilitando la posibilidad de la condena de ejecución condicional.

Consideraciones de la Sala

1. Si bien es cierto que difícilmente el escrito del procesado puede considerarse como formal sustentación de un recurso de alzada, en cuanto lejos se muestra de controvertir las razones del a-quo en su sentencia, y en materia de nulidad tampoco atiende las exigencias del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, no sobra aclarar que los motivos propuestos a modo de vicios que perjudican su defensa carecen de relevancia alguna, y lo que es más, ya en parte habían sido planteados y desechados en las instancias, motivo que torna impropia su reiteración en esta sede.

Bastará entonces precisar, para descuento de una invalidación por vía oficiosa, que el reproche del acusado de habérsele interrogado bajo juramento –pese a ser cierto como resulta al folio 69v. y siguientes– no constituye irregularidad alguna, primero, porque cuando ello ocurre el Tribunal apenas había ordenado abrir investigación en contra de la Juez, y en esas condiciones Garcés actuaba nada más como testigo; pero además, porque una vez dispuso el competente que se hiciese extensiva la instrucción al secretario -folio 130- a su vinculación se procedió dentro de las formalidades que ese acto exige, sin que el fallo radique su soporte en lo que el señor Garcés hubiere dicho bajo juramento.

Que al acusado no se le definió su situación provisional antes del cierre de la instrucción es otra afirmación exacta pero del mismo modo irrelevante, porque además de tratarse de un hecho que ya la Fiscalía valoró y desestimó en instancias, es evidente que al clausurarse la investigación dentro de la vigencia del Decreto

050 de 1987, aquella exigencia no era condicionante, y mal podría afectar de nulidad su omisión, cumplida la actuación como lo fue de acuerdo con la ley aplicable.

Por último y con referencia a la no adjunción íntegra del expediente seguido por el delito de homicidio contra Francisco Montoya al trámite del prevaricato, basta advertir que no precisa el proponente cual fue la pieza probatoria cuya no incorporación le perjudica, ni cual la trascendencia de esa omisión sobre el fallo recurrido. Ello obliga a insistir en que la petición de ahora no cumple con la exigencia que para esta clase de alegación imponen los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Penal, pero además a resaltar que es el propio apelante el encargado de recordar que tal adjunción no se llevó a cabo por la desidia o inactividad del funcionario, sino porque de modo razonado éste encontró que el allegamiento total de aquel legajo era superfluo, cuando se conocían las piezas pertinentes, por lo que convocó al solicitante a señalar "específicamente las pruebas que en su sentir deben trasladarse, indicando además la pertinencia de las mismas", lo que éste descuidó.

2. Descontada la invalidación de lo actuado, e ingresando al análisis de las razones con las que la defensa busca de modo principal el enervamiento del cargo de prevaricato, dentro del cual no se discute ni la ocurrencia del hecho ni su trascendencia penal, en cuanto el esfuerzo recae esencialmente en el tema de la culpabilidad, se hace necesario comenzar por rectificar su afirmación sugestiva de que el a-quo omitió precisar la prueba del dolo, hasta el extremo de permitir pensar que aquí se ha dado un prevaricato culposo.

Afirmación semejante no es cierta, ni guarda proporción alguna con el cuidadoso análisis que hace la decisión de instancia, según revelan distintos apartes del fallo de condena. Así, por vía de ejemplo, y tras haber cotejado el contenido de la prueba allegada al Proceso de homicidio con la injusta decisión tomada por el Juez encargado señor *Garcés Valetta*, el Tribunal hace evidente la precariedad y la mentira de sus explicaciones, pues no se da como se insinúa una equivocada interpretación de pruebas, sino su inocultable distorsión, que va sacando a flote un malicioso proceder del enjuiciado, cuando en el texto de su decisión no atina a citar ni a criticar aquellas en que sustenta su postura.

Luego se advierte que por encima de la alegada falta de preparación estaba la indicación que al estudiar el caso había dejado la titular dentro de la medida de aseguramiento, donde explicó por qué se hacía inadmisible una defensa justa, y cómo la alternativa modal se inclinaría a lo sumo por un estado emocional de ira, motivaciones que para nada controvirtió el auto del señor Garcés, si era que estimaba errada aquella apreciación, o si surgían pruebas que la modificaban.

De esas evidencias va concluyendo el Tribunal que el apartamiento evidente del acusado de muy precisas normas que le obligaban a fundar la decisión en pruebas, a declarar la cesación de procedimiento solo en presencia de una causal plenamente comprobada, y a proferir en ese caso otra clase de decisión calificatoria, solo se explicaba por su actitud "consciente y voluntaria, valga decir *dolosa*", porque la falta de estudios especializados no le había impedido comprender al imputado las diversas figuras del ordenamiento penal, según lo informan las respuestas de su indagatoria, conocimiento explicable por su prolongada experiencia en los Despachos judiciales.

Pero para que el caso no asome dudas, más adelante, ya en la hoja 30 de la providencia se lee que la "dinámica intencional o dolosa del acusado" "se manifiesta aún más de bulto a través del Proceso de tergiversación", ya que el caudal probatorio sí mencionó una agresión colectiva contra el acusado, pero no antes de que éste procediera mortalmente en contra del ofendido, sino después de lesionarlo, y como reacción, precisamente, a la injusticia de su acción.

Surge, entonces, con univocidad la afirmación y fundamentación del dolo como hecho probado en el actuar que se censura al acusado, y ello a la vez que desmiente al defensor cuando pretende que este elemento se omitió o descuidó en su análisis, deja en claro que el apelante no desvirtuó en su contenido ni repercusión los medios sobre los cuales descansa la razonada apreciación de instancia, haciendo inane el esfuerzo de la alzada.

Es más: afirma también el recurrente que el Tribunal se conformó para inferir la culpabilidad, con cotejar el auto que definió la situación provisional del procesado por homicidio (señor Montoya Sepúlveda), frente al proferido por el señor *Garcés Valetta*, como si el prevaricato surgiese de una simple discrepancia de enfoque o un desacierto de las decisiones, y que la falta de prueba del interés del acusado se convertía en razón adicional de su inocencia.

Contrario una vez más a lo afirmado, hay en las hojas 32 y siguiente del fallo una estimación primera que a la defensa contradice, cuando la Sala del Tribunal reitera que el fundamento material de la imputación radica en la contradicción evidente y grosera del derecho aplicable al caso y el que a su arbitrio y sin sustento demostrativo concedió el sentenciado, y al mismo tiempo añade que no es anejo al delito de prevaricato un móvil específico, como lo admite la doctrina de esta Corte, ni enerva la demostración del dolo el que no se llegue a conocer la motivación del servidor oficial cuando se aparta de la ley.

Pero es que como refuerzo de tan exactas como fundadas referencias de la condenación, median en el Proceso otros elementos complementarios que por igual conducen a reafirmar la culpabilidad dolosa del acusado, como de modo tangible se vislumbran concatenadas y precisas:

Siguiendo la cronología del suceso, tiénese como hecho probado –cfr. folio 66– que a partir del 6 de diciembre de 1991, la doctora Gladys Arrieta, titular del Juzgado 95 de Instrucción Criminal con sede en Urrao, hizo uso de las vacaciones que le habían sido concedidas, siendo nombrado y posesionado en su reemplazo su Secretario el señor *Garcés Valetta* –folio 76 .

Para esa fecha quedaba en el Juzgado la investigación de homicidio seguida en contra de Francisco Montoya, que no le era ajena al funcionario encargado, por cuanto había participado en la práctica de pruebas y suscrito la medida de aseguramiento de detención, donde la titular descartaba fundadamente la legítima defensa, dando por más certero un estado emocional de ira.

Poco después de asumido el cargo (diciembre 11 –folio 6–), cursó el defensor del detenido una solicitud de cierre de la investigación, que de inmediato atendió el señor Garcés, notificando su auto en esa misma fecha, a lo que se sumó otro hecho inusual como lo reconoce en el Proceso, por cuanto el 16 de diciembre el defensor, el procesado y el Personero Municipal de Urrao hicieron entrega de un escrito conjunto en el que renunciaban al término de ejecutoria del cierre de la investigación.

El 18 de diciembre el defensor presentó un escrito de alegaciones solicitando la cesación de procedimiento, y con el mismo apremio, el 23 del mismo mes el señor juez encargado lo acogió en su integridad, decretando como consecuencia la libertad inmediata del inculpado Montoya Sepúlveda.

Estos antecedentes ilustran, más que un deseo de celeridad del trámite, la voluntad de que el Proceso no fuese calificado por la funcionaria titular cuyo criterio en el caso ya se conocía, sino por parte del encargado, quien, como se verá, ya le había expresado al Personero su interés por el favorecimiento del sindicado Francisco Montoya, lo que coincide con las respuestas inmediatas y favorables del Juzgado, que habilitan en todo ese inocultable anhelo.

Ahora bien, si se repara en el contenido de la providencia calificatoria –folio 19– y en las explicaciones que luego trae su autor a este Proceso –folio 48v–, fácil se observa como lo capta la providencia recurrida, tanto el distanciamiento de lo allí resuelto con los medios de prueba existentes, las disposiciones aplicables, como ante todo el cúmulo de contradicciones que exhibe, y que incrementa el acusado en clara muestra de su interés por dejar la verdad en encubierto.

Respecto de lo primero, el error de interpretación de pruebas se desvanece frente a la preparación empírica pero suficiente del acusado como trabajador judicial de varios años, y su conocimiento sobre el criterio que había protocolizado la juez, quien con su preparación académica desestimaba fundadamente la legítima defensa.

Tan ello es así, que al redactar la providencia el acusado no logra ocultar que era esa su propia convicción, porque no una sino varias veces el texto del auto calificatorio afirma –folio 20 que "la situación vivida se encuentra debidamente plasmada en el informativo", y ella indica que la lesión inferida por Roberto a Francisco "originó" ira en éste, y que como el primero "se daba a la fuga", Montoya "salió en su persecución... alcanzándolo en la esquina del Bar El Pescador donde lo lesionó en la cabeza con los resultados conocidos".

No empece el reconocimiento de esta acción vindicativa, que no defensiva, al folio 21 se afirma en la misma decisión que la reacción de Montoya se explica porque "creyó razonablemente, pero sin ajustarse a la realidad, que era víctima de un ataque" y "Cuando esto ocurre el agente se sitúa dentro de una causal de inculpabilidad. o sea que está obrando bajo insuperable coacción ajena (Art. 40 numeral 2o. del C. Penal). Mas, sin embargo, tampoco es esta la razón del pronunciamiento favorable, porque al final, cuando la determinación se justifica, tras una descalificación curiosa de testigos, a quienes se les cree cuando desacreditan al occiso, pero no cuando narran los hechos del mismo modo con el procesado, lo que se afirma es que "el despacho acogerá la tesis del acucioso Abogado Defensor del procesado en cuanto a la causal de la justificación del hecho enumerado en el inciso 4o. del Artículo 29 del C. Penal, pues bien se ve que el acusado actuó por la necesidad de defender un derecho propio contra injusta agresión actual e inminente".

Con esta afirmación, hasta la explicación de Montoya Sepúlveda se hace a un lado, pese al apoyo que le conceden los testigos, pues uno y otros dijeron, que si en verdad Francisco había recibido un golpe severo y aleve sobre el rostro, su reacción se dio cuando el heridor había cesado el ataque y emprendía la huida, lo que descuenta toda necesidad de defenderse.

La falta de seriedad de la motivación de aquella apresurada cesación del rito, tan solo correspondía a una apariencia, pues ni siquiera en este Proceso el acusado es coherente ni persistente al dar su excusa, como que al rendir indagatoria dice que obró porque la prueba para detener y para acusar era distinta, y en ese asunto "no varió prácticamente en nada", pero en el curso de la audiencia –folio 290 v.– advierte que "si la providencia calificatoria desembocó en una cesación de procedimiento quiere decir que la prueba había variado en mi opinión y de ahí esa determinación."(sic)

Cuanto de lo anterior asoma es que ni en el texto de la providencia, ni en sus explicaciones procesales dice a la postre el acusado cuál fue el motivo real de la cesación que decretaba, y ello traduce en que tal determinación no fue ni el fruto de la ignorancia, ni del error, sino del voluntario capricho del funcionario encargado, quien ya antes le había revelado esa intención al Personero doctor Gonzalo Urrego Betancourt, cuando le sugirió que intercediera en favor de Montoya Sepúlveda, según se afirma en versión del folio 43-v.

A la prueba ya contundente de la materialidad de la infracción, se suma entonces la certeza del proceder consciente y malicioso del acusado, e inequívocamente encaminado a transgredir la ley penal que suficientemente conocía, y frente a ello nada interesa saber qué otros móviles ocultos pudieron animar la acción antijurídica.

Desde este aspecto, recibirá el fallo su plena ratificación por parte de la Sala.

3. Ya en su momento se advirtió que la referencia del impugnante al abuso de autoridad resultó tan superficial, que no podría considerarse como una verdadera sustentación para la alzada. Ello, por cuanto lejos de controvertir las razones de la decisión adversa, apenas dice sin adicionar análisis, que la imputación radica en un solo testimonio, y siendo este prueba insuficiente, tenía que operar el in dubio pro reo.

No identifica el impugnante al testigo que alude; tampoco indica en qué consiste la supuesta duda, y mucho menos se ocupa de su importancia y su trascendencia para variar el sentido del fallo de condena, dejando al margen cualquier invocación legal que dé soporte a su afirmación de que el testigo único no es fuente de certeza. Más relevante aún es el desprecio del defensor hacia la realidad que abriga el expediente, porque la imputación se afianza en una pluralidad de medios y no en un solo testigo Eso es al menos lo que resulta al consultar la información del Cabo de Prisiones Ismael Taborda Bautista, de la empleada judicial Luz Mary Moreno y del menor que hiciera el reconocimiento, Henry Alberto Higuita, coincidentes todos al sostener que no asistió un defensor para el reconocimiento, y que la inicial reacción del testigo fue dubitativa, hasta el momento en que el señor GarcésS le insistió en que realizara el señalamiento, facilitándole datos de apariencia y de atuendo que condujeron a una indicación positiva. La empleada judicial no afirma –es verdad ni una coacción de Garcés, ni una insinuación de su respuesta, pero tampoco las rechaza, pues cuando se insistió a Higuita que se esforzara por reconocer, había variado ella su postura.

Ningún reparo serio se concreta para demérito de estas probanzas, por lo que no hay motivo para que la conclusión judicial basada en ellas, pueda removerse.

4. La superficial referencia del defensor al delito de falsedad tampoco constituye una sustentación formal de la alzada, y así lo admite el apelante al anunciar que en otra oportunidad hará ampliación de sus conceptos, sin que hubiese cumplido su oferta.

Decir a secas que hay resquicios de duda sobre la responsabilidad del acusado por falta de conocimientos jurídicos o errado concepto de la lealtad hacia su superiora, es una afirmación sin seriedad con una decisión que abunda en el análisis probatorio y jurídico como es la recurrida, y que tampoco deja ocasión a una respuesta, pues no se invoca el supuesto probatorio que alimenta el aserto.

Pero es que basta mirar la prístina versión rendida con libertad y sin juramento por don *Manuel de Jesús Garcés* en ese asunto, para entender que ni siquiera él llega a pretender tal grado de ignorancia, lo que resta cualquier apoyo al libelista:

"... cualquiera persona que haya traginado por un juzgado entiende –dijo en su exposición del folio 32 v– que sin la presencia del Juez, la diligencia que se haga es nula y acarrea por consiguiente una falsedad..."(sic).

Tampoco, entonces, en este aspecto, es dable remover el fallo recurrido.

5. Cabe por último citar la aspiración conjunta del procesado y de su defensor para que a aquel le sea reconocido el subrogado de la ejecución condicional de la sentencia. No obstante, como ninguno de los dos impugna el fundamento del Tribunal para fijar la prisión en 38 meses, basta la sola consideración de esa extensión para indicar la improcedencia del artículo 68 del Código Penal.

Es verdad que de consuno los alegatos invocan la falta de antecedentes del procesado y su dedicación antaña al trabajo honrado. Pero también lo es que esos factores no le fueron extraños al a-quo, que al atenderlos no hizo otro incremento al cuantum de la pena, siendo el concurso y la gravedad de los delitos, como la posición del procesado, aspectos preponderantes del ajuste. Mas, como esos factores no fueron rebatidos en la instancia, no se podrá variar la pena en esta sede.

Concluyese de las razones dadas, en la confirmación del fallo apelado, por lo que volverán las diligencias al Tribunal de origen para los fines de los artículos 500 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

Confirmar en todas sus partes la sentencia motivo de alzada.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

Aun cuando concurra en favor de (...) el aspecto objetivo de la pena no mayor de tres años de prisión (art. 68-1 C.P.), no se dan los atributos subjetivados reclamados por el numeral 2° de la misma norma para merecer el beneficio, sobre cuyo ámbito de aplicación, la Sala ha sostenido y reiterado lo siguiente:

"Finalmente, dentro de este marco de lucubraciones generales, no conviene admitir que como el sistema penitenciario puede presentar objeciones múltiples, la consecuencia obligada es la de regalar la condena condicional, pues a este paso también debería llegarse al extremo de no imponer las sanciones previstas por la ley, para evitar, de una vez, todos los males que se le cargan a esta clase de penas cumplidas de manera deficiente. Y éste no es un plausible modo de pensar, así se pueda participar de algunas de estas críticas, pues lo menos que podría decirse en respuesta de tan nocivo criterio sería el que la imperatividad de cumplir con todos los dictados de un determinado dispositivo legal se logra no evadiendo su aplicación sino precisamente imponiendo su vigencia. La manera como las regulaciones de nuestros ordenamientos penales llegarán a tener una entidad real del tenor de lo imaginado teóricamente por el legislador, será convenciendo a los procesados y a las autoridades que tienen que ver en la satisfacción de la pena, de que la rama jurisdiccional será rigurosa en la atención que se debe a la ley, prefiriendo no su total omisión sino su cumplimiento en el grado más ostensible. Esta es, indudablemente, una de las reglas automáticas del equilibrio social, que bien puede reiterarse anotando que hay lugar a la benignidad cuando el delito tiene una magnitud que el cuerpo social logra resistir sin comprometer su existencia, pero que empieza a desaparecer y a volverse extraña cuando se va formando la idea válida de que sólo la severa aplicación de la ley, en su integridad, logra desestimular al delincuente". Sentencia de casación, mayo 10/88. M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 23

Proceso: 9751

VISTOS

El Tribunal Superior de Buga, condenó en primera instancia a José Arley Varela Rincón, a la pena de catorce (14) meses de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional, como responsable del delito de prevaricato por acción consumado en ejercicio de la posición de Fiscal Seccional de Roldanillo (V.), encargado, ubicable bajo el fuero previsto en el artículo 70.2 del Código de Procedimiento Penal.

Revoca el beneficio de la libertad caucionada que se había otorgado y ordena la devolución de la caución prestada en garantía del mismo, condicionando la efectividad de estas decisiones a la ejecutoria de la sentencia.

Contra la providencia del Tribunal, el procesado y su defensor interpusieron y sustentaron el recurso de apelación.

I. HECHOS

El entonces Juzgado Trece de Instrucción Criminal con sede en Roldanillo (V.) inició investigación sumaria por los punibles de peculado y falsedad documental, presumiblemente realizados en la alteración del registro de nacimiento y la elaboración de certificados de tiempo de servicios, entre éllos en la municipalidad de Bolívar (V.), y su utilización para que la Secretaría de Servicios Administrativos de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, le reconociera a Ramiro Andrade Messa la pensión de jubilación, según Resolución número 6128 de diciembre 3 de 1990 (fs. 23 y Ss. cdno. ppal.) y le pagara las correspondientes mesadas que recibió hasta el momento de la denuncia formulada por Oscar Vanegas Noreña (mayo 13 de 1992).

Por tránsito constitucional y legal, la investigación pasó a conocimiento de la Unidad de Fiscalía con sede en Roldanillo, despacho a cargo del doctor Hernán Espinosa García quien a partir del 14 de septiembre de 1992 y hasta el 8 de octubre

disfrutó de vacaciones; según Resolución 0130-92 (sept. 10) de la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga, las funciones le fueron asignadas al Secretario, señor José Arley Varela Rincón (f.90), quien el 24 de septiembre de 1992 escuchó en indagatoria a Ramiro Andrade Messa y al definirle la situación jurídica el 5 de octubre del mismo año, declaró "Precluida la investigación y en consecuencia se decreta cesación de procedimiento", por "no haberse constituido hecho punible alguno" (f. 73 ib.).

II. Actuación procesal

Iniciada investigación por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Buga (f. 84 ib.), fue escuchado en indagatoria el inculpado *José Arley Varela Rincón* (fs. 98 y Ss.) y definida su simación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación (fs. 114 y Ss.). Cerrada la instrucción (f.175), fue calificada el 4 de marzo de 1994 con resolución de acusación contra Varela Rincón, por el delito de prevaricato (fs. 187 y Ss.), providencia que no fue recurrida.

Agotados los trámites del juicio y celebrada la audiencia pública (fs. 296 y Ss.), la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha 2 de agosto de 1994, declaró a *José Arley Varela Rincón* responsable del punible de prevaricato por acción (art. 149 del D. 100/80, norma vigente al tiempo de los hechos y que sigue siendo la aplicable por favorabilidad) y lo condenó a las ya mencionadas penas de 14 meses de prisión, y de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

III. La sentencia impugnada

La Sala de decisión del Tribunal de Buga, tras el correspondiente análisis del acopio probatorio, concluye afirmando la conjunción de los presupuestos reclamados por el artículo 247 del C. de P. P. para el pronunciamiento de fallo condenatorio.

La adecuación de la conducta en el tipo de prevaricato por acción, la deriva de haber pronunciado el Fiscal encargado la resolución interlocutoria de fecha 5 de octubre de 1992 (fs. 69 y Ss.), en manifiesta contradicción con la ley y frente a los distintos medios de prueba allegados contra *Ramiro Andrade Messa*, que no solamente se oponían a la orden de terminación de la instrucción sumaria por vías del decreto de preclusión de la acción penal (art. 36 C. de P. P.), sino que además tenían el vigor probatorio suficiente para afectar al encartado con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Enfatiza el Tribunal que desde la misma denuncia y en varios testimonios aparecía acreditado, desde antes de ser oído en indagatoria *Ramiro Andrade Messa*, que éste no se había desempeñado como empleado del municipio de Bolívar (f. 364) y que en inspecciones judiciales fueron constatadas "enmendadura... con indicios de que antes... haya existido otra fecha de nacimiento" y la anómala omisión del número del presunto decreto por el cual se hubiese efectuado una supuesta designación.

Medios de convicción que aunados a que el acusado cursaba estudios de derecho y a la experiencia, "que sobrepasaba los veinte años", adquirida por el procesado en posiciones como Secretario de Juzgado y Técnico Judicial de la Unidad de Fiscalía y algunos encargos de Juez de Instrucción Criminal y Fiscal Delegado de Roldanillo, concurren a desnaturalizar el supuesto error por desconocimiento de la ley, afirmado como excusa en la injurada y subsecuentes alegaciones.

Observa el a quo que, si bien "el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal, permite en cualquier momento de la investigación, precluirla y cesar la actuación", ello está sometido a unos requisitos "claros y contundentes", los cuales enumera, cuestionando certeramente, por ejemplo: "Cómo decir, entonces, que el sindicado *Andrade Messa*, no había hecho uso de tales documentos y que, por consiguiente, él no había cometido ningún delito, en un momento tan prematuro, cuando la investigación estaba en sus inicios y con pruebas tan claras y precisas que en ese momento ya reposaban en el expediente?" (f. 370).

Abunda en consideraciones para desvirtuar la pretendida ausencia de dolo argüida por la defensa, incluyendo referencia a derroteros expuestos por esta corporación.

Además, la Sala del Tribunal hace mención a otras decisiones cuestionables de *Varela Rincón*, por una de las cuales ordena compulsar copias para que se investigue su "posible conducta irregular" (f.382).

Al efectuar la dosimetría penal, el a quo estima que "en la resolución de acusación, no se dedujeron al procesado circunstancias de agravación punitiva" y su conducta anterior había sido buena, pero "se trata de un hecho que reviste gravedad, por lo dañino y perjudicial para la recta administración de justicia... y porque los ojos de la comunidad están puestos en las ejecutorias de ese nuevo ente que se llama Fiscalía General de la Nación... no se podrá partir de la pena máxima", no obstante lo cual se ubica en sólo catorce meses, negándole sí la ejecución condicional y revocando la libertad provisional que se había otorgado.

Se abstiene, finalmente, de "condenar al pago de indemnización alguna por concepto de daños morales y materiales".

IV. Alegaciones de los recurrentes

Procesado y defensor esfuerzan el análisis probatorio a demostrar la ausencia de culpabilidad dolosa, basados en la carga de trabajo existente en la Fiscalía Delegada de Roldanillo, que tildan de excesiva y en las condiciones académicas de Varela Rincón, en quien no concurría la capacitación suficiente, como que sólo cursaba segundo año de derecho; no estando así facultado para examinar los distintos medios probatorios y mucho menos para otorgarles el valor pertinente, para ajustar la decisión a lo que en derecho correspondía.

En ello y la buena conducta anterior del procesado, basada en la ausencia de antecedentes de todo orden y en el buen servicio a la administración de justicia durante 27 años, como en antecedentes jurisprudenciales de la Corte, algunos insertos en el escrito del defensor, se apuntala el predicado de ausencia de dolo como causa excluyente de culpabilidad, para solicitar la revocatoria de la sentencia recurrida, que debe trocarse por la absolución.

Propone la defensa como alternativa subsidiaria, la revocatoria de la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, señalando que no existe necesidad de tratamiento penitenciario, en virtud de que contra el sentenciado solamente concurren circunstancias atenuantes "como la buena conducta anterior", y que aceptar los argumentos tomados en consideración por el Tribunal "conllevarían el que en esta clase de punibles no es posible el otorgamiento de ese subrogado, lo que tendría que ser legislado..." (f. 414).

V. Consideraciones de la Corte

José Arley Varela Rincón, Secretario de la Unidad de Fiscalía delegada en la localidad de Roldanillo, en el Departamento del Valle del Cauca, como encargado asumió y desarrolló provisionalmente las funciones de Fiscal, en ausencia temporal del titular del despacho, derivada de la concesión de vacaciones entre el 14 de septiembre y el 8 de octubre de 1992, según resolución número 0130-92 de fecha 10 de septiembre de dicho año, expedida por la Dirección Seccional de Fiscalías de Buga (f. 90), cargo del cual tomó posesión ante el Alcalde Municipal de ese lugar el inicial día 14 (f. 87).

En ejercicio de tales funciones de Fiscal Seccional, asumió el conocimiento del Proceso adelantado contra *Ramiro Andrade Messa*, para vincularlo mediante indagatoria y definirle la situación jurídica en resolución de fecha 5 de octubre de

1992 (fs. 69 y Ss.), absteniéndose de proferirle medida de aseguramiento para en su defecto declarar:

"...Por no haberse constituido hecho punible alguno, y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 36 del C. de P. Penal,se declara precluida la investigación y en consecuencia se decreta cesación de procedimiento en favor del citado señor Andrade Messa".

Resulta entonces evidente, según prueba básicamente documental corroborada con la propia indagatoria (fs. 98 y Ss.), que José Arley Varela Rincón venía desempeñándose como servidor público en la administración de justicia, habiéndosele confiado un encargo como Fiscal Seccional y en desempeño de esa labor oficial profirió una resolución de preclusión sobre una investigación sometida a su competencia. Así, es palmar el ejercicio de la actividad pública y el nexo de causalidad entre la función y el pronunciamiento de la resolución judicial reputada como manifiestamente contraria a la ley.

Al aparecer sin cuestionamiento lo anterior, los puntos basilares del análisis han de concretarse en torno a la inculpabilidad invocada por los recurrentes en sustento de la respectiva impugnación, basados en argumentos referidos al reproche de una supuesta declaratoria de responsabilidad puramente objetiva, como se ejemplifica en el siguiente aparte del memorial del señor defensor:

"En conclusión la defensa considera que en el presente Proceso la Fiscalía y la Honorable Sala de Decisión se limitaron a demostrar que la decisión tomada por José Arley Varela Rincón, *cuando por error del Director de Fiscalías, se le asignaron funciones de Fiscal sin tener los conocimientos necesarios, era contraria a la ley y una vez que consideraron que ese objetivo había sido obtenido, ello les bastó para con los mismos argumentos que probaban este hecho inferir que se había obrado con dolo, pero lejos están de haberlo demostrado, cuando por el contrario con sus muchos años de haber laborado en el poder judicial,* Varela Rincón *ha demostrado no ser persona proclive al delito, sino tratarse de un ser humano que ha trabajado con dedicación, honradez y lealtad y que si cometió un error lo hizo con el convencimiento que obraba conforme a sus precarios conocimientos de derecho..." (f.414).*

En realidad, la manifiesta ilegalidad del pronunciamiento no resulta en últimas rebatida por la defensa, que arguye más bien, de una parte, que la decisión fue el producto de la excesiva carga laboral que José Arley afirma haber tenido que afrontar en su desempeño a cargo de la Unidad de Fiscalía de Roldanillo y de otra, que fue expresión de su inexperiencia, versión de descargo que él mismo desvanece, cuando expresa haber ocupado los cargos de oficial mayor, sustanciador y secretario

de Juzgados Penales Municipales, de Circuito e Instrucción Criminal y por encargo, los de Juez y Fiscal Seccional (fs. 98 y Ss), durante 27 años de servicios a la rama jurisdiccional.

En verdad, todo el discurso encaminado a sustentar la abstención de pronunciamiento de medida de aseguramiento contra Andrade Messa, como sujeto implicado en los hechos punibles por los cuales se investigaba (falsedad documental, fraude procesal y peculado) y la inusitada anticipación a decretar la preclusión de la acción penal por "inexistencia de delito", apuntalada en la falsa motivación, reclamaban del funcionario racionalidad basada en conocimientos jurídicos de idoneidad superior, que el obvio reconocimiento de los presupuestos esenciales reclamados por los artículos 388 y 389 del estatuto procedimental penal, para el pronunciamiento de una medida de aseguramiento.

No es extraño, por otro lado, que la defensa no persevere en tratar de desvirtuar la manifiesta ilegalidad de la resolución preclusiva, ante el conjunto de pruebas de incontrastable contenido incriminatorio en torno a los comportamientos punibles imputados a *Ramiro Andrade Messa* (fs. 1 a 74 cdno. ppal.).

A ninguna conclusión distinta que a la medida preventiva contra *Andrade Messa* podía arribar la Fiscalía en ese momento, fueren cuales fueren las consideraciones tomadas sobre la base de los medios documentales y testimoniales debidamente arrimados al expediente, cuya consistencia rebasaba en mucho, el "indicio grave de responsabilidad" reclamado por el citado artículo 388.

Oscar Vanegas Noreña en la denuncia y ampliaciones (fs. 1 a 4 vto. y 27), Efraín Marmolejo (f.8), Mariana Zapata de Benítez (f.39), Luis Alfredo Moreno (f.40), Carlos Arturo Davalos Aguilera (f.41), Argemiro Vélez Rodríguez (f.53), son contestes en afirmar en sus testimonios, con el conocimiento de causa propio de quienes sí estaban en posiciones coincidentes en tiempo y lugar para advertirlo, que Ramiro Andrade Messa no desempeñó la función de oficial escribiente del Municipio de Bolívar (V.) para la época informada, razón de más para inferir que el certificado expedido con fecha 8 de agosto de 1990 por el señor Ramiro Mondragón Marulanda (f. 15), Alcalde entonces de Bolívar informando que Andrade Messa "prestó sus servicios al municipio de Bolívar Valle como oficial escribiente, en el tiempo comprendido del 7 (siete) de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) al quince (15), de septiembre de mil novecientos setenta y tres (1973)" es íntegralmente falso.

Myriam Arboleda Zapata, Secretaria de Gobierno Municipal, quien bajo juramento ante la Fiscalía de Roldanillo el 10 de septiembre de 1992, afirmó que

"esa constancia fué sacada en base a las actas de posesión que reposan en el archivo..." (f.50), queriendo significar la autenticidad del documento tachado de espurio, no resiste frente a la contudencia probatoria determinante de su propia vinculación procesal como copartícipe de falsedad por creación del acta de posesión sobre la cual se indujo a certificar los "Diez y Nueve (19) Años + Cinco (5) Meses + Ocho (8) días." (f. 15) y en ampliación de indagatoria trasladada (fs. 168 y Ss.) aclara:

"...Lo primero que yo quiero decir es que la firma que aparece en la copia de acta de posesión expedida al señor Ramiro Andrade Messa, esa copia no fué elaborada por mi ni tampoco la firma que aparece es mía, en ningún momento a mí me pidieron copia de acta de posesión del señor Ramiro Andrade Messa, esa firma no la hice yo. En la indagatoria anterior dije que la había hecho porque el señor alcalde Ramiro Andrade Messa me pidió el favor de que dijera que yo la había firmado, que yo no iba a tener ningún problema y yo lo hice en solidaridad con él porque él era mi jefe y el puesto que yo estaba desempeñando dependía directamente de él porque yo en ese momento era empleada municipal..."

Para mayor claridad, debe tenerse en cuenta lo expresado el 24 de septiembre de 1992 por el propio Andrade Messa en su indagatoria (f. 65):

"... como cargos que he desempeñado, están los de Oficial Escribiente de la alcaldía de Bolívar (V), he sido Concejal, Diputado a la Asamblea Departamental y últimamente Alcalde de Bolívar (V). Ultimamente devengo como sueldo, el de la jubilación de la asamblea ya que renuncié al sueldo de la alcaldía..."

Continuando con el análisis probatorio, se aprecia que el laboratorista técnico en grafología y documentoscopia que examinó el acta de posesión, concluyó:

"3. Las firmas que como de Alfonso Claros y José Alberto Henao V. obran en el acta de posesión vista al dorso del folio 91 ibídem, de la Alcaldía Municipal de Bolívar (Valle), años 1953 a 1954, no se identifican frente a las respectivas muestras patrones, siendo la primera producto de una imitación servil y la segunda una imitación indirecta, por el mismo calco..." (f.81).

Igual demostración incriminatoria se infiere de los resultados de la inspección judicial practicada por el Juez Sexto de Instrucción Criminal en la parroquia de Bolívar (V.) al libro de bautismos "número 19 del 6 de agosto de 1.938, al 8 de agosto de 1.947", quien a folio 126, número de orden 373, de fecha enero de 1942, encontró:

"El registro o Partida de Bautismo correspondiente a Ramiro, un niño nacido el 13 de noviembre del año treinta y ocho, renglón en el cual se observa enmendadura con perforación del folio, con indicios de que antes de las palabras "treinta y ocho" haya existido otra fecha de nacimiento, en lo que respecta al año..." (f.43).

Alteración observada por el perito de Medicina Legal (fs.76 y Ss.):

"1. La partida de bautismo del señor Ramiro Andrade, página 126 del libro respectivo de la Parroquia de Santa Ana del Pescador de Bolívar (Valle), fue alterada por el sistema de borrado mecánico (alteración supresiva) en el lugar donde hoy se lee el texto: 'treinta y ocho'...".

Copia tomada del mencionado documento alterado, fué allegada junto con la partida donde consta la anotación en el folio 15399241 "del registro civil de nacimientos, año de 1990" (f.17).

Con tales demostraciones, también era de necesaria aclaración en la indagatoria de Ramiro Andrade Messa su verdadera edad. Sin embargo, José Arley Varela no profundizó sobre el punto, aunque el indagado le dijo *"tengo 54 años de edad, los cumplo en noviembre o como 55..."*.

Con todo lo anterior, ¿cómo pudo el Fiscal Varela Rincón "Abstenerse de proferir medida de aseguramiento de detención preventiva" (f. 73) y, todavía más grave, anticipar la inconcebible preclusión?

Forzoso resulta concluir que este quebrantamiento de la ley es colosalmente ostensible.

Corresponde entonces examinar si se debió tal quebrantamiento a un simple error, según es afirmado por la defensa como forma de negación del dolo. Esta posibilidad se aleja teniendo en cuenta la amplia trayectoria de José Arley Varela Rincón, estructurada en la praxis judicial de 27 años, reforzada por estudios jurídicos cursados en la Facultad de Derecho de la Universidad Central del Valle ("en la actualidad curso el tercer año de derecho...", f. 98), que le permitían ajustar sus decisiones al ordenamiento jurídico.

Pero aún en el remoto evento de que el Fiscal encargado no hubiese estado en capacidad intelectual de comprender el mérito de la ingente prueba de cargo que tenía ante sí, que le debía llevar a proferir la medida de aseguramiento ("...en el expediente no ví tal cosa...", f.405), cómo es que extendió la decisión a algo tan transcendente, que no era necesario decidir en ese momento ni aparece que se le

hubiera solicitado formalmente y que, si tan impreparado se sentía, lo elemental es que hubiese esperado el regreso del titular?

Impacta, además, que la constancia de pasar a archivo el Proceso como consecuencia de la ilegal preclusión, lleve fecha octubre 9 de 1992, que es el mismo día en que se reintegraba a sus labores el Fiscal titular, y ostente la firma del propio José Arley Varela Rincón, ya como Secretario (f. 73 v.).

Por ello, asiste toda razón al fallador de primera instancia cuando expresa (fs. 378 y 379):

"... no es posible predicar que José Arley Varela Rincón, incurrió en un simple yerro, producto de su ignorancia, porque ni el texto ni el espíritu de los artículos 388 y 36... daban para interpretaciones equivocadas, a las claras se observaba que existía mérito más que suficiente para proferir una medida de aseguramiento y jamás podía irse más allá y precluir la investigación en la forma abrupta y sorpresiva como se hizo en el caso de autos porque proceder así, aún para un lego en la materia, constituía una decisión totalmente ajena a la legalidad; una decisión de esta naturaleza, demuestra incuestionablemente que el procesado obró dolosamente...".

Se comprueba entonces que el Fiscal Seccional encargado de Roldanillo, de manera voluntaria, libre y consciente quebrantó la ley, con claros y definidos propósitos dirigidos a dejar en la impunidad las conductas realizadas por Ramiro Andrade Messa, en cuyo favor dispuso la preclusión de la investigación sumaria. acción que quedó subsumida en el tipo penal por el cual se le profirió resolución de acusación, prevaricato por acción. previsto en el artículo 149 del estatuto represivo.

Reitérese, en esta sucesión de consideraciones, que la sentencia recurrida está fundamentada, en cuanto es de condena, sobre bases probatorias sólidas, por lo cual será confirmada, sin que la cuantificación punitiva pueda aumentarse para hacerla concordar realmente con la gravedad y modalidades del hecho punible, como pregona acertadamente el Tribunal para luego quedarse inexplicablemente corto en la punición, en razón de estar limitada la facultad de la Corte por ser el procesado y su defensor los únicos recurrentes (art. 31 C.N.).

Lo que, en este mismo orden de ideas, no admite cuestionamiento alguno es la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, cuya concesión reclama el señor abogado defensor como petición subsidiaria, como quiera que son muy válidas las motivaciones del Tribunal sobre las causas que se oponen a su otorgamiento, basadas en "la naturaleza y modalidades del hecho punible... Es que, decisiones de tal naturaleza, hacen perder la confianza del ciudadano común

en la justicia, a la que ven endeble, tortuosa, errática y poco menos que alejada de la realidad que nos rodea en estos momentos críticos... que atraviesa el país..." (f. 381).

Aun cuando concurra en favor de Varela Rincón el aspecto objetivo de la pena no mayor de tres años de prisión (art. 68-1 C.P.), no se dan los atributos subjetivados reclamados por el numeral 2° de la misma norma para merecer el beneficio, sobre cuyo ámbito de aplicación, la Sala ha sostenido y reiterado lo siguiente:

"Finalmente, dentro de este marco de lucubraciones generales, no conviene admitir que como el sistema penitenciario puede presentar objeciones múltiples, la consecuencia obligada es la de regalar la condena condicional, pues a este paso también debería llegarse al extremo de no imponer las sanciones previstas por la ley, para evitar, de una vez, todos los males que se le cargan a esta clase de penas cumplidas de manera deficiente. Y éste no es un plausible modo de pensar, así se pueda participar de algunas de estas críticas, pues lo menos que podría decirse en respuesta de tan nocivo criterio sería el que la imperatividad de cumplir con todos los dictados de un determinado dispositivo legal se logra no evadiendo su aplicación sino precisamente imponiendo su vigencia. La manera como las regulaciones de nuestros ordenamientos penales llegarán a tener una entidad real del tenor de lo imaginado teóricamente por el legislador, será convenciendo a los procesados y a las autoridades que tienen que ver en la satisfacción de la pena, de que la rama jurisdiccional será rigurosa en la atención que se debe a la ley, prefiriendo no su total omisión sino su cumplimiento en el grado más ostensible. Esta es, indudablemente, una de las reglas automáticas del equilibrio social, que bien puede reiterarse anotando que hay lugar a la benignidad cuando el delito tiene una magnitud que el cuerpo social logra resistir sin comprometer su existencia, pero que empieza a desaparecer y a volverse extraña cuando se va formando la idea válida de que sólo la severa aplicación de la ley, en su integridad, logra desestimular al delincuente". (Sentencia de casación, mayo 10/88. M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Tampoco tiene reparo esta Corte sobre el resto de la decisión del Tribunal, como su abstención de condenar al pago de perjuicios morales y materiales y la revocatoria de la excarcelación de que ha venido gozando José Arley Varela Rincón, con sus consecuencias, entre ellas que el Tribunal expida las órdenes de captura inmediatamente reciba el expediente.

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

RESUELVE

Confirmar en su integridad la sentencia de origen, fecha y contenido puntualizados en la parte motiva de esta providencia, que había sido objeto de apelación, mediante la cual fue condenado José Arley Varela Rincón por el delito de prevaricato por acción así mismo especificado.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

APELACION/ CASACION

Pensar que de todas maneras el perjuicio irrogado en el fallo de primer grado se proyecta en el de segunda instancia, como para justificar de esa manera la recurrencia a la casación sin haber acudido primero en apelación, sería ignorar, en primer lugar, el ámbito de competencia del decisor en este grado de revisión y, sobre todo, comportaría el desconocimiento de que el Proceso es un enfoque gradual, secuencial y altamente integrado del desarrollo de las cuestiones allí debatidas; sería sostayar que el Proceso es un desenvolvimiento ordenado, sujeto a una estructura normativa preexistente, cuya disciplina consiste precisamente en dotar a cada acto de sentido en función de la totalidad, que avanza del principio hacia su finalización, y que por ello no puede arbitrariamente regresarse a estadios ya superados por la acción o por la omisión de las partes, salvo la nulidad.

Queda por decir que la legislación procesal penal vernácula, por contrario modo a como hace restricciones en el decisorio de la apelación, introdujo dos casos de efecto extensivo en el recurso extraordinario de casación, que es lo ocurrido cuando el medio impugnativo se extiende a los delitos conexos, aunque la pena señalada para éstos sea inferior a los seis (6) años de prisión (efecto extensivo de la impugnación, art. 218, inciso 2°), o cuando prevé que la decisión del recurso se extenderá a los no recurrentes (efecto extensivo de la sentencia, art. 243). Desde luego que estas aplicaciones extensivas sólo funcionan cuando se ha propuesto en debida forma la casación.

Nota: En el mismo sentido autos de agosto 09 de 1995 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia y septiembre 05 de 1996 M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.· Santafé de Bogotá,D.C., veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y siete(1997).

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá, D. C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y siete

Magistrado Ponente: Doctor JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

Aprobado Acta N° 23

Proceso: 9746

VISTOS

En relación con el fallo de segunda instancia fechado el 23 de febrero de 1994, obra del Tribunal Superior de Cali, interpusieron recurso de casación el procesado Alexander Castaño Montoya y el defensor del sentenciado Donald Zapata Sarria, recurso que concedió la Corporación de grado por medio de auto del 5 de abril siguiente (cuaderno original N° 2, fs. 1084).

Como quiera que el procesado *Castaño Montoya* no hizo uso del término legal para presentar demanda de casación, el tribunal declaró desierto el recurso en relación con él y ordenó continuar el trámite incoado por el defensor de Zapata Sarria, quien sí presentó oportunamente el escrito requerido, según se advierte en el auto del 2 de junio de 1994 (cuaderno N° 2, fs. 1097 y 1107 a 1111). La Procuradora 60 en lo Judicial diligentemente respondió por escrito el traslado para alegar que se le defirió por el tribunal de instancia (fs. 1113 a 1116).

Conviene recordar que este Proceso se refiere a hechos acaecidos el día 7 de septiembre de 1992, aproximadamente a las 3:00 horas de la tarde, cuando no menos de siete individuos asaltaron las intalaciones del Banco Popular, sucursal La Merced, de la ciudad de Cali, y se apoderaron del revólver del vigilante Fabio Ipia Santacruz y de dos millones novecientos sesenta y seis mil cuatrocientos cuarenta pesos con sesenta y seis centavos ($2.966.440.66) pertenecientes al banco; también al usuario *Fobio Osorio Osorio* le quitaron un maletín, que contenía dos millones de pesos ($ 2.000.000.oo), y dos (2) relojes que portaba en esa ocasión. De igual manera, los asaltantes le arrebataron algunas joyas a varias empleadas de la institución bancaria.

Por medio de decisorio fechado el 4 de marzo de 1993, se dictó resolución acusatoria en contra de Ferney Echeverry Castro, Donald Zapata Sarria, Rafael García Duque, Alexander Castaño Montoya, Julio César Guarín y Héctor Fabio Arbeláez Londoño, por un concurso de delitos de hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, decisión que quedó ejecutoriada el 15 de marzo siguiente, fecha en la cual se aceptó el desistimiento del recurso de

apelación que antes se había interpuesto (cuaderno original N° 1, fs. 666 a 708 y 725).

También se tenía noticia de la participación en estos hechos del individuo Carlos Arturo Parra, quien fue procesado por cuerda separada, habida cuenta de su vinculación tardía, pero igualmente fue afectado con resolución acusatoria fechada el 16 de junio de 1993 (cuaderno acumulado, fs. 216 a 238).

El entonces magistrado sustanciador de este asunto, por medio de auto fechado el 14 de septiembre de 1994, declaró que la demanda de casación reunía las exigencias formales previstas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual la admitió y ordenó correr traslado al Procurador Delegado en lo Penal para que emitiera el respectivo concepto previo a la decisión de la Sala (Cuaderno de actuación de la Corte, fs. 3). El concepto requerido le correspondió al señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y se halla incorporado en el fascículo de la Sala (fs. 12 a 18).

Pues bien, ahora todo parece dispuesto para que la Corte adopte el fallo de mérito, pero, después de un reexamen formal del Proceso, se halla que el recurso de casación ni siquiera debió concederse por el tribunal, dado que el impugnante carecía de interés jurídico para recurrir, acorde con las reflexiones que siguen.

La Sala considera

1. El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cali, según lo dispuesto en la sentencia datada el 29 de noviembre de 1993, le impuso la pena principal de sesenta (60) meses de prisión a todos los procesados convocados a juicio, a quienes previamente declaró penalmente responsables, a título de coautores, de un concurso de hechos punibles de hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (cuaderno N° 1, fs. 992 a 1022).

2. Enterados personalmente del fallo de primera instancia, los siete (7) procesados y uno de los defensores interpusieron el recurso de apelación, mas la sustentación de la alzada solamente la presentaron los procesados *Alexander Castaño Montoya* y *Rafael García Duque*, quienes lo hicieron por medio de su defensor, y Héctor Fabio Arbeláez Londoño, quien actuó personal y directamente (Cuaderno N° 1, fs. 1022, 1023, 1026 y 1028 a 1043).

3. El fallo de segunda instancia consignó una aclaración de orden procesal en el texto de sus motivaciones, en el sentido de que sólo tres de los procesados habían intentado la sustentación del recurso, hecho que le significaba a la Corporación que sólo a ellos se limitaba la revisión por vía de apelación, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, premisa que le sirvió de sustento para adoptar el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia, en el sentido de "declarar desierto el recurso, respecto a los procesados Donald Zapata Sarria, Ferney Echeverry Castro, Julio César Guarín y Carlos Arturo Puerta" (Cuaderno N°1, fs. 1059 y 1072).

4. Respecto del alcance de la revisión o el ámbito funcional del juez de segunda instancia, bien por la vía del recurso de apelación ora por conducto del grado jurisdiccional de la consulta, ya resulta tradicional la distinción de los denominados *modo libre o amplio* y *modo en relación o limitado*. El primero habilita al ad quem para un examen total de la causa o de la providencia en vilo, mientras que el segundo circunscribe el conocimiento del superior funcional a la cuestión sometida por las partes o a un aspecto determinado del Proceso.

Pues bien, esta conceptualización doctrinaria tiene una definición legal en nuestro sistema jurídico, porque, de acuerdo con el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993, rigen ambas maneras de conocimiento por parte del *ad quem*, en la medida que "la consulta permite al superior decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella"; mientras que "la apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados". Adicionalmente, si de la apelación de la sentencia condenatoria se trata, la misma disposición prohibe la *reformatio in pejus*, en el sentido de que "no se podrá en caso alguno agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal o el agente del Ministerio Público o la parte civil cuando tuviere interés para ello, la hubiere recurrido".

Así pues, excepto que por una razón vinculante no se pueda decidir sobre un procesado sin tocar la situación de los demás o no sea posible examinar el tema propuesto sin incidir sobre otro que le está íntima e inescindiblemente vinculado, la providencia de segunda instancia, fruto del recurso de apelación, tiene un ámbito funcional restringido, de tal manera que el *ad quem* no puede tocar asuntos que no fueron puestos a su consideración por los recurrentes o por los demás sujetos procesales. Es esta una manifestación clamorosa del matíz del Proceso de partes en el recurso de apelación.

5. Dentro de esta misma línea regulativa se halla la exigencia de *sustentación* del recurso de apelación, pues sólo si se conocen claramente los motivos de agravio del apelante, se podrá saber cuál es, en principio, el objeto de la decisión del recurso.

6. De modo que si bien la doctrina pregona que las sentencias de primera y de segunda instancia pueden conformar una unidad en su motivación, siempre se ha clarificado en el sentido de que tal integración ocurre obviamente cuando la de segunda es una *sentencia de confirmación y no de reforma*. Con todo, en la nueva

regulación procesal penal colombiana cabe otra matización, porque, en virtud de la limitación funcional impuesta al juez de apelación, es más requirente ahora el presupuesto de la individualidad de los fallos de primero y segundo grado, y, a la altura de un mayor grado de compromiso, el revisor debe desarrollar su propio iter lógico para ocuparse, en la medida de lo posible, sólo de los asuntos impugnados.

7. Así entonces, en virtud de esta necesaria distinción, cabe recordar que el recurso extraordinario de casación está dispuesto para las sentencias proferidas por los tribunales, *en segunda instancia*, siempre que se proceda por delito que tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años (art. 218 C. P. P.). Como quiera que el fallo de segundo grado tiene ahora su propio ámbito de validez material y personal, en el sentido de la materia restringida de la cual se pueden ocupar (con las salvedades enunciadas), carecería de interés jurídico para recurrirlo en casación aquél sujeto procesal cuya situación definida en primera instancia no haya sido ni siquiera examinada por el *Ad quem*, precisamente por no ser apelante, o si en todo caso no ha sido desmejorada esa condición jurídica como consecuencia de aplicación del principio de razón vinculante.

8. Así ocurrió en el *subjudice*, pues el fallo de segunda instancia, tanto en sus premisas como en la resolución, advierte que legalmente no se podía referir a la situación de los procesados que no sustentaron el recurso de apelación, entre ellos, el recurrente en casación. Además, a pesar de la falta de incoación del recurso de apelación en debida forma, la sentencia *ex officio*, si excepcionalmente así se hubiera permitido, tampoco afectó negativamente la posición definida en primera instancia para los no apelantes. Ello significa que el procesado *Donald Zapata Sarria* carecía de interés jurídico para recurrir en casación, pues, desde el punto de vista legal, este ingrediente sólo concurre en quien ve gravada su situación (perjuicio) con la sentencia atacada, que, si no se olvida, lo es la de segunda instancia y no la de primera.

8.1 Ahora bien, valdría la argumentación de que en todo caso el procesado seguía siendo sujeto procesal hasta la definición del Proceso, y, si éste no había culminado con el agotamiento de todas sus fases y recursos, entonces sí existía legitimación en la causa para recurrir; pero la reflexión resulta cierta en principio y en abstracto, mas quedaría por examinar el interés jurídico que es un factor concreto del modo de proceder, y que no está vinculado a la mera condición de parte sino que avanza hacia una relación de perjuicio entre el impugnante y la providencia atacada (C. P. P., arts. 196 y 222).

8.2 Pensar que de todas maneras el perjuicio irrogado en el fallo de primer grado se proyecta en el de segunda instancia, como para justificar de esa manera

la recurrencia a la casación sin haber acudido primero en apelación, sería ignorar, en primer lugar, el ámbito de competencia del decisor en este grado de revisión y, sobre todo, comportaría el desconocimiento de que el Proceso es un enfoque gradual, secuencial y altamente integrado del desarrollo de las cuestiones allí debatidas: sería soslayar que el Proceso es un desenvolvimiento ordenado, sujeto a una estructura normativa preexistente, cuya disciplina consiste precisamente en dotar a cada acto de sentido en función de la totalidad, que avanza del principio hacia su finalización, y que por ello no puede arbitrariamente regresarse a estadios ya superados por la acción o por la omisión de las partes, salvo la nulidad.

9. Queda por decir que la legislación procesal penal vernácula, por contrario modo a como hace restricciones en el decisorio de la apelación, introdujo dos casos de efecto extensivo en el recurso extraordinario de casación, que es lo ocurrido cuando el medio impugnativo se extiende a los delitos conexos, aunque la pena señalada para éstos sea inferior a los seis (6) años de prisión (efecto extensivo de la impugnación, art. 218, inciso 2°), o cuando prevé que la decisión del recurso se extenderá a los no recurrentes (efecto extensivo de la sentencia, art. 243). Desde luego que estas aplicaciones extensivas sólo funcionan cuando se ha propuesto en debida forma la casación.

10. El tema que nos ocupa ya había sido examinado por la Sala en el auto fechado el 9 de agosto de 1995, proveído que, con ponencia del magistrado Dídimo Páez Velandia, precisó lo siguiente:

"De lo anterior se infiere lógicamente que el fallo de segunda instancia no tiene, en principio, poder dispositivo sobre la situación jurídica de los no recurrentes salvo, por ejemplo, que se imponga la anulación de toda la actuación o que se les deba aplicar por extensión, pues su competencia solamente alcanza a quienes, a través de ese instrumento, muestran su inconformidad con lo decidido por la primera instancia, mas no a los que, con su silencio, demuestran su aprobación con lo resuelto. La interposición del recurso es señal evidente de que se pretende acceder a otra instancia en busca de la justicia que el inferior le negó; su no interposición, demuestra que no hay interés en que se revise por el superior lo decidido, pues se considera justo".

"... Si esto es así, como en efecto lo es, síguese que, en el caso del condenado Jesús Alberto Gutiérrez Julios *no hay legitimación para interponer el recurso extraordinario de casación, como lo entendió con acierto el Tribunal Superior de San José de Cúcuta, habida cuenta de que no agotó las dos instancias al omitirse la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, lo cual si bien facultativamente podía hacerse, dado que es un derecho del que discrecionalmente se puede hacer uso, para acudirse a la casación constituía*

'conditio sine que non' que revisara el superior la sentencia del Juez de primera instancia".

Y en el auto del 5 de septiembre de 1996, cuya ponencia correspondió al magistrado Fernando E. Arboleda Ripoll, la Sala reiteró su posición y motivó en los siguientes términos:

"De aceptarse la procedencia del recurso de casación contra sentencias que, por no haber sido objeto de la alzada por parte del presunto afectado, no fueron revisadas en segunda instancia ni comportan pronunciamiento alguno sobre su particular situación –amén de la limitación a la competencia del superior y de la prohibición de reforma peyorativa, traídas por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993–, el Estado y concretamente la administración de justicia, desconocería el principio de seguridad jurídica, *que predica la inamovilidad de las decisiones de mérito, no pudiendo ser revocadas o modificadas sino a instancias del ataque que en el momento oportuno y a través de los recursos le formulen las partes.*

"Además, si la teleología central del nuevo esquema procesal penal colombiano –mixto con tendencia acusatoria– es la garantía de los derechos fundamentales de las partes que en él intervienen, los sujetos procesales deben desempeñar un dinámico papel en correspondencia a esa finalidad rectora propia de un Proceso penal "entre partes", que se surte gradual y sistemáticamente a medida que se agotan las instancias, pues al avanzar el Proceso, por la logicidad del sistema, éste se cierra en la cúspide.

"Ese dinamismo de las partes responde a los principios de lealtad procesal *y de* preclusión *de los momentos procesales, y se exterioriza a través del ejercicio oportuno de sus derechos, con la unívoca controversia a medida que se van profiriendo las decisiones judiciales, de tal manera que se trabe el contradictorio y se legitime el carácter dialéctico de la actuación".*

11. Como es presupuesto procesal de todos los recursos no sólo la legitimación para recurrir, que se tiene por el hecho de ser parte, sino también el interés jurídico para impugnar (concreción de un gravamen o perjuicio), tiénese que en este caso se ha pretermitido el debido Proceso al conceder la casación y darle trámite a la misma sin ese antecedente necesario. Y es que, en tratándose de un recurso extraordinario, taxativo y limitado en principio a las causales propuestas por el impugnante, como es el de casación, también esa legitimación y ese interés del impugnante se constituyen en la medida de la competencia de la Corte, de tal manera que abrir esta singular sede, sin cumplir tal *minimum* de acto de parte, sería tornarla enteramente oficiosa, es decir, equivaldría a convertir en regla lo

que es una excepción que sólo opera cuando el recurrente ya ha pedido en debida forma.

Si ello es así, los autos del 5 de abril y 2 de junio de 1994, por medio de los cuales el Tribunal Superior de Cali concedió el recurso de casación, están afectados de nulidad por violación al debido Proceso, concretamente por transgresión al principio lógico antecedente-consecuente (cuaderno N° 2, fs. 1084). De igual manera, se advierte viciado de nulidad el auto del 14 de septiembre siguiente, obra de esta Sala, pues se carecía de competencia para dictarlo, dado que no era procedente la casación por falta de un presupuestso procesal (cuaderno de la Corte, fs. 3). Así se declarará en este proveído y cobrará ejecutoria el fallo de segunda instancia.

No obsta a este propósito que sea la providencia de admisión del recurso, dictada por esta misma Sala, la que haya de quedar también tocada por la nulidad, pues, aparte de que es imperativo rector del procedimiento penal reconocer el error y corregirlo (art. 13 C. P. P.), la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil enseña tinosamente sobre el particular lo siguiente:

"El auto admisorio del recurso de casación, no obstante su ejecutoria, no veda a la Sala la posibilidad de revisarlo posteriormente, ora de oficio o ya a petición de parte, puesto que, como lo pregona con acierto la doctrina del derecho procesal, lo interlocutorio no ata a lo definitivo. Por lo consiguiente, si la Sala ha admitido ilegalmente tal recurso, puede posteriormente apartarse de su propia decisión y abstenerse de proferir sentencia de mérito para rechazarlo, por improcedente.

"En varias ocasiones ha dicho la Corte, en efecto, que cuando 'erradamente declara admisible el recurso de casación, el auto correspondiente no la obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y darse cuenta cabal de la índole del pleito. Ciertamente, si al entrar en el examen detenido del recurso propuesto advierte que le ha dado cabida sin fundamento legal, mal procedería atribuyéndole al auto admisorio capacidad para comprometerla en el nuevo error de asumir una competencia de que carece. Porque el auto en cuestión nunca tiene fuerza de sentencia, no cohibe a la Corte para declarar en providencia posterior improcedente el recurso" (G. J., tomos LXX, 2; XC, 330; CXXXVIII, 83 y CLI, 38).

Las decisiones sobre libertad provisional por pena cumplida, por referirse a tan fundamental derecho, no podrán verse interesadas por la nulidad, precisamente porque la misma norma rectora del artículo 13 supedita la enmienda de los actos anómalos al respeto de los derechos y garantías de los sujetos procesales. Por lo

demás, todos los cómputos de redención de pena por trabajo y/o estudio, los ha hecho la Sala anticipadamente para efectos de la libertad provisional, pero cualquier decisión definitiva sobre el particular concierne al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Si la Sala carece de competencia para cualquier pronunciamiento derivado de la interposición del recurso de casación, ha de advertirse al juez de ejecución que pende una decisión sobre la anunciada muerte del procesado *Carlos Arturo Puerta Parra* (cuaderno de la Corte, folios 84 a 89).

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

RESUELVE

Con la aclaración introducida en la motivación, *decretar la nulidad de lo actuado a partir de los autos fechados el 5 de abril y el 2 de junio de 1994*, por medio de los cuales el Tribunal Superior de Cali declaró desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado Alexander Castaño Monoya y ordenó continuar el trámite del mismo en relación con el procesado Donld Zapata Sarria, tal como había sido ordenado en el primero de los proveídos.

Declárase ejecutoriada la sentencia de segunda instancia dictada por el mismo tribunal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONFESION

Sobre el particular tópico de la confesión, no sobra recordar que el criterio jurisprudencial si bien en alguna oportunidad excepcional se reconoció que podía considerarse la disminuente respecto de una confesión calificada, la verdad es que la jurisprudencia uniforme ha sido la de reconocer como fundamento de la disminución punitiva cuando sea determinante en el fallo la que se acomoda a la verdadera filosofía de la norma: la contribución eficaz para que la justicia sea oportunamente aplicada, aspecto que no puede cumplirse si el administrador de justicia debe continuar investigando para descartar el calificante de la confesión.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No.23

Proceso: 9256

Conoce la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 2 de septiembre de 1993 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en la cual se condena a *Pedro Nel Gaitán Moreno* a la pena principal de diez años y seis meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, como autor responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Liborio Huertas.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El 1° de junio de 1992, cuando se transportaban varios ciudadanos, entre ellos Liborio Huertas y los hermanos *José Alivio* y *Pedro Nel Gaitán Moreno* en una camioneta de estacas conducida por César Augusto Moreno por la carretera que del municipio de La Vega conduce al de Sasaima, a la altura de la Vereda Ucrania,

frente a la finca de Apóstol Caballero, se suscitó una discusión entre los mencionados, que culminó cuando Pedro Nel disparó varias veces su arma de fuego contra el primero, ocasionándole la muerte y emprendiendo la huida.

Mediante indagatoria fueron vinculados los hermanos Gaitán Moreno al Proceso que inició el Juzgado Promiscuo Municipal de La Vega y continuó el Juzgado 1° I.C. de Facatativá (fls.1, 12, 71 cd.ppl.1). Al calificarse el mérito sumarial sólo fue comprometido en juicio el mencionado Pedro Nel por los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de defensa personal, según resolución acusatoria de la Fiscalía Seccional de Facatativá (fl. 244 cd.ppl.1), que apelada, fue confirmada a plenitud en segunda instancia (nov.20/92. cd.ppl.2); en cuanto al otro sindicado el mismo proveído dispuso la preclusión de investigación.

Concluído el rito de la causa, el Juzgado 2° Penal del Circuito de Facatativá profirió sentencia de condena por los mismos hechos punibles objeto de la acusación (fl. 369 cd.ppl.1), contra la cual la defensa interpuso el recurso de apelación que el Tribunal Superior del Distrito confirmó con modificación respecto de la pena accesoria y la indemnización de perjuicios, quedando las penas tasadas tal como al comienzo de esta providencia se precisó, en la sentencia que ha sido recurrida extraordinariamente, también por la defensa. (fls. 13-39 cd.Tr.).

LA DEMANDA

El único cargo que formula el señor defensor contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca lo hace consistir en ser violatoria del artículo 299 del C. debido conforme lo precisa, al "error manifiesto de hecho, al darle al testimonio de Héctor Miguel Triana Guana una estimación o valoración contraria al significado y alcance de su dicho, tergiversándolo en tal forma que hizo posible el no reconocimiento de la reducción de la pena a que tenía pleno derecho el procesado ...".

El Tribunal no aceptó la confesión del acusado con la que pretendía la reducción punitiva del artículo 299 precitado por considerar que fue sorprendido en flagrancia por el declarante Triana Guana, "pues observó al sindicado cuando disparaba el revólver" hacia la víctima, habiendo llegado a esta conclusión mediante la distorsión del contenido del testimonio anotado, de cuya acta extracta algunos apartes que en su sentir no permitían admitir que este deponente identificó al autor de los mortales disparos al momento de realizarlos, sino que precisamente evidencian su confusión e incapacidad para tal individualización.

Añade que esa deponencia fue rendida mucho tiempo después de sucedidos los hechos y de que el procesado rindiera indagatoria y los confesase "con la calificante de la defensa justa" y que la confusión que arrojaba era tal, que el

Juzgado se vio en la necesidad de practicar una posterior diligencia de reconocimiento que arrojó resultados positivos, "cosa que -advierte el actor-, no puede ponerse en duda por cuanto el procesado había ya confesado su conducta.

Tras precisar la noción jurisprudencial de error de hecho en materia de casación, en la modalidad de distorsión de la prueba, afirma que el aludido testimonio, con fundamento en el cual se estructuró por el Tribunal el fenómeno de la flagrancia para denegar la reducción punitiva, vino fue a sembrar "incertidumbre y confusión en la investigación".

Luego de especular sobre el riesgo que traería para el reconocimiento del derecho consagrado en la norma reclamada la aceptación de testimonios que califica tan deleznables como el que cuestiona, rendidos tanto tiempo después de la ocurrencia de los hechos, reitera y resume sus planteamientos en estos términos:

"1o. Pedro Nel Gaitán Moreno no fue sorprendido en el momento de consumar el hecho punible; no fue, como suele en frase de común modismo, 'cogido con las manos en la masa', por ninguna autoridad policiva. 2o. tampoco lo fue con posterioridad, ni fue señalado ante el Juzgado Municipal como autor del homicidio; 3o. tampoco fue aprehendido ni en el momento de la comisión, ni con posterioridad a ella, ni fue denunciado por particular alguno, como para que sirviera dicha 'notitia criminis' de fundamento para iniciar la averiguación penal; 4o. el procesado solicitó legalmente ser oído en indagatoria y en el curso de esa diligencia confesó libre y espontáneamente su exclusiva autoría en la muerte de Liborio Huertas; 5o. Muchos días después, declaró Héctor Miguel Triana Guana, pero en esa versión no estuvo en condiciones de señalar al imputado como el autor de los disparos, sino que se refirió fue a Pedro Nel o a su hermano José Alirio, quien disparó el revólver, sembrando de esta manera la incertidumbre, la indecisión en la mente del Juez sobre la autoría, por lo que se vio precisado a practicar una diligencia de reconocimiento y en ella ya señaló a Pedro Nel como quien había disparado, afirmación que vino a respaldar, aunque ando extemporáneamente, la confesión calificada de Pedro Nel". (fl. 100 cd. Tr.).

Finalmente solicita que se case parcialmente la sentencia, para que reconocida la rebaja por confesión, se reduzca la pena al procesado en la proporción legalmente autorizada.

El Ministerio Público

Su representante, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la sentencia no debe casarse, no solo porque la demanda no demuestra el error de hecho que se aduce respecto de la evaluación del testimonio de Triana

Guana que confirmado por la diligencia de reconocimiento evidenció la flagrancia y, en el fondo lo que cuestiona es la apreciación de la prueba que en observancia del principio de la sana crítica adelantó el fallador, sino porque la prueba no fue distorsionada en su contenido material; y además, porque la confesión calificada realizada por el acusado en nada contribuyó a facilitar la investigación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Reclama el señor demandante la aplicación, por vía casacional, del artículo 299 del C. de P.P. para su procurado, por estimar que éste no fue sorprendido en flagrancia y que siendo así, la confesión de autoría del hecho punible que realizó cuando voluntariamente se presentó a rendir indagatoria, lo hacía merecedor a la reducción de pena de que habla el precepto mencionado.

Sustentando su planteamiento sostiene que el Tribunal de la segunda instancia dio por establecido el estado de flagrancia con fundamento en el testimonio del también pasajero del vehículo en que se produjo el fatídico suceso, Héctor Miguel Triana Guana, recepcionado muchos días después de sucedidos los hechos y de rendida la indagatoria por el acusado, que –según asevera el profesional– sin haber identificado con precisión al autor de los disparos mortales, fue distorsionado en su contenido material por el fallador para hacerle indicar que efectiva e inequívocamente observó al ejecutor del delito en el momento en que lo cometía.

Sea lo primero advertir, que el señor demandante se abstiene de demostrar en qué consistió la distorsión del dicho del deponente por el Tribunal y opta por argumentar, en contravía a la certeza que éste le confirió, una supuesta duda en la identificación del autor de los disparos por parte del testigo Triana Guana, interpretando a su manera la prueba mediante el expediente de considerar como elementos de juicio independientes el testimonio propiamente tal y la diligencia de reconocimiento en fila de personas en que el mismo deponente participó.

Olvida que el testigo en su deponencia incriminó directamente a una determinada persona advirtiendo que desconocía su nombre pero que por su cara podía identificarlo y que tal fue lo que hizo en la diligencia de reconocimiento, pues conocía a los muchachos Gaitán sindicados y los distinguía por su fisonomía; vale decir, el reconocimiento devino como complemento de la inicial declaración de donde resultó esencialmente un solo medio de prueba: el testimonio.

Debió entonces el distinguido defensor, si de cuestionar el testimonio de Triana Guana se trataba, demostrar que un factor fundamental del mismo, el reconocimiento, fue distorsionado por el fallador, para que la objeción se asentase en un reclamo objetivo y se tuviera por demostrada.

Ahora bien, en el examen de lo intrínseco de la censura, cumple verificar si el error de hecho de que habla la demanda en la apreciación de la prueba antedicha para afirmar la transgresión de los preceptos 254 y 294 del C. de P.P. cuyo ocurrencia y que cataloga como determinante del no reconocimiento del derecho consagrado en el artículo 299 de la misma codificación a su patrocinado:

El declarante rindió su versión el 24 de julio de 1992, (fl. 110 cd.ppl.1), es decir, un mes y veintidós días después de los hechos –2 de junio del mismo año– y un mes y seis días después de la indagatoria del procesado –18 de junio, fl. 42 cd. ppl.1)–. El ciudadano de que se habla viajaba en la misma carrocería en que lo hacían los protagonistas de los hechos, es decir, por una parte, los hermanos Pedro Nel y José Alirio Gaitán y por la otra, el occiso, Liborio Huertas y, hallándose próximo a ellos, uno de los disparos alcanzó a rozar su pierna izquierda causándole una escoriación que el Juzgado instructor detectó dejando la constancia correspondiente.

Dijo al ser interrogado sobre los hechos:

"... ya por la tarde me subí a la camioneta de Agustín Moreno yo particularmente iba solo pero había mas gente me dirijia para mi casa yo vi a Guillermo Rojas Arcenio Maldonado iba mucha gente yo en la camioneta en la carrocería hacia la entrada lado derecho un poco atrás al pie iba hacia delante marchaba el muchacho muerto ... él iba cerca a mi y Guillermo al lado de atas se corrige de atrás de mi uno de los muchachos Gaitán iba cerca hacia atrás un poco más atrás de la mencionada camioneta el otro muchacho Gaitán un poquito más adelante no recuerdo cual era mas trasito o mas atrasito los conozco de cara pero no se el nombre de cada uno vi cuando un Gaitán se metió por el lado de adelante el que iba por lado de tas se metio por el lado izquierdo discutieron con el muerto no supe que hablaron pero así discutieron ... se tiraron puños en esas fue cuando escuche los tiros cuando el otro muchacho Gaitán se metió y cuando escuche los tiros yo retrocede para atrás y me alcanzó un tiro la pierna derecha me raspo.

(...).

"...Cuando el muerto y el muchacho Gaitán se dieron los puños el muchacho Gaitan se retiro para atras en seguida el otro muchacho Gaitán llegó, cuando estaba el muchacho Gaitan se retiro el otro Gaitan ahí y sonaron los disparos yo me retiré para atrás...".

Preguntado:

"*Habida cuenta del acercamiento con el occiso usted vio quién o quiénes dispararon.*

Contestó:

"*Un muchacho de los Gaitán* el que disparó fue el otro o sea el diferente que discutio y se fue a manos con el occiso.

Y más adelante:

"*Yo cuando oí los disparos y el muchacho que disparo yo no vi que otras personas tuvieran armas...*" (fls. 111-112 cd. ppl. 1).

El 2 de agosto del citado año el mismo ciudadano, en diligencia de reconocimiento (fl. 154) complementó su testimonio señalando sin dubitación en fila de personas, en la que se hallaban los dos hermanos Gaitán inicialmente sindicados, a Pedr Nel como la persona que efectuara los disparos.

Al evaluar esta prueba el Juzgado de la primera instancia reseña su contenido con apego a su contexto, confiriéndole la obvia intelección que de ella resultaba, pese a la deficiencia del trabajo mecanográfico del acta que la recoge (fls. 348-349), mientras que el Tribunal por su parte, acude al relato textual, formulándole una crítica racional, desprovista de comentarios superfluos, para dar por establecido con ella, que su autor efectivamente observó al mortal agresor en el momento de accionar (fls.25-26, 29 y 35 cd. Tr.).

Palmar resulta entonces que el fallador no distorsionó el contenido material de la prueba. Fuerza es así reconocer con el Ministerio Público –que así lo advierte–, que el señor demandante se limita a procurar una interpretación acorde con su comprensible pero inaceptable pretensión, consistente en la sugerencia de la duda en relación con el autor de los disparos, arguyendo con notable habilidad una inexistente imprecisión de la persona del autor en el dicho del deponente y olvidando que la diligencia de reconocimiento en fila de personas, cumplida en observancia del mandato 367 del estatuto procesal no constituye una prueba autónma, sino que es una parte del testimonio tantas veces referido.

Por lo demás, en cuanto tiene que ver con la responsabilidad que el Tribunal dedujo al procesado y las razones para negar la confesión, el censor cuestiona la apreciación del Tribunal dando como razones de su posición: a).- Que su cliente no fue sorprendido en el momento de consumar el delito por ninguna autoridad policiva; b).- Que tampoco lo fue con posterioridad ni señalado ante el Juzgado

Municipal como autor del delito; c).- Que no fue aprehendido ni denunciado para que esa denuncia sirviera de fundamento a la investigación, sino que solicitó ser oído en indagatoria y en esa diligencia efectuó la tantas veces dicha confesión.

Establecido como está que el testigo Triana Guana lo vio en el momento de disparar contra el occiso, que este ciudadano sí lo señaló posteriormente como autor del delito ante el juez instructor, que sí fue denunciado junto con su hermano por el padre del occiso como posible autor de la muerte investigada, (fls. 10 y 12 cd.ppl.1) y que solo se presentó ante el Juzgado el 11 de junio a solicitar ser oído en indagatoria cuando ya la investigación se había iniciado -junio 2, fl.12- las aserciones precedentes del señor demandante carecen de seriedad y de fundamento discutible.

Sobre el particular tópico de la confesión, no sobra recordar que el criterio jurisprudencial si bien en alguna oportunidad excepcional se reconoció que podía considerarse la diminuente respecto de una confesión calificada, la verdad es que la jurisprudencia uniforme ha sido la de reconocer como fundamento de la disminución punitiva cuando sea determinante en el fallo la que se acomoda a la verdadera filosofía de la norma: la contribución eficaz para que la justicia sea oportunamente aplicada, aspecto que no puede cumplirse si el administrador de justicia debe continuar investigando para descartar el calificante de la confesión. Independientemente de que haya o no habido flagrancia, tampoco sería aplicable la norma porque en nada contribuyó a facilitar la investigación ni fue prueba determinante del fallo.

Carente de solidez la impugnación, débese declarar la improsperidad del cargo.

La introducción al prolijo análisis que de la prueba obrante en el Proceso hizo el Tribunal, pone en evidencia el aserto:

"Tras analizar detenida y cuidadosamente la prueba obrante en el plenario y examinar la sentencia objeto de impugnación, causan extrañeza a la Colegiatura las apreciaciones del señor defensor del implicado, respecto de la valoración probatoria efectuada por el fallador de instancia, pues, se observa en el proveído recurrido un gran esmero de responder las pretensiones de la defensa, y ofrece una adecuada crítica probatoria. El censor expresa en la sustentación del recurso, una divergencia conceptual entre lo decidido y lo alegado, que no puede traducir la visualización de una distorsión de la prueba ni menos que el A-quo le haya dado un justiprecio diferente al que merece cada uno de los medios de convicción arrimados al plenario, conforme a las reglas de la sana crítica de la prueba".

Por lo expuesto, 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:

No casar la sentencia recurrida. En firme, devuélvase el Proceso a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA – Procedimiento

De conformidad con el artículo 97 del C. de P. P., la colisión de competencias consiste en esa pugna de criterios acerca del funcionario al cual corresponde el ejercicio de la jurisdicción en un determinado asunto.

Esta controversia puede ser positiva –"cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento"-, o negativa -cuando varios funcionarios "se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos"–.

Según el artículo 99 ejusdem, "puede ser provocada de oficio o a solicitud de parte". En el primer caso, el funcionario que la proponga "se dirigirá al otro exponiendo los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto". Si sus planteamientos son aceptados por el funcionario requerido, éste remitirá el diligenciamiento al requirente o asumirá el conocimiento del Proceso, según el caso, sin que exista colisión alguna, pues ésta sólo se presentará cuando el funcionario requerido no comparta los motivos expuestos por su homólogo, caso en el cual plasmará las razones de su renuencia y "dará cuenta al funcionario competente, para que dentro de los tres días siguientes decida de plano la colisión".

Para que sea promovida por alguna de las partes, es menester elevar solicitud debidamente motivada al funcionario de conocimiento o al que considere competente, y "si el funcionario judicial ante quien se formula la solicitud la hallare fundada, provocará la colisión de competencias" en la forma antes indicada, pudiéndose presentar las hipótesis ya referidas, de tal forma que sólo se trabará la colisión, en el evento en que existan criterios encontrados al respecto.

Pero si el funcionario ante quien se formula la solicitud para que se desprenda o asuma el conocimiento de un Proceso, la encuentra infundada, proferirá un auto motivado denegando el pedimento, esto es, absteniéndose de provocar la pretendida colisión, sin que sea viable cuestionar por vía de los recursos esta

determinación, pues según la regulación que del mencionado incidente hace el legislador en los artículos 97 y ss. del C. de P. P., la competencia del superior para asignar el conocimiento de un determinado asunto es restrictiva, en la medida en que sólo la adquiere cuando exista colisión trabada en debida forma y no a través de los recursos ordinarios, ajenos a la celeridad que caracteriza a este tipo de trámite incidental.

Al margen de la facultad que tienen las partes para solicitar la remisión de un Proceso al juez competente, la colisión en torno al funcionario de conocimiento sólo puede ser trabada por quienes detentan jurisdicción. Por ello la solicitud que se hace al funcionario para que se desprenda o solicite el conocimiento de un asunto no tiene por sí sola fuerza vinculante para originar incidente alguno.

Nota: En el mismo sentido auto de mayo 22 de 1995 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado acta No. 23

Proceso: 12363

1. Asunto

Estudiar la procedencia del recurso de apelación interpuesto por el defensor de *Roberto de Jesús Escobar Gaviria* contra el auto por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de Envigado –Antioquia– no accedió a la solicitud de la defensa de asumir la competencia del Proceso 9253 que adelanta la Justicia Regional por los delitos conexos de secuestro agravado y fuga de presos.

2. Antecedentes

Un Juez Regional de la ciudad de Medellín profirió medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de *Roberto de Jesús Escobar Gaviria* por los delitos de secuestro extorsivo, tenencia y porte de armas de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, y fuga de presos, cometidos en conexidad.

El defensor del prenombrado solicitó al Juez Regional el "cambio de competencia", pero dicho funcionario, por virtud de la conexidad y en aplicación

del inciso 2° del artículo 89 del Código de Procedimiento Penal, no accedió al pedimento.

El sindicado se acogió al mecanismo de la sentencia anticipada y aceptó parcialmente los cargos formulados como "presunto coautor del delito de secuestro simple consagrado en el artículo 269 del C. Penal colombiano, agravado por los numerales 2° y 5° del art. 270 ibídem" en concurso con el de "fuga de presos con violencia a empleado oficial descrita en el inciso 2° del artículo 178 del Estatuto Penal". En consecuencia, las diligencias fueron enviadas a los Jueces Regionales de Medellín.

Ante el Juez Penal del Circuito de Envigado –Antioquia–, el defensor del procesado solicitó "se sirva dar trámite a lo normado en el artículo 100 del Código de Procedimiento Penal para que por parte suya se requiera al Juez Regional de la ciudad de Medellín, quien deberá atender su requerimiento por cuanto que la defensa está de acuerdo con la Fiscalía respecto a la competencia para su despacho y no como finalmente plante6" (fl. 2 c.o.).

El Juez Penal del Circuito denegó la solicitud del defensor por considerar que "En vigencia del Decreto 2700 de 1991 la competencia en la etapa de la causa o para dictar la sentencia anticipada en los punibles que se juzgan en este Proceso, correspondía a este Juzgado, previa ruptura de la unidad procesal, pero con la vigencia de la Ley 81 de 1993, en su numeral 5 del artículo 9°, el secuestro agravado en virtud del numeral 6° del artículo 3° de la Ley 40 de 1993, la competencia radica en los Jueces Regionales" (fl. 12).

Contra esta providencia el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación que fundamentó con el siguiente argumento:

"... a mi defendido deben aplicarse las leyes preexistentes para la época en que se agotaron los comportamientos punibles que ahora se le endilgan, esto es, para junio 22 de 1992, aun no se había promulgado la ley 81 de 1993, siendo más benigna la justicia ordinaria por contener mayores garantías" (fl. 16).

El Juzgado concedió para ante esta Corporación, el recurso de apelación interpuesto "contra la providencia interlocutoria por medio de la cual se decidió el incidente procesal de Colisión Positiva de Competencia".

3. Consideraciones de la Corte

Es improcedente el recurso interpuesto por la defensa contra el auto por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito de Envigado Antioquia denegó –por considerarse incompetente– la solicitud de asumir el conocimiento del Proceso

9253 que adelanta la Justicia Regional. Las siguientes son las razones que fundamentan dicho aserto:

3.1. De conformidad con el artículo 97 del C. de P. P., la colisión de competencias consiste en esa pugna de criterios acerca del funcionario al cual corresponde el ejercicio de la jurisdicción en un determinado asunto.

Esta controversia puede ser positiva –"cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento"–, o negativa –cuando varios funcionarios "se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos"–.

Según el artículo 99 ejusdem, "puede ser provocada de oficio o a solicitud de parte". En el primer caso, el funcionario que la proponga "se dirigirá al otro exponiendo los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto". Si sus planteamientos son aceptados por el funcionario requerido, éste remitirá el diligenciamiento al requirente o asumirá el conocimiento del Proceso, según el caso, sin que exista colisión alguna, pues ésta sólo se presentará cuando el funcionario requerido no comparta los motivos expuestos por su homólogo, caso en el cual plasmará las razones de su renuencia y "dará cuenta al funcionario competente, para que dentro de los tres días siguientes decida de plano la colisión".

Para que sea promovida por alguna de las partes, es menester elevar solicitud debidamente motivada al funcionario de conocimiento o al que considere competente, y "si el funcionario judicial ante quien se formula la solicitud la hallare fundada, provocará la colisión de competencias" en la forma antes indicada, pudiéndose presentar las hipótesis ya referidas, de tal forma que sólo se trabará la colisión, en el evento en que existan criterios encontrados al respecto.

Pero si el funcionario ante quien se formula la solicitud para que se desprenda o asuma el conocimiento de un Proceso, la encuentra infundada, proferirá un auto motivado denegando el pedimento, esto es, absteniéndose de provocar la pretendida colisión, sin que sea viable cuestionar por vía de los recursos esta determinación, pues según la regulación que del mencionado incidente hace el legislador en los artículos 97 y ss. del C. de P. P., la competencia del superior para asignar el conocimiento de un determinado asunto es restrictiva, en la medida en que sólo la adquiere cuando exista colisión trabada en debida forma y no a través de los recursos ordinarios, ajenos a la celeridad que caracteriza a este tipo de trámite incidental.

Se reitera así el criterio que con ponencia del Magistrado Dídimo Páez Velandia sostuvo la Sala en auto del 22 de mayo de 1995 dentro de la radicación 10492, donde se precisó:

"El Código de Procedimiento Penal consagra en su Libro I, Título I, Capítulo VIII, el incidente de colisión de competencias, con regulación autónoma de su presentación, trámite y decisión, de manera tal que inhibe a los funcionarios y sujetos procesales involucrados en él para acudir al procedimiento ordinario so pretexto de algún vacío en su reglamentación. Por manera que *tanto las determinaciones de los funcionarios que proponen y aceptan o rechazan el incidente no son susceptibles del recurso de apelación*, pues una vez propuesta la colisión el Código indica perentoriamente el procedimiento a seguir, luego si se llegase a admitir interrupción alguna en dicho trámite sería tanto como aceptar la terminación del incidente por vía diferente a la señalada por el legislador, lo cual, además de absurdo e inconveniente, es abiertamente ilegal".

"(...) Si además de lo anteriormente puntualizado, se examina el artículo 204 del C. de P. P., no se hallará dentro de la extensa lista de providencias apelables allí referidas ninguna de las proferidas para proponer, rechazar, tramitar y decidir el incidente de colisión de competencias" (Destacó la Sala).

3.2. Téngase en cuenta que mediante este tipo de controversia se debate la competencia para el *ejercicio de la jurisdicción*, tensión ésta que no puede ser trabada por las partes –como sucedería en el evento de aceptarse la procedencia de recursos contra la determinación adversa del funcionario–, sino sólo por los administradores de justicia, pues son ellos quienes legalmente están investidos de dicha función. En otras palabras, al margen de la facultad que tienen las partes para solicitar la remisión de un Proceso al juez competente, la colisión en torno al funcionario de conocimiento sólo puede ser trabada por quienes detentan jurisdicción. Por ello la solicitud que se hace al funcionario para que se desprenda o solicite el conocimiento de un asunto no tiene por sí sola fuerza vinculante para originar incidente alguno.

3.3. Y de todas formas, si la parte interesada considera que persiste la incompetencia del funcionario de conocimiento, puede deprecar ante éste la aplicación de los correctivos procesales que se consideren pertinentes, y en este caso, la determinación de fondo que al respecto se adopte sí puede ser cuestionada a través de los recursos ordinarios.

3.4. Finalmente, no sobra advertir que en el presente caso ninguna autoridad judicial le ha discutido a la Justicia Regional su competencia para conocer del Proceso referenciado, por lo que mal podría afirmarse la existencia de colisión alguna; y menos que ésta haya sido "resuelta", como erróneamente lo predica el Juez Penal del Circuito, pues la colisión no puede considerarse trabada sólo porque el defensor del procesado considere que es del resorte del Juez Penal del Circuito el conocimiento del asunto.

Resulta entonces absurdo pregonar la existencia de pugna, cuando lo que existe es un total acuerdo entre dos funcionarios diferentes sobre el competente para tramitar el Proceso.

3.5. Errada fue entonces la concesión de la alzada por el Juez Penal del Circuito de Envigado -ante quien además no es su superior funcional - contra un auto inexistente: "contra la providencia interlocutoria por medio de la cual se decidió el incidente procesal de Colisión Positiva de Competencia", pues como viene de afirmarse, el conflicto ni siquiera se trabó. Esta circunstancia mal podía suspender o tener incidencia alguna en el respectivo Proceso, el cual continúo su trámite normal por el funcionario de conocimiento hasta su culminación, según lo informó el abogado defensor.

Lo anterior deviene acorde con la previsión que sobre los efectos de la colisión hizo el legislador en el artículo 101 del C. de P. P.:

"Provocada la colisión se suspenderá el juzgamiento mientras se decide aquélla, pero las nulidades a que hubiere lugar sólo podrán ser decretadas por el funcionario judicial en quien quede radicada la competencia".

Es decir, el juzgamiento sólo se suspende, cuando haya sido "provocada la colisión" y no antes, pues como quedó establecido, esta decisión depende del funcionario y no de las partes.

En consecuencia, por no ser impugnable la providencia ameritada, la Sala se abstendrá de conocer del recurso interpuesto y ordenará devolver la actuación al Juzgado de origen.

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

RESUELVE

Abstenerse de conocer del recurso de apelación indebidamente concedido por el Juzgado Penal del Circuito de Envigado –Antioquia- contra el auto por medio del cual denegó la solicitud de provocar incidente de colisión de competencias al Juez Regional de Medellín que conoció del Proceso contra Roberto de Jesús Escobar Gaviria por los delitos de secuestro simple y fuga de presos.

Devolver la actuación al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA FUNCIONAL

De acuerdo con la legislación procesal penal vernácula, la competencia funcional se determina directa y automáticamente en función de cuál sea el órgano que conozca del Proceso, aun sin competencia objetiva o territorial, en primera instancia. Tal determinación legislativa se aviene con la definición doctrinaria de la competencia funcional como la distribución de la jurisdicción penal en atención a las fases de desarrollo de la relación procesal penal o a las específicas actividades por cumplir dentro del Proceso, de tal manera que dicho concepto, analíticamente visto, se refleja más en una situación de dependencia entre órganos jurisdiccionales, de correlación y de coordinación de funciones, o bien de reparto y supeditación de distintas actividades dentro de la actuación procesal.

Pero claro que la competencia funcional presupone la competencia por razón de la materia y por razón del territorio, de tal manera que si el funcionario de primera instancia se equivoca en este sentido, la solución no se halla en que el órgano de segundo grado, si en verdad es el superior funcional de aquél que erróneamente se arrogó el conocimiento y que dictó la providencia, se declare incompetente y deje intacta la decisión que se somete a su revisión; todo lo contrario, debe el ad quem hacer uso de la habilitación funcional para corregir el yerro en la cuestión objetiva o territorial.

Es que tanto en el recurso de apelación como en el grado jurisdiccional de la consulta, medios de apertura de la segunda instancia en la legislación colombiana, acatada la regulación amplia o restringida, según el caso, de la competencia del superior (C. P. P., art. 217), de todas maneras se presenta la posibilidad de examinar irregularidades procesales (error in procedendo) y/o cuestiones valorativas sobre los hechos y la aplicación del derecho de fondo (error iudicando), sobre todo porque la primera facultad (anular por presencia de anomalías en el Proceso) está implícita en ambos modos de activación de la segunda instancia, en virtud del imperativo mandato del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el funcionario

judicial -sin distinción- que advierta alguna de las causales previstas en el artículo 304, deberá decretar de oficio la nulidad.

Así entonces, interpuesto el recurso de apelación u ordenada la consulta, el funcionario de segunda instancia no sólo cumple su misión cuando aprehende de fondo el asunto sometido a revisión, sino también cuando examina, si se quiere privilegiadamente, la regularidad del procedimiento desarrollado en primera instancia y decreta la nulidad por error en la selección típica y en la determinación de la competencia objetiva y/o territorial, si es del caso, con más veras cuando se trata de un factor que constituye presupuesto procesal. Esta manera de proceder, según lo ha sostenido la Sala en casos similares que examinó en el pasado, respeta no sólo la dinámica de actuación jerarquizada que la ley ha acordado en la administración de justicia para resolver el recurso de apelación o desatar la consulta, sino que también deja a salvo su reiterado criterio doctrinario de que las nulidades sólo pueden ser decretadas por el funcionario que tenga la competencia legal, pues, aunque el revisor tenga reparos de facultad por razón de la materia o del territorio, de todas maneras ostenta la competencia por ser el superior funcional del juez apelado o de aquél que adoptó la decisión cuya consulta se impone legalmente.

Nota: En el mismo sentido autos de noviembre 13 de 1996 M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y abril 24 de 1996 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 23

Proceso: 12808

VISTOS

Se ha suscitado una colisión negativa de competencia entre el Tribunal Nacional y el Tribunal Superior de Medellín, en la medida en que cada una de estas Corporaciones aduce que su confrontante es la que está facultada para decidir en segunda instancia dentro de este Proceso que, por el hecho punible de secuestro extorsivo tentado, se culminó en primera instancia por un Juzgado Regional con sede en la ciudad de Medellín.

De conformidad con el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Sala dirimir la controversia planteada.

HECHOS Y ANTECEDENTES

En los primeros días del mes de septiembre de 1993, el señor *Jaime Alberto Escobar Chica*, dueño del establecimiento denominado "Salón de Billares Metropol", situado en la calle 44 N° 84-64, barrio La América de la ciudad de Medellín, recibió llamada telefónica en la cual le anunciaban el próximo secuestro de su hijo *Jaime Alberto Escobar Morales*. Después de una segunda comunicación por teléfono, el día 11 de septiembre siguiente, el señor Escobar Chica acordó una cita con los informantes por los alrededores de la iglesia parroquial de la América, oportunidad en la cual recibió detalles sobre el plan criminal que se urdía, tales como que en el plagio participarían los sujetos conocidos con los alias o nombres de "El costeño", "Jimi el peludo", "El cabezón" y "Alex", quienes interceptarían a la víctima sobre la conocida carretera de Santa Elena, que conduce del corregimiento de la ciudad de Medellín que tiene el mismo nombre al vecino municipio de Rionegro, en su recorrido habitual de los días miércoles o sábado de visita a la finca de su propiedad situada en jurisdicción de la localidad de La Ceja; que los secuestradores utilizarían en la operación un taxi renault 9, de placas TIP-036 y otro vehículo renault 12, color amarillo, de placas AF-4376; que dichos individuos poseían varias armas para realizar el plagio, algunas de las cuales las guardaba el celador de la escuela de la vereda "La Mosquita", perteneciente a la población de Guarne, quien además tenía la misión de ocultar temporalmente al secuestrado, mientras se le trasladaba al municipio de Sonsón para entregarlo a la guerrilla.

Integrado en el conocimiento de este programa delictivo, el grupo antiextorsión y secuestro UNASE dispuso operativos continuos de verificación y observación en el carreteable de Santa Elena, sin la presencia de la eventual víctima, pero sólo el sábado 15 de septiembre advirtieron el desplazamiento de varios sujetos en los automotores antes descritos, quienes, una vez requeridos por la policía para que detuvieran la marcha, parece que prefirieron provocar el enfrentamiento con armas de fuego que culminó con la muerte de los seis presuntos plagiarios. Al escenario del cruento episodio acudió el señor *Jaime Alberto Escobar Chica*, quien aseguró el conocimiento de los fallecidos como asiduos clientes de su negocio de billares.

El operativo policial se extendió a la vereda "La Mosquita", lugar en el cual apresaron al vigilante Tulio César Vargas Ospina, a quien le decomisaron algunas armas de fuego y dos radios de comunicación en su residencia; pero también se incautaron en la diligencia otras armas y objetos que estaban guardados en la casa del vecino Ramiro Sánchez, conductor de oficio, entre ellos una subametralladora

Ingram y 63 cartuchos calibre 9 milímetros, y que al parecer se hallaban allí por cuenta del mismo señor Vargas Ospina.

De estos hechos conoció un fiscal regional, funcionario que vinculó por medio de indagatoria al imputado Tulio César Vargas Ospina, le decretó medida de aseguramiento por el delito de secuestro extorsivo, en el grado de tentativa, de acuerdo con las previsiones típicas del artículo 1° de la Ley 40 de 1993 y el artículo 22 del Código Penal, hecho punible por el cual también se le dictó posteriormente resolución de acusación que fue ratificada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, en virtud del recurso de apelación intentado por el procurador judicial de la instancia (fs. 40, 56, 352 y 413). El juez regional asignado para el conocimiento profirió sentencia absolutoria fechada el 10 de enero de 1996, la cual fue apelada por el fiscal regional que entonces ya fungía de sujeto procesal en la actuación, medio ese por cuya actuación llegó el expediente al Tribunal Nacional, corporación que, en lugar de desatar el recurso, optó por declarase incompetente y provocar la colisión negativa de competencia (cuaderno 2, fs. 520 y 566).

ARGUMENTOS DE LA COLISIÓN

La discusión y la declaración de incompetencia la propone el Tribunal Nacional en los siguientes términos:

1. Si bien resulta claro el propósito de los imputados de secuestrar al joven *Escobar Morales*, los actos realizados por los mismos no trascendieron la esfera de lo preparatorio, no se adelantó el complejo comportamental hasta hechos inequívocamente ejecutivos del arrebatar, sustraer, retener u ocultar a la víctima, verbos rectores de la tipicidad del delito de secuestro. Sin embargo, advierte el tribunal, el legislador relieva penalmente los simples actos preparatorios del delito de secuestro, hasta el punto que es punible el solo ponerse de acuerdo en grupo de personas para secuestrar a otro, lo cual constituye la figura delictiva autónoma del "concierto para secuestrar", dispuesta en el artículo 5° de la Ley 40 de 1993, que es la que se debió deducir en la resolución acusatoria.

2. Si el "concierto para secuestrar" está tipificado como delito independiente del secuestro, síguese que su juzgamiento no está sujeto a la regla de competencia que adjudica el segundo a los jueces regionales, pues, de conformidad con el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, estos funcionarios son competentes para conocer "de los delitos de secuestro extorsivo o agravado en virtud de los numerales 6°, 8° ó 12 del artículo 3° de la Ley 40 de 1993 y homicidio agravado según el numeral 8° del artículo 324 del Código Penal". Aunque por su naturaleza el hecho de concierto aparece apenas como una fase en la composición del delito

de secuestro, lo cierto es que jurídicamente se le brindó autonomía y por tal decisión legislativa ha de tributársele también su propio lugar en el reparto de competencias. De suerte que, por cláusula general de competencia, concierne el conocimiento del hecho delictivo en cuestión a los jueces penales del circuito, pues lo contrario sería someter la figura criminal a un tratamiento que no contempla la reglamentación sustantiva ni la procesal (C. P. P., art. 72, num. 1°, lit. c).

2.1 Finalmente, sostiene el tribunal que "no es sólido respaldo a diversa conclusión cuestiones de política criminal que el legislador no concibió para el puntual asunto. Es posible que el delito, en cuanto supone delincuencia organizada aconsejara mecanismos en alguna medida especializados para su investigación y juzgamiento, pero es lo evidente que el legislador no contempló el trámite especial, seguramente atendiendo que ese hacer aunque autónomo sólo viene a constituir preparación del que causaría el mayor impacto social".

A esta decisión se le introdujo un salvamento parcial de voto, en el sentido de que se comparte no sólo la tipificación señalada por la mayoría de la Sala, sino que también se acepta el juicio de que el delito de "concierto para secuestrar" tiene carácter autónomo; pero que no debió trasladarse el conocimiento del mismo al Tribunal Superior de Medellín, dado que tal figura delicuencial sigue siendo de competencia de la jurisdicción regional. Se fundamenta la salvedad en las siguientes reflexiones:

1. Entiende el magistrado que la regla de competencia pergeñada en el numeral 5° del artículo 71 del Estatuto Procesal Penal, subrogado por el 9° de la Ley 81 de 1993, se refiere genéricamente al delito de secuestro extorsivo, y no a la descripción típica del canon 1° de la Ley 40 de 1993, como podría pensarse, y en ese orden de ideas, sostiene que dicha órbita funcional se extiende "a la disposición que pune con carácter autónomo, según quedó asentado, los actos puramente preparatorios de esa ejecución delictuosa".

2. Sin desconocer la independencia típica de la aludida figura, es bueno poner de relieve, desde una perspectiva naturalística, el contrasentido que representa la sujeción a diversas competencias "lo que de acuerdo con ella corresponde a las diferentes fases de una misma especie criminosa".

3. La aludida incoherencia salta más evidente frente al hecho de que las conductas referidas al secuestro extorsivo, a pesar de su subrogación posterior por la Ley 40 de 1993, quedaron adscritas a la competencia especial por obra del numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, ya que se trataba de infracciones consagradas en el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, precisamente convertido en legislación permanente por el artículo 11 del Decreto 2266 de 1991.

Frente a esta propuesta de colisión, el Tribunal de Medellín la acepta y responde sobre su falta de competencia con un enunciado omnicomprensivo: que no tiene la corporación ningún reparo sobre la adecuación típica de "concierto para secuestrar" que ensaya el Tribunal Nacional, como tampoco en relación con la asignación del conocimiento de tal figura delictiva a los jueces de circuito, en virtud de los factores objetivo y residual destacados por su homólogo, no empece lo cual la facultad de juzgamiento se sitúa por conexidad en la justicia regional. En efecto, la valoración de un delito conexo de conservación de arma de fuego de uso privativo, examen que se omitió en el desarrollo mismo del sumario y que tampoco se ha compensado con la expedición de copias para una averiguación separada, conduce a que más allá de la nulidad por errónea calificación del ilícito contra la libertad individual, la irregularidad trascienda para volver sobre la resolución de situación jurídica y así se propenda porque la sumaria se recomponga por la judicatura regional que ostenta la competencia por conexión.

Y la respuesta la desarrolla el tribunal de la siguiente manera:

a) El procesado *Tulio César Vargas Ospina* fue interrogado concreta e insistentemente, en la diligencia de indagatoria (fs. 40 y ss.), por la manutención de las armas de fuego, entre ellas la subametralladora Ingram, que se reputa como un instrumento de uso privativo de las fuerzas militares (Decreto 2535, art. 9-b), a pesar de lo cual se hizo abstracción del cargo tanto en la medida de aseguramiento como en la resolución acusatoria, decisiones que se circunscribieron al delito contra la libertad individual equivocadamente calificado.

b) No obstante la destacada omisión, el fiscal regional no detuvo la investigación por el delito de conservación de armas, pues con posterioridad a la incompleta definición de la situación jurídica, se ordenó un dictamen sobre los instrumentos de fuego y determinó la compulsación de copias para investigar por separado a Ramiro Sánchez por la posesión de las mismas.

c) Si bien se reconoce que, en principio, las omisiones relievadas podrían paliarse con la expedición de copias para investigar por separado el delito preterm itido, en relación con Vargas Ospina, sin necesidad de acudir al remedio extremo de la nulidad, lo cierto es que de todas maneras la resolución acusatoria deberá anularse por errónea calificación del atentado contra la libertad individual, medida que entonces regresaría el Proceso a la fase sumarial, en cuyo caso se presentan dos alternativas, a saber: 1) asume el conocimiento el Tribunal Superior, ordena que la investigación se cierre por el funcionario competente y se califique el mérito del sumario en relación con la hipótesis delictiva de "concierto para secuestrar" y la presunta responsabilidad que en ella tenga el procesado *Vargas Ospina*, pero a la vez dispondría la compulsa de copias para que la fiscalía regional

averigue por separado lo atinente a la conservación de armas de uso restringido; y 2) se declara la competencia del Tribunal Nacional, en virtud de la trascendencia del yerro de procedimiento resaltado, caso en el cual dicha corporación procede a anular la actuación para regresarla a la etapa sumarial, variable ésta que propiciaría la corrección de la irregularidad relativa al delito de conservación de armas de fuego de uso privativo, por medio de la complementación de la resolución de situación jurídica, como antecedente necesario de una eventual calificación integral de las dos conductas delictivas investigadas e imputadas al ciudadano Vargas Ospina.

d) Piensa el tribunal superior que con criterios de utilidad, de cara a los fines del Proceso y a la economía procesal, resulta más conveniente la segunda opción, supuesto que deja vigente la posibilidad de investigación y definición conjunta del asunto, facilita la concentración probatoria y aglutina los recursos tanto humanos como físicos de la administración de justicia.

Aceptada en estos términos la controversia por el Tribunal Superior, he ahí la razón por la cual envió el diligenciamiento a esta Sala para la solución respectiva.

La Corte considera

Dentro del desarrollo gradual y secuencial del Proceso penal, no es difícil entender que el conflicto se ha planteado al encarar la segunda instancia de la sentencia, razón por la cual la definición de la controversia atañe primordialmente a la competencia funcional antes que a la objetiva, a pesar de la correlación lógica entre esos dos ámbitos de conocimiento judicial y de que los tribunales disputantes hayan orientado todo su esfuerzo demostrativo a la segunda. En efecto, a la Corte se le han dispensado facultades para dirimir conflictos de competencia entre tribunales, o entre éstos y juzgados de distinto distrito judicial, "o entre un juzgado regional y cualquier juez de la república" (C. P. P., art. 68-5), lo cual significa que la controversia puede ser por el factor objetivo, o el territorial, o el de conexidad, o el funcional, o combinaciones permitidas de los tres primeros, mas si la discordia se traba en sede de segunda instancia, el tribunal discordante debe actuar primero funcionalmente antes de pretextar un factor objetivo que directamente le concierne es al funcionario de primer grado al cual se le revisa. En suma, la Sala definirá fundamentalmente cuál es el órgano competente para conocer de este asunto en segunda instancia, dado que la determinación del juez de primer grado la hará inicialmente el tribunal al cual se le adjudique el conocimiento en esta controversia.

Cuando el funcionario de segundo grado se ocupa primero y únicamente del factor objetivo para manifestar su incompetencia sin parar mientes en que tal actitud deja vigente la sentencia de primera instancia que bien o mal adecuó

típicamente los hechos, en congruencia con la resolución acusatoria, y en consecuencia definió materialmente la competencia, sencillamente regresa apriorística, mental y arbitrariamente el Proceso a fases ya superadas y desconoce de esa manera la competencia funcional y su alcance.

En punto a la regulación legal de la competencia funcional, repárese que la Corte Suprema de Justicia interviene en segunda instancia "en los Procesos que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito y el Tribunal Nacional" (C. P. P., art. 68-4); al Tribunal Nacional le corresponde conocer en segunda instancia "de los recursos de apelación y de hecho interpuestos contra las decisiones proferidas por los jueces regionales" (idem, art. 69-1); las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial actúan, en segunda instancia, "en los Procesos que conocen en primera instancia los jueces de circuito" (*ibidem*, art. 70); y los jueces de circuito conocen, en segunda instancia, "de los Procesos que sean de conocimiento de los jueces penales municipales o promiscuos" (*ejusdem*, art. 72). De modo que, de acuerdo con la legislación procesal penal vernácula, la competencia funcional se determina directa y automáticamente en función de cuál sea el órgano que conozca del Proceso, aun sin competencia objetiva o territorial, en primera instancia. Tal determinación legislativa se aviene con la definición doctrinaria de la competencia funcional como la distribución de la jurisdicción penal en atención a las fases de desarrollo de la relación procesal penal o a las específicas actividades por cumplir dentro del Proceso, de tal manera que dicho concepto, analíticamente visto, se refleja más en una situación de dependencia entre órganos jurisdiccionales, de correlación y de coordinación de funciones, o bien de reparto y supeditación de distintas actividades dentro de la actuación procesal.

Pero claro que la competencia funcional presupone la competencia por razón de la materia y por razón del territorio, de tal manera que si el funcionario de primera instancia se equivoca en este sentido, la solución no se halla en que el órgano de segundo grado, si en verdad es el superior funcional de aquél que erróneamente se arrogó el conocimiento y que dictó la providencia, se declare incompetente y deje intacta la decisión que se somete a su revisión; todo lo contrario, debe el *ad quem* hacer uso de la habilitación funcional para corregir el yerro en la cuestión objetiva o territorial.

Es que tanto en el recurso de apelación como en el grado jurisdiccional de la consulta, medios de apertura de la segunda instancia en la legislación colombiana, acatada la regulación amplia o restringida, según el caso, de la competencia del superior (C. P. P., art. 217), de todas maneras se presenta la posibilidad de examinar irregularidades procesales (error *in procedendo*) y/o cuestiones valorativas sobre los hechos y la aplicación del derecho de fondo (error *iudicando*), sobre todo

porque la primera facultad (anular por presencia de anomalías en el Proceso) está implícita en ambos modos de activación de la segunda instancia, en virtud del imperativo mandato del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el funcionario judicial –sin distinción– que advierta alguna de las causales previstas en el artículo 304, deberá decretar de oficio la nulidad.

Así entonces, interpuesto el recurso de apelación u ordenada la consulta, el funcionario de segunda instancia no sólo cumple su misión cuando aprehende de fondo el asunto sometido a revisión, sino también cuando examina, si se quiere privilegiadamente, la regularidad del procedimiento desarrollado en primera instancia y decreta la nulidad por error en la selección típica y en la determinación de la competencia objetiva y/o territorial, si es del caso, con más veras cuando se trata de un factor que constituye presupuesto procesal. Esta manera de proceder, según lo ha sostenido la Sala en casos similares que examinó en el pasado, respeta no sólo la dinámica de actuación jerarquizada que la ley ha acordado en la administración de justicia para resolver el recurso de apelación o desatar la consulta, sino que también deja a salvo su reiterado criterio doctrinario de que las nulidades sólo pueden ser decretadas por el funcionario que tenga la competencia legal, pues, aunque el revisor tenga reparos de facultad por razón de la materia o del territorio, de todas maneras ostenta la competencia por ser el superior funcional del juez apelado o de aquél que adoptó la decisión cuya consulta se impone legalmente.

Sobre el particular, según se decidió en el auto del 13 de noviembre de 1996 (M. P. *Fernando Arboleda Ripoll*), ha dicho la Corte:

"La competencia funcional prevista legalmente para desatar el grado jurisdiccional de la consulta –igual reflexión cabe para la apelación, se aclara– 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 adquem 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 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 inadmisible, por parte de un inferior (auto de abril 24/96)".

Cosa sustancialmente diferente ocurre cuando el conflicto se formula en la primera instancia, porque las decisiones que allí se hayan adoptado, si lo fueron por funcionario incompetente, sólo podrán ser anuladas, si a ello ha lugar, por el funcionario que finalmente resulte habilitado, de acuerdo con las definiciones que en tal sentido haga el superior funcional encargado de dirimir la controversia.

Así singularizada la situación de esta disputa funcional, la Corte no advierte el dilema que plantea el Tribunal de Medellín, como para tener que decidir finalmente por razones de conveniencia y no por motivos sensatos de sistemática procesal claramente acogidos en la ley de competencias, habida cuenta que si el Tribunal Nacional es el superior funcional del Juez Regional que dictó la sentencia apelada, no podía dicha corporación declararse incompetente para conocer en segunda instancia, así fuera para hacer un mero pronunciamiento de nulidad por error *in procedendo*, en virtud de la errónea calificación sumarial que él sugiere. Mas como la colisión negativa de competencia fue propuesta y sustanciada en debida forma, la Sala simplemente potenciará las esbozadas razones para asignar el conocimiento al Tribunal Nacional.

Ahora bien, si la Corporación señalada como competente opta por la vía de la nulidad que ha sostenido en el auto de declaración de incompetencia, dado que la relación procesal se retrotraería a la etapa sumarial –ahí sí por el medio legal–, lo cuerdo sería que, en lugar de expedir copias para investigar por separado, de una vez el órgano jurisdiccional que resulte competente por razón de la materia, formalizara la imputación e integrara la acusación que echa de menos el Tribunal Superior de Medellín, o las excluya por el conducto regular, si es el caso, porque de manera diversa se malogra lo que ya se ha adelantado sobre la presunta conservación de las armas de uso restringido en cabeza del vinculado Tulio César

Vargas Ospina, tanto en la indagatoria como en otros actos de composición del sumario.

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

RESUELVE

Asignar el conocimiento de este Proceso al Tribunal Nacional. Se remitirá copia de esta decisión a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION AL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

La tradicional división de los tipos penales, ampliamente difundida y desarrollada por la doctrina general al punto de constituirse en fundamental noción de derecho penal, no requiere en sí de nuevos desarrollos jurisprudenciales en el punto específico; y no es misterio que conforme a esa doctrina dominante, el tipo penal descrito en el artículo 144 del Código Penal como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, es delito de mera conducta que consiste en intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación de dicho régimen legal.

En otras palabras, el delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente.

Ahora bien, conceptos como la antijuridicidad material o formal de la conducta y su adecuación a un tipo penal son básicos y están bien definidos jurisprudencialmente, al igual que en el ámbito doctrinal de la teoría general del derecho penal, y cualquier clarificación jurispericial que pudiere requerirse habría de surgir al efectuar consideraciones dentro de la casación regular, frente a hechos punibles cuya punibilidad sí la admita normalmente.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.23

Proceso: 11601

VISTOS.

Corresponde a la Corte decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación discrecional interpuesto en tiempo por el defensor del procesado *Cantalicio Cárdenas Calderón*, contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior de Neiva, que confirmó la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pitalito, en cuanto lo condenó por el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 144 del Código Penal), con la única modificación de cambiar a arresto la pena que se había impuesto como prisión.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El señor *Cantalicio Cárdenas Calderón*, en su condición de Alcalde Municipal de la población de Timaná, Huila (Junio 1990 a mayo 1992), contrató en forma directa, por el sistema de órdenes de trabajo, el suministro de alimentos, reparación de vehículos y adquisición de repuestos para automotores, con parientes del Secretario General de la Alcaldía, el Recaudador y Citador Veredal y el Director de la Cárcel Municipal; hechos por los cuales la Fiscalía Seccional Veinte de Pitalito profirió en su contra resolución de acusación de fecha agosto 23 de 1993, no recurrida, por el delito de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades; causa a la cual fue posteriormente acumulada la seguida contra el mismo procesado por un delito de prevaricato por acción.

Correspondió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de dicha población poner fin a la instancia, absolviendo al acusado por el delito de prevaricato y condenándolo por el de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades a la pena principal de dieciocho meses de prisión, cien mil pesos de multa e interdicción de derechos y funciones públicas por tres años; fallo confirmado por el Tribunal Superior de Neiva con la única modificación ya mencionada, de cambiar la pena de prisión por la de arresto.

LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

Acogiéndose el impugnante a la previsión del inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, solicita a la Corte admitir de manera excepcional el recurso extraordinario de casación por considerarlo necesario al desarrollo de la jurisprudencia y la garantía de los derechos fundamentales, basado en las siguientes razones:

1°) La Sala debe trazar una adecuada orientación doctrinal "en torno a la punición de los tipos de mero peligro, peligro presunto o de mera desobediencia, cuando la acción o conducta carece de relevante significación social y de lesividad material

del objeto jurídico tutelado con dicha disposición, o por mejor, si la sola circunstancia de darse la subsunción empírico-formal de la misma, en el tipo correspondiente, amerita la imposición de pena, sin necesidad de efectuarse ninguna valoración sobre su adecuación social o sobre desvalor de resultado alguno, ante la conformidad o ajuste de ésta con las exigencias demandadas por la sociedad o entorno comunitario donde se cumple o desarrolla".

Afirma que los mencionados tipos penales son violatorios de las normas rectoras y los derechos fundamentales contenidos en el Código Penal y la Constitución Nacional "ya que en materia penal solo son punibles las conductas que atentan contra los bienes jurídicos importantes, respecto a los ataques de mayor gravedad, pues es de su esencia el ser subsidiario y su utilización subordinada al empleo de otras ramas del ordenamiento jurídico, en virtud del principio de 'ultima ratio'. Por ello enseña la doctrina penal dominante, que no son punibles las conductas en las que no hay en absoluto lesividad o es irrelevante su desvalor ético-social, como en los delitos bagatela, inocuos o de nimiedad manifiesta,...", agregando que los juzgadores de instancia se limitaron a adecuar formalmente la conducta endilgada al procesado al tipo penal descrito en el artículo 144 del Código Penal y el "paratipo" del Estatuto de Contratación Nacional "vigente para la época de ejecución" del ilícito ("artículo 9-2 del Decreto 222 de 1983"), "sin efectuar ninguna valoración sobre su adecuación y significación social, como tampoco sobre el mayor o menor grado de lesividad material del objeto jurídico tutelado con el tipo realizado".

Consecuente con dicho planteamiento concluye diciendo que mal podía condenarse a Cárdenas Calderón, por una conducta administrativa "que de manera alguna afectó el desarrollo social ni el patrimonio o planeación o ejecución normal del presupuesto del Municipio de Timaná, o por mejor, que de manera alguna lesionó el bien jurídico de la Administración Pública de Timaná".

2°) Argumenta también que las garantías fundamentales del debido Proceso concernientes al derecho a la defensa del procesado y la favorabilidad legal, fueron desconocidas por los juzgadores de instancia, viciando de nulidad la actuación a partir inclusive, de la resolución acusatoria.

La primera de ellas, porque en la providencia que definió la situación jurídica del procesado Cantalicio Cárdenas Calderón, como en la resolución acusatoria proferida en su contra, no se le formuló como específico cargo al acusado el de un concurso delictual en los términos del artículo 26 del Código Penal; omisión que no propició a la defensa ocuparse en desvirtuar su existencia o "establecer si se trataba de un concurso continuado u homogéneo", entendiendo que se trataba de un solo delito, lo que implicó un aumento punitivo de varios meses al justiciable.

Y la segunda de tales garantías procesales fué conculcada porque no tuvieron en cuenta los falladores la modificación introducida por el artículo 8°, numeral 2°, de la ley 80 de 1993 al "parágrafo del artículo 9-2 del Decreto 222 de 1983", en el sentido de que la inhabilidad para contratar con las entidades públicas "solo cobijaba a las personas que tuvieran vínculos de parentesco con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o con los miembros de las juntas o consejos directivos, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante", calidades que no ostentaban las personas que contrataron con el Alcalde de Timaná Cantalicio Cárdenas Calderón, por ser "parientes de empleados de menor rango" dentro de la jerarquía municipal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La impugnación por vía excepcional resulta formalmente procedente, toda vez que fue interpuesta en tiempo, por parte legitimada para ello, contra sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior, por delito cuya sanción máxima privativa de la libertad no llegaba a seis años en la disposición penal que se encontraba vigente al tiempo del hecho, anterior a mayo de 1992 (Artículo 144 del Decreto 100 de 1980 "... arresto de uno a cinco años...").

Segunda. Observando su argumentación, se aprecia en primer término, que en realidad el impugnante no procura el desarrollo de la jurisprudencia en tema relacionado con la punición de ciertos tipos penales, sino más bien que se imponga por vía judicial un criterio de política criminal (Derecho Penal como 'ultima ratio'), que es criminológicamente plausible pero que no puede aplicarse en contra de la ley, desconociendo la vigencia de normas de inexcusable cumplimiento.

Que se tenga el entendible criterio que conductas como la ahora analizada no deban ser reprimidas penalmente, por su menor grado de lesividad y resultar inferior el juicio de desvalor ético-social que merecen, por lo cual pudiesen ser relegadas exclusivamente al tratamiento y sanción por el derecho disciplinario, no es razón para que entre tanto pueda dejarse de aplicar la normatividad vigente.

No es real, de otra parte, que la conducta del agente en el presente caso, carezca de relevancia social o de lesividad material contra el objeto jurídico de la administración pública, tutelado por el tipo penal en el cual quedó subsumida la acción. Lo que el legislador quiere garantizar con la punición de conductas violatorias del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (Artículo 144 del Código Penal) es la absoluta transparencia en el acto de contratar por parte de los servidores públicos, la imparcialidad, equidad y el buen nombre de la administración.

La tradicional división de los tipos penales, ampliamente difundida y desarrollada por la doctrina general al punto de constituirse en fundamental noción de derecho penal, no requiere en sí de nuevos desarrollos jurisprudenciales en el punto específico; y no es misterio que conforme a esa doctrina dominante, el tipo penal descrito en el artículo 144 del Código Penal como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, es delito de mera conducta que consiste en intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación de dicho régimen legal.

En otras palabras, el delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente.

Ahora bien, conceptos como la antijuridicidad material o formal de la conducta y su adecuación a un tipo penal son básicos y están bien definidos jurisprudencialmente, al igual que en el ámbito doctrinal de la teoría general del derecho penal, y cualquier clarificación jurispericial que pudiere requerirse habría de surgir al efectuar consideraciones dentro de la casación regular, frente a hechos punibles cuya punibilidad sí la admita normalmente.

Tercera. Tampoco los enfoques relacionados en segundo término, por supuesta violación a las garantías fundamentales del debido Proceso, en cuanto tienen que ver con el derecho a la defensa y a la favorabilidad de la ley penal, justifican la aceptación de la excepcional impugnación, por las siguientes breves razones:

No es cierto que en la resolución acusatoria se hubiese formulado un único cargo contra el acusado por el delito tipificado en el artículo 144 del Código Penal y en la sentencia impugnada se le hubiese condenado por un concurso de hechos punibles, pues basta leer la misma relación de los hechos y la parte motiva de dicho enjuiciamiento, no protestado por la defensa (fs. 288 y ss. cdno.1), para cerciorarse de que la acusación se formalizó por varios hechos punibles homogéneos y sucesivos (diferentes contratos celebrados por el Alcalde con la hermana del Secretario General del la Alcaldía, el padre del Recaudador y Citador Veredal y el padre y hermanos del Director de la Cárcel Municipal), de donde no resulta válida la manifestación del censor de haberse desconocido el principio de concordancia entre resolución acusatoria y sentencia.

De otra parte, es claro que para la época de los hechos regía sobre el particular el artículo 9.2 del Decreto 222 de 1983, correspondiente en el actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (L. 80/93) al artículo 8.2,

literal b, y que aquél extendía la inhabilidad, sin ninguna limitación, a los parientes de los empleados oficiales (hoy servidores públicos) de la entidad contratante, mientras que éste, que empezó a regir el 28 de octubre de 1993, la restringió a las "personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante".

El recurrente estima favorable este cambio de legislación, pues "los contratistas eran parientes de empleados de menor rango dentro de la escala de importancia de los empleos municipales, ninguno de los cuales estaba dentro de los grados directivos, asesor, o ejecutivo", aseveración que además de resultar contraevidente en los casos del Secretario General de la Alcaldía y del Director de la Cárcel, no aparece sustentada objetivamente ni compagina con la finalidad que de allí se pretende derivar: "... razón también por la que se impone la declaratoria de nulidad de toda la actuación cumplida a partir del fallo de primera instancia, nulidad que también cobija al de segundo grado".

Por todo lo anterior, la Sala llega discrecionalmente a la conclusión de que este recurso excepcional resulta vano e inadmisible.

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

RESUELVE

No aceptar el recurso extraordinario de casación que por vía excepcional interpuso el defensor del procesado *Cantalicio Cárdenas Calderón*.

Devuélvase el expediente al despacho judicial de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA – Competencia/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

El artículo 53 de la ley 81 de 1993 establece competencia en el funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del C. de P. P., "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el Proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se atribuye bajo el supuesto del análisis de las pruebas sobre responsabilidad que obran en el Proceso, competencia que la Corte solo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido Proceso.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.23

Proceso: 12532

VISTOS

El procesado *Héctor María Puentes Aguilar*, quien se encuentra detenido en la Cárcel del Distrito Judicial "La Modelo" de esta ciudad, solicita el otorgamiento de la "libertad condicional", finalidad para la cual aporta certificados de trabajo, estudio y buena conducta. Así mismo, pide que de ser procedente se otorgue el "beneficio de detención domiciliaria".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El enjuiciado *Puentes Aguilar* fue condenado por el Juzgado 48 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 14 de febrero de 1996, a la pena privativa de la libertad de 8 años y 4 meses de prisión (100 meses) como autor responsable del delito de homicidio, con el atenuante de la ira, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad en fallo de 28 de mayo siguiente, providencia que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensora.

En consideración a que la sentencia se encuentra recurrida, ha de entenderse que lo pedido por el procesado es la libertad provisional apoyada en la causal prevista por el artículo 55.2 de la Ley 81 de 1993. Hecha la anterior aclaración, se tiene que el acusado se encuentra privado de su libertad por razón de este Proceso desde el 9 de enero de 1995 (f. 27 cdno. 1), de manera que hasta el momento actual cumple en detención preventiva 26 meses y 2 días; por trabajo acredita 2620 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la ley 65 de 1993 le representan una redención de pena de 5 meses y 13 días, y por estudio demuestra 990 horas que le dan derecho a una rebaja de 2 meses y 22 días, factores que sumados arrojan un total de 34 meses y 7 días, lejos de alcanzar las dos terceras partes de la sanción, equivalente, en su caso, a 66 meses y 20 días, con lo cual no satisface las exigencias objetivas establecidas en el artículo 72 del Código Penal, situación que releva a la Corte de hacer consideraciones sobre los aspectos subjetivos a que se refiere la disposición acabada de citar.

Se negará la excarcelación pedida.

En relación con la solicitud de detención domiciliaria, la Corte ha sostenido reiteradamente que carece de competencia para atender, en el trámite del recurso de casación, peticiones o incidentes ajenos a él. Solamente podrá ocuparse de las solicitudes de libertad con fundamento en las prescripciones del numeral 2° del artículo 55 de la ley 81 de 1993, toda vez que en forma expresa el legislador dispone que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", es decir, ante el instructor, juez de primera o segunda instancia o la Corte en sede de casación.

En lo concerniente a la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, esta Sala ha dicho que la Constitución y la ley determinan la competencia de cada funcionario judicial y entre las funciones que atribuyen a la Corte, no está la de atender peticiones de la naturaleza indicada en esta sede.

El artículo 53 de la ley 81 de 1993 establece competencia en el funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del C. de P. P., "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el Proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se atribuye bajo el supuesto del análisis de las pruebas sobre responsabilidad que obran en el Proceso, competencia que la Corte solo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar el fallo impugnado y no a través de un incidente como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido Proceso.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de la sustitución de medida de aseguramiento insinuada por el procesado.

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

RESUELVE

1° Negar al procesado Héctor María Puentes Aguilar la libertad provisional.

2° Abstenerse de emitir pronunciamiento sobre la detención domiciliaria pedida por el implicado, por las razones aducidas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE/ ACCION CIVIL/ DEMANDA DE CASACION

La Corte Constitucional en sentencia C-541 del 24 de septiembre de 1992, en la que declaró la exequibilidad de los artículos 154 y 155 del Código de Procedimiento Penal, manifestó que los llamados "terceros" son responsables por las consecuencias del hecho punible de otro, sin que haga ninguna distinción al respecto, es decir, sin que la limite a los padres con relación a los hechos cometidos por sus menores hijos, como lo pretende el censor. Se dice en tal proveído: "En este orden de ideas, y según la decantada jurisprudencia nacional, aceptada no sólo en el ámbito de la jurisdicción civil, sino en el de competencia de los jueces penales, los llamados "terceros" en esta institución son responsables, de conformidad con la ley sustancial, con carácter colateral o indirecto, por las consecuencias del hecho punible de otro, como el padre del menor o el guardador del incapaz, que por distintas razones omitieron la vigilancia que debían sobre aquellos, o el patrono que no se guarda de escoger y vincular a su actividad económica o doméstica servidores idóneos, probos y de buena conducta en las mismas. Como se destaca, es la propia culpa, sea colateral o indirecta, la que permite a la ley llamar a responder "al tercero", y por tal razón, se parte del supuesto de que éste tiene interés para intervenir en la resolución judicial de una situación jurídica que lo obliga como sujeto procesal".

Por otra parte, el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal al definir al tercero civilmente responsable dice que es "quien sin haber participado en la comisión del hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil". Y este estatuto, particularmente en los artículos 2.347 y 2.349, trata de la responsabilidad de los patronos y empleadores por los daños causados por sus dependientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos. Tales patronos o empleadores pueden incurrir en la llamada "culpa in eligendo" o "in vigilando", referida la primera a la escogencia de sus subordinados; y la segunda, a los medios que utilicen para evitar que causen accidentes.

Siempre que se formulen sólo cargos civiles, la demanda deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas para la casación civil. Así, a quien discute que no es padre del menor que cometió el hecho punible que dañó a otro, o no es patrono de quien con ocasión del servicio prestado cometió un delito que causó perjuicios, no se le podría exigir el acogimiento a las normas que disciplinan la casación penal, sino que lo procedente es que la demanda la fundamente en los preceptos que regulan la casación civil.
Cuando el artículo 2.349 del Código Civil utiliza la expresión "con ocasión de servicio prestado" se refiere a que la relación de dependencia tiene por objeto una determinada prestación (por ejemplo conducir vehículos) y que con motivo de ella, se causu daño a otro.

Corte Suprema de Justicia.- Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor Jorge E. Córdoba Poveda

Aprobado acta Nro. 20 (febrero 27/97).

Proceso: 9393

VISTOS

Por sentencia del 30 de agosto de 1993 emitida por el Juzgado 50 Penal del Circuito de esta ciudad se condenó a Carlos Alfredo Valdez a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión como responsable del delito de homicidio culposo ocasionado en las personas de Eddy José Quiroz Noguera y Fernando José Quiroz Caicedo.

Se lo condenó igualmente y de manera solidaria con la empresa Compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda., al pago de los perjuicios materiales por valor de $100.255.545 y a doscientos gramos oro por concepto de los morales.

Por sentencia de segunda instancia del 11 de noviembre de 1993 se confirmó la de primera, modificándola en cuanto a los perjuicios, pues se rechazó el peritazgo y se recurrió a los artículos 106 y 107 del C. P., condenándose al pago en gramos oro, tanto de los materiales como de los morales, para un total de 6550.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación se concedió y posteriormente se declaró ajustada la demanda presentada en representación del tercero civilmente responsable y se recibieron los alegatos del no recurrente (parte civil).

Se escuchó el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal quien solicita no casar el fallo impugnado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer un análisis de los siguientes

HECHOS

Ocurrieron el día 21 de septiembre de 1992, más o menos a las siete de la noche, en la vía que va de Briceño (Cundinamarca) a La Caro, cuando Carlos Alfredo Valdez conducía el cabezote de una tractomula de placas SW 1210 con destino a la ciudad de Santafé de Bogotá y en sentido contrario iba un automóvil Mazda 323 manejado por Eddy José Quiroz Noguera, en el que también viajaba su esposa, señora Lucía Caicedo, y sus hijos, Fernando José y Jorge Ernesto.

El conductor del camión manejaba en estado de embriaguez y perdió el control, invadiendo la calzada ocupada por el otro vehículo, produciéndose una colisión frontal a consecuencia de la cual fallecieron el señor Quiroz y su hijo Fernando José.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en las diligencias remitidas por el Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación del municipio de Chía al Fiscal 109 de la Unidad Tercera de Vida, se declaró abierta la instrucción y se dispuso vincular mediante indagatoria a Carlos Alfredo Valdez.

Una vez recibida tal diligencia, la situación jurídica le fue resuelta con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio culposo agravado.

Perfeccionada la instrucción, se declaró cerrada con proveído del 11 de diciembre de 1992 y el 21 de enero de 1993 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio culposo, decisión que fue confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, el 26 de febrero 1993.

El expediente pasó al Juzgado 50 Penal del Circuito, el que dió inicio a la etapa del juicio, de conformidad con lo establecido por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Aceptada la demanda de constitución de parte civil dirigida contra el procesado y el tercero civilmente responsable, Compañía Transportadora de Equipo Pesado

Citep Ltda., se celebró en debida forma la audiencia de juzgamiento y se profirió la sentencia de primera instancia el 30 de agosto de 1993, en la que se condenó al procesado a la pena principal de 40 meses de prisión como autor responsable del delito de homicidio cometido en Eddy José Quiroz Noguera y Fernando José Quiroz Caicedo, multa de $5.000 pesos y suspensión de la profesión como conductor por el lapso de 2 años.

Igualmente se le impusieron como sanciones accesorias la interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal y la prohibición de consumir bebidas alcohólicas por un término de 2 años.

Al procesado y a la Empresa "Compañía Transportadora de Equipo Pesado", Citep Ltda, se les condenó solidariamente al pago de los perjuicios materiales por la suma de $100.255.545.oo y 200 gramos oro, como morales.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en decisión del 11 de noviembre de 1993, confirmó la condena, pero modificándola en cuanto a los perjuicios, recurriendo a los artículos 106 y 107 del C. P. y tasándolos así:

"a) respecto de Martha Lucía Caicedo de Quiroz, sumas equivalentes a tres mil setecientos (3.700) y ochocientos (800) gramos de oro fino por los materiales y morales, respectivamente;

"b) respecto de Jorge Ernesto Quiroz Caicedo, sumas equivalentes a mil doscientos (1.200) y doscientos (200) gramos de oro fino por los materiales y morales, respectivamente;

"c) en lo que hace a Juan Carlos Quiroz Caicedo, sumas equivalentes a doscientos cincuenta (250) y doscientos (200) gramos de oro fino por los materiales y morales, respectivamente; y

"d) finalmente, en favor de Eddy Joaquín Quiroz Caicedo, sumas equivalentes a doscientos (a 200 gramos oro por los de orden moral)".

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El apoderado de la Compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda, en su calidad de tercero civil y solidariamente responsable, presentó demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia, en la que formula cinco cargos, los cuatro últimos subsidiarios.

El primero de ellos al amparo de la causal prevista en el numeral 5 del artículo 368 del C. de P. C., por considerar que la sentencia es nula, porque "el ad quem carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre cualquier imaginaria responsabilidad de la Compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda, derivada del delito de homicidio culposo.....". "La jurisdicción penal, por excepción, solamente puede pronunciarse sobre obligaciones a cargo de terceros, cuya fuente sea el delito, evento que únicamente se da en el caso del artículo 2348 del C. Civil que obliga a los padres de los menores delincuentes a responder por los perjuicios causados por estos últimos con sus delitos".

Luego de transcribir algunas normas del C. Civil, del de P. Civil y del C. de Comercio, afirma que las sociedades no pueden incluir dentro de su objeto social actividades de carácter delictivo, porque las mismas jamás pueden incurrir en delitos ni contraer obligaciones cuya fuente sea el delito y concluye que "las sociedades solamente pueden contraer obligaciones de origen contractual, o cuya fuente sea un hecho civil culposo, cometido dentro de su objeto social, por sus representantes legales, que se considera un hecho propio de la sociedad y la compromete conforme al artículo 2341 del C. C, o por personas contratadas a su servicio, caso en el cual se compromete por el hecho civil culposo ajeno, al tenor del artículo 2349 del C. C.".

Más adelante agrega que "al carecer la Compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda, de capacidad para cometer delitos, el señor Carlos Alfredo Valdez, al incurrir en el delito de homicidio culposo, jamás pudo obrar con ocasión de un servicio prestado por éste a la sociedad toda vez que la entidad nunca lo contrató, ni podía contratarlo, para tal actividad".

Que como el procesado no ha sido nunca el representante legal de la compañía, de su actuación no podría surgir jamás responsabilidad extracontractual en su contra.

Termina solicitando se declare la nulidad de la sentencia de conformidad con las previsiones del artículo 140 numeral 1. del C. de P. C., en concordancia con los artículos 368 numeral 5. del mismo estatuto y del 221 del C. de P. P.

El primer cargo subsidiario lo formula al amparo de la causal de casación prevista en el numeral 1° del artículo 368 del C. de P. C., por violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación de los artículos 1494 del C. C., 99, 117 inciso 2., 372 y 442 del C. de Co., el 35 del C. P, que dejó de aplicar, y los artículos 2341, 2347 y 2349 del C. C., que aplicó indebidamente.

En su demostración concluye que en Colombia existen dos formas de responsabilidad extracontractual, por los hechos propios y por los ajenos, pero

que en este último caso siempre y cuando sean hechos realizados por los representantes oficiales de la empresa.

Argumenta respecto a las normas sustanciales excluidas y a las aplicadas indebidamente para concluir que tales "disposiciones solamente obligan a los amos a responder por los hechos civiles culposos de sus trabajadores, cometidos con ocasión del servicio para el cual fueron contratados, cosa totalmente distinta a los hechos penales de tales personas"

El segundo cargo subsidiario lo presenta al amparo de la casual prevista en el numeral 1. del artículo 368 del C. de P. C., por violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de derecho consistente "en haberle dado el valor de declaración de tercero, esto es de testimonio, a las declaraciones que en su indagatoria, sin juramento alguno, hizo el señor Carlos Alfredo Valdez, en el sentido de que al momento de cometer el delito de homicidio culposo, en las personas de Eddy José Quiroz Noguera, y Fernando José Quiroz Caicedo, actuaba con ocasión de un servicio prestado por el citado Valdez a la compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda, declaración que le sirvió al Tribunal para condenar a la citada sociedad al pago de los perjuicios ocasionados por el señor Carlos Alfredo Valdez con su delito, siendo que la referida declaración no reúne los requisitos exigidos en los artículos 227, inciso segundo, del C. de P. C., y 292, numeral 1. del C. de P. P."

Estima que la declaración no es válida por falta de los requisitos propios de un testimonio y que como con ella se dió por probada la relación laboral con la empresa, se terminó condenado a la misma con un medio de convicción que no reunía los requisitos mínimos de validez.

El tercer cargo subsidiario es formulado al amparo de la causal prevista en el numeral 1 del Artículo 368 del C. de P. C. por violación indirecta de la ley sustancial por la existencia de un error de hecho al dar por no demostrado, estándolo " que el delito cometido por el señor Carlos Alfredo Valdez, causante de los perjuicios a que fue condenada mi representada, era imposible de prever (sic) y de evitar por parte de la Compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda, con la autoridad y cuidado que ésta pudiera tener sobre el señor Carlos Alfredo Valdez, imposibilidad de previsión que exonera a la sociedad de la supuesta responsabilidad civil extracontractual a ella imputada".

Que por la imprevisibilidad del resultado no se ha podido condenar a la empresa por él representada. Además, que dicha imprevisibilidad es un hecho notorio.

El cuarto cargo subsidiario es presentado al amparo de la casual prevista en el numeral segundo del artículo 368 del C. de P. C., porque estima que la condena en perjuicios "no es concordante con la excepción de cesación de responsabilidad, contemplada en el artículo 2347, inciso final, y 2349, segunda parte, del C. C. que dicho ad-quem debió reconocer oficiosamente, según lo ordenado en el artículo 306, inciso primero, del Código de P. C."

Estima que el delito era imprevisible e inevitable y que por tanto de allí no se le puede deducir responsabilidad a la empresa por él representada, lo cual es un hecho notorio que no requiere de prueba.

Termina solicitando se case la sentencia y que la Corte se abstenga de pronunciarse respecto de los perjuicios o que se absuelva a la compañía.

Subsidiariamente propone que se de por demostrada la excepción de haber cesado la imaginaria responsabilidad civil extracontractual imputada a la persona jurídica.

EL ALEGATO DE LOS NO RECURRENTES

El representante de la parte civil considera que no es cierto que los juzgadores de instancia se hayan equivocado al condenar al tercero civilmente responsable.

En lo concerniente a los cargos, y concretamente al primero, sostiene que la nulidad impetrada carece de todo fundamento jurídico porque el censor todavía confunde jurisdicción con competencia funcional y desconoce que del hecho punible surgen dos acciones, una penal y una civil de indemnización de perjuicios y que cuando el artículo 44 del C. de P. P., alude a quienes están solidariamente obligados a responder por los daños, se remite a la ley sustancial que no es otra que los artículo 2347 y 2349 del C. C., que tratan de la responsabilidad de los patronos y empleadores de las personas que les sean dependientes (art.2350 a 2356) y que realicen actividades peligrosas.

Referente al cargo segundo arguye que mal han podido vulnerarse por violación indirecta y errónea interpretación los artículos 1.494 del C. C y 99, 117, 372 y 442 del C. de Co., por cuanto tales normas nada tienen que ver con el asunto debatido y para demostrar la pertenencia de la aplicación de los artículos 2341. 2347 y 2349 del C. C., se remite a una decisión de la Corte en su Sala de Casación Civil.

Con respecto al tercer cargo se opone a él, puesto "que el casacionista ignora que las normas de procedimiento penal, prohíben indagar al sindicado con la restricción del juramento, el a quo y el ad quem para probar la relación laboral

tuvieron en cuenta el contrato individual de trabajo que obra a folio 323 ..." y la suspensión del contrato de trabajo del sindicado mientras estuviese privado a la libertad y que Citep Ltda era la propietaria del cabezote de la tractomula manejada por el sindicado.

En lo atinente al cuarto cargo se remite a lo sostenido por la Sala de casación civil en cuanto a la inexistente violación indirecta predicada.

Y con relación al quinto cargo sostiene que la presunción de culpa que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del C.C., opera en favor de la víctima del daño ocasionado por la realización de conductas peligrosas, lo que "exime a la víctima de la prueba de la existencia de culpa en el acaecimiento del accidente, quien demostrado el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquel la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa si aspira a liberarse de toda responsabilidad".

Termina solicitando no se atiendan las pretensiones del recurrente.

El criterio del Procurador Segundo Delegado en lo penal

Solicita no se case el fallo impugnado e inicia sus consideraciones resaltando el manifiesto desatino técnico en que incurre el censor, en cuanto que no era del caso acudir a las causales de casación civil.

Estima que si bien en principio la figura del tercero civilmente responsable se alindera con la condenación en perjuicios, no toda circunstancia que provenga de la inconformidad de este sujeto procesal debe ser catalogada dentro de tal ámbito.

Lo anterior porque la vía de la casación civil surge cuando el reproche que fundamenta el ataque sea exclusivamente contra la cuantía de los perjuicios y se cita jurisprudencia de la Corporación en tal sentido para concluir que "si ninguna queja se encuentra en el escrito impugnatorio acerca de la cuantía de la condenación en perjuicios o sobre su tasación o monto, sino que más bien se torna un reproche a la condena en perjuicios a la empresa transportadora, en calidad de tercero civilmente responsable, mal podría el actor acudir a las causales que para la casación civil establece el artículo 368 de tal estatuto procedimental, como base normativa de la fórmula de ataque que esgrime, pues en verdad, a todas luces resulta impróspero acudir a las causales civiles cuando el cuestionamiento que a la sentencia de segundo grado se hace, no muestra en manera alguna el reproche a la legalidad del fallo, sino que se torna en una mera disquisición del ámbito civil; menos aun cuando en su formulación se avisora la tacha por la inobservancia de preceptos penales como los artículos 35, 246 y 292 del C. de P. P."

Luego de realizar algunas consideraciones sobre los equívocos conceptuales del censor, para demostrar que la culpa del dependiente puede vincular al patrono a responder por los perjuicios ocasionados con un ilícito concluye que "es completamente desconcertante, lindante con el absurdo, el argumento que esgrime el libelista en el sentido de que era jurídicamente imposible que se hubiese contratado al empleado para que cometiese delito alguno y de allí cimentar la ausencia de responsabilidad de la sociedad, cuando es claro que la actividad completamente lícita por la que se vinculó laboralmente al procesado no es la que genera la obligación del resarcimiento de los perjuicios, sino la comisión de un delito que surge de una actividad peligrosa que desarrolla la persona moral y que repercute como fuente de obligación para ella misma".

Solicita no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Con relación al primer cargo, planteado como principal, y que el censor hace consistir en que la sentencia es nula porque el Juez Penal carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de la Compañía "Citep", derivada de un delito, ya que sólo está facultado para hacerlo sobre obligaciones a cargo de los padres, por delitos cometidos por sus menores hijos, se señala que no sólo está antitécnicamente desarrollado, sino que incurre en protuberantes errores conceptuales.

En cuanto a lo primero, porque si lo que censura es un vicio de actividad en la formación del Proceso, al considerar que el juez penal carecía de jurisdicción para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de Citep, esto es, si no acepta la validez de la actuación, estaba impedido para plantear, dentro del mismo cargo, errores in iudicando, relacionados con la interpretación de normas civiles y comerciales atinentes al derecho material, es decir, a su pretensión de que la sociedad que representa sea absuelta. Así, por ejemplo, cuando asevera que al carecer la compañía transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda. de capacidad para cometer delitos, el señor Valdez jamás pudo obrar con ocasión de un servicio prestado por éste a aquella y que al no ser tampoco su representante legal, no podía surgir responsabilidad extracontractual en contra de la mentada entidad.

Aparece evidente que un cargo desarrollado en tal forma es ostensiblemente antitécnico, al desconocer el principio de no contradicción, pues no se pueden predicar errores de juicio sobre una actuación que se reputa inválida.

En cuanto a lo segundo, se coloca en contravía no sólo de lo establecido en la ley sino de lo que de manera reiterada ha sostenido la Sala de Casación Civil y la doctrina.

Así, la Corte Constitucional en sentencia C-541 del 24 de septiembre de 1992, en la que declaró la exequibilidad de los artículos 154 y 155 del Código de Procedimiento Penal, manifestó que los llamados "terceros" son responsables por las consecuencias del hecho punible de otro, sin que haga ninguna distinción al respecto, es decir, sin que la limite a los padres con relación a los hechos cometidos por sus menores hijos, como lo pretende el censor. Se dice en tal proveído: "En este orden de ideas, y según la decantada jurisprudencia nacional, aceptada no sólo en el ámbito de la jurisdicción civil, sino en el de competencia de los jueces penales, los llamados 'terceros' en esta institución son responsables, de conformidad con la ley sustancial, con carácter colateral o indirecto, por las consecuencias del hecho punible de otro, como el padre del menor o el guardador del incapaz, que por distintas razones omitieron la vigilancia que debían sobre aquellos, o el patrono que no se guarda de escoger y vincular a su actividad económica o doméstica servidores idóneos, probos y de buena conducta en las mismas. Como se destaca, es la propia culpa, sea colateral o indirecta, la que permite a la ley llamar a responder 'al tercero', y por tal razón, se parte del supuesto de que éste tiene interés para intervenir en la resolución judicial de una situación jurídica que lo obliga como sujeto procesal".

Por otra parte, el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal al definir al tercero civilmente responsable dice que es "quien sin haber participado en la comisión del hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil". Y este estatuto, particularmente en los artículos 2.347 y 2.349, trata de la responsabilidad de los patronos y empleadores por los daños causados por sus dependientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos. Tales patronos o empleadores pueden incurrir en la llamada "culpa in eligendo" o "in vigilando", referida la primera a la escogencia de sus subordinados; y la segunda, a los medios que utilicen para evitar que causen accidentes.

En el caso que se analiza, no existe la menor duda de que el procesado, en el momento del hecho punible, estaba desempeñando el oficio propio de su vinculación laboral con "Citep" y que el poder de uso, dirección y control del automotor con el cual se cometió el insuceso corría por cuenta de aquella empresa. El procesado era dependiente de ella.

Al respecto se dijo en la sentencia de primera instancia, que forma una unidad inescindible con la de segunda:

"Tampoco existe incertidumbre sobre la dependencia de Carlos Alfredo Valdez con la empresa Citep, la cual no solamente era propietaria del automotor con el

que se produjo el daño y se ejercía la actividad peligrosa, sino también la empleadora del enjuiciado, quién tenía a su cargo maniobrar el vehículo, recibiendo para ello, orden laboral de trasladarlo de Yopal (Casanare) a esta Capital, lo que significa que la firma Citep en ningún momento perdió el poder de uso, dirección y control de la acción de riesgo que desarrollaba su trabajador, el cual se presume fue encargado de esta labor, en virtud de la confianza generada entre empleador y empleado, pues de no ser así, la persona jurídica no contrataba con su subordinado el ejercicio de la labor peligrosa que éste desempeñaba.

"Pues bien, correspondía a la empresa "Compañía Transportadora de equipo pesado 'Citep Ltda' ser 'guardián de la actividad' de su empleado, máxime cuando tenía poder efectivo de uso y aprovechamiento del rodante mediante el cual se produjo el daño.

"Quedando entonces claro que el daño fue causado por persona dependiente de la Empresa Transportadora de equipo pesado 'Citep Ltda', que era de la órbita de ésta estar al tanto de la maniobra peligrosa que desarrollaba su subordinado, como por ejemplo, ejercer control directo sobre la capacidad física y psíquica del imputado Carlos Alfredo Valdez para la conducción de la tractomula puesta a su mando, era menester de 'Citep Ltda', planificar la función del enjuiciado, pues cualquier bien jurídicamente tutelado que éste en ejercicio de su actividad vulnerara, le iba a comprometer directamente".

Por otra parte, no comparte la Sala la opinión del Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando asevera que sólo es procedente acudir a las causales de casación civil cuando el ataque se dirige exclusivamente a cuestionar la cuantía de la condenación en perjuicios, sino que la Sala estima que siempre que se formulen sólo cargos civiles, la demanda deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas para la casación civil. Así, a quien discute que no es padre del menor que cometió el hecho punible que dañó a otro, o no es patrono de quien con ocasión del servicio prestado cometió un delito que causó perjuicios, no se le podría exigir el acogimiento a las normas que disciplinan la casación penal, sino que lo procedente es que la demanda la fundamente en los preceptos que regulan la casación civil.

Sin embargo, como en este primer reproche el censor plantea nulidad por falta de jurisdicción del juez penal, bien podía acogerse a las causales de casación penal ó a las civiles, como lo hizo.

2. En lo atinente al primer cargo subsidiario, según el cual las sociedades no pueden contraer obligaciones derivadas de la comisión del delito, esto es, que conforme a las normas civiles sólo están obligadas a responder por los hechos

civiles culposos de sus trabajadores, cometidos con ocasión del servicio para el cual fueron contratados, pero no por sus hechos penales, corresponde a una muy personal apreciación del censor, contraria a lo que ha sostenido la jurisprudencia, que en tratándose de la responsabilidad por el hecho ajeno afirma que los empresarios y, en general, los patronos, deben responder por los daños causados por sus dependientes, subordinados o empleados, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos, de conformidad con los artículos 2.347 y 2.349 del Código Civil, sin que se distinga entre culpa civil y culpa penal.

Además, si tan personal interpretación fuera acertada no tendrían razón de ser las normas del Código de Procedimiento Penal, particularmente el artículo 153 que dice que el tercero civilmente responsable es quien responde sin haber participado en la comisión del hecho punible, conforme a las normas civiles.

Aquí no se habla de culpa civil, sino de hecho punible, con lo que muy claramente se indica que existe una especie de responsabilidad civil por el hecho ajeno sobre la que extiende su competencia al juez penal y es la que tiene como fuente el hecho punible.

Asevera el recurrente que el señor Valdez cuando incurrió en el delito de homicidio culposo "no estaba actuando con ocasión de un servicio prestado por él a la Compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda, por cuanto la sociedad no lo contrató para que prestara el servicio ilícito de cometer un homicidio.".

El desacierto de tal argumento se pone de manifiesto si se tiene en cuenta que si la sociedad mencionada hubiera contratado al procesado para cometer delitos y efectivamente los realiza, no podríamos aseverar que los ejecutó con ocasión del servicio contratado, sino en cumplimiento directo del encargo. Cuando el artículo 2.349 del Código Civil utiliza la expresión "con ocasión de servicio prestado" se refiere a que la relación de dependencia tiene por objeto una determinada prestación (por ejemplo conducir vehículos) y que con motivo de ella, se causa daño a otro.

3. En cuanto al segundo cargo subsidiario, según el cual a la indagatoria del procesado se le dió el valor de testimonio, no obstante que fue recibida sin la formalidad del juramento, y al estimar que la relación laboral de dependencia se probó con tal medio de convicción, es preciso observar que tal diligencia, para efectos de garantizar la libertad del deponente, debe ser recibida sin ninguna clase de apremio ni juramento; que no es cierto que se le hubiera considerado como un testimonio, sometido a tal formalidad, sino que se tomó como un medio de convicción autónomo, dentro de la libertad probatoria que rige nuestro sistema procesal (arts.248 y 253 del C. P.P.), valorado según los principios de la sana crítica; y, finalmente, que la relación laboral se demostró, además, con el contrato

individual de trabajo que obra en el expediente y con la comunicación mediante la cual el representante legal de Citep lo suspende, mientras el procesado esté privado de la libertad.

En consecuencia, tampoco con respecto a este cargo le asiste razón al recurrente.

4. En cuanto al tercero y al cuarto cargo subsidiarios que según el censor, consisten, respectivamente, en que el delito cometido por el señor Valdez era imposible de prever y de evitar por parte de la Compañía Transportadora de Equipo Pesado Citep Ltda y que tal hecho por ser notorio no había necesidad de probar, no obstante lo cual, fue ignorado por el juzgador, en forma tal que si no lo hubiera pretermitido habría exonerado a la citada sociedad; y que como tal hecho era una excepción de cesación de responsabilidad y no necesitaba prueba ha debido ser reconocido oficiosamente por el juzgador en la sentencia y absolver a Citep.

El planteamiento del casacionista es erróneo, pues la imprevisibilidad del delito en que basa los dos reproches, no es el fundamento de la responsabilidad de Citep, sino la culpa en la elección y en la vigilancia del conductor, para evitar que causara accidentes, según antes se expresó. Por otra parte, es preciso recordar que el perjuicio se causó con una actividad peligrosa, como lo es la de conducir vehículos automotores, en la que opera una presunción de culpa civil en el agente de aquella actividad, conforme al artículo 2.356 del Código Civil, tal como se señaló en la sentencia censurada, que releva a la víctima del cargo de probar su existencia, bastándole demostrar los hechos determinantes de la actividad peligrosa, el perjuicio sufrido y su relación de causalidad, no pudiendo exonerarse de ella ni el autor, ni el tercero civilmente responsable sino probando una causa extraña, a saber, fuerza mayor o caso fortuito, hecho de un tercero o hecho de la víctima.

En este caso no se probó ninguna causa extraña, por parte de la sociedad demandante, la que tampoco demostró que la circulación del automotor se hizo contra su voluntad, de manera que resulta ilógico aseverar que está probado que no hubo culpa en la compañía mencionada o que es un hecho notorio que no necesitaba demostración, pues ello equivale a sostener, con desconocimiento de la ley y la doctrina, que la presunción de culpa opera en contra de la víctima y no del victimario.

No prospera ninguno de los cargos expuestos.

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

RESUELVA

No casar el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda, Luis Bernardo Alzate Gómez, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CALUMNIA/ INJURIA

Para la Corte las primeras expresiones ("hombre de baja condición moral y de bajo perfil profesional"), en principio podrían calificarse de injuriosas. Pero, recuérdese que ya desde Carrara se viene diciendo que la verdadera esencia de la injuria está totalmente puesta en el ánimo del injuriante. Se requiere, pues, el animus injuriandi o sea –como lo dice conocido autor nacional– la conciencia del carácter injurioso de la acción.

La doctrina y la jurisprudencia –consecuentemente– también son claras en señalar que no se configura el delito de injuria cuando las expresiones que podrían constituirla son proferidas para defenderse de quien ha calumniado o injuriado. El mismo Carrara al respecto señala:

"Este animus no sirve solamente para excusar la imputación de embustero y mentiroso hecha a quien anduvo propalando malas voces en contra nuestra; sino que favorece también a aquel que haya atacado al ofensor en algo distinto a su veracidad; porque también en este caso se puede considerar (en términos debidos) que el ánimo estuba dirigido a desacreditar a nuestro acusador por medio del argumento implícito de que sus malas costumbres lo hacen indigno de crédito". ('Programa de Derecho Criminal', 1760).

Corte Suprema de Justicia.– *Sala Penal.*– Santafé de Bogotá,D.C., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado: Acta No. 24

Proceso: 10139

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la procedencia de apertura de investigación, dentro de las presentes diligencias en las que el Dr. Alvaro Buitrago Góngora formuló querella contra el Congresal *Emilio Martínez Rosales* por los delitos de "calumnia, injuria y/ó otros que puedan probarse en el Proceso".

Da respuesta así la Corporación a los memoriales de querellante y querellado, en los que solicitan una definición en el referido sentido.

ANTECEDENTES

El 11 de noviembre de 1994, *Alvaro Buitrago Góngora*, formuló querella ante la Unidad de Fiscalía del Espinal, contra el parlamentario *Martínez Rosale* , por los delitos a que acaba de hacerse referencia, con base en los siguientes hechos:

"...tanto en privado como en público, ha aseverado en forma temeraria, a) que a Alvaro Buitrago Góngora le suspendieron la tarjeta profesional por faltas contra la ética; b) que *Alvaro Buitrago Góngora* es indigno social porque lleva una vida personal desordenada; c) que *Alvaro Buitrago Góngora* es persona deshonesta porque manifestó su interés de asistir a la Cámara de Representantes en su condición de tercero en la lista encabezada por *Alfonso Uribe Badillo*, quien perdió su investidura parlamentaria por fallo de la Honorable Corte de Justicia; d) que *Alvaro Buitrago Góngora* no puede explicar el paradero de un préstamo hecho a la Asociación de vivienda representada por él y destinado a la compra de un lote de terreno; e) que *Alvaro Buitrago Góngora* lo ha amenazado con secuestrarlo y que si algo le llega a suceder a *Emilio Martínez Rosales* denuncia de antemano de ese delito a *Alvaro Buitrago Góngora*; f) que *Alvaro Buitrago Góngora* es deshonesto, inmoral, corrupto, indigno, en fin, cuanto epíteto despectivo halló en su nutrido léxico de agravios sin medir el alcance de su temerario proceder".

Comprobado que el doctor *Martínez Rosales* se desempeñaba como Representante a la Cámara, el expediente se remitió a la Corte, por competencia. Ya en esta sede se ordenaron diligencias preliminares.

En la División de Criminalística, Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, se transcribió a texto mecanográfico el casete que había presentado el querellante que, en el lado 'A', contiene la intervención de *Martínez Rosales* el 8 de octubre de 1994, y en el lado 'B', la del 24 del mismo mes y año. De esa transcripción se destaca lo siguiente, del primer lado:

"...el señor Alvaro Buitrago, pues yo lo respeto hasta cierto punto, pero qué se puede esperar que se haya constituído prácticamente en el jefe de debate de la campaña de Vanegas Dávila, cuando fue destituído del Hospital Regional San Rafael, él demandó ante el Tribunal contencioso del Consejo de Estado y ambas instancias le negaron, o sea que le confirmaron las faltas contra la ética profesional, tengo entendido que le suspendieron por un lapso de tiempo que ya venció, e -sic- la tarjeta profesional como médico, tuvo que renunciar al Seguro Social y como Médico Legista, por situaciones de todos los espinalunos conocida, o sea que no es el hombre transparente.."..

Y, del lado segundo:

"...De verdad yo pienso que afortunadamente el país, el Espinal y el Tolima se han dado cuenta en poco tiempo de las calidades morales, éticas, profesionales y políticas de Emilio Martínez Rosales, y si he salido por los medios de comunicación, no he salido por lo que anda diciendo un hombre de baja condición moral y de bajo perfil profesional, sino todo lo contrario, porque me he caracterizado de ser un hombre de una sola pieza, porque yo sí lo que aprendí en mi casa, que fue a ser honesto, a ser vertical, lo he puesto en práctica; el presidente Ernesto Samper, el Ministro de Gobierno Horacio Serpa Uribe, el señor Fiscal General de la Nación Alfonso Valdivieso Sarmiento, el Ministro de Justicia el doctor Néstor Humberto Martínez, son plenos, son conscientes, están plenamente concientizados de quiénes somos los parlamentarios que hemos dado la peleá, para que el proyecto en mención al que usted hace alusión no pase, estamos inclusive exponiendo nuestra vida, nuestra integridad, para que un hombre deshonesto, que ojalá me esté grabando, un hombre de bajo perfil, un hombre que no tiene más que lanzar la diatriba porque no es capaz de mostrarse ante la opinión pública como lo que es y como el esfuerzo que hizo su familia de sacarlo médico, para que ni siquiera pueda ejercer en debida forma su profesión, porque ya le quedó el lastre de su vida de lo que le señalaron oportunamente cuando desempeñaba los cargos, se atreva a pretender mancillar mi nombre, yo mañana a primera hora estaré presentando la denuncia penal por injuria y calumnia, para que con intervención directa de la Procuraduría, se entre a evaluar inmediatamente esta situación porque uno no puede permitir que la honra y el honor que uno ha construído durante tánto tiempo se lo venga a mancillar una persona que no tiene la más mínima credibilidad moral, el proyecto sigue, las audiencias públicas, ustedes bien suben que la Comsión Primera trató de aprobar ese proyecto donde afortunadamente yo en esa Comisión no estaba al momento de la votación como lo voy a demostrar con las actas y logramos reabrir la discusión y junto con la Directora del partido, la Dra. Yolima Espinosa, una mujer preclara, transparente, la Dra. Vivian Morales, una mujer de intachable conducta del Partido Cristiano, perteneciente de igual manera al liberalismo,

hemos dado la pelea y estamos en unas audiencias públicas, la Comisión Primera no ha aprobado el proyecto, lo aprobó el Senado de la República, donde se encuentran dos Senadores Tolimenses en la Comisión Primera, que lo aprobaron en una mañana a los pupitrazos y a las carreras y posteriormente en plenaria, nosotros estamos dando el debate, todo lo contrario para que el país conozca y si los medios de comunicación no han metido el dedo en la llaga es porque nosotros los parlamentarios de la Comisión Primera no hemos querido aprobar el proyecto,de tal manera que no se venga a engañar al Espinal y al Tolima,con una serie de diatribas... .Cómo duele que una persona que dice ser honesto ..., no solo ha sido capaz de pretender engañarse a sí mismo, sino engañar a una colectividad, venga ahora con unos comunicados de última hora a decir que es un hombre que pasa de honesto, qué se puede esperar de un hombre que tan pronto se habla de la desinvestidura de por quien votó, el señor Alfonso Uribe, sale a los cuatro vientos a decir que va a ser parlomentario, o sea, que se alegra con el dolor de su propio amigo, qué se puede esperar de una persona que sale a los cuaro vientos a decir que es honesto y que lo único que ha hecho es engañar a la gente con un plan de vivienda, que le diga a los Espinalunos y a los viviendistas, dónde están los dineros que hace más de dos años viene recogiendo, los mil pesos que le pagan sagradamente esos pobres usuarios, que diga qué los ha hecho y en qué los ha invertido,... que le diga a los viviendistas dónde están los dineros del préstamo grande que hicieron para la compra de ese lote y lo que sobró en qué lo han invertido, así es que uno no puede hablar de honestidad, que le diga al Espinal por qué lo suspendieron en el ejercicio de la profesión, por qué siendo médico del Hospital San Rafael lo destituyeron, cuando a uno lo destituyen es porque uno ha cometido faltas, y demanda, y en las dos instancias ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Ibagué y ante el Consejo de Estado perdió, o sea que el Estado reconoció que él era una persona deshonesta, antiética y yo creo que es lo más grave que le puede pasar a un médico que jura, hace el juramento a Hipócrates, faltar a la verdad y faltar a sus comportamientos éticos. que le diga al Espinal por qué tuvo qué renunciar a su condición de médico legista, que le diga al Espinal por qué tuvo que renunciar al Instituto de los Seguros Sociales y por qué no siguió ejerciendo en debida forma la profesión de médico y se lanzó a la profesión de político, ..., eso es lo que él tiene que aclararle al Espinal, ese tipo de conductas y no decir que EMILIO MARTINEZ es un narcoparlamentario y que pertenece a una narcocomisión, yo como afortunadamente tengo la frente en alto, tengo la tranquilidad de conciencia... voy a colocar mañana, la denuncia penal por injuria y calumnia... porque cuando yo le he dicho al Espinal que Alvaro Buitrago no tiene credibilidad, moral ni ética para presentarse es porque tengo las pruebas a la mano de que fue destituído y de que fue suspendido en el ejercicio de su profesión, si no las tuviera no lo haría.... y le voy a demostrar que él no tiene la verdad ...porque él no puede decir que la Comisión más importante de la Cámara como

es la Comisión Primera, es la Comisión de la narcodemocracia...afortunadamente 'El Tiempo' me sacó en todos los despliegues y Q.A.P. y C.M.I. porque fui de los parlamentarios que tuvo el valor civil de exigirle rectificación a Q.A.P. ..., él anda diciendo que se va a encargar de que Emilio Martínez deje de ir al Congreso, y de que falle por lo menos un mes, vamos a ver de qué manera lo va a hacer porque si se produce el secuestro...Alvaro Buitrago no puede mancillar la honorabilidad de las personas... no se puede permitir a un hombre de las calidades morales y profesionales tan claramente cuestionadas, como el señor Alvaro Buitrago que salga a los cuatro vientos a posar de hombre digno, cuando el Espinal afortunadamente lo conoce porque tiene rabo de paja y no se puede arrimar a la candela. ... "..

Lo que acaba de señalarse fue manifestado por el parlamentario *Martínez Rosales*, en respuesta a una intervención radial que el mismo 24 de octubre de 1994 y ,momentos antes, había tenido Alvaro Buitrago Góngora, por la misma Emisora 'Radio Avenida' del Espinal, así:

"...*Emilio Martínez* es una persona que pregonó, que en política se puede hacer de todo, y también hay que partir del principio de quien cree que en la política se puede hacer de todo, está dispuesto a hacerlo todo por la política, no es de extrañar que *Emilio Martínez* haga cualquier cosa, es que él es capaz de todo, lo único que no ha sido capaz fue aprender buenos modales, a elevar su nivel personal a mostrarse en el país como un parlamentario, a sacar el buen nombre del Espinal. Nosotros sabemos que sólamente necesitó dos meses para ir a la galería de los famosos por el cinismo y la corrupción de la Comisión Primera, la prensa de todo el país lo –sic– ha señalado como la narco-comisión, *El Tiempo*, *El Espacio*, lo –sic– señalan como los narcoparlamentarios, y este ciudadano en dos meses de parlamento ya nos tiene a nosotros en la galería de los deshonestos, los cínicos, los corruptos a nivel nacional, quien -sic- más va a suceder en el término de los cuatro años de mandato. Lo que suceda de aquí en adelante hay que preguntárselo al oráculo, porque definitivamente *Emilio Martínez* es un hombre de sorpresas, pero de sorpresas negativas, todo le ha fallado en la vida y ni siquiera su propio comportamiento ha sido acorde con lo que quisieron sus padres, ni lo que quiso la sociedad, ni lo que queremos los amigos, por eso sería bueno que *Emilio Martínez* algún día asumiera el papel que le asignó la vida y que dejara de ser tan bajo, una persona de un perfil moral tan pequeño, que no respeta ni a los muertos, ni a los ancianos ni a las futuras generaciones que lo están conociendo de cuerpo entero".

A los cargos de *Buitrago Góngora*, respondió *Martínez Rosales*, al rendir su versión preliminar, así:

"... *Ya en plena campaña de las elecciones de octubre me encontraba visitando unas personas en el barrio Rondón de la ciudad del Espinal, como a eso de las seis de la tarde, con los señores Hernando Durán, candidato al Concejo de nuestra colectividad, don Carlos Suárez, no recuerdo su otro apellido, entre otros, cuando las personas que visitábamos y que hasta ahora conocía yo me dijeron, mire doctor lo que andan diciendo de usted, le pusieron más volumen a la radio de la casa donde nos encontrábamos y prendieron el radio del vehículo donde me desplazaba y la verdad yo veía una cara de sorpresa en la gente que estaba a mi alrededor como cuestionándome, yo no podía creer lo que oía, el señor Alvaro Buitrago Góngora decía en la emisora Radio Avenida a los cuatro vientos, entre otras cosas que yo era un narcoparlamentario, que era un cínico, un corrupto, algo así como que yo era casi una verguenza para mis padres y que en solo dos meses de actividad parlamentaria había hecho aparecer el Espinal en la Galería de los Pícaros y de los Corruptos, algo así, yo lo único que hice al ver la cara de quienes me rodeaban y sentir una lesión profunda en mi ser, en mi patrimonio moral, en mi integridad, lo único que atiné a hacer fue decirle a a Hernando Durán que prendiera su carro y me llevara a la Emisora Radio Avenida inmediatamente, cuando llegué a ese sitio Buitrago Góngora acababa de salir, llegué extremadamene ofendido y lo único que busqué fue defenderme de tan bajos improperios que atentaban contra mi honra y mi integridad moral y por eso le dije al periodista a pesar de lo ofuscado que me encontraba ya que la reacción fue inminente que me dejara hablar que yo quería contarle a la sociedad espinaluna que eso que él acababa de decir no era cierto y que además yo consideraba que él no tenía credibilidad moral para cuestionarme, porque yo sabía algunas cosas de él y nunca me había atrevido a decirlas pero en ese momento yo consideré que los espinalunos tenían derecho a saber que quien me cuestionaba no era ningún santo y se trataba de alguien cuestionado moralmente; por eso señor Magistrado yo dije que él no tenía ninguna credibilidad moral para cuestionarme ya que había sido destituído de su cargo como médico en el Hospital San Rafael del Espinal porque según se lo demostró la Dirección de ese Hospital y en segunda instancia la Secretaría de Salud del Tolima al adelantarle un Proceso disciplinario que terminó con su destitución y suspensión en el ejercicio de funciones públicas porque pese a que varias enfermeras cuando estaba él de turno lo llamaron dada su condición de médico para que le prestase la colaboración a una paciente que había sido remitida de un hospital en estado delicado, no prestó su concurso, se negó a atenderla y murió o nació muerto el bebé, no tengo claro, eso para mí –me reafirmo– es no tener credibilidad moral, le dije también que dónde estaban las platas de la Asociación de Vivienda que él había creado y sabe doctor en qué va a la fecha ese plan de vivienda, pues que muchos de los viviendistas asociados lo denunciaron penalmente, la Fiscalía Seccional le dictó este año resolución de acusación por estafa y constreñimiento ilegal y está el Proceso en los Juzgados Penales del Circuito del Espinal para la*

etapa del juicio. Es más, llegó a tal punto sus ofensas contra mi integridad que comencé a recibir amenazas y tuve que comenzar a solicitar protección del DAS, no digo que fueron de él pero los hechos derivaron en una situación muy tensa a mi alrededor y por eso sin pérdida de tiempo yo le formulé denuncia por injuria y calumnia ante la Fiscalía Local del Espinal, con gran sorpresa mía en primera instancia prácticamente lo absolvieron..., interpuse recurso de apelación y la Fiscalía Delegada ante el Tribunal derogó la providencia en primera instancia, le abrió investigación, actualmente tiene medida de aseguramiento también por este delito. Esa situación me hace entender hasta la fecha que no puede aceptar nada diferente al veredicto de la justicia en este caso, porque el señor Buitrago, a través inclusive de un amigo común el señor Carlos Suárez me ha mandado a decir que quiere que arreglemos ésto, y yo vuelvo y me ratifico en lo que dije ese día, máxime cuando gran parte del país conoce mis posturas frente al tema del narcotráfico y los famosos narcomicos así llamados por la opinión pública que han tenido su trámite en el Congreso de la República, yo siempre he votado en contra de ellos, como lo demuestran las actas de la Comisión Primera de la Cámara en octubre y noviembre de 1994 y en la plenaria de la misma Corporación ... vuelvo y me ratifico, un profesional de la medicina que según se demostró no acude al llamado desesperado de varias enfermeras para que se salve una criatura que está por nacer y que por el contrario se va al cuarto de descanso como allí aparece consignado y finalmente muere esta criatura, para mi y para la sociedad objetivamente no puede ser considerado como digno de credibilidad. ..., entré a ese sitio (la Emisora Radio Avenida) con el pleno convencimiento de defenderme de tan bajas e injuriosas expresiones que acababan de lanzar contra mi integridad moral y personal y para ello consideré que el mejor canal era esa emisora y que yo tenía el deber moral para con la sociedad espinaluna de restarle credibilidad a las expresiones de Buitrago Góngora contándoles y a lo mejor recordándoles a los espinalunos qué clase de persona era él y nunca pretendiendo injuriarlo, todo lo contrario, mi ánimo era defenderme para salvar mi reputación que estaba totalmente enlodada, ya que a esa hora el programa goza de la más alta atención en la región, es más me dirigí inmediatamente a la emisora porque pensé abordarlo directamente para que en público aclarara tan bajas imputaciones y como ello no fue posible pues me tocó en el programa siguiente explicarle a la sociedad espinaluna y de la región quién era Alvaro Buitrago, por eso lo que digo a folio 32 de que es un hombre deshonesto que no pudo ejercer en debida forma su profesión me ratifico, como lo he reiterado oportunamente con el fallo de segunda instancia proferido por la Secretaría de Salud del Tolima ya que si a uno le establecen una inhabilidad de un año para ejercer funciones públicas como profesional del área respectiva, eso significa no poder ejercer en debida forma su profesión, por ello presumo que además de la destitución debió renunciar a los cargos que como médico tenía ante la Gobenación del Departamento como Médico Legista y ante los Institutos Sociales como médico adscrito a ese ente. Respecto a

lo manifestado al folio 33 es cierto, él dijo que iba a entrar al Congreso porque ya Alfonso Uribe había perdido su investidura y eso no es ninguna imputación. Respecto a que lo único que ha hecho es engañar a la gente con un plan de vivienda que le diga a los espinalunos y a los viviendistas, dónde están los dineros y la plata que le pagan los pobres usuarios o viviendistas, me ratifico plenamente...respecto a lo que aparece al folio 35 sí es cierto que lo que él manifiesta sobre un atentado ya que él manifestó que Edgar Barreto Hernández le estaba lanzando amenazas contra su vida, de igual manera sí es cierto que él manifestó que no me iba a dejar ir al Congreso y que yo faltaría por lo menos un mes, ahora bien, por eso ante el temor que me asaltaba por lo que ya me habían manifestado en ese entonces respecto a lo que él había dicho, consideré que lo más prudente en defensa a mi vida, a mi integridad personal, era contarle a la ciudadanía... vuelvo y repito mi intención frente a este caso una vez más no fue otra situación que defenderme de las ofensas que había recibido sin la más mínima intención de causarle ningún tipo de injuria o deshonra al señor Buitrago Góngora ...siempre mi intención y mi ánimo fue el de defenderme ante la audiencia y ante la sociedad espinaluna de que yo era honesto y que no debían darle credibilidad a Buitrago Góngora por las razones que expuse, pese a todo ello la duda quedó en el ambiente y todavía han existido algunas personas que se han atrevido a manifestarme aún personalmente en tono de sorna que soy un narcoparlamentario, teniendo que obsequiarles las Gacetas del Congreso para que vean cuál ha sido mi posición. ... "..

LOS MEMORIALES

En el del querellante éste se limita a solicitar que se abra investigación penal y el de la defensa se refiere a que se le reconozca a su representado la legítima defensa de su honra. Se sostiene que, admitiendo que su representado, en la campaña electoral hubiera realizado comentarios que disgustaron al aquí querellante, éstos no fueron de la entidad "de las frases degradantes expresadas por Buitrago Góngora el día 24 de octubre de 1994".

El doctor Martínez, al momento de ejecutar el hecho no tenía otra alternativa para evitar la lesión de su integridad moral que desplazarse –como lo hizo– inmediatamente a la Emisora por la que Buitrago lanzaba las expresiones degradantes de aquella, para contrarrestar así "el impacto negativo que tales hechos producían en sus electores y en la misma comunidad, máxime si las afirmaciones se hacían en la ciudad que lo había adoptado políticamente, a las masas que creían en él como político y como representante de la ciudad espinaluna, a la comunidad que lo respetaba por su honra, honor, prestigio profesional, en su buen nombre".

La agresión –continúa la defensa– de Buitrago a Martínez se prolongó "luego de consumada por el quejoso y aún perdura". Hay, además, "una equivalencia relativa entre la reacción del imputado y la agresión por parte del quejoso, los ataques y la defensa se hicieron respecto a bienes jurídicos de la misma entidad, los dos pesonajes eran hombres dedicados a la vida política, las circunstancias temporales no eran las más apropiadas para que Buitrago Góngora lanzara las frases injuriosas y calumniosas, por lo que mi prohijado no tenía otra alternativa para restarle credibilidad a las afirmaciones del quejoso que utilizar el mismo medio de comunicación que estaba usando Buitrago y hacerlo inmediatamente, defendiendo su honor, pues de haber esperado el daño hubiese sido mayor".

Del doctor Martínez afirmó el Dr. Buitrago que había dado su voto positivo al conocido como narcoproyecto, cuando la verdad es que siempre votó en contra. Está probado que de inmediato se trasladó a la Emisora por la cual se difundían los agravios, para defenderse de los mismos, utilizando expresiones contentivas de la verdad, "como se demostró con los documentos que aportamos".

Consideraciones

1. Hoy por hoy, doctrinariamente no se discute la admisibilidad de la legítima defensa de uno de los derechos más preciados del ser humano, cual es el del honor, exigiéndose –eso sí– en todo caso que la respuesta a la agresión sea únicamente la necesaria y la proporcionada y admitiéndose la reacción violenta sólo en casos extremadamente graves y cuando no exista otro medio de defensa.

2. Lo primero que debe aquí analizarse es si la conducta desarrollada por *Emilio Martínez Rosales* es típica, para entonces sí entrar a precisar si está o no justificada. Dicho de otro modo, como quiera que la eximente que se alega por la defensa no puede invocarla quien no realiza conducta penalmente relevante, es éste el primer factor a determinarse ya que si resulta que la conducta no es típica, se cae de su peso lo inoportuno de cualquier estudio sobre la antijuricidad o la justificación del hecho.

3. La conducta que se cuestiona se realizó en la ciudad del Espinal, días antes a las elecciones cumplidas el 30 de octubre de 1994, para Alcaldes. Y los protagonistas de los hechos, doctores *Martínez Rosales* y Buitrago Góngora, estaban enfrentados políticamente pues cada quien tenía su candidato a desempeñar tal cargo y en la referida localidad.

Los ánimos –como es apenas natural en tales eventos– se encontraban caldeados y cada quien buscaba motivar de la mejor manera a los electores. En circunstancias así el grado de credibilidad de los líderes combatientes en la pugna civil es cuestión

sustancial, pues de ello depende en gran medida el resultado electoral. Por ello resulta obvio que el político busque resguardarla y que el derecho lo proteja cuando la defienda al ser la misma –injustamente– atacada.

Pero –se reitera– el interrogante central a descifrar aquí es el de establecer si cuando el Dr. *Emilio Martínez Rosales* respondió a los ataques a su honra, lo hizo injuriando o calumniando a Buitrago Góngora, o simplemente, dando a conocer hechos veraces de éste, dirigidos a restarle credibilidad a los ataques a la integridad moral del parlamentario y sin que su conducta llegara a la esfera de la tipicidad delictiva.

Las primeras expresiones lanzadas por *Martínez Rosales* el 24 de octubre de 1994, por Radio Avenida del Espinal y en respuesta a las instantes antes pronunciadas por Buitrago Hurtado, comienzan señalando que si ha salido por los medios de comunicación no es "por lo que anda diciendo un hombre de baja condición moral y de bajo perfil profesional". Apréciese, pues, que no menciona el nombre de aquél, mas no puede dudarse de que a él se refiere. Y, entra luego a precisar que él no votó el conocido como narcoproyecto.

A continuación expresa, sin especificar el nombre aún, pero incuestionablemente refiriéndose a *Buitrago Góngora* –que es quien acaba de endilgarle el epíteto de narcoparlamentario– que debe explicarle a los Espinalunos dónde están los dineros que viene recibiendo de los componentes de la Asociación Comunitaria de Interés Social de la que es su representante; el porqué lo destituyeron del Hospital San Rafael y la razón por la que tuvo que renunciar al Instituto de los Seguros Sociales; en fin, lo ya sabido.

En la versión preliminar –y la Corte encuentra lógico y creíble lo allí expuesto– el imputado asegura que su única intención fue la de defenderse, la de explicarle a la sociedad Espinaluna que quien lo tildaba de narcoparlamentario, no era digno de crédito y que lejos estuvo de querer inferir injuria o daño a quien ahora se querella en su contra.

Para la Corte las primeras expresiones ("hombre de baja condición moral y de bajo perfil profesional"), en principio podrían calificarse de injuriosas. Pero, recuérdese que ya desde Carrara se viene diciendo que la verdadera esencia de la injuria está totalmente puesta en el ánimo del injuriante. Se requiere, pues, el animus injuriandi o sea –como lo dice conocido autor nacional– la conciencia del carácter injurioso de la acción.

La doctrina y la jurisprudencia –consecuentemente– también son claras en señalar que no se configura el delito de injuria cuando las expresiones que podrían

constituírla son proferidas para defenderse de quien ha calumniado o injuriado. El mismo *Carrara* al respecto señala:

"Este *animus* no sirve solamente para excusar la imputación de embustero y mentiroso hecha a quien anduvo propalando malas voces en contra nuestra; sino que favorece también a aquel que haya atacado al ofensor en algo distinto a su veracidad; porque también en este caso se puede considerar (en términos debidos) que el ánimo estaba dirigido a desacreditar a nuestro acusador por medio del argumento implícito de que sus malas costumbres lo hacen indigno de crédito". ('Programa de Derecho Criminal', 1760)

Queda, pues, claro que, en tratándose de la hipótesis de la injuria, esta no se dio ya que solo se buscó por el imputado *Martínez* anular o disminuír la autoridad o credibilidad que la sociedad Espinalun a le hubiera podido otorgar al Dr. *Buitrago Góngora*, cuando lanzó vocablos calumniosas contra aquél. La conducta analizada, entonces, desde esta óptica, es atípica.

4. Las expresiones supuestamente constitutivas del delito de calumnia, estrictamente no lo son, por cuanto el aquí imputado en momento alguno manifestó por la radio que Buitrago Góngora hubiera dado muerte a determinado menor, de manera culposa, sino que simplemente se limitó a señalar que el querellante debía decirle a los Espinalunos porqué lo habían destituído del Hospital San Rafael y porqué había tenido que renunciar a los otros cargos a que ya se ha hecho referencia. O sea, que ni siquiera lo tildó de manera general de homicida. Tampoco dijo de él que fuera un estafador en la persona de los viviendistas, sino que debía explicarles a éstos que se habían hecho los dineros que, en su condición de representante de la Asociación Comunitaria de Vivienda de Interés Social Bele 'ACVISB', que él había contribuído a crear, había recibido.

Las otras cosas que manifestó como aquello de que Buitrago había comentado que iba a entrar al Congreso porque su amigo Alfonso Uribe había perdido su investidura, es una cuestión tan intrascendente que mal podría constituír un cargo injurioso y –menos– calumnioso.

Lo del presunto secuestro del que podría llegar a ser víctima, fue expresado más bien para curarse en salud, ante los informes que le habían dado de que se estaba diciendo que iba a dejar de asistir un mes al Congreso. Cargo, en concreto, de trascendencia sobre este particular no existe.

Pero –en lo otro primeramente referido– lo importante está en que las locuciones empleadas no llevan en sí el contenido propio de la expresión calumniosa; que el animus con que fueron lanzadas fue exclusivamente 'defendendi'; que lo dicho

correspondía a la verdad y con ese convencimiento fue expresado y solo para aniquilar o aminorar la credibilidad del ofensor.

Así las cosas, la atipicidad del comportamiento -desde esta otra cara del asunto- es patente.

Hay que señalar –finalmente– que los autos son claros en demostrar que a Alvaro Buitrago Góngora se le adelantó un Proceso disciplinario por parte del Jefe de la Unidad Regional de Salud del Tolima que, en esa sede, terminó con "destitución del cargo de Médico General del Hospital San Rafael del Espinal, Tolima" y con la sanción accesoria de "inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de un año", resolución esta sobre la que interpuso recurso de reposición y, subsidiariamente, de apelación el interesado; negado, el primero, se desató el segundo por el Jefe del Servicio Seccional de Salud del Tolima, impartiéndole confirmación integral a la decisión impugnada, con lo que quedó agotada la vía gubernativa. Presentada demanda ante el Contencioso Administrativo por el sancionado, se le rechazó por vicios de forma y, apelada la determinación ante el Consejo de Estado, la confirmó.

Hay que decir –también– que los hechos investigados dentro del Proceso disciplinario refieren que, encontrándose el Dr. Buitrago Góngora como médico de turno en la noche del diez 10) de agosto a amanecer el once (11), no concurrió a la sala de partos del hospital, para atenderlos, ni una sola vez en la noche, no obstante habérsele requerido en tal sentido por parte de las enfermeras y siendo que la obligación era suya de él y no de ellas.

Pero, forzadas por la inasistencia de Buitrago Góngora, las enfermeras debieron atender en tal noche cinco (5) partos, sin que en ninguno de ellos el aquí querellante acudiera a cumplir con su deber. Y aconteció, entonces, que a la primigestante de 15 años, quien había ingresado proveniente de otro hospital con su feto vivo, le sobrevino el parto, en cuyo caso también se llamó al Dr. Buitrago Góngora, pero éste que se encontraba en el cuarto de descanso sólo acudió cuando ya el niño había muerto.

También es del caso consignar que está debidamente comprobado que a Alvaro Buitrago Góngora se le decretó medida de aseguramiento de caución prendaria, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, por el delito de injuria. Igualmente está demostrado que la Unidad Seccional de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados del Circuito del Espinal, Tolima, profirieron resolución de acusación en contra del aquí querellante por el delito de estafa en concurso con el de constreñimiento ilegal, según denuncia de miembros de la Asociación Comunitaria de Vivienda dé Interés Social Bele 'ACVISB'.

Para la Corte, entonces, lo procedente es el proferimiento de auto inhibitorio, ya que se encuentra cabalmente demostrada la atipicidad de la conducta materia de examen.

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

RESUELVE

Declarar que no hay lugar a proferimiento de apertura de investigación contra el Congresista Emilio Martínez Rosales, según querella de Alvaro Buitrago Góngora y por las razones señaladas en la parte motiva del presente proveído.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TESTIMONIO/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR

1. La verdad aproximativa a la que necesariamente conduce la investigación criminal que logra culminarse, permite afirmar como cierto, solo lo probado, pero ello no conlleva la necesaria conclusión de falso de aquello que no ha podido ser demostrado, es algo simplemente no probado y como tal inexistente en los términos del Proceso, que eventualmenue, si el término de instrucción lo permite y si se halla el medio probatorio eficiente, puede variar de situación o quedarse así para siempre, cobijado por la presunción legal de verdad de la cosa juzgada, si ha sido decidido en una providencia que haga tal tránsito.

Al efecto conviene explicar que "cuando el Juez le dice a un testigo que debe decir 'la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad', lo que busca es toda la verdad pertinente a la cuestión que el testigo pueda ofrecer. Un testigo que se vaya por las ramas es insatisfactorio como testigo, aunque sus afirmaciones sean verdades trilladas y, por ende, parte de 'toda la verdad'. Es obvio que lo que el Juez –o cualquier otra persona– quiere, cuando pide 'toda la verdad', es toda la información verdadera interesante y atinente a la cuestión que pueda obtener; y muchos testigos absolutamente sinceros callan una información importante simplemente porque desconocen su relación con el caso"; otros testigos, exagerarán los hechos que conocen, incurrirán en imprecisiones e incluso intentarán impresionar al Funcionario Judicial demostrando un especial conocimiento de hechos que estimen importantes para el interés del Funcionario, a efectos simplemente de sentirse especialmente valiosos para la investigación.*

Estos comportamiento de los testigos son natural y mayormente apreciables en las exposiciones provenientes de personas que deriven algún beneficio de su atestación, situación que el nuevo derecho premial impuesto en Colombia por recientes reformas ha puesto de presente; sin embargo, considera la Corte que esos testigos no pueden ser rechazados a priori, sus versiones deben ser traídas a la investigación y analizadas con el mismo o superior rigor que se utilizaría para una atestación "normal", y en todo

caso solo tenida como verdadera en cuanto otras pruebas o el mismo testimonio, excepcionalmente se repite, demuestren una correspondencia objetiva entre la versión expuesta y el hecho conocido.

2. Sobre el reiterado planteamiento del defensor de proponer una tipicidad diferente de la resuelta por la Sala, a partir de la coincidencia entre el desempeño del cargo de Representante a la Cámara por parte de su procurada y la recepción de los cheques en los que se funda el incremento patrimonial, la Sala ha dado respuesta adecuada en la decisión del 25 de julio de 1996, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto que definió la situación jurídica, se dijo entonces:

"Y es que la duda del defensor parece originarse, no en la subsidiariedad del tipo descrito por el Código Penal ordinario, sino en la aparente limitación que hace de la expresión "no constituya otro delito" refiriéndola exclusivamente a ilícitos en los que el sujeto activo es un funcionario público, cuando ello, si bien es cierto sería lo más común, no es exclusivo, pues un servidor público se puede enriquecer en el ejercicio del cargo con el desempeño de actividades delictivas diferentes y no relacionadas necesariamente con la función, caso en el cual responderá por éstas, siempre que constituyan un punible autónomo, y no por el tipo subsidiario.

**– Popper Karl R. Conjeturas y refutaciones, págs 281-282: ediciones Paidos, Barcelona, 1994.*

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997)

Magistrado Ponente: *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 24

Proceso: 10468

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso de reposición interpuesto por el defensor de la Representante a la Cámara *Ana Delia García de Pechthalt*, contra el auto del 7 de febrero de 1997 por medio del cual se calificó el mérito sumarial con resolución de acusación.

ANTECEDENTES

El 7 de febrero de 1997, al calificarse el mérito del sumario al que se encuentra vinculada mediante indagatoria la doctora *Ana Delia García de Pechthal*, se profirió resolución de acusación por el delito de Enriquecimiento Ilícito de Particular, contemplado en el artículo 10° del Decreto 2266 de 1991.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de reposición el defensor de la sindicada, mediante escrito en el que expresa las siguientes razones de sustentación de la impugnación:

1. Considera que no existe la prueba necesaria para proferir resolución de acusación en contra de su defendida, dedicando el primer aparte del recurso a criticar el testimonio de Guillermo Alejandro Pallomari González, respecto del cual señala su falta de credibilidad.

Demuestra, según el, que Pallomari miente en cuanto afirma la supuesta recepción de la señora *García de Pechthal* de un cheque cada vez que visitaba a Miguel Rodríguez Orejuela, hecho que no ha podido ser probado, pues en ninguna parte han aparecido, ni girados de las cuentas de fachada, ni acreditados a las cuentas de la sindicada, otros títulos valores diversos del ya descubierto.

Destaca lo que a su juicio entiende como una contradición intrínseca del testigo, en cuanto es capaz de "evocar, fijar y narrar el recuerdo respecto de los detalles estereotipados de la persona y no de sus movimientos económicos".

A efectos de demostrar que las pruebas sobre las que se soporta la existencia del tipo penal no tienen la suficiente entidad probatoria, menciona el carácter legal de la negociación realizada por Daniel Pechthalt, sobre cuya plena prueba insiste; adicionalmente se refiere a la situación creada por las fechas de la factura del computador, para señalar que esa incoherencia no puede tenerse como prueba para incrementar el presunto enriquecimiento ilícito en el monto del cheque girado por el aparato electrónico, pues la experiencia ha demostrado que en San Andrés (Islas) se expiden facturas de compra indiscriminadamente, más en tratándose de personas conocidas en el medio. En todo caso aclara que su labor se limitó a la presentación del documento ante la Corte, el que antes le había sido remitido desde San Andrés.

Se refiere a que "*Ana de Pechthal*" no tuvo ninguna relación con el girador del cheque por $2.950.000.oo, que al serle girado, ella hizo lo propio por igual valor, concluyendo entonces que ese dinero solo estuvo en sus arcas por un corto lapso, de donde deduce que si hubo enriquecimiento ilícito lo fue por un par de días, situación que equipara a la de la secretaria de ésta con el cheque de los $10.000.000,oo.

A continuación advierte que la señora *García de Pechthal* nunca orientó su conducta hacia la consecución de fondos con origen ilícito, ni a aceptarlos, por lo que debe concluírse que el delito no ha existido o que por lo menos no le puede ser imputado a ella, so pena de caerse en los terrenos, no de la imputación objetiva, sino en los de la responsabilidad objetiva, lo que explica diciendo que con vista en la teoría de la imputación objetiva, el hecho de haber ingresado el dinero a sus cuentas, pero sin actuación suya para que ello ocurriera, hace el resultado imputable pero no punible; en tratándose de la responsabilidad objetiva el hecho es imputable y además punible.

2 El segundo aparte del recurso lo dedica a criticar la validez del testimonio rendido por Guillermo Alejandro Pallomari, pues encuentra que a su juicio esa diligencia se llevó a cabo en contravía de lo dispuesto por los tratados internacionales que, según él, rigen para la materia.

Al efecto señala que la diligencia es violatoria del artículo 2° del "Tratado sobre asistencia legal mutua entra la República de Colombia y los Estados Unidos de América" que transcribe así: "el Estado requirente anunciará el lugar y la fecha de recepción del testimonio. La autoridad que ejecuta la solicitud permitirá al sindicado, o a su abogado o a cualquier otra persona especificada en la solicitud estar presente en el acto de recepción del testimonio y formular preguntas al testigo. Para estos efectos el Estado requirente tendrá la obligación de notificar a las personas interesadas del procedimiento a que se refiere este artículo".

También encuentra la diligencia testimonial violatoria del acta de la cumbre sobre las drogas que se verificó en San Antonio en 1992, específicamente de las cláusulas que señalan: "la cooperación debe llevarse a cabo de conformidad con las respectivas legislaciones nacionales y con pleno respeto de la soberanía e integridad territorial de nuestros países y estricta observancia del derecho internacional" y la que indica que "los países promoverán la agilización del intercambio de la información y las pruebas que se necesiten para los procedimientos jurídicos relativos al tráfico ilícito de drogas, conforme a su ordenamiento interno y los acuerdos bilaterales y multilaterales".

3. Solicita a la Corte que le responda en concreto la argumentación de su alegato de conclusión referida a las razones en las que se funda la Corporación para escindir el enriquecimiento ilícito de particular imputado a funcionario público y el correspondiente a los servidores públicos.

Agrega que a su juicio no es la procedencia del dinero que produce el incremento patrimonial el que determina la naturaleza del delito, sino la característica particular que tiene el receptor para el momento de tal hecho. A partir de esta afirmación

concluye que su procurada como miembro del Congreso es una servidora pública y en tal consideración al recibir el dinero cuando ya se desempeñaba como tal, la calificación jurídica ha debido hacerse por Enriquecimiento Ilícito de Empleado Oficial y no de Particular como se hizo.

Finalmente critica que no haya claridad sobre la normatividad procesal que se aplica a estos casos, pues dice que la Sala se autocalificó como "Fiscal sin rostro" y ahora como Juez Regional, pero encuentra curioso que se dé aplicación al artículo 37 de la ley 190 de 1995, norma que considera exclusiva y excluyente en tanto, a su entender, "solo procede para eventos en que se investigue a un funcionario público en su condición de tal, o por actos propios de su cargo y corresponderá solo al juez ordinario esta aplicación, nunca al Juez sin rostro".

CONSIDERACIONES

En cuanto hace a los fundamentos de la reposición, ésta Corporación mantendrá su propio auto del pasado 7 de febrero de 1997 por las siguientes razones:

1. La valoración de la prueba testimonial requiere un análisis integral del testimonio y del testigo; del testimonio entendido como atestación o aseveración de una cosa y del testigo como individuo que asevera sobre esa cosa.

El análisis testimonial requiere entonces por el analista, la concatenación precisa del dicho y de quien lo dice, pues naturalmente la credibilidad de un testigo es directamente proporcional a la proximidad del conocimiento del objeto sobre cuyas características, origen, destino, etcétera, depone.

Resulta natural y obvio, dentro del Proceso investigativo criminal que busca la reconstrucción de unos hechos anteriores a la iniciación de la misma, que las versiones de personas que aseveren o nieguen las circunstancias en que ocurrió un hecho relevante en la busqueda de la verdad que se intenta descubrir, no contengan con precisión absoluta todos los detalles del hecho que conocieron; en tal sentido, cada testigo representa para el investigador sólo una forma de aproximarse a la verdad, no la verdad misma, aunque habrá ocasiones, escasas por cierto, en que tal hipotesis resulte probable.

La Corte en el análisis del testimonio de Guillermo Alejandro Pallomari González, valora, notablemente, el contenido de sus aseveraciones, no per sé, como parece entenderlo el señor defensor, sino contrastadas con otras pruebas que han entregado por única conclusión la necesaria credibilidad de su dicho.

Ningún sujeto procesal dentro de esta investigación ha puesto en duda dos hechos que por ello se convierten en apodícticos: la vinculación laboral de Pallomari con Miguel Rodríguez Orejuela y la naturaleza de esa relación, el manejo contable de asuntos de su empleador. La Corte puede entonces, a partir de tal verdad histórica, deducir la privilegiada posición de ese testigo para aprehender el conocimiento de hechos relacionados con el giro de dineros provenientes de cuentas de fachada de manejo personal de Miguel Rodríguez y dirigidos a miembros de la clase política.

Pallomari ha afirmado que la señora *García de Pechthal* recibió dineros para su campaña política y, como lo expresa gráficamente su defensor, que cada vez que se reunía con Miguel Rodríguez "salía con su cheque debajo del brazo"; de ello la Corte ha encontrado probado el giro directo desde una cuenta de fachada de un cheque y el indirecto desde otra cuenta de similar naturaleza, de otro; y sobre ello exclusivamente se ha calificado la conducta de la indagada, dándole así al testimonio la credibilidad exclusiva que ha merecido la parte del dicho que ha podido ser probada. No es entonces esta una conclusión que la Corte haya encontrado demostrada por la naturaleza del testigo, sino probada por la corroboración que del relato del testigo han entregado otros elementos aportados a la instrucción.

No resulta atinado descartar, como lo hace el señor defensor, el valor del testimonio, por la falta de respaldo probatorio de algunas aseveraciones contenidas en él. La verdad aproximativa a la que necesariamente conduce la investigación criminal que logra culminarse, permite afirmar como cierto, solo lo probado, pero ello no conlleva la necesaria conclusión de falso de aquello que no ha podido ser demostrado, es algo simplemente no probado y como tal inexistente en los términos del Proceso, que eventualmente, si el término de instrucción lo permite y si se halla el medio probatorio eficiente, puede variar de situación o quedarse así para siempre, cobijado por la presunción legal de verdad de la cosa juzgada, si ha sido decidido en una providencia que haga tal tránsito.

Al efecto conviene explicar que "cuando el Juez le dice a un testigo que debe decir 'la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad', lo que busca es toda la verdad pertinente a la cuestión que el testigo pueda ofrecer. Un testigo que se vaya por las ramas es insatisfactorio como testigo, aunque sus afirmaciones sean verdades trilladas y, por ende, parte de 'toda la verdad'. Es obvio que lo que el Juez -o cualquier otra persona- quiere, cuando pide 'toda la verdad', es toda la información verdadera interesante y atinente a la cuestión que pueda obtener; y muchos testigos absolutamente sinceros callan una información importante simplemente porque desconocen su relación con el caso"[1]; otros testigos,

1. Popper Karl R. Conjeturas y refutaciones, págs. 28-282; ediciones Paidos, Barcelona, 1994.

exagerarán los hechos que conocen, incurrirán en imprecisiones e incluso intentarán impresionar al Funcionario Judicial demostrando un especial conocimiento de hechos que estimen importantes para el interés del Funcionario, a efectos simplemente de sentirse especialmente valiosos para la investigación.

Estos comportamiento de los testigos son natural y mayormente apreciables en las exposiciones provenientes de personas que deriven algún beneficio de su atestación, situación que el nuevo derecho premial impuesto en Colombia por recientes reformas ha puesto de presente; sin embargo, considera la Corte que esos testigos no pueden ser rechazados a priori, sus versiones deben ser traídas a la investigación y analizadas con el mismo o superior rigor que se utilizaría para una atestación "normal", y en todo caso solo tenida como verdadera en cuanto otras pruebas o el mismo testimonio, excepcionalmente se repite, demuestren una correspondencia objetiva entre la versión expuesta y el hecho conocido.

No puede entonces concluirse, como lo hace la defensa, que un testimonio sea en sí mismo autodestructible en tanto contenga aseveraciones no probadas, pues en tal caso lo descartable es precisamente lo no probado, pero ello no puede conllevar, lógicamente, a considerar igualmente deleznables las afirmaciones probadas, ya que si han podido ser probadas deben ser consideradas, únicamente por eso, como verdades procesales.

En el mismo sentido y mientras la instrucción o el juicio lo permitan, esas verdades procesales, evidenciadas razonablemente con elementos de prueba legalmente aportados al Proceso, pueden ser infirmadas, con nuevas probanzas que desvirtuen la probabilidad de certeza que antes se había demostrado. Ejemplo evidente de esta situación es lo acaecido en la investigación con el cheque por $2.950.000.oo, girado a favor de su conductor y consignado en la cuenta corriente de la sindicada, en el periodo transcurrido entre la definición de la situación jurídica de la Representante *Ana Delia García de Pechthal* y la calificación del mérito del sumario al que está vinculada,

En el auto que le impuso medida de aseguramiento se dijo al respecto que "en cuanto hace al otro cheque motivo de la indagatoria, de $2.950.000.oo girado por Roberto Troncoso Posse a favor del conductor de la Representante sindicada y consignado en su cuenta, la Sala no encuentra demeritadas las versiones entregadas sobre el orígen de ese dinero por el propio Julio García (folio 494), el señor Jorge Enrique Vargas (folio 507) y la doctora Arjona Forero (folio 512) que lo atribuyen a la venta de un computador que Julio García hizo a Arjona, que aquel consiguió por encargo que de el hiciera a la doctora *García de Pechthal* para traerlo de San Andrés, donde en esa época eran más baratos".

Pero la anterior que era la verdad procesal para ese momento histórico, resultó desvirtuada por la práctica de pruebas en la Isla de San Andrés y en esta ciudad, que permitieron concluir la adulteración de un medio probatorio para hacerlo aparecer coincidente con la fecha del giro del cheque citado, lo que condujo a la Sala a incrementar el monto del enriquecimiento ilícito en tal suma y a expedir copias, con destino a la autoridad competente, para la investigación de tales hechos.

Ahora bien, como el señor defensor encuentra la actuación de la Corte solo explicable en el "loable celo" de ésta Corporación en el cumplimiento de su deber, es necesario advertir que la modificación de la fecha de una factura, su falta de coincidencia con las del archivo del almacen que supuestamente la emitió y la negativa del dueño del establecimiento comercial a reconocer ese documento como propio de su negocio, son pruebas más que suficientes para concluir como lo hizo la Sala en la decisión calificatoria.

Tampoco escapa a la Corte el contenido exculpativo del escrito del defensor, respecto de su conducta como aportante de la prueba a la instrucción, frente a la cual debe aclararse que la Sala no ha emitido ningún juicio sobre su comportamiento procesal, que hasta ahora ha sido correcto, pues si alguna duda hubiera asaltado a la Corporación sobre el desempeño profesional del togado, las copias hubieran sido dirigidas también a la autoridad competente para la investigación y sanción de los abogados.

2. En cuanto hace a la insistencia del abogado defensor, en criticar el testimonio de Guillermo Alejandro Pallomari, ya no en cuanto a su contenido, que en el punto anterior se le responde, sino en cuanto a la validez de la diligencia, la Sala reitera sus propios argumentos del auto recurrido en el que se estudiaron y decidieron las objeciones que a este mismo respecto presentaron tanto el señor defensor como el Agente Especial del Ministerio Público.

No encuentra la Sala que los nuevos argumentos del defensor impongan un nuevo estudio del asunto, máxime cuando se limita a reclamar la presunta violación de un tratado internacional que nunca tuvo vigencia en el orden interno, por no haber prosperado la ley aprobatoria de él, y de un acuerdo multilateral que no genera obligaciones internas desde el punto de vista normativo, frente a lo cual siguen sosteniendo su vigencia los razonamientos anotados en la decisión calificatoria del sumario.

3. Sobre el reiterado planteamiento del defensor de proponer una tipicidad diferente de la resuelta por la Sala, a partir de la coincidencia entre el desempeño del cargo de Representante a la Cámara por parte de su procurada y la recepción

de los cheques en los que se funda el incremento patrimonial, la Sala ha dado respuesta adecuada en la decisión del 25 de julio de 1996, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto que definió la situación jurídica, se dijo entonces:

"No puede entonces generarse duda, sobre la real tipicidad de los hechos, cuando lo probado hasta ahora es el ingreso de un cheque girado por una cuenta de fachada de manejo de una persona que ha confesado actividades delictivas de narcotráfico, al patrimonio de la Representante a la Cámara García de Pechthal, conducta descrita de manera autónoma por el legislador en el Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10° del Decreto 2266 de 1991, de donde se colige que estos hechos constituyen otro delito, diferente del mero enriquecimiento ilícito oficial.

"Y es que la duda del defensor parece originarse, no en la subsidiariedad del tipo descrito por el Código Penal ordinario, sino en la aparente limitación que hace de la expresión "no constituya otro delito" refiriéndola exclusivamente a ilícitos en los que el sujeto activo es un funcionario público, cuando ello, si bien es cierto sería lo más común, no es exclusivo, pues un servidor público se puede enriquecer en el ejercicio del cargo con el desempeño de actividades delictivas diferentes y no relacionadas necesariamente con la función, caso en el cual responderá por éstas, siempre que constituyan un punible autónomo, y no por el tipo subsidiario.

"Téngase presente además que el Decreto 1895 de 1989 fue creado porque "la acción de grupos y organizaciones vinculadas al narcotráfico, ha producido el incremento patrimonial injustificado de diferentes personas y en la medida que se combata ese incremento patrimonial injustificado de personas vinculadas directa o indirectamente a dichos grupos podrá atacarse esta actividad delictiva y lograrse el restablecimiento del orden público"[2]*, circunstancias de hecho que no excluyen a los servidores públicos, pues si obtienen incremento patrimonial injustificado, con dineros o bienes provenientes de tal actividad delictiva, resultan incursos en esta conducta autónoma y no en otra.*

"La especialidad de ciertas actividades delincuenciales, que por su poderío, organización o complejidad hacen cada vez más dura la tarea del Estado en su represión, ha hecho que éste cree tipos penales también especiales, que aun inspirados en las leyes normales, contienen elementos que los diferencian de tal manera que los convierte en autónomos y los integra, por su especialidad, en un

2 Motivación del citado decreto, expedido con fundamento en las facultades de estado de sitio de la Constitución de 1886

solo estatuto represor igualmente especial. Así, pueden encuadrarse, por ejemplo, tipos como el del artículo 10° del Decreto 2266 de 1991, funcionalmente en el estatuto antidrogas, y el del artículo 6° de la Ley 40 de 1993, en el antisecuestro como perfectamente diferenciables de los tipos penales ordinarios.

"El dinero que se ha demostrado ingresó a las arcas de García de Pechthal proviene de una cuenta de fachada de Miguel Rodríguez Orejuela, que fue alimentada con dineros provenientes del narcotráfico, por lo que el incremento patrimonial así recibido se tiene como injustificado, desde la doble connotación de no hallar explicación de su origen en una labor legal, ni corresponder al giro ordinario de los negocios de la asegurada, conducta que no encuentra subsunción en otra parte que no sea el tipo penal autónomo del artículo 10° del decreto 2266 de 1991.

"Se desvirtua así la ecuación formulada por el impugnante al establecer una relación directa entre desempeño de la función (Representante a la Cámara 1991-1994) más recepción de dinero (10-junio de 1994) igual enriquecimiento ilícito de empleado oficial, pues tal relación matemática solo es aceptable bajo el principio, también matemático, expresado por el legislador "solo si, no constituye otro delito", situación que, como atrás se demuestra, no es la que aquí se presenta".

4. Finalmente y en cuanto hace a la aplicabilidad del artículo 37 de la Ley 190 de 1995, que el recurrente considera exclusiva para asuntos en los que se hallen comprometidos funcionarios públicos por razón de su cargo, la Corte no comparte esa tésis, pues no obstante la ubicación de la norma en el nominado Estatuto Anticorrupción, las disposiciones de éste no son únicamente aplicables a delitos contra la administración pública.

La ley 190 de 1995 está nominado como Estatuto Anticorrupción, pero su normatividad contiene tipos penales que no requieren para su adecuación de un sujeto activo calificado, verbigracia el cohecho por dar u ofrecer, la receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales.

No es entonces el artículo 37 de la Ley 190 de 1995 una norma exclusiva ni excluyente para asuntos en los que esté envuelta la administración pública. La única condición de suficiencia y necesidad que exige para su invocación como fuente formal es que el delito por el que se proceda tenga como pena la multa, situación que en el caso que hoy ocupa la atención de la Corte está perfectamente demostrada.

5. Atendiendo a la respuesta de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo del Departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia Islas, se adicionará el calificatorio y para el efecto se ordena el embargo de los derechos y

acciones que posea en la Sociedad Hotel Natania Limitada la señora *Ana Delia García de Pechthalt*, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.907.448 de Pereira (Risaralda), hasta por un monto de $11.596.000.oo. Para el efecto líbrense las comunicaciones de rigor a la Cámara de Comercio de San Andrés (Islas).

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

RESUELVE

Primero: No reponer el auto del 7 de febrero de 1997, por medio del cual se calificó el mérito del sumario al que está vinculado la Representante a la Cámara *Ana Delia García de Pechthalt*.

Segundo: Ordenar el embargo de los derechos y acciones que posea en la Sociedad Hotel Natania Limitada la señora *Ana Delia García de Pechthalt*, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.907.448 de Pereira (Risaralda), hasta por un monto de $11.596.000.oo. Para el efecto líbrense las comunicaciones de rigor a la Cámara de Comercio de San Andrés (Islas).

Notifíquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGALIDAD DE LA PENA/ REFORMATIO IN PEJUS

La Sala ha reiterado que cuando el juez a-quo vulnera el principio de legalidad de las penas al imponer una de ellas por debajo del límite mínimo o por encima del máximo que establece la norma aplicable, la segunda instancia puede hacer la tasación punitiva en correspondencia exacta con el ordenamiento positivo, y si para corregir la pena ilegalmente calculada es menester aumentar la inicialmente impuesta, la enmienda puede hacerse sin que en este caso exista violación del principio consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política.

Al respecto se dijo:

"La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente 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, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia". (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia de julio 29 de 1992).

De otra parte, aunque la prohibición de la reformatio in pejus y la legalidad de la pena son principios que conservan el mismo rango constitucional, el primero tiene como presupuesto vinculante en forma imperativa que la pena impuesta en primera instancia sea legal; si este supuesto no se da, el juez de alzada adquiere legitimación para corregir el error contra lege en la dosificación punitiva, lo cual no implica, ciertamente, una agravación de la pena sino una corrección de la misma para ajustarla al marco legal que la establece.

Acerca de la confrontación de estos dos principios, la Corte fijó su posición en otra oportunidad, así :

"el artículo 31 de la Carta no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que a la par consagra el artículo 29, pues la primera disposición no se ha constituído en mecanismo que le de una competencia especial al juez de primer grado para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e ineludibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en un derecho a condición de que actúe como recurrente, toda vez que la armonización de los textos superiores que no podían interpretarse en pugna, indica que la prohibición hace referencia a la pena legal y no a una tasación convencional o judicial que carece de cabida dentro del ordenamiento vigente propio de un Estado de derecho". (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de octubre 6 de 1994).

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Aprobado Acta No. 24

Proceso: 9764

VISTOS

Decide la Corte sobre las demandas de casación interpuestas por el defensor del procesado *Carlos Hernando Hincapié* y el Procurador 62 en lo Judicial, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali , que modificó la dictada por el Juzgado 9º Penal del Circuito de la misma ciudad, condenándolo a la pena principal de 21 años de prisión y la accesoria de interdicción

de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable de los delitos de homicidio, hurto calificado y agravado, ambos en la modalidad de tentativa y porte ilegal de arma de defensa personal en concurso heterogéneo y sucesivo.

HECHOS

Los narró así el Tribunal:

" Dan cuenta los autos que el 22 de enero del año próximo pasado (1993, aclara la Sala), a eso de las 19:05, en la carrera 1ª con calle 56 (de Cali) cuando el señor Iván Moreno Delgado se desplazaba en su motocicleta y se disponía a hacer el pare le salió a su encuentro un sujeto, a quien describe, lo encañonó con arma de fuego para que se bajara del aparato y cuando se rehusó le disparó con resultados infructuosos, dándose a la fuga, siendo perseguido por el ofendido, y a pesar de lo cual logró herirlo en el hemitórax izquierdo por debajo del pectoral; el sujeto logró huir del sitio y luego abordó un bus urbano siendo perseguido produciéndose su aprehensión dentro del interior del bus con un arma de fuego". *(fl. 318 - 1).*

ACTUACIÓN PROCESAL

El 23 de enero de 1993 la Fiscalía 113 Delegada de Permanencia de Cali inició la correspondiente investigación y escuchado en indagatoria *Carlos Fernando Hincapié*, la Fiscalía 1-3 de la Unidad de Vida, le resolvió la situación jurídica profiriendo medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, por los delitos de homicidio, hurto agravado y calificado, en grado de tentativa y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fl. 29 -1).

Perfeccionada y clausurada la investigación se procedió a su calificación profiriendo resolución acusatoria en contra de Carlos Hernando Hincapié por el concurso de hechos punibles de homicidio, agravado en los términos del artículo 324-2 del C.P.; hurto calificado y agravado, según los artículos 350-1 y 351-6 idem, ambos en la modalidad de tentativa, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, conforme al artículo 1° del Decreto 2266 de 1991 (fl. 133-134 - 1).

Rituada la etapa de la causa y realizada la audiencia pública, el Juzgado 9° Penal del Circuito de Cali profirió sentencia condenatoria en contra de Carlos Hernando Hincapié por los hechos punibles imputados en la resolución acusatoria, imponiéndole como pena principal 8 años y 9 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Además le

impuso la obligación de pagar la suma de trescientos mil pesos en favor del ofendido Iván Roberto Moreno Delgado a título de indemnización de los perjuicios materiales causados.

El *a-quo*, para efectos de la dosimetría de la pena, inaplicó la Ley 40 de 1993 que estaba en vigencia para la fecha de la ocurrencia de los hechos por considerar que era una normatividad imperante sólo para el homicidio cuando se cometía con fines de secuestro, conforme a criterios de interpretación que se venían desarrollando al respecto. De ahí que la graduación de la pena la hizo sobre el artículo 324-2 del C.P. acogiendo la calificación que sobre el particular hizo el Fiscal sobre este canon sustantivo.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sede de apelación, en decisión mayoritaria del 9 de marzo de 1994, confirmó el fallo de primera instancia, pero lo reformó en el sentido de incrementar la pena principal a 21 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período.

El *ad-quem* estimó que no obstante la prohibición de la reformatio in pejus, por ser el procesado apelante único, el incremento punitivo obedeció a la preservación del principio de legalidad de la pena, toda vez que la norma aplicable para el efecto era la Ley 40 de 1993, en sus artículos 29 y 30, cuya declaratoria de exequibilidad se había producido por Sentencia No. 565 de diciembre 7 de 1993 de la Corte Constitucional, que soslayó irregularmente el a-quo por los derogados artículos 323 y 324 del C. Penal.

Tanto el defensor del procesado como el Procurador 62 Judicial en lo Penal interpusieron el recurso extraordinario de casación y en el término oportuno presentaron las respectivas demandas.

Las demandas

1. *La interpuesta por el defensor del Carlos Hernando Hincapié.*

Al amparo de la causal primera, violación directa de la ley, el censor formula un sólo cargo al fallo de segunda instancia, "por haber desconocido el principio *Reformatio in pejus*, consagrado en nuestro Código de Procedimiento Penal, en el artículo 17, que dice: el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único" (fl. 365 - 1).

En el sustento cita el artículo 31 de la Constitución Política y un texto jurisprudencial de esta Corporación , para concluir:

" Se sabe en autos que mi defendido fue la parte única apelante de la sentencia de primera instancia; por lo tanto el Superior no podía agravar la pena impuesta ; cualquier disculpa es su misma disculpa; ya que la prohibición permanece. Y la ley no necesita disculpa; se requiere es que se acate. Y es lo siempre conveniente" (fl.365-1).

Solicita a la Corte " se deje la pena impuesta en la primera instancia".

2 *Demanda presentada por el Procurador 62 Judicial en lo Penal:*

Dos cargos formula contra la sentencia de segunda instancia, así:

Primer Cargo:

Lo presenta el demandante con fundamento en la causal primera de casación. cuerpo primero, prevista en el numeral 1° del artículo 220 del C. de P.P. , por considerar que el ad-quem incurrió en violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 217 del C. de P. P., modificado por el 34 de la Ley 81 de 1993.

Desarrolla el cargo, inicialmente, planteando que el Tribunal no podía agravar la pena impuesta al procesado en primera instancia por ser, en condición de condenado, el apelante único, estructurándose en su favor todos y cada uno de los condicionamientos de la no reformatio in pejus.

Cita luego, en extenso, la Sentencia T- 474 de la Corte Constitucional para advertir que la prohibición contenida en el artículo 31 de la Constitución Política " se proyecta como una extensión propia y connatural a los derechos fundamentales de defensa y debido Proceso, en torno a los cuales obligatorio se hace optar por su prevalencia atendidos los diáfanos postulados del artículo 5° de la Carta Magna al disponer que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. mandato que se desconoce en la Sentencia impugnada al agravar la pena al apelante único so pretexto de no corresponder la impuesta en la sentencia de primera instancia a la normatividad vigente para la fecha de la ocurrencia de los sucesos". (fl. 373 - 1).

Advierte el censor que en este caso se presenta el enfrentamiento entre dos disposiciones de rango constitucional al confrontarse la legalidad de la pena con la prohibición de la reformatio *in pejus*, dando primacía a la segunda, " pues por loables que aparezcan las argumentaciones orientadas a defender como prevalentes los intereses de la sociedad, no debe olvidarse que fue voluntad política de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, la de ubicar en lugar de

primacía los derechos fundamentales o inalienables de la persona, como quedó plasmado en el artículo 5° de la Carta Fundamental". (fl. 375 -1)

Termina el actor solicitando se case la sentencia impugnada por desconocer la prohibición de la reformatio *in pejus* contenida en el artículo 31 de la Constitución Política en orden a señalar que la pena a purgar por el procesado es la impuesta por el Juez de primera instancia.

Segundo cargo

Lo formula el impugnante de modo subsidiario en los siguientes términos:

" por violación directa a la ley sustancial con soporte en la causal primera (art. 220, numeral 1 del C. de P. P.), cuerpo primero, por interpretación errónea en la aplicación del artículo 44 del C. Penal, modificado por el artículo 28 de la Ley 40 de 1993, porque al imponerse al condenado Carlos Hernando Hincapié como pena accesoria la de Interdicción de derechos y funciones públicas por un período de veintiún (21) años, se actuó por fuera del límite de duración máxima de diez (10) años para esa clase de pena como lo estipula la norma sustantiva citada". (fl. 376 - 1).

Estima el recurrente que el Tribunal al imponer la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 21 años, excedió los límites establecidos en el artículo 44 del C. Penal, modificado por el 28 de la Ley 40 de 1993, lo que conlleva un agravio al principio de la legalidad de la pena que impone a la Corte la obligación de casar el fallo parcialmente para " reducir la duración de la pena mencionada al término de ley" (fl. 377-1).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considerando que la demanda presentada por el defensor del condenado Carlos Hernando Hincapié coincide plenamente con los planteamientos desarrollados en el primer cargo del libelo del Procurador 62 Judicial, la Delegada (1ª) da respuesta conjunta a las pretensiones estimando su improcedencia como conclusión de las siguientes observaciones:

Que el juzgador de primer grado contrarió ostensiblemente el principio de legalidad de la pena al imponer una condena por fuera de los cánones vigentes y por ello la actuación del Tribunal " no puede calificarse de atentatoria del principio de la reformatio *in pejus* (sic) consagrado en el artículo 31 de la Carta y en los artículos 17 y 217 del C. de P. P. , como quiera que su proceder se ampara y legitima en el principio, también de raigambre constitucional, de la legalidad de

las penas, el cual no puede ser desconocido so pretexto de conceder una garantía fundada en la vulneración del orden jurídico" (fl. 16 - 2).

Cita jurisprudencia de esta Corporación para concluir que el principio de la no reformatio in pejus tiene plena operancia como garantía superior en favor del apelante único, sólo cuando la condena es la expresión plena de la legalidad que rige la conducta por la cual se sanciona.

En lo pertinente al cargo segundo, formulado en forma subsidiaria por el Procurador 62 Judicial, se pronuncia así la Delegada:

" a pesar de no resultar del todo acertada la proposición del reproche, pues no estamos ante un caso de errónea interpretación, como lo plantea la censura, sinò ante una falta de aplicación del artículo 44 del C.P., es procedente la casación parcial del fallo impugnado, toda vez que la inaplicación del citado canon implicó la imposición de una condena excediendo los límites legales, vulnerando así, el principio de legalidad de las penas". (fl. 18 - 2).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como bien lo observa el Procurador Primero Delegado hay pretensiones comunes de los impugnantes que deben ser contestadas de manera conjunta, como ocurre con el cargo único de la demanda de la defensa y el primero de la del Ministerio Público en donde se plantea la violación directa de la ley por haberse modificado la sentencia en segunda instancia, agravándose la condena impuesta en la primera.

Encuentra la Corte que no obstante existir objetivamente un incremento punitivo, el Tribunal en sentido estricto no agravó la pena impuesta por el Juzgado 9 Penal del Circuito de Cali, sino que ajustó la tasación punitiva 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 del debido Proceso, consagrada en forma expresa en el artículo 29 de la Carta.

En efecto, el a-quo, teniendo en cuenta que para la época de la ocurrencia de los hechos (enero 22 de 1993) estaba en vigencia la Ley 40 de 1993 (enero 19), optó por desconocer su aplicación en los artículos 29 y 30-2 en cuanto al delito de homicidio tentado dosificando la pena sobre los derogados artículos 323 y 324-1 del C. Penal.

El principio de sometimiento al imperio de la ley (artículo 230 de la Constitución Política) le imponía al fallador de primera instancia el deber de aplicar

el mandato legal, no según su discrecionalidad ni con una independencia tal que lo coloque por encima o al margen del mismo. Precisamente, ante semejante dislate, el Tribunal se limitó a restablecer el orden jurídico señalando –que no agravando– la pena en los 40 años por ser el mínimo establecido en la ley vigente para la época de comisión del hecho punible (artículo 30-2 de la Ley 40 de 1993) y sobre este efectuó la graduación punitiva que correspondía.

La Sala ha reiterado que cuando el juez a-quo vulnera el principio de legalidad de las penas al imponer una de ellas por debajo del límite mínimo o por encima del máximo que establece la norma aplicable , la segunda instancia puede hacer la tasación punitiva en correspondencia exacta con el ordenamiento positivo, y si para corregir la pena ilegalmente calculada es menester aumentar la inicialmente impuesta, la enmienda puede hacerse sin que en este caso exista violación del principio consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política .

Al respecto se dijo :

"La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente 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; y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia". (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia . Sentencia de julio 29 de 1992).

De otra parte, aunque la prohibición de la reformatio in pejus y la legalidad de la pena son principios que conservan el mismo rango constitucional, el primero tiene como presupuesto vinculante en forma imperativa que la pena impuesta en primera instancia sea legal; si este supuesto no se da, el juez de alzada adquiere legitimación para corregir el error contra lege en la dosificación punitiva, lo cual

no implica, ciertamente, una agravación de la pena sino una corrección de la misma para ajustarla al marco legal que la establece.

Acerca de la confrontación de estos dos principios, la Corte fijó su posición en otra oportunidad, así :

"el artículo 31 de la Carta no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que a la par consagra el artículo 29, pues la primera disposición no se ha constituído en mecanismo que le de una competencia especial al juez de primer grado para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e ineludibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en un derecho a condición de que actúe como recurrente , toda vez que la armonización de los textos superiores que no podían interpretarse en pugna, indica que la prohibición hace referencia a la pena legal y no a una tasación convencional o judicial que carece de cabida dentro del ordenamiento vigente propio de un Estado de derecho". (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de octubre 6 de 1994).

Así las cosas, se ha de concluir que el Tribunal Superior de Santiago de Cali no violó el principio constitucional de la no reformatio in pejus al redosificar la sanción corporal con fundamento en lo preceptuado en el artículo 30-2 de la Ley 40 de 1993, omitida por el a-quo con vulneración del principio de legalidad de la pena. Casar el fallo en los términos solicitados por los impugnantes, sería colocar la casación , que es el control de legalidad por excelencia, al servicio de una causa ilegal, pues se reviviría el fallo de primera instancia que resulta objetivamente contrario a la ley reguladora del caso.

La censura no prospera.

Cargo Segundo

Ciertamente, como lo anota el Procurador Primero Delegado, el reproche no estuvo bien formulado pues no se trata de un error de sentido por equivocada interpretación del artículo 44 del C. Penal, sino de un error de existencia por falta de aplicación o exclusión evidente de dicha norma, lo que impone desestimar la demanda; pero por encima de las diferencias teóricas relacionadas con la técnica, la sentencia debe ser casada parcialmente y en forma oficiosa, pues es evidente que el Tribunal Superior de Cali al modificar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en el sentido de imponerla por el término igual al de la pena principal, esto es, 21 años, desbordó el límite permitido en el artículo 28 de la Ley 40 de 1993 que fijó un tiempo máximo de diez años, error que

igualmente constituye una transgresión al principio de legalidad de la pena, esta vez la de carácter accesorio.

Reiteradamente ha sostenido la Sala que la legalidad de la pena forma parte inescindible de la legalidad del Proceso, pilar del Estado de Derecho y garantía fundamental de nuestra Carta Política por la cual debe velar la Corte en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P., mediante la casación parcial de la sentencia impugnada, únicamente para ajustar al tope de los diez años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, que según el artículo 52 idem., forzosamente, debe acompañar la principal de prisión hasta ese límite.

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

1. Desestimar las demandas presentadas.

2. Casar parcialmente y en forma oficiosa la sentencia impugnada, en el sentido de modificar el término de duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que ha de purgar Carlos Hernando Hincapié, como autor responsable de los delitos de homicidio, hurto calificado y agravado, ambos en la modalidad de tentativa, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, cometidos en concurso de hechos punibles en las circunstancias de que da cuenta el Proceso, reduciéndolo a diez (10) años.

En lo demás rige el fallo impugnado.

En firme, devuélvase el Proceso al Despacho de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRINCIPIO DE PRECLUSION/ TERMINO

Es evidente el olvido de la defensa del procesado, del principio de preclusión, rector del procedimiento, consistente en la facultad de los sujetos procesales y el juez de la causa para realizar determinados actos procesales dentro del transcurrir de un preciso lapso, y cuyo objetivo no es otro que conferir seguridad y precisión al procedimiento y dar firmeza a las decisiones judiciales que sin fuerza de cosa juzgada, tienen efectos que deben ser respetados en el Proceso en que se profieren.

Habiendo desacatado la defensa la oportunidad procesal legal con que contó para materializar su derecho a sustentar el recurso extraordinario, su facultad procesal para tal menester se ha extinguido; la presentación extemporánea del escrito equivale a la no presentación, luego tenerlo como presentado en término, así sea implícitamente, constituye una irregularidad, como se dijo, no subsanable, que conlleva la invalidación de lo actuado por el Tribunal, e impone la declaratoria de deserción de la impugnación extraordinaria.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., marzo trece (13) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 24

Proceso: 12679

Correspondería examinar formalmente la demanda de casación en los términos del artículo 226 del C. de P.P., presentada por la defensa contra el fallo del Tribunal Nacional, condenatorio del procesado Frank Barrera Vargas o Uladio de Jesús Gracián Higuita (alias Marlon Montealegre), a quien se le imputó el delito de rebelión, de no ser porque se observa una irregularidad que invalida lo actuado desde el oficio en que pone a disposición de la Corte el procesado en razón del recurso extraordinario interpuesto y "sustentado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o. Dentro del término legal el señor defensor interpuso contra la sentencia del Tribunal Nacional el recurso de casación (fl. 38 cd.Tr.), que fue concedido el 20 de septiembre de 1996, ordenándose los traslados de rigor. (fl. 40).

2o. El 28 de octubre subsiguiente la Secretaría del Tribunal dejó constancia del comienzo del término de treinta (30) días para la presentación de la demanda, con advertencia de vencimiento para el diez (10) de diciembre. (fl.45).

3o. No obstante, la demanda solo fue presentada el once (11) de diciembre, esto es, un día después del vencimiento y cuando ya había comenzado a transcurrir el término para alegar de los no recurrentes. (fl. 55 cd.Tr.).

Es evidente el olvido de la defensa del procesado, del principio de preclusión, rector del procedimiento, consistente en la facultad de los sujetos procesales y el juez de la causa para realizar determinados actos procesales dentro del transcurrir de un preciso lapso , y cuyo objetivo no es otro que conferir seguridad y precisión al procedimiento y dar firmeza a las decisiones judiciales que sin fuerza de cosa juzgada, tienen efectos que deben ser respetados en el Proceso en que se profieren.

Habiendo desacatado la defensa la oportunidad procesal legal con que contó para materializar su derecho a sustentar el recurso extraordinario, su facultad procesal para tal menester se ha extinguido; la presentación extemporánea del escrito equivale a la no presentación, luego tenerlo como presentado en término, así sea implícitamente, constituye una irregularidad, como se dijo, no subsanable, que conlleva la invalidación de lo actuado por el Tribunal, e impone la declaratoria de deserción de la impugnación extraordinaria.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Declarar la nulidad de lo actuado en este Proceso a partir, inclusive, de la comunicación librada por el Tribunal Nacional a la Dirección de la Penitenciaría Nacional La Picota obrante al folio 56 del cuaderno del Tribunal; por ende, declarar desierto el recurso de casación presentado a nombre de Frank Barregas Vargas o Eladio de Jesús Gracián Higuita (alias Marlon Montealegre), contra la sentencia del Tribunal Nacional que lo condena por el delito de rebelión. En firme, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/ NARCOTRAFICO/ JUEZ REGIONAL

A partir de la expedición de la referida Ley 81, se atribuyó competencia a los jueces regionales para conocer de los delitos relacionados con el tráfico de heroína, es decir, que a partir del 3 de noviembre de 1.993 cuando ella entró a regir, a tales autoridades corresponde adelantar y fallar los Procesos por este género delictivo y respecto de sustancias de dicha naturaleza.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1.997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado acta No.24

Proceso: 9592

VISTOS

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Pereira (R.), en sentencia del 17 de enero de 1.994 condenó a *Manuel Salvador Flórez Cano* a la pena principal de 40 meses de prisión y multa por valor de $822.500.oo y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo término, como infractor del inciso primero del art. 33 de la Ley 30 de 1.986, negándole a su turno, la condena de ejecución condicional y ordenando su captura por encontrarse liberado provisionalmente.

Al conocer del fallo por vía de apelación, el Tribunal Superior de la misma ciudad lo modificó en el sentido de imponer como pena principal 32 meses de prisión y multa "por valor de seis salarios mínimos mensuales y veinte diarios", confirmándola en todo lo demás.

Contra esta última decisión, el defensor del incriminado interpuso el recurso de casación que ahora se resuelve.

Hechos

Personal adscrito a la Policía Judicial del DAS, Seccional Risaralda, en cumplimiento de la orden de allanamiento impartida por un Fiscal Regional Delegado de Pereira, el 20 de enero de 1993 practicó diligencia de registro en el inmueble distinguido con el # 24, manzana I, del barrio "El Poblado" de esta ciudad, hallando en la habitación principal de la vivienda cuatro cubos de cebo y 496 gramos de una sustancia posteriormente identificada como heroína, la que estaba embalada en 62 dedos de guantes de cirugía, aprehendiendo en el acto a Martha Cecilia Flórez Cano, quien se encontraba en dicha residencia. Algunos días después se presentó ante las autoridades *Manuel Salvador Flórez Cano*, hermano de la anterior, quien admitió la tenencia del estupefaciente.

Actuación procesal

Con base en el informe presentado por los detectives que intervinieron en la práctica del referido allanamiento, según el cual por informaciones telefónicas se supo sobre la dedicación de los moradores del inmueble al narcotráfico; y, en el acta de pesaje, identificación preliminar y toma de muestras de la sustancia incautada, el 21 de enero de 1.993 la Fiscalía 12 de la Unidad Especializada declaró abierta la correspondiente investigación (fl.11).

Escuchada en indagatoria Martha Cecilia Flórez Cano, atribuyó la propiedad de la droga a su hermano *Manuel Salvador*, lo cual fue aceptado por éste días después al presentarse ante la Fiscalía y rendir similar diligencia, remitiendo, eso sí, su reconocimiento a la tenencia material de la droga, pues pretendió justificar su culpabilidad con el argumento de habérsela encontrado en el interior del taxi que conducía, esto es, que era totalmente ajeno a los hechos.

Así, y una vez recepcionados los testimonios de los detectives José Néstor Cortés Jiménez y Rodrigo Cucaita Cárdenas, la Fiscalía Doce de la Unidad Especializada resolvió la situación jurídica a los sindicados por resolución del 27 de enero de 1993, en la cual se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de la implicada, disponiendo la de detención preventiva para su consagüíneo por la conducta punible de conservar "droga estupefaciente", descrita y punida en el art. 33 de la Ley 30 de 1986.

A solicitud del defensor del incriminado, se llevó a cabo audiencia de terminación anticipada del Proceso el 11 de marzo de dicho año, suscribiéndose

acuerdo entre la Fiscalía y Flórez Cano, el cual fue improbado por el Juzgado Primero Penal del Circuito, decisión que al ser apelada confirmó el Tribunal Superior de Pereira.

Perfeccionado el sumario y cerrada la investigación, la Fiscalía Quince de la Unidad Especializada, al estimar probada la "conservación de heroína" imputable a *Manuel Salvador Flórez Cano*, profirió en su contra, el 26 de mayo de 1993, resolución acusatoria por la infracción objeto de la detención, pero aclarando que lo era por el inciso primero de dicha disposición. Igualmente, y en cuanto se refiere a Martha Cecilia, la investigación fue precluída.

En esta misma decisión, no obstante aclarar el fiscal en la parte motiva, que para el presente caso la pena a imponer en el evento de proferirse sentencia condenatoria debería oscilar entre 4 y 12 años de prisión, inusitadamente ensaya como preámbulo del análisis probatorio y jurídico, todo un discurso en contra de la legislación sancionatoria del narcotráfico y de la política estatal que prohibe esta clase de conductas, que califica de "inútil", procediendo, acto seguido, a concederle la libertad provisional al procesado, por reunir los requisitos del art. 68 del C.P., por cuanto, en su entender, al ser aplicable "de jure" el art. 299 del C. de P.P. y ser merecedor el procesado a "la máxima rebaja de pena por confesión", la pena a imponer no sería superior a 3 años de prisión.

Avocado el conocimiento del Proceso por el Juzgado Sexto Penal del Circuito y fijada por auto del 16 de noviembre de 1.993 fecha para la celebración de la audiencia pública, que se llevó a cabo el siguiente 2 de diciembre, se profirió la ya reseñada sentencia de primera instancia, en la cual se le reconoció al procesado la rebaja punitiva del art. 299 del C. de P.P., modificado por el art. 38 de la Ley 81 de 1993, esto es, que el mínimo de 48 meses de prisión del que partió quedó reducido a 40, no obstante que el incriminado había propuesto en su pretendida confesión la ausencia de culpabilidad y la importante cantidad de droga decomisada. La condena de ejecución condicional se negó por no cumplirse el límite objetivo para la concesión de este subrogado y por "la naturaleza del delito y la gravedad del mismo".

Apelada esta decisión por el defensor, el Tribunal la modificó en cuanto a la pena, al considerar que por favorabilidad resultaba más benigna la rebaja punitiva señalada en el texto original del art. 299 y no la deducida en la primera instancia con base en la Ley 81 de 1993, pues los hechos fueron cometidos antes de entrar a regir este nuevo ordenamiento. En estas condiciones y no obstante que la pena quedó fijada en 32 meses de prisión, el Tribunal mantuvo la negativa de conceder la condena de ejecución condicional, por cuanto así lo imponía "la condición subjetiva de la personalidad del acusado, las circunstancias de todo orden en las

cuales se cometió el delito, la clase de actividad desplegada, las incidencias que tiene el comportamiento, la alarma social que crea y el daño social que produce", pues son "factores que impiden el lleno de los presupuestos para proceder en esta dirección".

LA DEMANDA

Con respaldo "en el numeral 1o. del artículo 220" del C. de P.P., impugna el defensor de *Manuel Salvador Flórez Cano* la sentencia del Tribunal, "por falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal, por error de hecho", en la apreciación de diversas pruebas, que lo condujeron a negar la condena condicional, al "dar por demostrado sin estarlo que el procesado necesitaba tratamiento penitenciario".

Enseguida, cita como pruebas "que no se apreciaron": el informe policivo, la constancia de la Fiscalía sobre presentación voluntaria del procesado y los testimonios de José Néstor Cortés Jiménez, Ramiro Antonio Uribe Agudelo, Luis Humberto Valderrama Atehortúa y José Alonso Villa Zapata, bastando para negar el subrogado del art. 68 del C.P., con "la concepción personalísima del fallador".

En su criterio, la realidad procesal que surge de la apreciación en conjunto de las pruebas, enseña que *Flórez Cano* carece de antecedentes judiciales de cualquier índole, como también que "el comporte endilgado en responsabilidad fue el de conservar" que en su criterio resulta "gramatical y socialmente" menos nocivo que el "tráfico, suministro, adquisición, compra o venta" de estupefacientes.

Dentro del mismo discurso argumentativo, destaca que en el informe policivo no se dejó consignado que la vivienda del procesado "fuera un foco de expendio, consumo, venta, distribución" de sustancias prohibidas, como también que debido a la naturaleza de la sustancia incautada y la forma de su empaque "su destino estaba por fuera de las fronteras patrias", factores todos que, en su criterio, "informan que la alarma social o el daño social es menor en proporción al producido con el tráfico nacional".

Recuerda que conforme a lo manifestado por el detective José Néstor Cortés Jiménez en su testimonio, no se pudo establecer quien era realmente el dueño de la droga, como tampoco que en verdad fuera constante la "presencia de personas" en la vivienda del procesado.

Reclama credibilidad para *Flórez Cano* en cuanto a la manera como narró le fue dejada accidentalmente la droga dentro del vehículo de servicio público con el que laboraba y que entiende está corroborada por las declaraciones de Ramiro Uribe Agudelo, Luis Valderrama y José Villa Zapata.

Colige de lo anterior que de apreciarse debidamente estas pruebas, la decisión debió ser contraria, pues el Tribunal "inaplicó el artículo 68 del Código Penal", y luego de afirmar la atipicidad de la conducta imputada a su defendido, insistir en la ausencia de antijuridicidad en la misma y aseverar que fue condenado "por responsabilidad objetiva", solicita a la Corte que case la sentencia "y se ordene dar aplicación" a dicho precepto, concediendo el beneficio de la condena condicional al procesado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

Para el Ministerio Público la sentencia no debe ser casada, en razón a las múltiples deficiencias técnicas que exhibe el libelo que sustenta la impugnación extraordinaria.

Al respecto puntualiza que a pesar de formular el cargo que propone el casacionista por error de hecho en la apreciación de las pruebas que, entiende, configura un falso juicio de identidad, desarrolla un falso juicio de existencia, lo cual representa una ilógica postura, toda vez que su simultánea alegación se predica respecto de unas mismos elementos probatorios.

No obstante esta crítica de orden técnico que el Procurador hace al libelo, estima que carece la censura de "coherencia" y "solidez conceptual", toda vez que los argumentos expuestos para justificar el merecimiento que al subrogado del art. 68 del C.P. tendría el procesado, en modo alguno corresponden a los fundamentos que sirvieron de sustento para la condena y para la negativa al beneficio pretendido.

Finalmente, entiende el Delegado que la valoración de varios factores condujo al Tribunal a negar el subrogado, destacando entre ellos la naturaleza y modalidad del hecho punible, los que desde su punto de vista no admiten reparo alguno, deprecando, en consecuencia, el rechazo del libelo.

CONSIDERACIONES

1. Enuncia el censor que el ataque casacional a la sentencia del Tribunal, lo es por violación indirecta de la ley sustancial, en este caso del art. 68 del C.P., por haber incurrido el ad quem en error de hecho en la apreciación del informe policivo sobre la diligencia de incautación de la heroína y de múltiples pruebas testimoniales, cuya valoración correcta hubiese conducido al fallador a la concesión de la condena de ejecución condicional en favor de su defendido.

2. No obstante, a renglón seguido, no procede a desarrollar este postulado en el que reconoce que el Tribunal si apreció dichas pruebas sino que lo hizo indebidamente, que por la vía escogida tendría que centrar el ataque por error de identidad, sino que dirige sus argumentaciones a cuestionar el fallo impugnado, por cuanto "no se apreciaron dichas pruebas", pues "no fueron siquiera reseñadas o advertidas", creando el Tribunal su propia "concepción personalísima para determinar que el comportamiento de Manuel Salvador Flórez Cano causó alarma social, daño social", lo cual significa que ahora, lo que predica de las mismas pruebas es un presunto error de existencia.

3. Y es bajo esta nueva variante que procede a fijar su personal criterio apreciativo sobre las precitadas pruebas, incursionando en el error de derecho, para demostrar, afirma, que la valoración probatoria que corresponde dar a las mismas "es bien distinta", esto es, que lo que continúa alegando ya no es un error de hecho sino de derecho por falso juicio de convicción, en el que además cuestiona problemas de tipicidad y de responsabilidad penal de su procurado, llegando en confusos argumentos a reclamar la falta de prueba sobre la culpabilidad y la antijuridicidad en punto de una pretendida graduación de lesión al bien jurídico que se establecería distinguiendo aquellos casos en que la droga sale del país y en los que es incautada dentro del mismo, ya que en su criterio, la dañosidad social en este último evento es menor.

4. Así las cosas, es evidente el desenfoque conceptual del demandante sobre el recurso que ha interpuesto, demostrativo de la falta de claridad que tiene respecto del fin perseguido con el mismo, pues desconociendo la autonomía de las causales y de los cargos, incurrió en el insalvable yerro casacional de atacar las mismas pruebas y en forma concomitante, por error de hecho y de derecho, afectando el principio de no contradicción, e inclusive y dado que a la postre su alegación se contrae a un cuestionamiento valorativo de la prueba, termina desconociendo que respecto de los medios probatorios por él aducidos, no fija la ley procesal penal tarifa legal alguna y por tanto esta clase de pretensiones no proceden en casación.

5. Pero como si esto fuera poco, olvidando que al alegar el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, necesariamente se debe partir de la admisión de responsabilidad penal del procesado, formula inconexos reproches que implicarían su absolución, como son los que hace sobre atipicidad, exclusión de la antijuridicidad e inculpabilidad, imposibilitando en consecuencia, que la Corte sepa con precisión y claridad cuál o cuáles son las censuras que plantea, llevando al fracaso la impugnación propuesta.

6. En estas condiciones entonces, se impone la desestimación de la demanda; sin embargo, no está por demás agregar que, ante todo, los pretendidos ataques a la sentencia del Tribunal desconocen la realidad procesal, habida cuenta que como

se observó en el resumen procesal de este fallo, el ad quem, con base en lo probado, negó la concesión del referido subrogado penal básicamente en consideración a la naturaleza del delito dada su gravedad y a la modalidad del hecho punible, como también lo argumentó detalladamente el juez de primera instancia al tomar idéntica decisión, que como es sabido, integra una unidad inescindible con la de segundo grado.

El cargo no prospera.

7. Ahora, no obstante la anunciada improsperidad del libelo, advierte la Sala que la sentencia impugnada se profirió dentro de un Proceso afectado de nulidad (art. 304.1 del C. de P.P.), a partir, inclusive, del auto de fecha 16 de noviembre de 1.993, por medio del cual el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira fijó fecha para la celebración de audiencia pública, toda vez que carecía de competencia para ello. En efecto:

8. El Decreto 2790 del 20 de noviembre de 1.990, creó la denominada jurisdicción de orden público, estableciendo la reserva de identidad para los funcionarios que desde 1.988 venían desempeñándose como jueces de igual denominación y especializados.

En cuanto a la competencia atribuida a esta categoría de jueces respecto a delitos relacionados con la Ley 30 de 1986, el art. 9o.11 de dicho Decreto estableció que conocerían:

"11. De los delitos contemplados en los artículos 32 y 33 de la Ley 30 de 1986, cuando la cantidad de plantas exceda de dos mil (2.000) unidades, la de semillas sobrepase los diez mil (10.000) gramos y cuando la droga o sustancia exceda de diez mil (10.000) gramos si se trata de marihuana, los tres mil (3.000) gramos si es hachís, o sea superior a dos mil (2.000) gramos si se trata de cocaína o sustancia a base de ella y cuando exceda los cuatro mil (4.000) gramos si es metacualona".

12. De los Procesos por los delitos descritos en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986, cuando se trate de laboratorios, o cuando la cantidad de droga almacenada, transportada, vendida o usada exceda de diez mil (10.000) gramos de marihuana, sobrepase los tres mil (3.000) gramos si se trata de hachís, sea superior a dos mil (2.000) gramos si es cocaína o sustancia a base de ella, exceda de los cuatro mil (4.000) gramos si se trata de metacualona"..

9. Menos de dos meses después, el 14 de enero de 1991, se expidió también en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el art. 120 de la Constitución Nacional de 1.886, el Decreto 099 que, a su vez, modificó lo concerniente a la competencia de los jueces de orden público, estableciendo concretamente respecto de las conductas descritas en la Ley 30 de 1986, en su art. 1o., modificatorio del art. 9o. en mención, que a éstos jueces correspondía conocer en primera instancia:

"11. De los Procesos por delitos contemplados en los artículos 32 y 33 de la Ley 30 de 1986, cuando la cantidad de plantas exceda de dos mil (2.000) unidades, la de semillas sobrepase los diez mil (10.000) gramos y cuando la droga o sustancia exceda de diez mil (10.000) gramos si se trata de marihuana, sobrepase los tres mil (3.000) gramos si es hachís, o sea superior a dos mil (2.000) gramos si se trata de cocaína o sustancia a base de ella y cuando exceda los cuatro mil (4.000) gramos si es metacualona.

12. De los Procesos por los delitos descritos en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986, cuando se trate de laboratorios, o cuando la cantidad de droga almacenada, transportada, vendida o usada exceda de diez mil (10.000) gramos de marihuana, sobrepase los tres mil (3.000) gramos si se trata de hachís, sea superior a dos mil (2.000) gramos si es cocaína o sustancia a base de ella, o exceda los cuatro mil gramos si se trata de metacualona.

13. De los Procesos por los delitos descritos en los artículos 35 y 39 de la Ley 30 de 1986, y el aludido artículo 1o. del decreto 1198 del 1987".

El artículo anterior, fue a su vez adoptado como legislación permanente por el art. 4o. del Decreto 2271 del 4 de octubre de 1.991.

10. Por su parte, el texto original del art. 71, numerales 1o. y 2o. del actual Código de Procedimiento Penal, al cambiar la jurisdicción de orden público por regional, determinó que éstos jueces conocerían:

" 1. De los delitos señalados en los artículos 32 y 33 de la Ley 30 de 1986, cuando la cantidad de plantas exceda de dos mil unidades, la de semillas que sobrepase los diez mil gramos y cuando la droga o sustancia exceda de diez mil gramos si se trata de marihuana, sobrepase los tres mil gramos si es hachís, sea superior a dos mil gramos si se trata de cocaína o sustancia a base de ella y cuando exceda los cuatro mil gramos si es metacualona.

2. De los Procesos por delitos descritos en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986, cuando se trate de laboratorios, o cuando la cantidad de droga almacenada,

transportada vendida o usada exceda de los diez mil gramos de marihuana, sobrepase de los tres mil gramos si es hachís, sea superior a dos mil gramos si es cocaína o sustancia a base de ella, o exceda de los cuatro mil gramos si es metacualona.

3. De los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de la Ley 30 de 1986"..

11. Como es evidente, todas estas disposiciones mantuvieron en iguales términos la competencia para los jueces regionales, en lo que tiene que ver con delitos contemplados en la Ley 30 de 1986.

Al pronunciarse la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad del Decreto 1156 del 10 de julio de 1992, que reglamentó lo relacionado con los términos de instrucción en los Procesos de competencia de los jueces regionales, entre otros temas, no dejó duda al respecto, al afirmar:

"El Decreto 1156 del julio 10 de 1992, "Por el cual se dictan disposiciones en relación con el procedimiento aplicable a los delitos de conocimiento de los jueces regionales", autoriza y dispone, para hacer claridad, la interpretación de una legislación especial de orden público, sobre los procedimientos aplicables a los delitos que conocen los antes denominados "jueces de orden público". Su articulado contiene lo siguiente:

El artículo 1o. señala la existencia del artículo 5o. transitorio del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991)), el cual contiene tres hipótesis:

La primera, según la cual, la jurisdicción de orden público se integrará a la jurisdicción ordinaria desde el momento en que empiece a regir este nuevo Código, es decir, a partir del 1o. de julio de 1992 (art. 1o. ibídem). Tenemos así que de conformidad con el nuevo orden constitucional, la jurisdicción de orden público hace parte de la jurisdicción penal ordinaria, toda vez que la Constitución Política sólo estableció como jurisdicciones especiales a la Constitucional, la Contencioso-administrativa, las autoridades de los pueblos indígenas y los jueces de paz, quedando, la jurisdicción de orden público como parte integrante de la ordinaria, por disposición constitucional.

La segunda hipótesis, se refiere a que los jueces de orden público que en adelante se denominan jueces regionales y Tribunal de orden Público que se llamará Tribunal Nacional, conservarán sin modificación la competencia para seguir conociendo de los mismos hechos punibles que estaban bajo su jurisdicción.

Y la tercera hipótesis, se refiere a que esas competencias se seguirán ejerciendo de acuerdo con los decretos, es decir, según los procedimientos que no impruebe la Comisión Especial, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8o. transitorio de la Carta Fundamental. El Gobierno convirtió esos decretos en legislación permanente mediante la expedición del decreto 2271 del 4 de octubre de 1.991, el cual no fue improbado por la citada comisión cuando fue sometido a su consideración, con lo cual sus disposiciones adquieren plena vigencia, con el carácter de normas especiales: Carácter éste que proviene de lo dispuesto en el artículo 3o. del referido decreto, que adoptó como legislación permanente algunas disposiciones del decreto 2790 de 1991, entre ellas su artículo 100 que dice: 'En las materias no reguladas por este decreto, se aplicarán las normas del código de procedimiento penal, así como las que los adicionen o reformen'. De suerte, que el régimen ordinario sólo se aplicará en ausencia de norma especial en los procedimientos de la denominada jurisdicción de orden público".

Más adelante agregó la Corte:

"Abunda la Corporación en razones sobre el carácter especial y en consecuencia, de aplicación preferencial, de la legislación de orden público, señalando el artículo 2o. transitorio del código de procedimiento penal, que determina un plazo de 10 años contados a partir de la vigencia del código para que los jueces regionales y el Tribunal Nacional pierdan competencia 'para conocer de los Procesos que este código les hubiese adjudicado y la misma será asignada a jueces del circuito o a los que designe la ley". (Sent. C.557 del 15 de octubre de 1.992).

12. Posteriormente, con la expedición de la Ley 81 del 2 de noviembre de 1.993, se vino a especificar la competencia remanente que se venía aplicando respecto de aquellas conductas relacionadas con el tráfico de la heroína, estableciéndose en el art. 9o.3 lo siguiente:

"Los jueces regionales conocen:

.....

3. De los delitos descritos en los artículos 35, 39, 43 y 44 de la ley 30 de 1986 y de los que se deriven del cultivo, producción, procesamiento, conservación o venta de la amapola o su latex o de la heroína"..

13. Claro resulta entonces, de esta reseña normativa, que a partir de la expedición de la referida Ley 81, se atribuyó competencia a los jueces regionales para conocer de los delitos relacionados con el tráfico de heroína, es decir, que a

partir del 3 de noviembre de 1.993 cuando ella entró a regir, a tales autoridades corresponde adelantar y fallar los Procesos por este género delictivo y respecto de sustancias de dicha naturaleza.

14. Ahora, como quiera que en el asunto sub júdice a *Manuel Salvador Flórez Cano* se le formuló resolución acusatoria como infractor del art. 33 de la Ley 30 de 1.986, por conservar en su poder heroína (496 gramos) y siendo que para el momento en que entró a regir la Ley 81 de 1993, el Proceso se encontraba como ya se advirtió en espera de que se fijara fecha para la celebración del rito oral, el cual se llevó a efecto el 2 de diciembre siguiente, profiriéndose la sentencias de primera y segunda instancias por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira y el Tribunal Superior de la misma ciudad, pese a que las normas sobre competencia resultaban de imperiosa e inmediata aplicación, se impone para la Corte casar oficiosamente la sentencia, declarando la nulidad de lo actuado, a partir del auto fechado el 16 de noviembre de 1993 visible al folio 183, debiéndose remitir el expediente ante los jueces regionales de la ciudad de Medellín en reparto, a la que corresponde conocer de los hechos sucedidos, entre otras, en la jurisdicción del Departamento de Pereira.

15. De otra parte, y por cuanto el Fiscal Quince de la Unidad Especializada de Pereira, Dr. Wolfgang Otto Gartner Galvis, pudo infringir la Ley penal al conceder la libertad provisional del procesado *Manuel Salvador Flórez Cano*, en el proveído calificatorio del 26 de mayo de 1993, se procederá a la compulsación de copias del mismo y de esta decisión, con destino a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira, para que si lo estima pertinente adelante la correspondiente investigación penal, debiéndose tomar igual determinación respecto de quien actuó como agente del Ministerio Público al notificarse de aquélla determinación y la consintió, absteniéndose de impugnarla, lo cual se hará ante la Dirección de Fiscalías Seccionales de la misma ciudad.

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

1o. Desestimar la demanda.

2o. Casar oficiosamente la sentencia impugnada y en consecuencia, decretar la nulidad de todo lo actuado en este Proceso, a partir del auto del 16 de noviembre de 1.993, por medio del cual se dispuso la fecha para la celebración de audiencia pública, inclusive.

3o. Remitir el Proceso ante la Coordinación de los Juzgados Regionales de la ciudad de Medellín en reparto, por radicar en ellos la competencia para conocer del presente asunto.

4o. Compulsar las copias referidas en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (con Aclaración de Voto), Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Proceso No. 9592

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 una parte de la etapa del juicio, a consecuencia de las oscilaciones legislativas, que hicieron perder competencia pero no fueron comprendidas y subsecuentemente aplicadas en su momento por el Juez 6° Penal del Circuito y el Tribunal Superior de Pereira.

Según he venido manifestando, la eficiencia de la justicia no puede continuar sometida a qué unos días, unos pesos, unos milímetros de más o de menos o, como ocurre en el presente caso, la fijación de una competencia mirada como remanente antes de la promulgación de la ley 81 del 3 de noviembre de 1993, art. 9.3, pueda derruir un Proceso o parte de él, que por lo demás haya sido correctamente adelantado.

Baste con remitirme 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 N° 8954, M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda, ahora en simple aclaración de lege ferenda dada la especial característica de este asunto.

Respetuosamente,

Nilson Pinilla Pinilla, Magistrado

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO/ FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

El artículo 251 del Código de Procedimiento Civil explica que el "Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público: cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública". Contrario sensu, "Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público".

La certificación que el notario consigna en el documento privado respecto a que determinadas personas comparecieron y reconocieron sus firmas si tiene el carácter de documento público, por esta razón cuando la falsedad recae sobre dicha certificación las normas aplicables son las que se refieren a esa clase de documentos según sea el caso concreto. (En el mismo sentido sentencia de septiembre 25 de 1992, actuando como ponente quien aquí cumple igual misión). Las escrituras públicas son documentos públicos, pues para su perfeccionamiento requieren de la autorización del notario, acto mediante el cual él da fé de que se llenaron los requisitos pertinentes y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados. (Decreto 960 de 1970, artículos 13, 14 y siguientes).

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., marzo once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 24

Proceso: 10310

VISTOS

Procede la Corte a resolver sobre la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de esta misma ciudad, que absolvió a *Víctor Manuel González* y *Jaime Alberto Delgado Viedman* de los punibles de falsedad en documento privado y fraude procesal.

I. HECHOS

El Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá los resumió así:

"El día 20 de Febrero de 1991, formuló denuncia el señor Jorge Mario Rubio Méndez, en su posición de revisor fiscal de Fedecacao, ante el extinto Juzgado 59 de Instrucción Criminal de este Distrito Capital, dando cuenta que en la ciudad de Girardot (Cundinamarca) en el centro vacacional de Comfenalco, durante los días 24 y 25 de abril de 1990, se celebró la XVIII Asamblea de Delegados de Sintrafeca, cuya acta levantada con motivo de dicha reunión, fue redactada y elaborada por la Junta Directiva de esa asamblea, en la cual actuaron como presidente el señor Mario Gómez Rodríguez y secretaria la señora Emma Torres Lozada, dicha acta fue alterada en su contenido al agregársele al último párrafo de la hoja 19 "la que elaborara y presentara la denuncia parcial de la Convención Colectiva de trabajo vigente, la que además apareció aprobada por unanimidad", hecho que tuvo ocurrencia después de haber sido firmada y autenticada ante la notaría 23 del Círculo de Bogotá, el 27 de julio de 1990, y repartida una copia en las oficinas del sindicato de trabajadores de la federación Nacional de Cacaoteros "Sintrafeca", afirmando que esta facultad no fue debatida ni aprobada por los delegados asistentes en desarrollo de la Asamblea referida. Procedió luego el presidente de Sintrafeca señor Víctor Manuel González y el señor secretario Jaime Alberto Delgado Viedman, a denunciar parcialmente la convención colectiva de trabajo el 18 de diciembre de 1990, y presentaron el acta presuntamente falsificada, antes las Inspecciones de asuntos Colectivos de Trabajo de Cundinamarca, para demostrar que estaban facultados por XVIII Asamblea de Delegados de Sintrafeca para denunciar parcialmente la convención y no perder credibilidad ante los afiliados."

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado 123 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió la investigación y vinculó mediante indagatoria a *Víctor Manuel González* y *Jaime Alberto Delgado Viedman*. Aceptó como parte civil a la Federación Nacional de Cacaoteros, representada por su gerente Miguel Uribe Londoño.

Finalizada la instrucción el Juzgado calificó el mérito del sumario en providencia de marzo 20 de 1992 con resolución de acusación en contra de los indagados, a quienes les endilgó los punibles de falsedad en documento privado y fraude procesal, profiriendo en contra de los mismos medida de aseguramiento de detención preventiva.

Apelado el pliego de cargos por el defensor de los procesados, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, en providencia de mayo 31 de 1993, la confirmó modificándola en el sentido de declarar que los enjuiciados tenían derecho a la libertad provisional, previa caución y suscripción de la diligencia de compromiso.

El Juzgado Cuarenta Penal del Circuito conoció de la etapa de la causa, y luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia absolutoria, fallo que fue confirmado por el Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte civil.

II. La demanda

Primer cargo

Al amparo de la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del C. de P.P., el demandante acusa la sentencia de segundo grado por violar en forma indirecta la ley sustancial al incurrir en error de derecho "falso juicio de convicción"– por negarle "validez jurídica al haz de prueba recaudado en forma legal", puesto que si a las pruebas les "hubiera asignado su real valor probatorio, la sentencia hubiera sido condenatoria".

En la sustentación del cargo se refiere a la denuncia formulada por el Revisor Fiscal de la Federación de Cacaoteros, quien afirma que los días 24 y 25 de abril de 1990 se celebró en la ciudad de Girardot la XVIII Asamblea de Delegados de Sintrafeca, Sindicato de la citada Federación, y como resultado de dicha asamblea se elaboró un acta por Mario Gómez Rodríguez y Emma Torres de Lozada, Presidente y Secretaria, quienes el 27 de julio siguiente la presentaron personalmente ante el notario 23 del Círculo de Bogotá, documento que constaba de 20 hojas. Luego de estampada la constancia notarial sobre el verdadero contenido del acta en mención, apareció intercalado el siguiente párrafo: "Facultar a la junta directiva de Sintrafeca para que elabore y presente la denuncia parcial de la convención colectiva de trabajo vigente. Aprobada por unanimidad".

En sus declaraciones Mario Gómez Rodríguez y Emma Torres Lozada ratificaron que el párrafo transcrito no aparecía en el acta cuando ellos la elaboraron y autenticaron, de modo que su intercalación se produjo posteriormente. Estos testimonios constituyen prueba eficaz en derecho; establecen sin vacilación alguna que el acta XVIII de la Asamblea de Cacaoteros verificada en Girardot fue alterada en su real contenido al introducirle la anotación referida, y esto se hizo luego de elaborada y firmada por los antes citados y después de que autenticaron sus firmas ante notario.

El dictamen de Medicina Legal corrobora que el párrafo fue introducido luego de reconocida el acta ante el Notario 23 de Bogotá. La ampliación de la experticia señala que la intercalación se hizo en un segundo tiempo, en la misma máquina de escribir utilizada para la confección del texto original.

Se trata en este caso del delito de falsedad en documento privado, tal como lo calificó el Juzgado 123 de Instrucción Criminal, y se produjo desde el mismo momento en que fue intercalado el párrafo, luego se quebrantó la norma sustancial "por falta de aplicación".

Textualmente agrega: "El suscrito representante de la parte civil acepta en gracia de discusión que esa intercalación no constituye delito alguno contra la fé pública por cuanto que el segundo presupuesto procesal exigido por la norma sustancial en mención lo constituye el uso de documento falsificado, hecho que únicamente se produjo cuando se denunció la convención colectiva de trabajo vigente y se le sometió a la consideración de la Asamblea XIX reunida en Bogotá, los días 10 y 11 de enero de 1991, que fué el día en que se sometió a la consideración el párrafo cuestionado, habiendo sido aprobado".

Seguidamente afirma que el "delito de falsedad si se cometió", porque la nota de presentación ante notario hace que el acta "se salga de la esfera del documento privado para transformarse en documento público", motivo por el cual la falsedad se sale de la órbita del artículo 221 del C.P. para trasladarse al 220 ibidem.

Expresa que está en desacuerdo con lo afirmado por el Tribunal en cuando dice que: "...como podrá verse estos deponentes no desvirtuaron lo ya acreditado: esto es, que en la XVIII Asamblea de Delegados, se facultó a la junta directiva de Sintrafoca, para que denunciara parcialmente la Convención Colectiva de Trabajo. Tan cierto es esto, que en la asamblea siguiente, no solo se aprobó el acta de aquella Asamblea con la adición anotada, sin la formulación de reparo alguno, sino que se ratificó esa facultad a la junta directiva. Además, varios delegados, entre los que se encuentra Emma Torres, suscribieron un comunicado, en el que se hizo saber al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dicha ratificación".

El Tribunal al evaluar el contenido probatorio del Proceso "lo hizo en forma conjunta" y arribó a la conclusión de que la inocencia de los implicados está debidamente demostrada dentro del acervo probatorio.

Si la Corporación de instancia "hubiera analizado el dictámen del perito grafólogo y las declaraciones de Mario Gómez Rodríguez y Emma Torres Lozada, sin lugar a dudas hubiera llegado a la conclusión de que la responsabilidad penal exigida por el artículo 247 del C. de P.P. para dictar sentencia condenatoria en contra de los procesados...está plenamente demostrada y así hubiera procedido, pero le otorgó mérito probatorio muy superior al que realmente tienen las declaraciones de Jaime Mojica, Octavio Ardila Rueda, Carlos Manuel Enrique Parra y Gilberto Antonio Vivas Pinto, así como la ratificación que hizo la Asamblea General".

Luego de transcribir un aparte del fallo relacionado con la valoración probatoria, insiste el impugnante en que el Tribunal incurrió en manifiesto error de derecho "al apreciar en conjunto el anterior acervo probatorio y atribuirle un valor...muy superior al que realmente tiene", así como al "negarle el valor probatorio que tiene para efectos del Proceso" las declaraciones de Mario Gómez Rodríguez y Emma Torres Lozada junto con el dictamen del perito grafólogo oficial que establecieron la falsedad del acta XVIII, "puesto que si a estas probanzas se les hubiera asignado su real valor probatorio, la sentencia hubiera sido condenatoria."

Segundo cargo

En forma subsidiaria y con invocación de la misma causal primera de casación, el actor ataca la sentencia por violación directa de la ley sustancial, por considerar que el Tribunal incurrió en manifiesto error "al aplicar en forma *indebida* el artículo 221 del C. Penal" y por falta de aplicación del artículo 222 ibidem.

Elaborada el acta de la Asamblea de Sintrafeca, en la cual no se incluyó la facultad conferida al sindicato de denunciar la convención colectiva vigente para la época, se llevó a la Notaría 23 de Bogotá para la autenticación de las firmas de Mario Gómez y Emma Torres, y el Notario 23 de Bogotá certificó que los signatarios se habían presentado a reconocer las firmas y el contenido del acta. Siendo los Notarios los depositarios de la fé pública, la certificación que el Notario 23 hace del contenido y de las firmas estampadas en el acta, transforma el documento privado en público y al intercalarse un párrafo en el acta con posterioridad a la autenticación del Notario, transformó el acta en documento público falso, gobernado por el artículo 222 de C.P.

En consecuencia, la sentencia del Tribunal ha debido tener en cuenta la modalidad criminosa prevista en el artículo 222 del C.P. y no la descrita en el 221 ibidem.

Finalmente solicita a la Corte que revoque la sentencia del Tribunal y en su lugar condene a los procesados "por el delito de falsedad en documento público conforme al artículo 222 del Código Penal".

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

Primer cargo

El reproche no puede aceptarse porque "ya la ley no predetermina el valor que corresponde a cada elemento de convicción, dejando a criterio del juez, el crédito del mismo. Para que se dé el error de derecho por falso juicio de convicción, se requiere que el juzgador se aparte de los parámetros de la sana crítica a grado tal que quebrante en su interpretación la lógica u opte por una valoración meramente arbitraria o irracional", lo que no se advierte del análisis realizado por el Tribunal.

Luego de hacer un recuento de las consideraciones contenidas en el fallo recurrido, destaca que el demandante no se ocupa de desvirtuar una a una todas aquellas pruebas que fueron pilares de la decisión, pretendiendo que con algunas de ellas, bajo otro análisis se llegue a la sentencia condenatoria, sin entrar a explicar y mucho menos a demostrar, en que consistió la supuesta o presunta sobrevaloración, estando obligado a ello.

Al dejar el actor vigentes algunas de las pruebas que tienen eficacia suficiente para sostener la decisión, la censura se torna inaceptable. Tampoco le asiste razón en su apreciación relacionada con que el documento privado pasó a ser público, porque la actuación del Notario se limitó al acto de autenticación de firmas, consagrado en el artículo 73 del Decreto 960 de 1970, "lo que de ninguna manera implica desnaturalización de su esencia", solo que pasó a ser documento privado auténtico, que solo tiene que ver con la identificación del autor del documento.

Segundo cargo.

Tampoco debe acogerse este reproche, porque el actor confunde los documentos públicos con los privados. El acta a la cual hace referencia la demanda es un

documento privado a la luz del artículo 251 del C. de P. Civil, sin que pase a ser público por el reconocimiento ante notario de las firmas de quienes lo suscribieron, y el desarrollo de los episodios investigados relacionados con el uso de este documento luego de alterado, no da margen para estructurar la figura jurídica de "uso de documento público falso" como desacertadamente lo pretende el impugnante, porque este ingrediente normativo (documento público falso) no existió en el caso debatido.

V. Alegato del no recurrente

La defensora de los acusados solicita que no se case la sentencia de segunda instancia. No comparte las apreciaciones del impugnante, puesto que el Tribunal "señaló" el valor que le dió a cada una de las pruebas. Frente al dictamen grafológico manifiesta que si bien pudo haberse realizado la adición del párrafo cuestionado, éste carece de total relevancia jurídica, puesto que a través de las pruebas documentales y testimoniales se demostró que la XVIII Asamblea de Delegados si había facultado a la Junta Directiva del sindicato para realizar la Denuncia Parcial de la Convención Colectiva".

Hace una reseña de las pruebas recaudadas para decir seguidamente que el Tribunal analizó a la luz de la sana crítica tanto las documentales como las testimoniales confrontándolas con las declaraciones que cita, y que no desvirtuaron lo acreditado en el sentido de que la Asamblea de Delegados si había facultado a la junta directiva para realizar la respectiva denuncia parcial de la Convención Colectiva de Trabajo, facultad esta que posteriormente fue ratificada por la Asamblea siguiente.

No es cierto que no se dió su real valor a los testimonios de Emma Torres y Mario Gómez, puesto que estos adolecen de grandes contradicciones demostradas a través de las actuaciones de la testigo antes citada, como lo consideró el Tribunal. Demostrada la autorización hecha a la Junta Directiva, resulta carente de fundamento jurídico lo alegado por el impugnante.

También carece de fundamento jurídico la adecuación típica alegada por el impugnante, ya que el acta referida en la demanda no goza de los requerimientos exigidos para ser documento público y la actuación del Notario se limitó a autenticar las firmas de las personas que comparecieron para dicho efecto y no el contenido del documento.

Tal como lo afirmó el Tribunal, la adición del documento privado tuvo como objetivo anotar un hecho cierto, "por lo tanto se estructuraría un falso veraz y tal falsedad sería inocua".

Tampoco le asiste razón al actor cuando afirma que se trató de una falsedad en documento público y entratándose de documento privado, si en gracia de discusión si hubiera falsedad, no hay una sola prueba frente al hecho de que los acusados hayan sido las personas que adulteraron el acta faltando un elemento del tipo.

VI. Consideraciones de la Corte

Primer cargo: Violación indirecta de la ley sustancial.

1. El error de derecho por falso juicio de convicción se presenta cuando a la prueba se le da un valor mayor o menor del que la ley le asigna, de modo que es muy claro que se equivocó el censor al escoger la vía de ataque, pues ninguna de las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia está sometida a tarifa legal, luego mal podría incurrir el fallador en el yerro que el impugnante le atribuye.

Este desacierto, que más allá de ser una simple falla en la selección del sentido del reparo constituye la formulación de un cargo indemostrable, explica que en su desarrollo el defensor tenga que limitarse a oponer su criterio personal contra la valoración probatoria realizada por el sentenciador, con lo cual como es obvio no demuestra ningún error que afecte la legalidad del fallo, sino únicamente una inconformidad que no es de recibo en esta fase extraordinaria del Proceso.

La mal llamada demostración se queda en la reiterada afirmación genérica de que el sentenciador le negó valor a unas pruebas y se lo reconoció a otras, tarea que es justamente la que le corresponde realizar al juez, y cuya conclusión es normal que aquel que resulta afectado no la comparta, pero ello no es motivo que amerite recurrir en casación.

La tarea de la Corte al ocuparse de resolver éste recurso no consiste en escoger entre el criterio del demandante respecto al valor que se le ha debido dar a las pruebas y el plasmado en la sentencia, sino verificar si el error fue debidamente demandado y sustentado, y en caso afirmativo si incide en la decisión de manera que comprometa la efectividad del derecho material para proceder a reparar el agravio inferido. (Art. 219 C. de P. P.).

Ahora, si el interés era cuestionar la apreciación probatoria por presunta violación de las reglas de la sana crítica, el reproche se debía formular por error de hecho, y la demostración tenía que ser muy precisa y clara en ese sentido.

Establecidas las fallas de la demanda que se han destacado, el cargo no puede prosperar.

Segundo cargo: Violación directa de la ley sustancial.

Según el censor, "la norma llamada a gobernar el hecho demostrado era el artículo 222 del C. Penal" que tipifica el punible de uso de documento público falso, y no el 221 que fue la disposición aplicada.

La primera observación que amerita la censura es que el libelista entra a discutir la clase de documento como si la sentencia hubiera sido condenatoria, sin tener en cuenta que siendo absolutoria no puede dar por sentado lo contrario, y mucho menos utilizando la violación directa, pues como se sabe, en ese evento no se pueden discutir ni los hechos ni las pruebas.

Si la idea era sostener que el documento alterado es público, para de esa manera controvertir los argumentos que sirvieron de fundamento a la absolución, es evidente que el cargo no sólo fue mal formulado, sino que se quedó en la introducción sin el desarrollo correspondiente.

De otra parte, para responder al tema planteado sobre la clase de documento, se debe precisar que la intervención del Notario se limitó a la autenticación de las firmas del Presidente y la Secretaria de la Asamblea, de manera que no es cierto que dicho funcionario certificara el contenido del escrito como erróneamente lo afirma el defensor.

El artículo 251 del Código de Procedimiento Civil explica que el "Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública". Contrario sensu, "Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público".

En el asunto que nos ocupa, es muy claro que el acta de la asamblea no fue otorgada por un funcionario público ni con su intervención, de modo que se trata de un documento privado. Ahora, para efectos de la autenticidad, es decir, para revestirlo de certeza sobre las personas que lo firmaron, sus autores reconocieron las firmas ante un notario, hipótesis prevista en el numeral 1o. del artículo 252 del estatuto procesal civil, pero como se desprende de la misma norma, esa diligencia no lo convierte en documento público, esto es, no cambia su naturaleza de documento privado.

La certificación que el notario consigna en el documento privado respecto a que determinadas personas comparecieron y reconocieron sus firmas sí tiene el carácter de documento público, por esta razón cuando la falsedad recae sobre

dicha certificación las normas aplicables son las que se refieren a esa clase de documentos según sea el caso concreto. (En el mismo sentido sentencia de septiembre 25 de 1992, actuando como ponente quien aquí cumple igual misión). Las escrituras públicas son documentos públicos, pues para su perfeccionamiento requieren de la autorización del notario, acto mediante el cual él da fé de que se llenaron los requisitos pertinentes y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados. (Decreto 960 de 1970, artículos 13, 14 y siguientes).

El hecho que dio lugar a éste Proceso fue la inclusión en el acta de un parráfo con posterioridad a la autenticación de las firmas del Presidente y la Secretaria, sin tocar la certificación del notario, es decir, una alteración material del contenido del mismo, lo cual reconoce el juzgador, pero como se trata de un documento privado la trascendencia penal de ese acto no la determina la simple falsificación, sino otros factores que en caso presente a juicio de los falladores de instancia no se dan.

En síntesis, el ataque formulado es incorrecto formal y sustancialmente, por lo tanto se desestimará.

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ FAVORABILIDAD

El instituto de la favorabilidad no es materia de la acción de revisión, sino de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación a través de la nulidad por transgresión al debido Proceso.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., diecisiete (17) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor Jorge E. Córdoba Poveda.

Aprobado Acta N° 25

Proceso: 12251

Vistos

En Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia procede a decidir sobre la idoneidad de la demanda en que se pretende ejercer la acción de revisión por el sentenciado *Juan Emilio Ramos Palencia*, condenado por los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal.

La demanda

El procesado abogado *Juan Emilio Ramos Palencia* promueve la acción para que se ordene la revisión del Proceso penal en el cual el Juzgado 48 Penal del Circuito y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante sentencias del 22 de septiembre de 1992 y del 28 de abril de 1993, respectivamente, lo condenaron a la pena principal de 20 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como coautor de los delitos en precedencia señalados.

La causal en la cual funda la petición de revisión es la contemplada en el numeral segundo del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal. Los argumentos en que se apoya son los siguientes:

Dice que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante auto del 21 de marzo de 1990, al conocer del recurso de apelación, profirió resolución de acusación en su contra, decisión que fue notificada por estado el 2 de abril de dicho año.

Proferida la sentencia de segunda instancia, la cual fue recurrida en casación, la Corte Suprema de Justicia dictó el respectivo fallo el 17 de agosto de 1995.

Teniendo en cuenta las mencionadas fechas, estima el demandante que al momento de emitirse el fallo de casación, la acción penal se encontraba prescrita, toda vez que ya habían trascurrido más de los cinco años que la ley contempla como lapso prescriptivo para los delitos por los cuales había sido convocado a juicio.

Luego de trascribir los artículos 84 del Código Penal y 197 del Decreto 2700 de 1991, concluye que:

"La Corte (ver folio 91 de la sentencia de casación) aplica una legislación anterior, derogada: DECRETO 409 de 1971. Pero en el caso de que estuviese vigente, la norma posterior (art. 197, D. 2700 de 1991) es más favorable, pues ordena la iniciación de la cuenta una vez firmado el auto de segunda instancia (marzo 21 de 1990); en tal evento, la favorabilidad, derecho fundamental, no fue aplicada por la Corte Suprema".

Como medios de prueba aporta fotocopias de las siguientes providencias: resolución de acusación, fallos de primera y segunda instancia y la sentencia de casación con la correspondiente certificación de ejecutoria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El libelo con el que se pretende la remoción de la cosa juzgada, no reúne el requisito contemplado en el numeral 3° del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el citado numeral establece que es deber del accionante invocar los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya su pretensión, la cual deberá guardar estricta relación con la causal fundamento de la demanda.

Así las cosas, resulta evidente que los argumentos que el actor exhibe en el libelo no tienen relación con la hipótesis invocada, pues se advierte con claridad que su inconformidad radica exclusivamente en que la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso de casación, le vulneró "el derecho fundamental de la

favorabilidad" al no aplicar la norma que le era más benigna para los efectos de la prescripción demandada en esa sede.

Si bien es cierto que la prescripción es el objeto de la pretendida revisión y que la demanda se refiere a dicha causal, también lo es que el desarrollo argumentativo no concuerda con los parámetros que la ley exige para la prosperidad de la mencionada hipótesis, pues claramente aparece que la alegación central se funda en el principio de favorabilidad, pretendiendo imponer el criterio personal del libelista y desconociendo que tal tema fue debatido y agotado tanto en las instancias como en sede de casación.

Obsérvese sí que tal aspecto fue ampliamente considerado y estudiado por esta Corporación, toda vez que allí se concluyó cuál era la norma procedimental aplicable y cuándo, por lo mismo, la resolución de acusación quedó legalmente ejecutoriada. En ese entonces se dijo:

"Premisa indispensable para el examen del tema, en razón a los términos de su proposición, es señalar que la ejecutoria del llamamiento a juicio proferido el 21 de marzo de 1990 por el Tribunal de Segunda Instancia, se produjo el 3 de septiembre del mismo año, si se tiene en cuenta la última notificación de esta providencia, el 29 de agosto, por virtud de la regulación procesal aplicable –Decreto 409 de 1971–, pues debe recordarse que cuando entró a regir el Decreto 050 de 1987, el presente Proceso se hallaba con auto de cierre de investigación ejecutoriado, y en esa medida, por mandato del artículo 677 de la nueva codificación, debía aplicarse el Código de Procedimiento Penal anterior (fls.449 y ss. del Cno. No.1).

A lo anterior debe agregarse que la sentencia de casación se profirió el 17 de agosto de 1995, lo que impone concluir que la prescripción de la acción penal nunca operó.

De otro lado, el instituto de la favorabilidad no es materia de la acción de revisión, sino de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación a través de la nulidad por transgresión al debido Proceso.

En fin, el demandante no expuso los fundamentos de derecho consecuentes con la causal de revisión planteada, además de que sus argumentos sólo se reducen a personales puntos de vista que no pueden ser enfrentados contra los efectos de la cosa juzgada.

Por ello, no queda otra alternativa distinta que la de inadmitir el libelo de revisión presentado por el procesado.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda en que el procesado Juan Emilio Ramos Palencia pretende ejercer la acción de revisión contra el fallo proferido el 28 de abril de 1993, mediante el cual se le condenó como coautor de los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

William Monroy Victoria, Conjuez; José Ignacio Talero Lozada, Conjuez; Jorge Córdoba Poveda, Fabio Arisitzábal Hoyos, Conjuez (con Salvamento de Voto); Jorge Aníbal Gómez Gallego, Bernardo Gaitán Mahecha (No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Conjuez; Luis Bernardo Alzate Gómez, Conjuez, Alvaro Correal Reyes, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Proceso No. 12251

Con el debido respeto procedo a consignar las razones que me llevaron a apartarme de la decisión ampliamente mayoritaria de la Sala, en el sentido de inadmitir la demanda en que el procesado Juan Emilio Ramos Valencia ejerció la acción de revisión contra el fallo proferido el 28 de abril de 1996, mediante el cual se le condenó como autor de los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal.

Considero que la demanda debió haber sido admitida, a fin de que se hubiera surtido el trámite de la acción y se hubiera dejado para la sentencia de fondo la decisión de acoger o rechazar las pretensiones incoadas en la demanda.

Téngase en cuenta que el procedimiento de la acción de revisión se encuentra regulado en el articulado del Capítulo IX, del Título IV del Código de Procedimiento Penal y, en consecuencia, debemos remitirnos a dichas normas procedimentales para resolver lo atinente a la admisión o inadmisión de la demanda.

El artículo 235 del Código de Procedimiento Penal establece que la demanda deberá ser admitida si reúne los requisitos exigidos en el artículo 23 ibidem.

Pues bien, la demanda materia del presente examen reúne, en mi concepto, los requisitos exigidos expresamente por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, entre ellos, el de haber manifestado de manera expresa la causal invocada y los fundamentos de hecho y de acuerdo en que se apoya la solicitud.

En efecto, el accionante invocó expresamente la causal segunda consagrada en el artículo 232 de Código de Procedimiento Penal, o sea, el de haberse dictado sentencia condenatoria en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, y en el texto de la demanda expuso los hechos, los fundamentos de derecho y las normas pertinentes, mediante los cuales apoyaba su solicitud.

La decisión mayoritaria de la Sala determinó inadmitir la demanda manifestando que "*si bien es cierto que la prescripción es el objeto de la pretendida revisión y que la demanda se refiere a dicha causal, también lo es que el desarrollo argumentativo no concuerda con los parámetros que la ley exige para la prosperidad de la mencionada hipótesis, pues claramente aparece que la alegación central se funda en el principio de favorabilidad, pretendiendo imponer el criterio personal del libelista y desconociendo que tal tema fue debatido y agotado en las instancias como en sede de casación*", agregando más adelante que "*de otro lado, el instituto de la favorabilidad no es materia de la acción de revisión, sino de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación a través de la nulidad por transgresión al debido proceso*".

La razón de mi discrepancia con las manifestaciones de la Sala arriba resaltadas, radica en lo siguiente:

1. El accionante expresó en la demanda las razones por las cuales él considera se encuentra fundamentada la causal de prescripción invocada como causal de revisión. Es cierto que dentro de dicha argumentación señala que "en tal evento, la favorabilidad, derecho fundamental no fue aplicado por la Corte Suprema". Pero ello no desvirtúa su argumentación, ni la desfigura, ni la convierte en incongruente con la causal invocada. Porque cuado el accionante habla de favorabilidad no se está refiriendo a una causal diferente de revision o prescripción invocada, sino que se refiere a que en sede de casación no se le reconoció la prescripción allí invocada porque no se aplicó una norma que él consideraba debería haberlo sido dentro del principio de favorabilidad que campea en las normas sustantivas y procedimentales de nuestro ordenamiento penal.

2. Tampoco es óbice para admitir la demanda de revisión el hecho de que la prescripción invocada hubiera sido considerada y resuelta en las dos instancias del respectivo proceso y en sede de casación, por cuanto el artículo 232 de C. de P. P. establece con meridiana claridad que la acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, o sea, que se refiere a procesos completamente finalizados, y dicho artículo no establece prohibición de invocar en la acción de revisión un asunto que haya sido materia de debate en el proceso materia de la acción revisoria, máxime si se trata de la causal de prescripción que es comprobable en un proceso mediante el cotejo de las fechas de los hechos y de las providencias que sobre ellos se pronuncian, a la luz de las normas que regulan el instituto de la prescripción.

Fabio Aristizábal Hoyos, Conjuez.

COLISION DE COMPETENCIA/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

Aunque en estricto sentido los conflictos que se susciten una vez culminado el Proceso con sentencia condenatoria ejecutoriada no constituyen el incidente de colisión de competencia previsto en la ley para las actuaciones procesales, la Corte asume su conocimiento para precaver violaciones a los derechos fundamentales de los condenados, teniendo en cuenta además que los funcionarios trabados no dejan de ser Jueces por estar actuando dentro de ese preciso trámite y es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la única autoridad del país que puede resolver con fuerza vinculante sobre los dos Funcionarios Judiciales trabados en el lío.

Colígese de lo anterior la necesaria exclusión del numeral 3° del artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como fuente formal de la competencia para la solución de éste conflicto.

El artículo 75 del Código de Procedimiento Penal señala que "Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en ejercicio de su facultad de ejecución de las sentencias proferidas por los Jueces Penales, conocen: "3.- De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en Procesos distintos contra las mismas personas", norma de tal claridad que no hace necesaria la intervención de la hermenéutica como no sea para oscurecer su entendimiento como ha ocurrido con la interpretación adoptada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad aquí colisionado.

Ahora bien, si de lo que se trata es de dilucidar cuál es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad competente, entre los diversos Juzgados de tal especialidad creados en el país, debe entonces acudirse al acuerdo 54 del 24 de mayo de 1994, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, donde se encuentra que es competente el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del circuito donde se halle la cárcel en la que esté recluido el interno.

Nota: En igual sentido autos de octubre 1° de 1992 M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, noviembre 6 de 1992 M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas, julio 26 de 1993 y junio 4 de 1996 M.P. Dr. Didimo Páez Velandia.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No.26

Proceso: 12807

VISTOS

Procede la Corte a dirimir la colisión negativa de competencia suscitada entre los Juzgados 1° Penal del Circuito de Chiquinquirá (Boyacá) y 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Pastor y Francisco Abril Rivera fueron condenados el 7 de junio de 1993 por el Juzgado 74 Penal del Circuito de Santa Fé de Bogotá D.C. a la pena de 17 años de prisión como responsables de homicidio agravado. Con posterioridad, una Sala de Decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior de éste Distrito Judicial confirmó la sentencia reduciéndo la pena en un año para dejarla en 16 de prisión, sentencia que alcanzó ejecutoria al desatarse negativamente el recurso extraordinario de Casación el 6 de diciembre de 1995.

2. El señor Pastor Abril se encuentra recluído en la Penitenciaría Central "La Picota" de Santa Fé de Bogotá D.C., y el conocimiento de la ejecución de la sentencia le correspondió por reparto al Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad.

3. Mediante sentencia del 25 de septiembre de 1996, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Chiquinquirá (Boyacá) condenó a Pastor Abril a la pena de 10 años de prisión por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio, decisión que adquirió ejecutoria por no haberse interpuesto ningún recurso en su contra.

4. Por medio de escrito hecho llegar al Juzgado 3° de Ejecución de Penas de Santa Fé de Bogotá D.C., el condenado Pastor Abril le solicitó la acumulación jurídica de las condenas dictadas en su contra.

5. El Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se abstiene de resolver la petición de Pastor Abril mediante auto del 19 de diciembre de 1996 en el que advirtió:

5.1. Que están dadas todas las condiciones del artículo 505 del Código de Procedimiento Penal para acceder a la petición del condenado.

5.2. Que como la sentencia del juzgado 1° Penal del Circuito de Chiquinquirá fue dictada con posterioridad a la del Juzgado 74 Penal del Circuito de Santa Fé de Bogotá D.C., y "según la regla la primera sanción se tendrá en cuenta para la pena a imponer con posterioridad" es aquel Despacho Judicial el competente para decidir sobre la acumulación.

5.3. En consecuencia resuelve "separar las investigaciones, dado que el señor Francisco Abril Rivera debe seguir por cuenta de éste despacho cumpliendo pena de 16 años de prisión y enviar las diligencias al Juzgado 1° Penal del Circuito de Chiquinquirá para que proceda de conformidad con el artículo 505 del C.P.P".. (folio 131).

6. Por medio de auto del 15 de enero de 1997, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Chiquinquirá (Boyacá) rechazó la competencia y planteó la colisión negativa de competencia, fundándola en las siguientes razones:

6.1. En la creación de los cargos de Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que excluye la aplicación del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, y

6.2. En la competencia del Juez 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Fé de Bogotá D.C., por la reclusión del condenado Pastor Abril en la Penitenciaría Central "La Picota" de ésta ciudad y la falta de regla de competencia expresa en el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, para la decisión sobre la acumulación jurídica de penas.

7. El 5 de febrero de 1997 el Juzgado 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Fé de Bogotá D.C, acepta la colisión negativa de competencia con la siguiente argumentación:

7.1. La falta de un criterio unificado sobre el punto de debate que hace necesario que se propicie la aceptación del conflicto para que " el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria lo defina".

7.2. Advierte que ese Juzgado tiene al respecto la que autodenomina "diáfana posición jurídica" de resolver el punto a través de la analogía, usando para el efecto como fuentes formales los artículos 91 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, más exactamente el 96, para concluir que el funcionario competente para decidir sobre la acumulación jurídica de penas debe ser quien tenga a su cargo la ejecución de la sentencia condenatoria más antigua.

Agrega que a esta misma conclusión se arriba a través del principio de la integración, para lo cual echa mano de los artículos 21 y 22 del Código de Procedimiento Penal que lo autorizan, dice, a usar el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 88 del Decreto Extraordinario 2282 de 1989, según el cual el Juez competente para acumular es quien tiene a su cargo el Proceso más antiguo.

7.3. A continuación lamenta que el criterio unificado de la totalidad de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no sea coincidente con el suyo, aunque reconoce que él se ha plegado a la mayoría que resuelve el problema entendiendo que la última parte del primer inciso del artículo 505 del Código de Procedimiento Penal señala que el funcionario competente para la acumulación es aquel que tenga a su cargo la ejecución del fallo más reciente, criterio que reitera es el que adopta para sostener su negativa a conocer del asunto.

7.4. Agrega, a manera de queja, que si bien resulta cierto que en el Juzgado a su cargo se ejecuta una sentencia dictada contra Pastor Abril, no considera respetuoso de los principios constitucionales de la equidad, la imparcialidad y la buena fé, que todas las sentencias condenatorias que llegaren a producirse contra esa persona se le envíen directamente sin que previamente sean repartidas entre los otros 5 jueces que componen esa especialdiad de la Rama Judicial en la capital de la República.

Advierte que usando el reparto, el Juez homólogo que los reciba debe definir si es él quien debe estudiar si procede o no la acumulación y, en caso de considerar que no es el competente, enviarlo al otro Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que tenga otros Procesos contra el mismo sentenciado.

Finaliza el auto dejando los "detenidos" (sic) a disposición de la Corte Suprema de Justicia en la Penitenciaría Central "La Picota".

Consideraciones de la Corte

1. Aunque en estricto sentido los conflictos que se susciten una vez culminado el Proceso con sentencia condenatoria ejecutoriada no constituyen el incidente de colisión de competencia previsto en la ley para las actuaciones procesales, la Corte asume su

conocimiento para precaver violaciones a los derechos fundamentales de los condenados, teniendo en cuenta además que los funcionarios trabados no dejan de ser Jueces por estar actuando dentro de ese preciso trámite y es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la única autoridad del país que puede resolver con fuerza vinculante sobre los dos Funcionarios Judiciales trabados en el lio.

Colígese de lo anterior la necesaria exclusión del numeral 3° del artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como fuente formal de la competencia para la solución de éste conflicto.

2. La Sala debe advertir la sorpresa que actuaciones como la del señor Juez 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad causan, al reconocer que la única razón del conflicto sea la necesidad de obtener un pronunciamiento de ésta Corporación como criterio unificador de las diversas posiciones que el problema jurídico ha suscitado.

Y la perplejidad no está dada por la búsqueda de una orientación jurisprudencial que la Sala reconoce necesaria en algunos casos, sin perjuicio del mandato constitucional que otorga a la jurisprudencia el carácter de criterio auxiliar, sino en la forma de obtenerla propiciando un conflicto de competencia, con los traumatismos que ello conlleva, lo que se hubiera evitado con una simple consulta en la Relatoría de la Sala donde pueden hallarse por lo menos tres o cuatro decisiones al respecto[1].

3. El problema jurídico planteado con la colisión se reduce a la respuesta que debe dársele al siguiente interrogante ¿Quién es el Juez competente para tramitar la acumulación jurídica de penas en una ciudad donde existen Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad?.

La respuesta a tal pregunta es una sola, para cuya adopción sólo es necesaria la lectura de la ley: Es competente el Juez de Ejecución de Penas que esté conociendo de la ejecución de la sentencia que esté descontando el condenado que pretenda beneficiarse de tal figura jurídica.

En efecto, el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal señala que "Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en ejercicio de su facultad de ejecución de las sentencias proferidas por los Jueces Penales, conocen: "3.- De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de colición de competencia de octubre 1° de 1992, noviembre 6 de 1992, 26 de julio de 1993 y 22 de noviembre de 1996; Auto niega libertad, Casación N° 9066, 4 de junio de 1996.

proferidas en Procesos distintos contra las mismas personas", norma de tal claridad que no hace necesaria la intervención de la hermenéutica como no sea para oscurecer su entendimiento como ha ocurrido con la interpretación adoptada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad aquí colisionado.

4. Ahora bien, si de lo que se trata es de dilucidar cuál es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad competente, entre los diversos Juzgados de tal especialidad creados en el país, debe entonces acudirse al acuerdo 54 del 24 de mayo de 1994, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, donde se encuentra que es competente el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del circuito donde se halle la cárcel en la que esté recluído el interno.

Hallándose en este asunto plenamente probado que el señor Pastor Abril está en el penal de "La Picota" de Santa Fé de Bogotá D.C., es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de ésta ciudad el competente y el 3° de esa especialidad concretamente, por ser a él a quien le correspondió por reparto la ejecución de la sentencia primeramente ejecutoriada, por lo que así se decidirá este conflicto.

5. La Corte no entiende la posición jurídica del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, que parece desconocer la naturaleza de su función y las características propias de la ejecución de la pena en nuestro país, dentro del cual se ha adoptado un sistema judicial-administrativo que concatena las funciones de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad con la de los funcionarios del INPEC.

Precisamente la acumulación jurídica de las penas es una de las razones que explican la presencia de Jueces de la República en la ejecución de la sentencia, pues de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, de lo que se trata con tal procedimiento es de hacer una redosificación de la pena, siguiendo la regla que allí mismo se establece de que "la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la pena a imponer", actuación que evidentemente no puede deferírsele sino a un Juez de la República, nunca a un funcionario administrativo.

La tesis esgrimida por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad tiene la virtualidad de negar su propia competencia autodespojándose de una función que la ley le ha asignado, desconociendo además que el Proceso de ejecución de la sentencia no es parte del Proceso penal propiamente dicho, pues que duda cabe acerca de que su iniciación requiere como condición necesaria la de la ejecutoria de la sentencia, es decir la culminación definitiva del Proceso penal, por lo que no resulta atinado por parte del Juez citar como fuentes formales para la solución del problema que él creó, las normas que se aplican a la acumulación de causas, pues no tienen nada

que ver aquella situación con ésta, como no sea la utilización del vocablo "acumulación".

6. Entiende así mismo la Corte, que habida cuenta que lo que se ha establecido como factor de competencia en tratándose de ejecución de penas es un factor de naturaleza estrictamente personal, por determinarse el ámbito de labor del Funcionario Judicial de acuerdo al lugar de reclusión del condenado, tal situación en casos de varias sentencias, acumulables o no, en contra de una misma persona, debería ser conocida por el mismo Juez a quien le haya sido repartida la primera sentencia que empezó a ejecutarse, lógicamente manteniendo el factor personal de la competencia pues si el INPEC cambia el lugar de reclusión, la competencia necesariamente variará.

Contribuyen a esta conclusión no solo los mandatos legales y reglamentarios sobre la competencia, sino poderosas razones de tipo sociológico que teniendo en cuenta la función del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad aconsejan la conveniencia de que sea, en lo posible, un mismo funcionario judicial el que trate al condenado durante la ejecución de las sentencias que deba pagar, pues en las múltiples evaluaciones a las que será sometido importa sobremanera la percepción que el funcionario tenga sobre las condiciones personales, familiares, económicas y culturales del condenado, sin que pueda olvidarse tampoco que razones de orden práctico en un país donde las bases de datos sobre los delincuentes y sus antecedentes de todo orden son elementos de escasa existencia o de difícil consulta, contribuyan a enmendar tal falencia con el conocimiento personal del funcionario, por lo menos para la ubicación de la totalidad de las sentencias que alguien deba descontar, cuando se trate de más de una.

7. No puede finalmente la Corte dejar de llamar la atención al Juez 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad sobre el aparente desconocimiento que sus providencias muestran acerca, no solo del procedimiento, sino de los propios términos que ha de usar en sus decisiones. Incurre por ejemplo en error craso al ordenar en su auto del 19 de diciembre (folio 131) "separar las investigaciones" cuando él está precisamente ejecutando una decisión judicial para cuya adopción debió superarse no solo la etapa investigativa, sino además la del juicio.

También incurre en error, al ordenar en su auto del 5 de febrero de 1997 que los "detenidos" (sic) queden a disposición de la Corte Suprema de Justicia; pues, de una parte no son detenidos –la detención preventiva hace rato que se superó y ahora son condenados–, ni es plural el número de ellos, pues el conflicto únicamente discute la competencia para conocer de la acumulación jurídica de penas de Pastor Abril; y, por último, olvida que no puede separarse de su función con la simple aceptación de un conflicto negativo de competencia, pues su competencia que es

la que él mismo discute, la mantiene hasta cuando se defina el conflicto y por tanto los condenados deben proseguir a su disposición, ya que el Juez de Colisión no adquiere competencia para otra cosa diferente que para la solución del problema.

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

RESUELVE

Dirimir la presente colisión negativa de competencia declarando que la competencia para conocer de la acumulación jurídica de penas en este asunto corresponde al Juez 3° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Fé de Bogotá D.C.

Disponer que por secretaría se remita el Proceso directamente al Juez Competente y se comunique esta decisión al Juez 1° Penal del Circuito de Chiquinquirá (Boyacá).

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jórge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda (aclaro mi voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Proceso No. 12807

Con el acostumbrado respeto que guardo hacia las decisiones de la Sala, suscribo en esta ocasión la presente bajo las siguientes breves consideraciones:

a) Ha sido reiterada esta Sala de la Corte, con sobra de razón, al afirmar que con posterioridad al proferimiento del fallo no hay lugar a la promoción de conflicto alguno de competencia, porque la determinación de ese aspecto constituye, precisamente, un presupuesto esencial para el pronunciamiento de fondo.

Producida la sentencia, tan sólo resta la fase de su ejecución, dentro de un sistema judicial-administrativo que por hallarse debidamente reglado por la ley, no puede dar lugar a un verdadero conflicto de conocimiento.

Siendo lo anterior así, no encuentro lógido que de una parte la Sala prediquc que no ha lugar "el incidente de colisión de competencia previsto en la ley para las actuaciones procesales", y sin embargo, a la final resuelva "dirimir la presente colisión negativa de competencia", porque la simple sustracción de materia impide definir algo que se ha dicho inexistente.

De allí mi discrepancia con la fórmula ha sido utilizado, porque lo razonable y consecuente hubiese sido inhibir un pronunciamiento de fondo.

b) Lo anterior no significa, en modo alguno, que la Colegiatura permanezca indiferente e impasible frente a la terquedad de un funcionario que se resista a asumir unas funciones que la ley ha hecho indiscutiblemente suyas, porque omitiendo su intervención como superior jerárquico, tal tosudez podría convertirse en factor de impunidad o de denegación de justicia, lo que resulta opuesto a los fines de la administración de justicia y al principio superior de primacía del derecho sustancial.

Sólo que la opción a asumir no estaría en la vía del incidente de colisión, forzando su operancia en casos que ya se han dicho inoperantes, sino en la jerarquía que le otorga a la Corte Suprema de Justicia el artículo 234 de la Carta Política, según el cual se le adscribe la función de órgano máximo de la jurisdicción ordinaria.

Esa sola priorida lleva a entender sin forzadas impostura, que si a esta sede llega equivocadamente un asunto concerniente a la jurisdicción ordinaria, goce la Sala de la amplia posibilidad de regresarlo de plano donde corresponde, sin que le sea necesario ampliar instituciones o incidentes en los que el fenómeno no encuentra ubicación alguna, ni concederle espacio legal a un debate que carece de lógica y de sustento normativo alguno.

Las mejores razones para apoyar mi discrepante pensamiento las encuentro al interior de los reproches que hace la Sala al desorientado Juez 3° de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad al censurarle su desconocimiento de las reglas de procedimiento y hasta de los conceptos que emplea en su providencia, porque muy lejos de fundar la supuesta "colisión" en los factores legales que determinan el conocimiento de un determinado asunto, su pensamiento divaga en temas ajenos a aquellos que pueden ser objeto de un verdadero conflicto.

Suscribo, pues, bajo el entendido de que a la Sala le asiste la facultad y el deber de regresar el expediente donde corresponde, mas no dentro de un supuesto de verdadera colisión de competencia.

Honorables magistrados,

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado

Santafé de Bogotá, marzo 21 de 1997.

ACCION DE REVISION/ HECHO NUEVO/ PRUEBA NUEVA

Para que el ejercicio de la acción de revisión pueda intentarse con fundamento en la causal tercera del artículo 232 del estatuto procesal penal, deben cumplirse los siguientes presupuestos: a) Surgimiento de hechos nuevos o de pruebas no conocidas al tiempo de los debates; b) Que el acontecer fáctico acreditado esté ligado al hecho punible objeto de investigación; y, c) Que las pruebas aportadas o aportables sean aptas para demostrar la inocencia del procesado o su inimputabilidad.

Por hecho nuevo, la Corte ha entendido "aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido", y por prueba nueva, "el mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al Proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar substancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado" (Cfr. fallo de diciembre 1° de 1983, Mag. Pte. Dr. Alfonso Reyes Echandía, entre otros).

Para intentar la acción de revisión no basta que el demandante aporte pruebas no conocidas sobre un determinado hecho; es necesario, que los mecanismos probatorios aducidos sean pertinentes y ab initio eficaces, es decir, que guarden relación con el delito investigado y tengan en principio aptitud para derruir las conclusiones del fallo, bien porque conducen fundadamente a demostrar que el sentenciado es inocente en la diversa acepción de no autor, realizador inculpable del hecho o al amparo de causal de justificación, o porque con igual contundencia, esos mismos medios probatorios, permiten afirmar su inimputabilidad.

Corte Suprema de Justicia.- Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No. 26

Proceso: 11352

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el defensor de la sentenciada Diana Maritza Gil Flórez.

ANTECEDENTES

El 3 de agosto de 1990, Unidades de la Policía Nacional, alertadas por una llamada anónima, registraron la residencia ubicada en la calle 53 No.47-24 del Municipio de Bello (Ant), encontrando en una de sus habitaciones, en el interior de un armario, camuflada dentro de la ropa de Diana Maritza Gil Flórez, una subametralladora calibre 9 mm., marca Atlanta. Diana Maritza, quien fue capturada en el lugar de los hechos, aceptó la tenencia del arma, explicando en su indagatoria que la noche anterior un sujeto apodado "Capulina", perteneciente a la banda "La Ramada", le había pedido bajo amenazas de muerte que se la guardara.

Un Juzgado de Orden Público de Medellín, dictó sentencia absolutoria en favor de la procesada, pero el Tribunal Superior de la especialidad, al conocer de este pronunciamiento por vía de consulta, la revocó para condenar a Diana Maritza Gil Flórez a la pena principal de 3 años de prisión, como autora material del delito previsto en el art. 2° del Decreto 3664 de 1986 (fls.22 y 36).

La decisión de primer grado se fundamentó en la causal de inculpabilidad prevista en el artículo 40.2 del Código Penal (insuperable coacción ajena), tras considerar el juzgador que Diana Maritza actuó determinada por las amenazas que en su contra profiriera el sujeto apodado "Capulina" si no accedía a sus pretensiones (fls.22 ss).

El Tribunal Superior estimó inaceptable un tal reconocimiento, argumentando que las notas de actualidad e insuperabilidad de la causal aplicada no se cumplían, y que las versiones suministradas al respecto por la acusada, contrastaban substancialmente. A los agentes de la policía que intervinieron en la requisa, les habría dicho que el arma era de su compañero Wilson Iván Torres Herrón, conocido con el remoquete de "Pupilo", sindicado de pertenecer a la banda "La Ramada". En la policía judicial sostuvo que hasta su residencia llegó muy asustado el sujeto apodado "Capulina" diciéndole que le guardara el arma y que por miedo ella la recibió. Y, en indagatoria, repite lo afirmado en policía judicial, agregando que el sujeto le dijo: "si no me la guardás maricona hijueputa te mato a vos y a tu niño" (fls.44).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal tercera de revisión, el accionante predica la presencia de pruebas nuevas, no conocidas al tiempo de los debates, que establecen la inculpabilidad de la sentenciada, en cuanto demuestran que actuó bajo insuperable coacción ajena.

Sostiene que la preservación de la cosa juzgada constituye un propósito del legislador y los juzgadores, que debe entenderse como el mantenimiento de una sentencia justa, ya que advertida, por la aportación de pruebas nuevas, la posibilidad de haberse condenado a un inocente, el fallo debe mirarse como lo que es, injusto, arbitrario y contrario a la normatividad jurídica, debiendo, quien conoce de la acción, no cerrar el camino a su prosperidad, sino facilitar su éxito.-

Anota que las referencias de la demanda a los aspectos que permitieron afirmar la responsabilidad en la sentencia, no deben mirarse, como un retorno a un debate superado, o una simple discrepancia de opiniones o interés por repetir una controversia ya definida. Explica que quien acciona en revisión, debe abordar estos tópicos, así como controvertir la prueba que sirvió de fundamento al fallo, puesto que de su confrontación con la nueva surge el que la antigua se exhiba como inidónea para mantener la decisión cuestionada, no siendo entonces aceptable el estribillo de tratarse del mismo debate visto de manera diferente, porque esta conclusión "solo es dable fijarla cuando se pretende, sobre la misma y únicas probanzas existentes en el Proceso, mudar el fallo" (fls.5).

Esto no se presenta "cuando el vacío probatorio puede resultar desvanecido con la nueva prueba, o cuando la conjetura indebida, o la presunción sin fundamento, o la inferencia desmedida que condujo,en un vicio del raciocinio jurídico, a la condena, se desvirtúa totalmente o muestra su absoluta falencia con los nuevos elementos probatorios", como ocurre en el caso analizado, en donde el nexo social, afectivo o criminal entre Diana Maritza Gil Flórez y Luis Eduardo Durango (a. Capulina), que el sentenciador no halló en el Proceso pero estimó como conclusión posible, ahora se presenta como inexistente con la prueba nueva. Y agrega:

"Si lo que el juzgador creyó o vislumbró, parando mientes solo en las sinceras e ingenuas manifestaciones expresadas en la indagatoria (pieza procesal maltratada hasta límites casi sancionables) como convivencia entre quien entregó el arma (Capulina) y la persona que la recibió (la Gil Flórez), no constituye una realidad, y la nueva prueba establece de manera nítida, trascendente, todo lo contrario, indudablemente que es de justicia permitir la revisión del Proceso para poder llegar a la verdad de lo acontecido y salvar el error del fallador, desacierto cometido por negligencia, por ignorancia, o por abuso de lo que era permitido inferir" (fls.5).

Sostiene que el hecho de no haber acudido en casación, no impide que la acción pueda promoverse, puesto que se trata de estadios totalmente distintos, de alternativas diferentes y remedios diversos. Mientras el recurso se apoya en la prueba que consideró el fallador, la acción difiere en este sentido. En muchos casos la defensa se ve abocada a prescindir de la casación porque no cuenta con la prueba contundente de la inocencia, para acudir en revisión una vez obtenida ésta, como acontece en el que es objeto de estudio, que se desmenuzará en mejor forma, cuando cumplido el período probatorio "se permita cotejar la nueva prueba con la cantidad de sandeces, contrasentidos, suposiciones, negaciones imperdonables, interpretaciones arbitrarias e injustas que el fallador realizó para perder una inocente" (fls.6).

Insiste que si la causal tercera se interpreta como la prohibición de no poder volver nunca sobre asunto que, siendo fundamental a la conclusión de responsabilidad, hubiese sido conocido en el Proceso, la revisión estaría alejándose de su razón de ser. El instituto se tornaría inútil si de entrada se toma cualquier intento de análisis de la cuestión probatoria como el simple afán de renovar una discusión ya producida y superada.

Al entrar de lleno en el estudio de la situación de su protegida, señala que pretender la revisión del fallo sería un esfuerzo vano si el Tribunal fuera contundente al referirse a las pruebas indicativas de que Diana Maritza mantuvo relaciones personales con "Capulina", o que dicho sujeto nunca la amenazó para que recibiera el arma, o que el servicio por ella prestado obedecía a su vinculación directa o indirecta con la banda, pero como esta no es la verdad del Proceso, ni de la sentencia, la cual reconoce que esta situación surge de la conjetura, la sospecha, la intuición, y la fingida idea de tratarse de un miembro más de la organización, merece que el aspecto probatorio se adicione para que "con nuevos elementos de convicción se llegue a la certeza, se consiga la noción exacta de la realidad y se alcance la verdad de todo", porque lejos de estarse condenando a una delincuente, se está condenando a una de la víctimas de una terrorífica banda delincuencial (fls.8).

En seguida, transcribe el fallo del Tribunal en la parte correspondiente al estudio que la corporación hace de la causal de inculpabilidad alegada por la defensa, para sostener que "esta pieza tan singular e injusta es el mejor argumento para buscar su decadencia y sustitución" (fls. 11).

Luego se refiere a las pruebas que sirven de sustento a la demanda, para sostener que con ellas se acreditan varios aspectos: a) Carencia de antecedentes de Diana Maritza, su ordenado vivir y su desvinculación de relaciones con malvivientes; b) comportamiento social ejemplar de la procesada; y, c) existencia real del sujeto apodado Capulina, su peligrosidad y muerte a manos de la fuerza pública.

Estos hechos los acredita con prueba testimonial rendida ante Notario, certificaciones de los centros de educación donde estudió la procesada, fotocopia autenticada de su diploma de bachiller, certificados y oficios de autoridades judiciales sobre ausencia de antecedentes y recomendaciones.

Critica la actitud de los funcionarios que conocieron del Proceso por no haberse preocupado de acreditar, como era su obligación, la alegada camaradería de Capulina con Diana Maritza. Bastó la manifestación que hiciera esta última en indagatoria de un contacto efímero con dicho sujeto en una discoteca, para dar por sentada una familiaridad y trato excepcionales entre ellos. Tampoco se le ocurrió al instructor inquirir por las características de Capulina para establecer si a través de sus gestos y cortas manifestaciones intimidatorias podía sumir a alguien honrado a sus oscuros designios. Habría bastado, en buen juicio, saber que se trataba de un sicario, para percatarse de la verdad del dicho de Diana Maritza.

Deficiente fue también la comprobación relacionada con el ambiente familiar en que se movía la procesada y la actividad a la cual se entregaba. Ahora se demuestra que cursó normalmente estudios de bachillerato hasta alcanzar el título, sin que nunca se le dieran malas calificaciones en sus materias, disciplina, o ética del comportamiento. "¿Y esto, no evidenciará la imposibilidad de tener esta clase de compañías, de usufructuarlas, de acompañarlas en sus malandanzas?" (fls.14 y 15).

Afirma que, aunque probatoriamente más puede establecerse en el trámite de la acción, de las pruebas aportadas brota con innegable evidencia que Diana Maritza no participó en los hechos dolosamente, y que lejos de ser coautora, es una sufrida víctima que sucumbió a una no desatendible amenaza.

Retoma la indagatoria de Diana Maritza para señalar que si bien es cierto no le es permitido por la índole de la acción analizar su inhumana tergiversación, es conveniente anotar que del hecho de haber coincidido con Capulina en una discoteca, bailar con él una pieza y verle de pronto transitar por una de las calles del barrio, se pasó a sostener que departió con él toda la noche, que la entrega del arma a Diana Maritza no fue casual y, con igual saña y apartamiento de la realidad por parte del Tribunal "que no era ajena a las actividades de la banda" (fls.16).

Sostiene finalmente que del estudio de la prueba allegada puede concluirse que Diana Maritza nunca tuvo relaciones con la temible banda La Ramada, ni menos con Capulina, a quien por igual el vecindario temía, y que la temibilidad de la organización era de tal naturaleza que no era necesario un Proceso de ablandamiento para obtener sus propósitos (fls.1 a 17).

SE CONSIDERA

Para que el ejercicio de la acción de revisión pueda intentarse con fundamento en la causal tercera del artículo 232 del estatuto procesal penal, deben cumplirse los siguientes presupuestos: a) Surgimiento de hechos nuevos o de pruebas no conocidas al tiempo de los debates; b) Que el acontecer fáctico acreditado esté ligado al hecho punible objeto de investigación; y, c) Que las pruebas aportadas o aportables sean aptas para demostrar la inocencia del procesado o su inimputabilidad.

Por hecho nuevo, la Corte ha entendido "aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido", y por prueba nueva, "el mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al Proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar substancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado" (Cfr. fallo de diciembre 1° de 1983, Mag. Pte. Dr. Alfonso Reyes Echandía, entre otros).

Los elementos de prueba que el demandante aduce para buscar la rescisión de la sentencia en el presente caso, están representados, por testimonios rendidos ante Notario y documentos de diversa índole, como certificados de establecimientos educativos, constancias de autoridades judiciales sobre ausencia de antecedentes y recomendaciones particulares. Con ellos, pretende acreditar básicamente dos aspectos: La buena conducta individual, familiar y social de la procesada, y la existencia, peligrosidad y muerte del sujeto llamado Luis Alfonso Durango Giraldo o Luis Eduardo Durango, apodado "Capulina".

Del estudio de los fallos de primera y segunda instancia puede claramente inferirse que ninguna de las situaciones que el accionante dice acreditar con los medios de prueba aducidos, fueron extrañas al Proceso, o ajenas al debate probatorio desarrollado, razón por la cual habría de entenderse que la acción se apoya en pruebas nuevas que acreditarían variantes de realidades fácticas ya conocidas, mas no en la demostración de hechos inéditos.

Partiendo de este supuesto, la primera advertencia que habría de hacerse es que para intentar la acción de revisión no basta que el demandante aporte pruebas no conocidas sobre un determinado hecho; es necesario, que los mecanismos probatorios aducidos sean pertinentes y ab initio eficaces, es decir, que guarden relación con el delito investigado y tengan en principio aptitud para derruir las conclusiones del fallo, bien porque conducen fundadamente a demostrar que el sentenciado es inocente en la diversa acepción de no autor, realizador inculpable

del hecho o al amparo de causal de justificación, o porque con igual contundencia, esos mismos medios probatorios, permiten afirmar su inimputabilidad.

Las pruebas acompañadas a la demanda que tienden a demostrar el desenvolvimiento familiar, social y académico de Diana Maritza, podrían servir, en el mejor de los casos, como referencia de su personalidad, pero no conducir a la demostración de su inocencia, puesto que no aluden en concreto al acontecer delictivo, sino a la forma de vida de la procesada, además de que la mayoría de estas pruebas acreditarían posturas conductuales y logros obtenidos por Diana Maritza después de ocurridos los hechos, como acontece con los testigos que declaran sobre su ejemplar comportamiento, quienes mayoritariamente dicen haberla conocido hace apenas 3 o 4 años (fls. 51 y vto, 54 y vto.), y con los certificados de estudio del Instituto Colombiano de Bachillerato de Medellín (fls.58 a 62), que acreditan labores académicas realizadas a partir de 1994 (los hechos tuvieron ocurrencia en agosto de 1990).

Es más, la conducta anterior de Diana Maritza no fue descalificada por el ad quem, ni por tanto tenida en cuenta para afirmar su culpabilidad en los hechos que se le imputaron, siendo por consiguiente insustancial cualquier comprobación que se haga a este respecto en aras de quebrar la inmutabilidad de la sentencia.

Los otros medios de convicción allegados por el accionante, con los cuales busca demostrar la existencia, peligrosidad y muerte violenta en el año de 1991 del sujeto apodado "Capulina", nada realmente nuevo aportan en favor de la pretensión rescisoria, pues el Tribunal no negó la existencia del mencionado sujeto, ni su intervención en el hecho punible, como se desprende de las razones que adujo para desechar la referida causal de inculpabilidad, en cuanto que Diana Maritza, de haber recibido el arma de los miembros de la banda "La Ramada", a la cual pertenecía "Capulina", lo habría hecho voluntariamente, y de la circunstancia de haber ordenado en el mismo fallo la expedición de copias para investigar la conducta de éste. Luego, por esta vía, el ataque a la cosa juzgada resultaría igualmente inane.

Tampoco desconoció el Tribunal la peligrosidad de la citada banda, y la demostración de esta condición no puede tenerse per se como prueba de que Diana Maritza hubiera recibido amenazas al entrar en posesión del arma.

Veladamente, lo que el accionante propone es una revaloración del acervo probatorio allegado en el trámite de las instancias, con miras a que se corrijan supuestos errores de apreciación probatoria cometidos por el Tribunal al proferir la decisión de condena, pretensión que debió intentar a través del recurso extraordinario de casación, no por la vía de la revisión, la cual solo puede apoyarse

en pruebas nuevas, no en las que sirvieron para dictar el fallo, como certeramente es puesto de presente por el actor.

Cierto es que para demostrar la eficacia de la prueba ex-novo debe necesariamente acudirse al estudio de los elementos de convicción en los cuales se fundamentó la sentencia, y que no por ello puede postularse reactivación o interés de revivir un debate probatorio ya superado, pero este Proceso impone para el accionante una postura lógica en el desarrollo del planteamiento, que le exige demostrar previamente el carácter novedoso de la prueba y su relación con el hecho investigado, tarea que se incumple cuando termina fundando su pretensión en la apreciación equivocada de los elementos de juicio que el juez tuvo a su alcance al finiquitar el Proceso, o en la deficiente comprobación de aspectos favorables al sentenciado.

Es lo que verdaderamente ocurre en el caso sub judice, donde el actor se preocupa más por resaltar los errores de apreciación probatoria en que supuestamente incurrió el Tribunal, y en denunciar algunas deficiencias investigativas, que en demostrar la procedencia y aptitud de las nuevas pruebas para contrastar las conclusiones del fallo.

En las condiciones vistas, claramente reveladoras de la impertinencia e ineficacia de las pruebas aportadas para sustentar la acción promovida, se impone el rechazo de la demanda.

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

RESUELVE

1) Reconocer al doctor Armando Uribe Arcila como apoderado de Diana Maritza Gil Flórez, de acuerdo al poder conferido.

2) Rechazar la demanda de revisión presentada a nombre de la sentenciada Diana Maritza Gil Flórez.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA A PREVENCION

La "competencia a prevención", regulada en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, es uno de los criterios fijados por el legislador para atribuir el conocimiento de un asunto a un determinado funcionario. Por lo mismo, ante la posible comisión del hecho punible "en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero" - incluída la hipótesis de "delitos conexos", según expresa previsión del inciso segundo de la mencionada norma–, el juez de conocimiento no puede desprenderse de la competencia y menos promover apresuradamente incidente con tal finalidad, sin antes haber agotado la posibilidad de aplicar esta figura, pues la teleología de las actuaciones judiciales es la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la C. N., conc. art. 1° Ley 270/96), y la preservación de las actuaciones cumplidas –no su invalidación.

La aplicación de la "competencia a prevención" deviene acorde con los principios de economía procesal, celeridad (art. 29 de la C. N., conc. art. 4° Ley 270/96) y eficiencia de la Administración de Justicia (art. 7° ley 270/96) y pretende evitar que sus agentes se enfrasquen en controversias como la que ahora ocupa la atención de la Sala.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Aprobado acta No. 26

Proceso: 12488

1. Asunto

Desatar la colisión negativa de competencias surgida entre los Juzgados Tercero y Primero Penales del Circuito de Quibdó -Chocó- y Turbo –Antioquia–,, respectivamente, en el Proceso que por los delitos de prevaricato por omisión e

ilícito aprovechamiento de recursos naturales, se adelanta en contra de Ovidio Robledo Pacheco y otros.

2. Antecedentes

Los hechos objeto de investigación fueron resumidos de la siguiente forma en la providencia dictada en segunda instancia por la Fiscal Sexta delegada ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial de Antioquia y Medellín, al desatar la alzada interpuesta contra la resolución de acusación:

"Amparado por la inercia de los funcionarios de Coodechocó (sic), entidad oficial encargada de la vigilancia y protección de los recursos naturales de la zona, durante los años 1988 a 1990, el señor Reinerio Palacios Arias, contratista de la empresa Maderas del Darién, taló bosques ubicados en el territorio de Chageradó, Urabá Antioqueño. Esa indebida explotación industrial y la pacividad (sic) de los funcionarios de Codechocó fueron denunciadas penalmente por la Organización Indígena de Antioquia O. I. A. el 2 de diciembre de 1991".

En firme la resolución de acusación formulada "en contra de Reinero Palacios Arias por el delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales" y "en contra de Ovidio Robledo Pacheco, Oscar Bernardo Palacios Sánchez y Flavio Enoff Garcés Arcila por el delito de Prevaricato por omisión", el trámite de la causa correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo -Antioquia-, Despacho éste que, rituada la diligencia de audiencia pública, se declaró incompetente para seguir conociendo del asunto.

Las siguientes fueron las razones expuestas en sustento de su decisión:

"(...) el acto jurídico omisivo, que generó la conducta endilgada a los funcionarios de Codechocó *se realizó en la sede de esa Corporación, esto es, en el municipio de Quibdó (Chocó) y en este sentido no podemos considerar que el tipo penal aludido haya tenido ocurrencia en el lugar donde se ejecutó el hecho material, por lo tanto el funcionario competente para entrar a decidir de fondo lo que corresponda es el juez penal del circuito de la sede donde ejercen o ejercieron sus funciones los acusados anteriormente mencionados, lugar adonde (sic) serán enviadas las diligencias".*

Con relación al delito de ilícito aprovechamiento de recursos naturales, sin cuestionar el lugar de comisión, precisó que por existir "unidad de tiempo y de espacio con la omisión imputada a los funcionarios de *Codechocó* ", por tratarse de un hecho conexo, debe ser juzgado por su homólogo de Quibdó, conjuntamente con el delito de prevaricato por omisión (fl. 863).

Por su parte, el Juez Tercero Penal del Circuito de Quibdó, disintió del planteamiento anterior con los siguientes razonamientos:

"De la revisión del Proceso se establece que la tala de los bosques por parte del señor Reinerio Palacios Arias, *contratista de la empresa "Maderas del Darién", tuvo ocurrencia en el territorio de Chageradó y la quebrada El Güino, comprensión territorial del Municipio de Vigía del Fuerte (Ant.)".*

"Lo anterior indica que el competente para seguir conociendo de este Proceso es el Juzgado Penal del Circuito de Turbo (Ant.) por haber sido en ese territorio donde se cometieron tanto el hecho material de la tala de bosques por parte del señor Reinerio Palacios, *como la omisión de los empleados de Codechocó, porque era en ese lugar donde dicha Corporación debió haber ejercido el adecuado control para evitar el desmonte de nuestros recursos naturales; en Quibdó, sólo funciona la sede de Codechocó y ello no da la competencia a que se refiere el Juez Primero Penal del Circuito de Turbo (Ant.)" (fl. 876).*

3. Consideraciones de la Corte

De conformidad con el numeral 5° del artículo 68 del Ordenamiento Procesal Penal, la Corte es competente para dirimir la presente colisión de competencias surgida entre dos Jueces Penales del Circuito de diferente Distrito.

La "*competencia a prevención*", regulada en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, es uno de los criterios fijados por el legislador para atribuir el conocimiento de un asunto a un determinado funcionario. Por lo mismo, ante la posible comisión del hecho punible "en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero" –incluída la hipótesis de "delitos conexos", según expresa previsión del inciso segundo de la mencionada norma–, el juez de conocimiento no puede desprenderse de la competencia y menos promover apresuradamente incidente con tal finalidad, sin antes haber agotado la posibilidad de aplicar esta figura, pues la teleología de las actuaciones judiciales es la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la C. N., conc. art. 1° Ley 270/96), y la preservación de las actuaciones cumplidas –no su invalidación–.

La aplicación de la "competencia a prevención" deviene acorde con los principios de economía procesal, celeridad (art. 29 de la C. N., conc. art. 4° Ley 270/96) y eficiencia de la Administración de Justicia (art. 7° ley 270/96) y pretende evitar que sus agentes se enfrasquen en controversias como la que ahora ocupa la atención de la Sala.

Independientemente de la discusión generada en torno al lugar de comisión del delito de prevaricato, es lo cierto que el punible de ilícito aprovechamiento de

recursos naturales –por el que también se formuló resolución de acusación y por lo mismo tiene fuerza vinculante para efectos de establecer la competencia– tuvo ocurrencia, como lo aceptan los dos funcionarios colisionantes, "en el territorio de Chageradó y la quebrada El Güino, comprensión territorial del Municipio de Vigía del Fuerte (Ant.)".

Teniéndose certeza del lugar de comisión de uno de los dos delitos conexos por los que se formuló resolución de acusación, –además del acuerdo expreso que sobre este preciso tópico existe entre los colisionantes–, ha debido darse aplicación por parte del Juez Primero Penal del Circuito de Turbo –Antioquia– al factor de competencia señalado en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal.

Basta examinar el expediente para concluir que al menos el delito atentatorio contra los recursos naturales se cometió en jurisdicción del Circuito de Turbo -Antioquia- y además, la investigación se tramitó, y la fase hasta ahora rituada del juicio se adelanta en el marco territorial correspondiente al Juzgado Penal del Circuito de esa localidad.

Por ende, es el Juez Primero Penal del Circuito de Turbo -Antioquia- quien debe continuar tramitando la etapa de la causa correspondiente a la resolución de acusación que por los delitos conexos de prevaricato por omisión e ilícito aprovechamiento de recursos naturales formuló la Fiscal 80 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de ese mismo Municipio.

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

RESUELVE

Asignar la competencia para conocer de este asunto al Juzgado Primero Penal del Circuito de Turbo - Antioquia–, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta providencia al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Quibdó – Chocó–.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PREVARICATO POR OMISION/ TERMINO

El incumplimiento de los términos procesales, por sí solo, no puede admitirse como un hecho constitutivo de prevaricato, pues la omisión o el retardo punibles no son la simple inactividad oficial sino la inejecución o mora del acto funcional, con conciencia del deber omitido o indebidamente diferido, sin razones atendibles para ello. La Corte, en situaciones como la que ahora se estudia ha dicho que "...la compleja actividad parlamentaria debe por necesidad guardar un equilibrio que haga operantes las distintas funciones constituyentes, legislativas, administrativas, electorales, de protocolo y de control público y político que le conciernen por igual a cada Cámara (Art 6o. de la Ley 5a. de 1992), frente a las cuales no se vislumbra una punible omisión de las judiciales a las cuales se refiere el denunciante" (Auto de noviembre 5/96. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Aprobado Acta No. 27

Proceso: 11867

VISTOS

Decide la Sala si existe o no mérito para abrir investigación contra los Representantes a la Cámara Rafael Guzmán Navarro y Francisco Canossa Guerrero.

ANTECEDENTES

1. En deshilvanados términos, el ciudadano Jaime Rafael Pedraza reprocha a los prenombrados Representantes a la Cámara haber dejado inactiva, por espacio

de un año, la investigación No. 401 contra el Ex-presidente César Gaviria Trujillo y el Ex-fiscal General de la Nación Gustavo de Greiff Restrepo, desbordando los términos establecidos en los artículos 331 a 341 de la Ley 5a. de 1992, razón por la cual les imputa el presunto delito de Prevaricato por Omisión.

Sinembargo, tángencialmente hace referencia en su queja a diversas actuaciones procesales adelantadas por algunos de los Representantes investigadores tales como ampliaciones de denuncia, expedición de constancias, trámite de impedimentos, inspección judicial, citaciones para diligencias de indagatoria, entre otras.

2. Se tiene establecida la calidad foral de los doctores Rafael Guzmán Navarro y Francisco Canossa Guerrero, quienes fungieron como Representantes a la Cámara, el primero desde el 9 de agosto de 1994 hasta la fecha, con un receso entre el 21 de julio de 1995 y el 26 de mayo de 1996, período durante el cual fue reemplazado por el segundo. Ambos fueron miembros de la Comisión Tercera Constitucional y de la Comisión de Investigación y Acusación. El Dr. Canossa Guerrero, el día 7 de mayo de 1996 presentó renuncia del cargo como miembro de ésta última comisión.

3. A través de diligencia de inspección judicial al expediente radicado con el No. 401 en la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, se determinó lo siguiente:

3.1. Figura como denunciante el señor Jaime Rafael Pedraza y como imputados los doctores César Gaviria Trujillo, Gustavo de Greiff Restrepo, entre otros altos funcionarios del Estado para la época de los hechos.

Se constató que la denuncia, presentada el 17 de noviembre de 1993, fue repartida al Representante Investigador Rodrigo Villalba Mosquera a cuyo despacho ingresó el 14 de diciembre siguiente, pero por licencia no remunerada correspondió su conocimiento a la Representante Inés Falla de Ospina, quien mediante auto de mayo 5 de 1994 dispuso apertura de indagación preliminar.

3.2. Fallida la pretensión del denunciante para apartarla del asunto mediante acción de tutela, la investigadora dispuso por auto del 7 de junio de 1994 oírlo en diligencia de ampliación, oportunidad procesal aprovechada por aquél para recusarla so pretexto de haberla denunciado ante esta Corporación. Como por tal motivo la Dra. Falla de Ospina se considerase inhabilitada, la mesa directiva de la Comisión la apartó del conocimiento, reasignando el Proceso al Representante aquí imputado, Dr. Rafael Guzmán Navarro, quien por auto del 21 de octubre del mismo año, dispuso nueva ampliación de denuncia, diligencia que se llevó a cabo diez días después.

Posteriormente, el Dr. Guzmán Navarro profirió el auto de sustanciación de noviembre 8 de 1994 en el que ordenó oír en declaración al señor Hildebrando Ortíz Lozano, testimonio que se recibió una semana más tarde. En virtud del auto en mención, se allegó otra prueba documental procedente de la Fiscalía General de la Nación y del Consejo Distrital de Santafé de Bogotá.

3.3. Tras el receso de fin de año (Constancia de diciembre 16 de 1994), el Ponente propone a la mesa directiva comisionar al Representante Jorge Enrique Mantilla Serrano para la práctica de una diligencia en la ciudad de Washington (USA), consistente en poner a disposición del Ex-presidente César Gaviria el expediente 401 a efecto de que se pronunciase, si lo consideraba necesario, sobre las imputaciones formuladas por el aquí quejoso. Aprobada que fuera la proposición, la comisión fue evacuada y en ella el investigado manifestó no tener petición alguna al respecto.

3.4. El 6 de marzo de 1995, ingresó el Proceso al Despacho del Representante Investigador *Guzmán Navarro* y posteriormente, por Resolución No. 29 del 4 de agosto de ese año, fue reasignado al parlamentario del segundo renglón de lista Dr. Francisco Canossa Guerrero, quien por auto del 19 de septiembre siguiente ordenó acopiar prueba documental del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El mismo ponente, el 7 de noviembre de 1995, a petición del quejoso, dispuso ampliar la denuncia al señor Pedraza y la práctica de inspección judicial en la Registraduría Nacional del Estado Civil, diligencias que se cumplieron junto con la autorización para expedir algunas constancias por él solicitadas. Del mismo modo, obra certificación secretarial sobre el receso de fin de año, entre el 16 de diciembre de 1995 y el 16 de marzo de la pasada anualidad.

3.5. Por resolución No. 39 del 29 de mayo de 1996, el Proceso fue reasignado al Representante Franklin Segundo García Rodríguez, siendo la última actuación el auto que dispuso agregar al expediente esta resolución.

Consideraciones de la Sala

Acreditada la condición de miembros de la Cámara de Representantes de los denunciados y teniendo los hechos imputados relación con sus funciones como integrantes de la Comisión de Investigación y Acusación, está asegurada la competencia de la Corte para conocer de estas diligencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 235 de la Constitución Política.

Aunque en forma indiscriminada el denunciante involucra los nombres de varios Representantes a la Cámara, lo cierto es que los reproches formulados en su escrito van dirigidos contra los doctores *RafaelGuzmán Navarro* y Francisco Canossa

Guerrero, sin hacer referencia alguna a los demás congresistas (Villalba Mosquera, Inés Falla y García Rodríguez) que igualmente conocieron del expediente 401, razón por la cual la decisión a que haya lugar solo cobijará a los primeramente mencionados.

La imputación se refiere a un presunto delito de prevaricato por omisión (Art. 150 del C. P.), al haberles correspondido por repartos del 12 de octubre de 1994 y del 14 de agosto de 1995, respectivamente, en su condición de miembros de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, las diligencias adelantadas contra el ex-Presidente César Gaviria Trujillo, el ex-Fiscal General de la Nación, Dr. Gustavo de Gréiff Restrepo y otros altos funcionarios, sin que ninguna actuación le hubieren prodigado a las mismas por espacio de un año, quebrantando con ello los términos de investigación establecidos en los artículos 331 a 341 de la Ley 5a. de 1992.

Se tiene establecido que el doctor Rafael Guzmán Navarro tuvo en su poder la queja desde el 12 de octubre de 1994 hasta el 4 de agosto de 1995, tiempo durante el cual avocó el conocimiento (oct. 21/94), amplió la denuncia al quejoso (oct. 31/94), escuchó en declaración al señor Hildebrando Ortíz Lozano (Nov. 16/94), dispuso el recaudo de prueba documental en la Fiscalía General de la Nación y el Consejo de Bogotá (Nov. 9/94), así como la práctica de una comisión en el exterior a través de su homólogo Jorge Enrique Mantilla Serrano (Feb. 14/95). El Proceso ingresó a su despacho el 6 de marzo siguiente, hasta que por resolución No. 29 del 4 de agosto de 1995 se reasigna el Proceso al Representante Francisco Canossa Guerrero, con memorial del denunciante solicitando la práctica de diligencia de inspección judicial en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Por su parte, el nuevo ponente avoca el conocimiento el día 14 de este mismo mes y año, instruyendo el asunto hasta el 7 de mayo de 1996, fecha en la que presentó renuncia del cargo, siendo nuevamente asignado el caso al Representante Franklin Segundo García Rodríguez.

Durante los nueve meses aproximados que tuvo el expediente 401 en su poder, el Representante investigador Canossa Guerrero ordenó la recepción de prueba documental del Ministerio de Relaciones Exteriores (Auto de sept. 19/95), la práctica de la ampliación de denuncia y de una inspección judicial que solicitara el quejoso (Auto de nov. 7/95), las que efectivamente se realizaron en fechas posteriores. Luego, en diversos autos de sustanciación, autoriza la expedición de constancias, igualmente solicitadas por el denunciante, quien días después presentó nuevos escritos.

Lo que aquí se aprecia es que los imputados, durante el tiempo en que cada uno tuvo la instrucción del expediente 401 contra el ex-Presidente Gaviria Trujillo, desarrollaron una actividad procesal más o menos razonable, impulsada oficiosamente en algunos casos, ora a instancia del denunciante en otros, circunstancia que de por sí desvirtúa la inercia funcional que les reprocha el quejoso. Ahora bien, el no haberse concluído la investigación o rendido la correspondiente ponencia dentro de los términos señalados por la Ley 5 de 1992, no puede atribuirse a la simple negligencia o inoperancia de los congresistas, sino a factores ajenos a ellos, tal el caso de los recesos del Congreso, los cambios de ponente, el ejercicio de otras actividades propias de la legislatura, o, en últimas, por las tempranas renuncias que del cargo hicieron aquellos, circunstancias estas que excluyen cualquier actitud mal intencionada orientada a prolongar injustificadamente en el tiempo el trámite de la mencionada denuncia.

El incumplimiento de los términos procesales, por sí solo, no puede admitirse como un hecho constitutivo de prevaricato, pues la omisión o el retardo punibles no son la simple inactividad oficial sino la inejecución o mora del acto funcional, con conciencia del deber omitido o indebidamente diferido, sin razones atendibles para ello. La Corte, en situaciones como la que ahora se estudia ha dicho que "...la compleja actividad parlamentaria debe por necesidad guardar un equilibrio que haga operantes las distintas funciones constituyentes, legislativas, administrativas, electorales, de protocolo y de control público y político que le conciernen por igual a cada Cámara (Art 6o. de la Ley 5a. de 1992), frente a las cuales no se vislumbra una punible omisión de las judiciales a las cuales se refiere el denunciante" (Auto de noviembre 5/96. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

De esta manera, no se advierte en la conducta de los imputados irregularidad alguna que trascienda al campo penal, pues de bulto está que durante el tiempo que las diligencias estuvieron a cargo de los Representantes denunciados sí hubo actuación, y que si no se observaron los términos que la ley prevé para la formación del sumario o para adoptar una medida sucedánea, ello no se debió a la negligencia o al deliberado propósito de los doctores Guzmán Navarro y Canossa Guerrero de incumplir sus deberes oficiales, sino a las circunstancias atrás anotadas que impiden considerar como infracción a la ley penal los hechos denunciados, siendo lo procedente proferir el auto inhibitorio de que trata el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

Abstenerse de iniciar instrucción con fundamento en la denuncia formulada por el abogado Jaime Rafael Pedraza respecto de los doctores Rafael Guzmán Navarro y Francisco Canossa Guerrero, en su condición de miembros de la Comisión

de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes para la época de los hechos, por la actuación cumplida en el expediente radicado bajo el No. 401 en dicha Comisión.

En firme esta decisión, archívense estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FAVORABILIDAD/ NARCOTRAFICO

Para poder dar aplicación al principio de favorabilidad de la ley entratándose de tránsito de legislación, debe realizarse una confrontación entre las disposiciones vigentes para el momento de la comisión del hecho y las dictadas con posterioridad a aquellas, para finalmente poder determinar cuales le resultan más favorables al sindicado o condenado y con base en ellas adoptar las decisiones que legalmente correspondan (artículo 230 de la Carta Política).

El Congreso de la República expidió la Ley 365 de 1997 (febrero 21), publicada en el diario oficial No. 42.987 de la misma fecha. cuyas preceptivas están dirigidas a combatir la delincuencia organizada, consagrando entre otros aspectos, un aumento de las penas previstas en la Ley 30 de 1986.

No todas las disposiciones del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986) fueron modificadas, subrogadas o derogadas, luego debe realizarse una interpretación sistemática de todas ellas con el fin de poder determinar en que aspectos la nueva ley resulta más favorable y por lo tanto de aplicación inmediata.

El inciso primero del artículo 17 de la Ley 365 de 1997 que invoca el libelista, modifica el contenido del inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, exclusivamente en cuanto a la pena privativa de la libertad en su mínimo y máximo, así como también lo referente a la multa, manteniendo en su totalidad los verbos rectores al establecer: "El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, 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, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales".

Como puede apreciarse, la pena mínima se elevó de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y en su máximo sufrió considerable aumento al pasar de doce (12) a veinte (20) años de prisión. También en forma significativa hubo aumento en la pena de multa en su mínimo, al pasar de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales y en su máximo de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

El segundo inciso de la referida disposición, ya en forma específica mantiene la pena de un (1) año a tres (3) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, para las cantidades de estupefaciente a que se refiere el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, con la adición de que dichas sanciones también se impondrán en los eventos de droga derivada de la amapola sin exceder de veinte (20) gramos y droga sintética sin exceder de doscientos (200) gramos.

En el tercer inciso, mantiene la pena privativa de la libertad prevista en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y la de multa en su mínimo (10 salarios mínimos legales mensuales, modificándo esta última en su máximo al rebajarla sustancialmente de cuatrocientos (400) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, "Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética".

En los artículos 18, 19 y 20 de la referida Ley 365 de 1997, el Legislador introdujo modificaciones a los artículos 34, 40 y 43 de la Ley 30 de 1986, derogó expresamente el artículo 41 y subrogó el 44 (artículo 26), quedando en consecuencia vigentes las demás disposiciones contenidas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, salvo en aquellas aspectos en que las preceptivas de la Ley puedan afectarlas.

En efecto, con relación al artículo 38 de la Ley 30 de 1986, las circunstancias de agravación punitiva allí previstas, deben ser analizadas en cada caso concreto, pues de presentarse en la conducta atribuída al imputado, para la dosificación de la pena el juzgador no puede sustraerse en su aplicación, pues, se repite, dicha preceptiva no fue derogada ni subrogada por el legislador.

Corte Suprema de Justicia.- Sala Penal.- Santafé de Bogotá,D.C.,diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*.

Aprobado Acta No. 27

Proceso: 12610

El procesado *Rodrigo Casas Casas*, quien se halla detenido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, nuevamente solicita su libertad provisional, esta vez por pena cumplida, en razón a que el artículo 17 de la Ley 365 de 1997 contempla para su conducta un mínimo de seis años (72 meses) de prisión, disposición que por resultar más favorable, le permite acreditar en detención efectiva y por rebaja de pena por trabajo conforme a lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993, el cumplimiento total de la sanción que le corresponde, por aplicación del artículo 6o. del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° Sin perjuicio del pronunciamiento que deba realizar la Corte con ocasión del recurso extraordinario de casación propuesto por el defensor del peticionario contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Nacional, en forma provisional y solo con la finalidad de atender la nueva solicitud de Rodrigo Casas Casas, se ocupará la Sala del tema de la favorabilidad de la ley que en materia penal consagra el artículo 29 de la Carta Política como derecho fundamental, de aplicación inmediata (artículo 85 ibidem), pues según lo establece el inciso primero del numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, procede la libertad provisional "Cuando en cualquier estado del Proceso hubiere sufrido el sindicado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele".

El inciso tercero de la misma preceptiva enseña que "La rebaja de la pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción", y el inciso último da competencia a la Corte para pronunciarse sobre la petición que se eleva, por cuanto "La libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista".

2° Un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 17 de julio de 1995, condenó al recurrente a la pena privativa de la libertad de ocho (8) años de prisión (96 meses) y multa equivalente a veinte (20) salarios

mínimos mensuales como autor responsable de la infracción descrita en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, agravada por la cantidad de estupefaciente (28.476 gramos de cocaína) al tenor del numeral 3° del artículo 38 ibídem., sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo calendado el 23 de octubre siguiente.

El peticionario fue privado de su libertad el 8 de julio de 1992, o sea, que ha descontado efectivamente cincuenta y seis (56) meses y diez (10) días en detención preventiva. Respecto de las labores realizadas desde su detención, acredita 8.630 horas de trabajo que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 le representan una redención de pena equivalente a diecisiete (17) meses y veintinueve (29) días, para un acumulado de setenta y cuatro (74) meses y nueve (9) días.

3° Para poder dar aplicación al principio de favorabilidad de la ley entratándose de tránsito de legislación, debe realizarse una confrontación entre las disposiones vigentes para el momento de la comisión del hecho y las dictadas con posterioridad a aquellas, para finalmente poder determinar cuales le resultan más favorables al sindicado o condenado y con base en ellas adoptar las decisiones que legalmente correspondan (artículo 230 de la Carta Política).

El Congreso de la República expidió la Ley 365 de 1997 (febrero 21), publicada en el diario oficial No. 42.987 de la misma fecha, cuyas preceptivas están dirigidas a combatir la delincuencia organizada, consagrandó entre otros aspectos, un aumento de las penas previstas en la Ley 30 de 1986.

No todas las disposiciones del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986) fueron modificadas, subrogadas o derogadas, luego debe realizarse una interpretación sistemática de todas ellas con el fin de poder determinar en que aspectos la nueva ley resulta más favorable y por lo tanto de aplicación inmediata.

4° El inciso primero del artículo 17 de la Ley 365 de 1997 que invoca el libelista, modifica el contenido del inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, exclusivamente en cuanto a la pena privativa de la libertad en su mínimo y máximo, así como también lo referente a la multa, manteniendo en su totalidad los verbos rectores al establecer: "El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, 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, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales".

Como puede apreciarse, la pena mínima se elevó de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y en su máximo sufrió considerable aumento al pasar de doce (12) a veinte (20) años de prisión. También en forma significativa hubo aumento en la pena de multa en su mínimo, al pasar de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales y en su máximo de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

El segundo inciso de la referida disposición, ya en forma específica mantiene la pena de un (1) año a tres (3) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, para las cantidades de estupefaciente a que se refiere el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, con la adición de que dichas sanciones también se impondrán en los eventos de droga derivada de la amapola sin exceder de veinte (20) gramos y droga sistética sin exceder de doscientos (200) gramos.

En el tercer inciso, mantiene la pena privativa de la libertad prevista en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y la de multa en su mínimo (10 salarios mínimos legales mensuales, modificándo esta última en su máximo al rebajarla sustancialmente de cuatrocientos (400) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, "Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, *dos mil (2.000) gramos de cocaina o de sustancia estupefaciente a base de cocaina* o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sistética".

5° En los artículos 18, 19 y 20 de la referida Ley 365 de 1997, el Legislador introdujo modificaciones a los artículos 34, 40 y 43 de la Ley 30 de 1986, derogó expresamente el artículo 41 y subrogó el 44 (artículo 26), quedando en consecuencia vigentes las demás disposiciones contenidas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, salvo en aquellos aspectos en que las preceptivas de la Ley puedan afectarlas.

En efecto, con relación al artículo 38 de la Ley 30 de 1986, las circunstancias de agravación punitiva allí previstas, deben ser analizadas en cada caso concreto, pues de presentarse en la conducta atribuída al imputado, para la dosificiación de la pena el juzgador no puede sustraerse en su aplicación, pues, se repite, dicha preceptiva no fue derogada ni subrogada por el legislador.

En efecto, para el caso concreto, la pena mínima de seis (6) años de prisión prevista en el artículo 17 de la Ley 365 de 1995, a partir de su vigencia, se duplicará "3. Cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de

marihuana: a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y *a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona*".

En la Resolución de Acusación de fecha 28 de abril de 1994, un Fiscal Regional de Santafé de Bogotá precisó que "Lo someramente analizado nos indica que la conducta investigada encaja dentro de los preceptos, tipos, contenidos dentro del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 como que el procesado almacenaba e intentaba sacar del país y con destino a Miami, cantidad superior a los 28 kilos de estupefaciente cocaína, conducta que por la cantidad de la droga que se pretendía sacar del país, sin permiso de autoridad competente, se encuentra agravada por el numeral 3° del artículo 38 del mismo estatuto" (fl. 340 - Cuad. original No. 1), decisión que fuera confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional (Fl. 54 y ss. - Cuad. Original No. 1 Segunda Instancia).

6° El Juzgado Regional de esta ciudad que conoció del Proceso en la etapa del juicio, mediante sentencia de fecha 17 de julio de 1995, para dosificar la pena a *Rodrigo Casas Casas*, precisó que "En su favor se aprecia la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el numeral 1° del artículo 64 del C.P., por cuanto no tiene antecedentes penales, razón por la cual se le impondrá el mínimo de pena previsto para el delito que se le imputa, es decir, cuatro (4) años de prisión, aumentada en otro tanto por la específica causal de agravación del numeral 3° del artículo 38 pues el total de la droga incautada fue de 28.476 gramos, luego la pena definitiva será de ocho años de prisión y multa de veinte (20) salarios mínimos mensuales" (fl. 518 -Cuad. Original No. 1), sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional mediante sentencia de fecha 23 de octubre de la misma anualidad (fl. 3 a 20 vto. - Cuad. Segunda Instancia Tribunal Nacional).

Así las cosas, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 365, la sanción mínima prevista para la conducta imputada a *Rodrigo Casas Casas*, sería la de seis (6) años de prisión, duplicada en virtud del agravante consagrado en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, es decir, doce (12) años de prisión y multa de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, sanciones que le resultarían desfavorables, siendo por ello improcedente la invocación que hace el libelista respecto del inciso 1° del artículo antes mencionado de la nueva Ley.

7° Como consecuencia de lo anterior, la situación del peticionario resulta inmodificable y por lo mismo, no ha cumplido la pena impuesta en los fallos de instancia, imponiéndose nuevamente la negativa al otorgamiento de la libertad provisional conforme a lo puntualizado en decisiones anteriores.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega al procesado Rodrigo Casas Casas la libertad provisional por pena cumplida, por no presentarse en su caso la circunstancia prevista en el artículo 29

de la Carta Política, es decir, la aplicación de ley permisiva o favorable a la tenida en cuenta por los Juzgadores de instancia al momento de dictar sus fallos.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

Uno de los factores determinantes de la competencia en materia penal es el territorial y el cambio de radicación es una excepción legal al mismo. El principio de que el juzgamiento debe tener ocurrencia en el lugar donde se cometió el hecho, en consecuencia, no es absoluto. El mismo puede variarse cuando en el territorio donde se esté adelantando el Proceso 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.

Tales circunstancias previstas taxativamente por el legislador deben ser externas al juzgador, no subjetivas, y poseer la virtud de generar un ambiente territorial inadecuado para el juzgamiento. Sólo cuando ello suceda, cuando se demuestre que en un sitio la justicia no se encuentra en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia, opera la excepción.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Doctor *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 27

Proceso: 12840

VISTOS

La Juez 19 Penal del Circuito de Medellín le solicitó al Tribunal Superior del mismo lugar el cambio de radicación del Proceso por homicidio, adelantado en contra de *Alvaro Antonio Burgos Uribe*. Dicha Corporación planteó la conveniencia de realizar el cambio a otro distrito judicial, por lo que remitió la petición a la

Sala, de conformidad con el último inciso del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal. Tal es el tema objeto del presente pronunciamiento.

ANTECEDENTES

El 26 de noviembre de 1996 se dio comienzo a la audiencia pública en el mencionado Proceso, oportunidad en la cual la Fiscalía pidió condenar al procesado y el apoderado de la parte civil inició su intervención.

Durante las siguientes tres sesiones que prolongaron el acto procesal, llevadas a cabo los días 29 de noviembre de 1996, enero 14 y enero 17 de 1997, intervinieron el vocero y el defensor del acusado. Siempre estuvo presente la delegada de la Fiscalía General de la Nación, quien mediante oficio de enero 14 le comunicó al Jefe de la Unidad a la cual se encuentra adscrita, que al finalizar la sesión de ese día la abordó una persona desconocida y le comentó que en el instante mismo que ella hizo una interpelación al defensor, un individuo que se encontraba entre el público asistente al acto expresó "que la próxima muerta iba a ser esa Fiscal".

El Jefe de la Unidad pidió de inmediato la intervención del Cuerpo técnico de Investigación de la Fiscalía con el fin de identificar a los autores de las amenazas. Los funcionarios a los cuales les fue encomendada la misión se hicieron presentes en la última sesión de la audiencia pública, requisaron e identificaron a los asistentes al acto y rindieron el informe 082 de enero 17 pasado. Se resaltan los siguientes apartes:

"Es de anotar que el investigador que se encontraba dentro de la diligencia de audiencia pública observó que el señor John Jairo Olaya Orrego, tomó una fotografía a los presentes, la cámara fotográfica la tenía ubicada sobre la correa, cuando llegamos al lugar de los hechos el investigador nos informó lo sucedido y procedimos al decomiso temporal de la cámara y decomiso total del rollo fotográfico para efectos de la investigación, el cual se anexa con el acta firmada por el portador como entrega voluntaria de dicho rollo.

"Se observó también, que dentro de la diligencia de la audiencia había un funcionario de la Fiscalía al parecer muy cercano a la familia que estuvo presente durante la audiencia.

"Por comentarios encontrados por algunos funcionarios del despacho del Juzgado 19 Penal del Circuito, en varias ocasiones se vieron las mismas personas, concretamente quien portaba la cámara fotográfica, pero sin que pueda asegurar que la haya usado en las otras sesiones de la audiencia.

"Se procedió a revelar el rollo, pero la cámara presenta fallas técnicas, es decir, tiene bueno el mecanismo de la cinta pero no toma fotografías; por consiguiente salió sin exposición alguna".

Dicho informe, junto con otro del 27 de enero, en el cual se relacionan las personas asistentes a la sesión del 17 de enero, el motivo de su presencia en el lugar y sus datos personales, los remitió el Jefe de la Unidad de Fiscalía a la Juez 19 Penal del Circuito, a través del oficio 011 de enero 30. Al día siguiente la funcionaria expidió la solicitud de cambio de radicación, dirigida al Tribunal Superior de Medellín.

Mencionó como fundamentos de la misma la circunstancia que se le presentó a la Fiscal Seccional y, además, los siguientes hechos:

1. Que John Jairo Olaya Orrego, quien portaba la cámara fotográfica, fue compañero de celda del procesado, lo cual se supo por la propia manifestación de éste. Adicionalmente, como consta en el informe de la Policía Judicial, "tiene antecedentes judiciales en Bellavista por tentativa de extorsión y trabaja con su hermano Albeiro Olaya como investigador privado".

2. "El desaparecimiento intempestivo de dos de los testigos de cargos contra el señor Alváro Antonio Burgos Uribe, señores Jesús Antonio López Gutiérrez y Henry Humbrto Palacio Ruiz". Al respecto invocó una constancia del citador del Juzgado según la cual al averiguar por los testigos, cuya convocatoria a la audiencia pública había sido dispuesta, se le informó "...que habían desaparecido del barrio desde que comparecieron a atestiguar en este Proceso".

3. La renuncia prematura del primer abogado representante de la parte civil "...acerca de la cual se supo más tarde y de ello hay constancias procesales, había obedecido a amenazas".

4. El sorpresivo abandono del segundo apoderado de la parte civil, quien no finalizó su participación en la audiencia pública. Remitió un escrito al despacho judicial manifestando que daba por terminada su intervención y que continuara la vista pública sin su presencia. Dice la funcionaria que, extraProceso, se supo que esa decisión obedeció a serias amenazas.

5. La presencia en el Juzgado el 17 de enero de 1997 del empleado de la Fiscalía Luis Fernando Buitrago, amigo de la familia del inculpado, quien fue a preguntar acerca de la incidencia de tal despacho en el operativo realizado el mismo día por el Cuerpo Técnico de Investigación.

A continuación la conclusión de la Juez Penal del Circuito:

"...no se trata de un Proceso cuyo desenvolvimiento hubiese estado desprovisto de situaciones molestas y anómalas para quienes hemos intervenido en razón de las funciones de manera honesta y recta. Se ha intimidado y atacado la actividad de los sujetos procesales intervinientes. Leáse además detenidamente el ataque frontal que de los mismos se hace dentro de la audiencia pública, amén de las directas amenazas contra la señora Fiscal, que ameritó la investigación del C.T.I., amándose a ello el retiro inesperado en su intervención de la parte civil".

Lo anterior es el fundamento de la petición de cambio de radicación del Proceso "...a fin de que sea decidido el caso por funcionarios ajenos al adelantamiento del mismo. La independencia del fallador se vería vulnerada, como vulnerada lo fue la intervención de otros sujetos procesales..", culmina la Juez.

El 10 de febrero de 1997 el Tribunal Superior de Medellín, sobre la base de que la tranquilidad necesaria para el proferimiento de una sentencia imparcial fue afectada en la juez, estimó pertinente el cambio de radicación. Sin embargo, consideró conveniente que la asignación del caso se hiciera a otro distrito judicial pues "la misma zozobra para producir el fallo" confluiría en cualquiera de los juzgadores de primera instancia pertenecientes a los municipios que conforman ese Tribunal. De ahí que haya remitido el Proceso a la Corte para la determinación respectiva.

Consideraciones de la Sala

Uno de los factores determinantes de la competencia en materia penal es el territorial y el cambio de radicación es una excepción legal al mismo. El principio de que el juzgamiento debe tener ocurrencia en el lugar donde se cometió el hecho, en consecuencia, no es absoluto. El mismo puede variarse cuando en el territorio donde se esté adelantando el Proceso 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.

Tales circunstancias previstas taxativamente por el legislador deben ser externas al juzgador, no subjetivas, y poseer la virtud de generar un ambiente territorial inadecuado para el juzgamiento. Sólo cuando ello suceda, cuando se demuestre que en un sitio la justicia no se encuentra en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia, opera la excepción.

En el presente caso no cree la Sala en la procedencia del cambio de radicación a otro distrito judicial. Cierto que han tenido ocurrencia una serie de eventualidades molestas y tensionantes, pero las mismas carecen de la magnitud suficiente para

sostener que la administración de justicia en el Distrito Judicial de Medellín no va a contar con la imparcialidad ni la independencia necesarias para proferir la sentencia a que haya lugar.

Que los sujetos procesales, incluida la Fiscal del caso, hayan sido intimidados de alguna manera, es cierto que genera cierta zozobra en el fallador. Pero a partir de dichos actos de presión cuestionables, no es derivable que se encuentre expuesta la rectitud y la eficacia de los Jueces Penales del Circuito de Medellín. Ni siquiera tal situación la mencionó la Juez del Proceso. Adujo simplemente que la independencia del juzgador "se vería vulnerada, como vulnerada lo fue la intervención de otros sujetos procesales", con lo que significó, quizás, cierto temor para juzgar el caso, pero no la existencia de un ambiente de tal forma enrarecido que exponga la rectitud de la administración de justicia en el lugar natural del juzgamiento.

La función de administrar justicia no es ajena a las presiones. Estas son de su naturaleza y en esa dimensión el Juez debe cumplir con su misión. Ideal que las condiciones materiales que constituyen el entorno de sus pronunciamientos se le ofrecieran como un escenario aséptico y que su única tensión fuera acertar en la solución del caso. Pero así no es la realidad. En ésta el funcionario judicial ve riesgos, se representa temores, eventualmente se ve asediado por la fuerza de la opinión pública y por las mismas expectativas de justicia de una sociedad perpleja ante el conflicto social. Esas circunstancias son por lo tanto implícitas a su función y de ahí que el hecho de administrar justicia sea complejo y exigente. Por tal razón, sólo cuando las mismas trascienden ese límite de manejo, cuando se concretan en hechos externos al juzgador que hacen un ambiente territorial impropio, que pueda afectar su independencia e imparcialidad, procede el cambio de radicación del Proceso.

En el presente caso, de las circunstancias expuestas por la señora Juez 19 Penal del Circuito, no es colegible que los principios anotados puedan resultar afectados en todo el territorio del Distrito Judicial de Medellín, por lo que la Sala no dispondrá el cambio de radicación que el Tribunal Superior estimó conveniente realizar. En consecuencia, se ordenará devolver el expediente a dicha Corporación.

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

RESUELVE:

1. No acceder a cambiar de radicación el Proceso seguido por homicidio en contra de Alvaro Antonio Burgos Uribe.

2. Devolver la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERITO/ DICTAMEN

Solicitar que el psiquiatra suministre las razones por las cuales su dictamen no coincide en las conclusiones con las de otro anterior, trasciende el concepto de aclaración del dictamen. Este supone la existencia de un punto oscuro del peritazgo, de sus fundamentos o de su conclusión, que no permite comprenderlo en su verdadera dimensión y que por lo tanto debe desentrañarse. Por ende, cuando el defensor plantea que se solicite al psiquiatra una "aclaración" de esa naturaleza, lo que está intentando es involucrar al perito en un análisis valorativo que no le corresponde, en especial cuando las conclusiones de su dictamen, o las del que le es contrario, no son vinculantes de manera obligatoria para el juez, quien puede admitirlas o no, expresando en cada caso las razones de su decisión.

En conclusión, es aclarable lo confuso y carece de esta categoría el simple hecho de que un peritazgo, respecto de otro sobre el mismo asunto, sea distinto en sus fundamentos o en sus conclusiones. No es admisible, en consecuencia, pedirle al médico forense que "aclare" una circunstancia que está por fuera del dictamen mismo, esto es, la explicación que demanda la defensa, relativa al por qué de la diferenciación de su peritazgo con otro rendido en 1993 por el mismo Instituto de Medicina Legal.

Corte Suprema de Justicia.– *Sala Penal.*– Santafé de Bogotá,D.C., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Doctor *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No. 28

Proceso: 9901

VISTOS

Procede la Sala a resolver la solicitud de ampliación, aclaración y adición del dictamen siquiátrico practicado al condenado Isaías Eduardo Forero, la cual fue elevada por su apoderado.

ANTECEDENTES Y SOLICITUD

En el período probatorio del trámite de la acción de revisión formulada por el apoderado del condenado, se le practicó a éste, por parte del Instituto de Medicina Legal, un examen siquiátrico orientado a dictaminar si para la época de la comisión de los hechos padecía de algún trastorno mental o inmadurez sicológica que le permitiesen tratatniento de inimputable.

El mismo tuvo lugar el 22 de octubre de 1996. Lo suscribió el psiquiatra forense identificado con el código 0510-06 y el defensor, dentro del término de traslado a las partes, solicitó su aclaración en cuanto al nombre del perito, ya que se identificó con un código y ello imposibilita saber cuáles son sus conocimientos científicos, trayectoria y experiencia.

Realizó igualmente las siguientes peticiones:

1. Que el perito explique la razón para que el dictamen rendido el 15 de diciembre de 1993 por el doctor Jorge Enrique Buitrago Cuéllar, siquiatra del mismo Instituto, sea diferente en sus conclusiones al de él.

2. Que aclare por qué descartó los antecedentes médicos, siquiátricos y sicológicos del examinado, oficiales y particulares, los cuales señalan que ha sido un enfermo mental desde su nacimiento, para emitir una conclusión en contrario.

3. Dice una de las conclusiones del peritazgo: "...de acuerdo a nuestra evaluación el examinado no es un retardado mental. Sin embargo ... anteriores avaluaciones en las que se encontró y se diagnosticó como retardo mental leve, sólo podemos transcribir lo que al respecto dice la clasificación americana D. S.M.IV. (reconocida mundialmente): 'En la actualidad toda persona con retardo mental leve, puede vivir perfectamente adaptada a su comunidad, vivir en forma independiente o en apartamento supervisados, o en viviendas agrupadas (a menos que exista algún trastorno asociado que impida estas posibilidades)'..".

"La aclaración solicitada —dice el abogado— va encaminada (a) si de dicha referencia transcrita se deduce o desprende que se requiere supervisión o vigilancia

o si las personas como tales tienen autonomía plena. En caso de la última eventualidad, explicarnos el por qué.

"De igual manera, si tales personas con retraso mental leve, pueden permanecer recluídas en un centro penitenciario ordinario".

4. Por último, que el perito aclare:

– Si el hecho de que el examinado sea "manipulador de la información", como lo observó en el examen, comporta una característica propia de un trastorno mental.

– Si tiene autonomía en todo el sentido de la palabra.

– "Si el retraso mental leve, constituye en la realidad y en la práctica un grave problema de limitación a quien lo padece y de adaptación social, con juicios críticos anormales".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala encuentra claro y preciso el dictamen rendido por el psiquiatra forense. Este mencionó las fuentes de información que tuvo en cuenta para su estudio, detalló el Proceso del examen y luego de los fundamentos del caso presentó sus conclusiones. Éstas se originaron en la dinámica misma del peritazgo, de la cual naturalmente hizo parte el expediente, que le sirvió al médico para sopesar la conducta realizada por el examinado en el momento mismo de los hechos y derivar de ella, y de sus observaciones, la respuesta que se le solicitaba. Que ésta sea diferente a la de otros dictámenes o conceptos médicos obrantes en el Proceso, era una posibilidad. Es que en realidad la participación del perito se solicitó para contar con un nuevo elemento de juicio que contribuyera a dilucidar si para el momento de los hechos el procesado era o no inimputable y no para solucionar definitivamente el punto y conciliar y explicar las distintas opiniones médicas sobre su estado mental.

En tal orden de ideas, solicitar que el psiquiatra suministre las razones por las cuales su dictamen no coincide en las conclusiones con las de otro anterior, trasciende el concepto de aclaración del dictamen. Este supone la existencia de un punto oscuro del peritazgo, de sus fundamentos o de su conclusión, que no permite comprenderlo en su verdadera dimensión y que por lo tanto debe desentrañarse. Por ende, cuando el defensor plantea que se solicite al psiquiatra una "aclaración" de esa naturaleza, lo que está intentando es involucrar al perito en un análisis valorativo que no le corresponde, en especial cuando las conclusiones de su dictamen, o las del que le es contrario, no son vinculantes de manera obligatoria para el juez, quien puede admitirlas o no, expresando en cada caso las razones de su decisión.

En conclusión, es aclarable lo confuso y carece de esta categoría el simple hecho de que un peritazgo, respecto de otro sobre el mismo asunto, sea distinto en sus fundamentos o en sus conclusiones. No es admisible, en consecuencia, pedirle al médico forense que "aclare" una circunstancia que está por fuera del dictamen mismo, esto es, la explicación que demanda la defensa, relativa al por qué de la diferenciación de su peritazgo con otro rendido en 1993 por el mismo Instituto de Medicina Legal.

Otro tanto sucede con la petición dirigida a que el siquiatra explique el por qué descartó los antecedentes clínicos de la persona examinada, según los cuales le fueron diagnosticados, antes y después de los hechos, "trastornos mentales de distintas expresiones de orden sicológico y siquiátricos":

Esta aclaración, nuevamente, no busca dilucidar un punto oscuro del dictamen, sino avanzar un debate con el perito que debe darse en el marco mismo del Proceso de revisión, por lo que resulta improcedente. Es que el abogado parte de advertir que sumados los antecedentes clínicos de su representado, "indican que ha sido un enfermo mental desde su nacimiento", y esa no es la conclusión del peritazgo. Busca, entonces, que el psiquiatra explique por qué "descartó" tales antecedentes. Es decir por qué no los compartió y concluyó de conformidad con los mismos, pues "no encontramos lógico una contradicción tan evidente como la registrada". La labor del perito no era evaluar cada concepto médico obrante en el expediente y dar su punto de vista sobre el mismo. Era ahondar en todos los aspectos de su personalidad y dictaminar si para la época de los hechos padecía o no de algún trastorno mental que posibilitara darle tratamiento de inimputable, y eso fue lo que hizo.

En consecuencia, la comentada solicitud del abogado no está orientada a que se produzca una aclaración del dictamen, sino a generar una controversia con el perito, a cuya conclusión opone su convicción de que su representado era y es un enfermo mental, lo cual realmente constituye el tema de la acción de revisión.

De otra parte, las explicaciones que solicita el defensor, a partir de la definición de "retardo mental leve" que consignó el perito en su dictamen, relativas a que aclare si personas así "tienen autonomía plena" y "pueden permanecer recluídas en un centro penitenciario ordinario", las estima la Sala irrelevantes frente al tema que es materia del Proceso de revisión. Lo mismo acontece frente a las aclaraciones que solicita al final de su memorial, registradas en el punto 4o. del primer capítulo de esta providencia.

La circunstancia que plasmó el psiquiatra forense, atinente a que notó al examinado "manipulador con la información que aporta" es entendible y no se encuentra la importancia de saber si tal es una característica propia de un trastorno mental.

Finalmente, la conclusión del perito fue que de acuerdo con su evaluación el examinado "no es un retrasado mental", por lo que carece de interés, en especial cuando el punto a dilucidar es si ofrece viabilidad darle tratamiento de inimputable, saber si el retraso mental leve constituye un grave problema de limitación a quien lo padece.

Por lo tanto, no se accederá a la solicitud elevada, salvo en cuanto a establecer el nombre del siquiatra forense que emitió el dictamen, el cual no debía haberse omitido toda vez que el presente Proceso no autoriza la reserva de su identidad. Como tal circunstancia no traduce una aclaración del dictamen, simplemente se dispondrá que por secretaría se oficie al Instituto de Medicina Legal para que informe el nombre del profesional que lo realizó.

Por último, en memorial de fls. 317 y siguiente el mandatario judicial reclama la citación de los conjueces frente a la aplicación del art. 54 de la ley 270/96; en ello tiene razón, y por tanto para este evento, como en lo sucesivo, la secretaría estará tomando las medidas pertinentes conforme se dispuso en Sala de febrero 20 del año en curso.

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

RESUELVE

1o. No acceder a la solicitud de aclaración del dictamen pericial elevada por el apoderado del condenado Isaías Eduardo Forero Romero.

2o. Por secretaría, solicitar al Instituto de Medicina Legal que comunique el nombre del profesional que realizó el peritazgo al procesado el 22 de octubre de 1996.

3o. La Secretaría continuará realizando las previsiones del caso para la citación y participación de los conjueces sorteados en las decisiones pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Alvaro Eslava Ayala, Conjuez; Alfonso Gómez Méndez, Conjuez; William Monroy Victoria, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE HECHO

El estatuto procesal establece, en referencia con el motivo de casación contemplado en la causal 1a. del artículo 220. segundo inciso, conocida como violación indirecta de la ley sustancial. la necesidad de que el recurrente alegue la violación por error en la apreciación probatoria; y es natural, tratándose la demanda de casación de una alegación jurídica, que el alegar implica fijar los supuestos fácticos y jurídicos de apoyo argumental y demostrarlos; en ello es que consiste la fundamentación clara y precisa que el artículo 225 prevé como forma insoslayable del discurso.

El error aducido debe ser pues, especificado y desmenuzado, para lo cual se ubica la prueba o las pruebas que lo padecen y se demuestra su trascendencia en el sentido y/o alcance del fallo, de donde fluye que todas las pruebas que soportan el juicio de responsabilidad asumidas en la decisión judicial atacada, deben ser demolidas, pero no con subjetivos juicios apreciativos del demandante, sino con la demostración de los errores que permitan a la Corte la enmienda requerida. De no presentarse la demanda en estas condiciones de forma, pues que la claridad y la precisión de la fundamentación del alegato, constituyen la base del estudio de la Corte, resulta imperativo su rechazo, con la consecuente declaratoria de deserción del recurso.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., marzo veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia.

Aprobado Acta No. 28

Proceso: 11828

Decide la Corte lo procedente sobre el aspecto formal de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emanada el 15 de septiembre de 1995 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en la cual se condena a *Carlos Augusto Moncada Arredondo* en calidad de autor del concurso de delitos de homicidio en la persona de Nestor José Tobón y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Antecedentes

1. Pasada apenas la media noche del 28 de junio de 1992 en el parque principal del municipio de Amagá Nestor José Tobón Araque, individuo que sufría trastornos mentales, fue muerto con disparos de arma de fuego que le propinó *Carlos Augusto Moncada Arredondo*, disgustado por haber tomado de su plato y sin su consentimiento una empanada de las que se hallaba consumiendo en compañía de su amigo Carlos Mario León Herrera, quien le facilitó el arma para el efecto.

2. Adelantada la investigación, los dos implicados fueron comprometidos en juicio mediante resolución acusatoria del 24 de enero de 1995, el primero en calidad de autor y el segundo, de cómplice, de homicidio voluntario en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fl.269 cd.ppl.). Culminada la etapa del juicio, el primero fue condenado por la mencionada pluralidad delictiva, a la pena principal de diez años y diez meses de prisión, mientras que para el segundo la pena ascendió a cinco años de prisión, en fallo emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Titiribí (fls. 313-331), que el Tribunal Superior del Distrito confirmó en su integridad al desatar la apelación interpuesta por la defensa común de los procesados. (fls. 341-350).

3. Contra la sentencia de segundo grado interpusieron los procesados el recurso de casación, pero como la defensa de León Herrera no presentó demanda, el Tribunal lo declaró desierto. A su turno la defensa de Moncada Arredondo lo sustentó mediante la demanda que en observancia del artículo 226 del C. de P.P., examina la Corte. (fls. 370 y 397).

La demanda

Acusa la sentencia el censor de ser violatoria de la ley sustancial –artículos 323 y 26 del C.P.– en forma indirecta, por haber incurrido en "varios errores de hecho y de derecho que se presentan de manera manifiesta en los autos", consistentes esos errores, de acuerdo a la concreción que hace, en haber dejado de apreciar "el valor de pruebas legalmente producidas" y señalarle a otras el valor que no les corresponde.

Luego de aludir al criterio jurisprudencial sobre el error de hecho cuestiona el fallo ad quem por desconocer la ajenidad de su cliente en el delito de homicidio, fundado en "el valor otorgado a la declaración de la señora Maryeli Araque". Afirma, como introducción del cuestionamiento que hace a la sentencia en relación con la citada testigo, que el testimonio único es nulo a no ser que sea "uniforme, reiterado creíble, y sobre todo, que ... esté hermanado con las demás probanzas arrimadas al Proceso", pues ella, dice, en la primera declaración que rindió para el Proceso afirmó no conocer a ninguno de los implicados en el caso porque se limitaba a vender sus viandas y retirarse, y en la segunda oportunidad cambió totalmente "toda la versión".

En su empeño por despojar de crédito la versión comprometedora de la deponente puntualiza sus iniciales aserciones, para luego darse a especular sobre lo ocurrido en su segunda aparición al Proceso y decidir comprometer a los dos imputados, acudiendo en respaldo de su planteamiento a las críticas que el entonces abogado defensor lanzara contra esa prueba en su memorial precalificatorio mediante el sistema de comparación con los dichos de otros deponentes que se mostraron reticentes a declarar lo visto la noche de los hechos y con base en los cuales considera imposible sostener la acusación a los procesados.

Añade que la declaración indagatoria del procesado no ha sido desvirtuada sino por el contrario, corroborada por pruebas distintas al testimonio de la señora Araque y que en el Proceso obran las declaraciones favorables de varios deponentes, además de las mencionadas, a las cuales el Tribunal "les restó credibilidad, o mejor, los (sic) desconoció", indicativas de que los sentenciados no fueron los autores de los delitos juzgados, concluyendo su argumentación así:

"... el sentenciador incurrió en error de hecho por falta de apreciación de la prueba, se parceló la prueba arrimada al Proceso en forma caprichosa; de allí ..., se presentó un error de hecho porque el fallador ignoró la existencia de verdaderas pruebas que apuntaban a demostrar la inocencia de mi defendido, que no les dió (sic) su verdadero valor y que de habérselo dado, el Proceso se habría definido en sentido diferente".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Otra vez debe la Corte recordar que la demanda de casación, como juicio en derecho que es, mediante el cual se acusa un fallo amparado por la doble presunción de acierto y de legalidad –la sentencia que pone fin a las instancias en el Proceso– es un escrito que por su contenido formal otorga o priva de viabilidad a la impugnación extraordinaria, dependiendo estas alternativas, de si cumple o no las exigencias de esa índole previstas en la Ley de procedimiento.

De tal manera, además de informar resumidamente a la Corte de los pormenores del Proceso, como lo imponen los numerales 2o. y 3o. del artículo 225 del C. de P.P., debe reunir los atributos de claridad y precisión en la exposición de los fundamentos de la causal aducida para solicitar la revocación del fallo por la vía extraordinaria, según la preceptiva del numeral 3o. de la misma disposición legal, citando las normas que se estiman infringidas, separando las causales con sus respectivos argumentos, si son varias las invocadas; y finalmente -numeral 4°-, si de formular cargos excluyentes se trata, separarlos en el contexto y ofrecerlos en forma subsidiaria.

En el evento que se estudia, el casacionista omite imprimir claridad y precisión a su exposición, pues aunque indica la causal a invocar y menciona la clase de error que en su sentir cometió el fallador en la apreciación de la prueba, al desarrollar la acusación diluye su discurso en comentarios personales sobre el crédito que debieron tener o no determinados elementos de juicio, con miras al favorecimiento de los intereses de su cliente, pero sin señalar a la Corte cuáles fueron en concreto esos errores, ni menos demostrarlos; simplemente esperando que ésta, graciosamente se incline a favor de su discurso desconociendo el trabajo evaluativo del sentenciador de las instancias, incurriendo así, en el desconocimiento de la respectiva técnica.

Obsérvese como la exposición del demandante se reduce a cuestionar la credibilidad del testimonio único de cargo alegando su "nulidad", porque después de un tiempo su autora, que inicialmente había negado estar enterada de lo acontecido, decidió colaborar con la justicia e informarla en detalle de la manera como fue privado de la vida el inofensivo e inerme ciudadano por los procesados, con argumentos que en nada objetivizan el supuesto error del juzgador en la asunción de esa prueba o de las otras pruebas por cuya preferencia se inclina el actor, basado en la reticencia de los deponentes de quienes provienen y contra la evidencia que el dicho cuestionado por él arroja.

El estatuto procesal establece, en referencia con el motivo de casación contemplado en la causal 1a. del artículo 220, segundo inciso, conocida como violación indirecta de la ley sustancial, la necesidad de que el recurrente alegue la violación por error en la apreciación probatoria; y es natural, tratándose la demanda de casación de una alegación jurídica, que el alegar implica fijar los supuestos fácticos y jurídicos de apoyo argumental y demostrarlos; en ello es que consiste la fundamentación clara y precisa que el artículo 225 prevé como forma insoslayable del discurso.

El error aducido debe ser pues, especificado y desmenuzado, para lo cual se ubica la prueba o las pruebas que lo padecen y se demuestra su trascendencia en el sentido y/o alcance del fallo, de donde fluye que todas las pruebas que soportan

el juicio de responsabilidad asumidas en la decisión judicial atacada, deben ser demolidas, pero no con subjetivos juicios apreciativos del demandante, sino con la demostración de los errores que permitan a la Corte la enmienda requerida. De no presentarse la demanda en estas condiciones de forma, pues que la claridad y la precisión de la fundamentación del alegato, constituyen la base del estudio de la Corte, resulta imperativo su rechazo, con la consecuente declaratoria de deserción del recurso, que tal habrá de ser lo que se decida con relación al escrito en comentario.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada en este Proceso contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia que lo condena como autor del concurso de delitos de homicidio en la persona de Nestor José Tobón Ochoa y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal; por consiguiente, declarar desierto el recurso extraordinario incoado a nombre de Carlos Augusto Moncada Arredondo.

Esta decisión de conformidad con el artículo 197 del C. de P.P., no admite recurso.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego (no firmó), Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ PRINCIPIO DE LIMITACION

La sentencia de segunda instancia pone fin a la fase ordinaria del Proceso, razón por la cual desde ese punto de vista se puede decir que el fallo tiene carácter definitivo y que está amparado por una doble presunción de acierto y legalidad.

No obstante lo anterior, la decisión solo cobra ejecutoria quince (15) días después de la última notificación, término dentro del cual es posible impugnarla mediante la interposición del recurso extraordinario de casación, propuesto por quien considera que se le debe reparar el agravio inferido por un error in iudicando o in procedendo.

Esto determina que la sustentación no puede ser un escrito de estilo libre en donde el actor se limité a repetir todas las inquietudes propuestas en las instancias, o donde simplemente se invite a la Corte a un nuevo análisis probatorio con la esperanza de lograr que el resultado sea favorable al acusado, sin demostrar, (o por lo menos intentarlo), en forma clara y precisa la existencia de algún error trascendente demandable en casación.

Consecuente con esto el recurso es taxativo y limitado. Lo primero porque solo es posible demandar por las causales expresamente previstas en la ley, y lo segundo porque al juez de casación no le es permitido aceptar causales distintas a las legales, ni puede considerar ninguna diferente a las alegadas por el recurrente. (No obstante podrá casar la sentencia de oficio si advierte algún motivo de nulidad o que ella atente en forma ostensible contra garantías fundamentales). Así las cosas, el libelista debe señalar la causal que aduce para pedir que se case el fallo, y además exponer en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que estima infringidas, so pena de que su demanda no pueda ser resuelta de fondo.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., marzo veinte de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta No. 20

Proceso: 11953

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Franklin Colón Jiménez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, confirmatorio del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de dicha ciudad, mediante el cual lo condenó a la pena de veinticinco años de prisión por el delito de homicidio..

HECHOS

Fueron resumidos por el Tribunal así:

"Nos informan las piezas procesales que siendo aproximadamente las cinco (5:00) de la tarde del 30 de Julio de 1.994 cuando en el corregimiento la boquilla, específicamente en las inmediaciones del esudero bailable conocido como Sansibar, se hallaban departiendo las jóvenes Carmen Zambrano Maldonado, Silvia Guerrero López, Nubia Ortega Maldonado y el muchacho Marlon Antonio Gómez Wuats, se presentó un primer altercado entre la Ortega Maldonado y un individuo al parecer oriundo de esa localidad por rechazar ésta la pretensión del desear bailar con la misma, lo cual ocasionó una reacción violenta contra aquella sin que la situación llegara a mayores por la oportuna intervención de la policía; posteriormente, como consecuencia de la embriaguez que la citada Nubia Ortega presentaba y el hecho de sentirse agredida, nació en ella el ánimo pendenciero que la llevó a vociferar que no se marchaba del lugar hasta tanto no ultimara a algún sujeto de ese lugar, lo que ocasionó la intervención de Bernardina Colón Jiménez (a) "La Vená", con quien se trenzó a golpes, siendo ese el fatídico momento en que el hermano de esta otra, el acusado Franklin Colón Jiménez, armado de una navaja, le produce una herida mortal que de manera casi que inmediata le ocasionó la muerte".

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera, inciso segundo, manifiesta que el fallo es violatoria de una norma de derecho sustancial por error de hecho.

A manera de sustentación aduce que la decisión viola de modo indirecto los artículos 323 del C.P., y 247 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se

valoró incorrectamente la prueba "llevando esa incorrección a violar indirectamente el derecho sustancial, interpretación errónea en el material probatorio recaudado en el plenario, es decir se tergiversó o distorsionó lo que aparece como acervo probatorio".

A continuación reitera que el Tribunal Superior de Cartagena acoge las consideraciones del Juzgado, quien le da toda credibilidad a los testimonios amañados y falaces vertidos en el Proceso por los familiares de la víctima, quienes el único objeto que perseguían era buscar un responsable de la muerte que se investiga, y el sindicado era la única persona que conocían como supuesto integrante de la banda los chapeticos, pues no otra explicación tiene el hecho de que las dos versiones rendidas ante la Fiscalía sean totalmente distintas.

Los hechos desde un primer momento fueron tergiversados, ya que se dice que el procesado sacó a bailar a la víctima y eso no fue así. También se desconoce que se presentaron dos problemas y la prueba que se tomó como definitiva fue la testimonial lo cual es muy delicado de apreciar.

En el caso en estudio los testigos de cargo entraron en contradicción y lograron confundir a los Jueces de instancia. Se toma como cierto el dicho de personas que desde un principio no denunciaron al implicado siendo que lo conocían perfectamente por vivir en esa ciudad, como lo explica el hermano de la occisa Víctor Caraballo Maldonado.

Al ser cuestionado por la persona que les informó sobre el autor de la muerte de su consanguínea: "En el mismo pueblo de la boquilla, ya que él no es del pueblo, el es de Cartagena y vivía en el barrio Loma Fresca, pero como la mamá vive con un señor que es de la boquilla todos se han ido para allá pero ahora se han integrado a una banda que es la pandilla esa", lo cual responde al interrogante formulado por el Tribunal en la providencia recurrida al decir que " Sólo en la medida en que por medio de prueba determinante se logre precisar que esas personas resultaban conocidas entre sí, podrían tener algún tipo de cabida esos argumentos, por qué entonces habría de peguntarse porque desde esos primeros instantes, si la participación de dichos individuos había sido tan clara, no los vincularon en calidad de autores en dichos resultados, lo cual no fue precisamente lo sucedido en el caso que nos mantiene ocupados la ocasión, en donde una prueba de tal poder de convicción brilla por su ausencia".

Esa prueba si se encontraba en los diligenciamientos, el acriminado era conocido con anterioridad, vecino de la occisa, sabían que había estado por el sitio de los hechos y presumían que hacía parte de la banda los Chapeticos, y como ésta pandilla resultó ser la responsable del homicidio, de la cual era a la única persona que conocían, resultó acusado de un ilícito que no cometió.

Por este desconocimiento y la defectuosa instrucción los Magistrado le dieron plena credibilidad a los testigos de cargo y se tergiversó la declaración de la Inspectora del Corregimiento, persona que hace un recuento preciso de lo sucedido.Esta versión es analizada pero se rechazó, no obstante que hace un recuento casi fotográfico de lo sucedido, y el mismo Luis Alcázar, a quien el procesado sindica del hecho, reconoce que iba perseguido por la víctima.

A manera de síntesis anota que a la prueba se le dio valor sin estudiarla en su conjunto, no se escudriñó el por qué de las contradicciones, por qué la diferencia entre una versión y otra, por qué no se denunció desde un principio a su defendido, por qué se le da poco valor a la declaración de Elsa Rosa Cardona que es la única que hace un croquis que aparece en el expediente.

Finalmente, en el acápite que denomina "Violación indirecta de la ley" sostiene que la violación indirecta ha recaído sobre el artículo 247 del C. de P.P., por apreciación errónea de las pruebas, infringiendo las normas que regulan las reglas de la sana crítica y por consiguiente en abierto enfrentamiento con el artículo 254 de la Códificación procedimental. "En este caso es patente la antimonia entre la verdad procesal y los fundamentos del fallo, se ha configurado pues un error de hecho por interpretación errónea de la prueba, al tomar como ciertos testimonios espurios para dictar sentencia condenatoria".

La petición es que se case el fallo y se dicte la sentencia de reemplazo que corresponda.

Consideraciones de la Sala

1o. La sentencia de segunda instancia pone fin a la fase ordinaria del Proceso, razón por la cual desde ese punto de vista se puede decir que el fallo tiene carácter definitivo y que está amparado por una doble presunción de acierto y legalidad.

No obstante lo anterior, la decisión solo cobra ejecutoria quince (15) días después de la última notificación, término dentro del cual es posible impugnarla mediante la interposición del recurso extraordinario de casación, propuesto por quien considera que se le debe reparar el agravio inferido por un error in iudicando o in procedendo.

Esto determina que la sustentación no puede ser un escrito de estilo libre en donde el actor se limité a repetir todas las inquietudes propuestas en las intancias, o donde simplemente se invite a la Corte a un nuevo análisis probatorio con la esperanza de lograr que el resultado sea favorable al acusado, sin demostrar, (o por lo menos intentarlo), en forma clara y precisa la existencia de algún error trascendente demandable en casación.

Consecuente con esto el recurso es taxativo y limitado. Lo primero porque solo es posible demandar por las causales expresamente previstas en la ley, y lo segundo porque al juez de casación no le es permitido aceptar causales distintas a las legales, ni puede considerar ninguna diferente a las alegadas por el recurrente. (No obstante podrá casar la sentencia de oficio si advierte algún motivo de nulidad o que ella atente en forma ostensible contra garantías fundamentales). Así las cosas, el libelista debe señalar la causal que aduce para pedir que se case el fallo, y además exponer en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que estima infringidas, so pena de que su demanda no pueda ser resuelta de fondo.

2o. En el caso que ocupa la atención de la Sala, el defensor invoca la causal primera cuerpo segundo, porque a su juicio la sentencia es violatoria de los artículos 323 del Código penal, y 247 del estatuto procesal, por error de hecho.

Si bien en la formulación del cargo no precisa a cuál de las modalidades del error de hecho se refiere, (falso juicio de existencia o de identidad), ni tampoco si la infracción de la ley sustancial es por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, esta omisión puede ser suplida en la fundamentación, de manera que hasta este punto del libelo no hay problema.

Sin embargo, ocurre que el desarrollo del ataque formulado se queda en reiteradas aseveraciones de que el Tribunal no ha debido reconocerle credibilidad a las pruebas que sirvieron de sustento a la condena, y sí en cambio, ha debido hacerlo con la versión de la señora Elda Rosa Carmona. Las razones que enuncia para desestimar la prueba de cargo van desde la sospecha que a su juicio generan los testigos por ser parientes de la occisa, hasta la existencia de contradicciones entre la versión inicial y la rendida después, pasando por el hecho de que le resulta extraño que desde el principio no se hubiera sindicado a su defendido siendo conocido en el lugar.

Como se advierte fácilmente, lo presentado por el defensor es un típico alegato de instancia, en donde no se procura demostrar un error que vicie de ilegalidad el fallo impugnado, sino exponer una serie de reflexiones que tienden a que la Corte acepte que es mejor el criterio del recurrente que el del sentenciador, aspiración vana en esta etapa extraordinaria del Proceso.

Las afirmaciones consistentes en que los hechos fueron tergiversados y que se infringieron las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas, no solo carecen de demostración, sino que junto a los anteriores reparos constituye una acumulación indebida que hace más confuso el escrito, y que debía haberlos presentado en capítulos separados.

Lo anotado es suficiente para concluir que la demanda no reúne los requisitos formales, por lo cual se rechazará in límine.

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

RESUELVE

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Franklin Colón Jiménez, y en consecuencia declarar desierto el recurso.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 197 del Código de procedimiento Penal, contra este auto no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ UNIDAD PROCESAL/ RESOLUCION DE ACUSACION

Es lamentable que la Sala del Tribunal Superior haya incurrido en un error tan elemental como es entender que la argumentación realizada solo conducía a una nulidad parcial con la consiguiente ruptura de la unidad procesal, conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, y no a la invalidación total del Proceso.

Si la supuesta falla de la calificación del sumario se limitaba a lo relacionado con la falsedad en documentos sin comprometer para nada lo atinente a la concusión, sobre lo cual no habla objeción, resulta inexplicable la nulidad total decretada, determinación que denota descuido y ligereza en el manejo de un asunto tan delicado como es el que trata éste Proceso.

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que la calificación que se da en la resolución de acusación es genérica, y que el juez puede en la sentencia moverse dentro del mismo capítulo sin que ello constituya incongruencia con el pliego de cargos. Algunos doctrinantes afirman que desde que el punto haya sido objeto del debate público, puede variar el tipo aplicable aún desmejorando la situación del procesado, aspecto que la Sala no comparte y que por eso siempre ha puesto como limitante a esa facultad del juez.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal. - Santafé de Bogotá,D.C., veinte de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel.

Aprobado Acta No. 28

Proceso: 12627

VISTOS

Por apelación del Ministerio Público revisa la Sala el auto del 10 de octubre de 1.996, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá se abstuvo de dictar sentencia y decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, en el Proceso adelantado contra el doctor Pedro Alvaro Chacón Valderrama, ex Fiscal 219 de esta ciudad, por los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público agravada por el uso, en concurso con el ilícito de concusión.

ANTECEDENTES

1° A mediados del mes de junio de 1.993, el comerciante Jairo Bastidas García fue informado de que en su contra existía una orden de captura expedida por el Fiscal 219 de esta ciudad, por la presunta comisión del delito de fraude con una póliza de seguros en dólares. Por tal motivo compareció ante el Doctor Alvaro Chacón Valderrama, quien pretextando estar muy ocupado lo citó en horas de la noche a un restaurante al norte de la ciudad. A la cita acudieron otras personas que acompañaban al funcionario, y luego de confirmarle la existencia de la orden de aprehensión le insinuaron que podían arreglar, para cuyo efecto le exigieron la suma de cien millones de pesos ($ 100'000.000), habiendo convenido finalmente la entrega de $ 20'000.000.oo y un inmueble. Recibido el dinero y luego de tomarle una versión al supuesto implicado, el ex funcionario profirió una resolución archivando el diligenciamiento.

2° Establecido que el procedimiento seguido por el Fiscal era una simulación, se ordenó la apertura de la investigación, y luego de practicadas algunas pruebas la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá dictó resolución de acusación en contra del doctor Pedro Alvaro Chacón Valderrama por los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público agravada por su uso, en concurso heterogéneo con el punible de concusión, decisión que fue confirmada por un Fiscal Delegado ante esta Corporación.

3° Celebrada la audiencia pública, el Tribunal de Bogotá concluyó que no podía dictar sentencia porque el Proceso estaba viciado de nulidad por errónea calificación. Al respecto dijo:

"En el caso presente se ha de convenir que los documentos señalados son auténticos; son formalmente verdaderos o genuinos, como que fueron extendidos por un Fiscal en ejercicio de su cargo y por ende, con facultades no solo para producir los documentos, sino también para adelantar diligencias de tal naturaleza. En consecuencia, lo que falta es su tenor, su contenido y no su forma; de tal manera que el funcionario se aprovechó de la autenticidad o genuinidad,

como dice el tratadista, para consignar hechos irreales. Hasta allí, tenemos pues reunidos los primeros supuestos que estructuran la falsedad intelectual, solo resta por analizar la obligación que tienen los Fiscales y en el caso concreto el procesado, de consignar en los documentos que expidan solamente la verdad".

Más adelante agrega "En las anteriores condiciones y reunidos los elementos señalados, ha de concluirse que estamos en presencia de una falsedad ideológica de documentos públicos y no material, como lo analiza el Ministerio Público".

Cita una decisión de la Corte y a renglón seguido afirma que es indiscutible que se equivocó el acusador en la imputación jurídica del comportamiento, y por ende no se podría proferir el fallo sin vulnerar el debido Proceso y el derecho de defensa. "No cabría la posibilidad de pensar en forma diferente, porque ello abriría la posibilidad de un cambio en la adecuación típica efectuada en la acusación y aún cuando ello ocurra dentro de mismo título y capítulo del Código Penal; porque podría de todas maneras implicar la agravación de penas, que en verdad en este evento no se da, pero si impide o dificulta el derecho de defensa; basta pensar que unas serían las pruebas pertinentes y conducentes para demostrar o infirmar la falsificación material y otras muy diferentes para demostrar o desvirtuar la falsedad ideológica".

4° Esta decisión fue recurrida por el Procurador Octavo Judicial Penal, quien solicita se revoque el auto recurrido y se devuelva el expediente al Tribunal para que dicte la sentencia que corresponda. Sus razones son las siguientes:

"Nuestro disenso respetuoso con el A-quo radica en que si bien es cierto, en precisión jurídica de cara a la realidad fáctica se estructura la falsedad ideológica y no la material como se acusó al procesado, también lo es que dicha circunstancia no comporta la trascendencia que se le dio en la providencia objeto de alzada, para dar al traste con buena parte del Proceso, a nuestro juicio carente de irregularidades sustanciales capaces de invalidar parte alguna del Proceso y si dejando la vía expedita para producir el correspondiente fallo de instancia".

Más adelante agrega: "Indicado que la conducta del procesado se enmarca en el Capítulo II, Título III, de los delitos contra la Administración Pública, y diciendo específicamente que es el denominado concusión, y anotando con claridad el Título VI que se ocupa de los delitos contra la Fe pública y el capítulo III que trata de la falsedad en documentos, en el que están los tipos correspondientes a la falsedad material de empleado oficial en documento público (art. 218), y la ideológica en esa misma clase de documentos (art.

219), en verdad que se cumple sin asomo de duda lo demandado por la norma instrumental, tanto en la imputación fáctica como jurídica, como lo enseñan doctrina y jurisprudencia.

"Estando indicado con precisión el género y especie del delito porque se acusa y emergiendo con claridad de las pruebas y lo actuado en el expediente que se trata de la falsedad en la modalidad de ideológica, ningún quebranto sufre el debido Proceso ni el derecho de defensa reclamados por el art. 29 de la Ley Superior. Más aún cuando la precisión se hace en el debate público por sujeto procesal que antecede en el uso de la palabra a la defensa y la técnica acepta la concreción jurídica y a ella se refiere en su intervención".

De otra parte, el impugnante advierte que el Tribunal no tenía porque invalidar lo relacionado con el delito de concusión, ya que si consideraba que debía tomar esa medida, ésta debía haber sido parcial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°. Un punto inicial en el cual le asiste razón al Procurador recurrente, es que es lamentable que la Sala del Tribunal Superior haya incurrido en un error tan elemental como es entender que la argumentación realizada solo conducía a una nulidad parcial con la consiguiente ruptura de la unidad procesal, conforme a lo previsto en el numeral 3° del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, y no a la invalidación total del Proceso.

Si la supuesta falla de la calificación del sumario se limitaba a lo relacionado con la falsedad en documentos sin comprometer para nada lo atinente a la concusión, sobre lo cual no había objeción, resulta inexplicable la nulidad total decretada, determinación que denota descuido y ligereza en el manejo de un asunto tan delicado como es el que trata éste Proceso.

2° Y si como se acaba de ver el alcance dado a la decisión de anular es absurdo, la fundamentación de la nulidad no se queda atrás según se verá a continuación:

En lo que tiene que ver con el atentado contra la fé pública, en la resolución de acusación se calificó la conducta del ex fiscal con la denominación de "falsedad en documentos", delito previsto en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo III del Código Penal. En la parte motiva se dijo que se trataba del punible de "Falsedad material de empleado oficial en documento público", descrito por el artículo 218, agravado por el uso.

Al intervenir en la audiencia pública de juzgamiento, el Ministerio Público planteó la tesis de que la falsedad en documentos imputada no era material sino ideológica, criterio con el cual estuvo de acuerdo el defensor, y así lo manifestó expresamente en su alegación oral, para decir a continuación que consideraba que dicha falsedad quedaba subsumida en el delito de concusión.

La conducta que el fiscal estimó constitutiva de "falsedad material de empleado oficial en documento público" es exactamente la misma que el Tribunal cree que se adecua al tipo de "falsedad ideológica en documento público"; el objeto material es el mismo; las pruebas son las mismas; el servidor público sujeto activo es el mismo; la pena prevista para los dos punibles es la misma; pertenecen al mismo título y capítulo del Código Penal etc., de modo que es verdaderamente increíble que aun así, la Sala del Tribunal pueda decir que si dicta la sentencia por falsedad ideológica se afecta el derecho a la defensa porque se sorprendería al procesado, y en ese evento las pruebas serían diferentes. Sorprendido debió quedar, pero con la nulidad del Proceso.

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que la calificación que se da en la resolución de acusación es genérica, y que el juez puede en la sentencia moverse dentro del mismo capítulo sin que ello constituya incongruencia con el pliego de cargos. Algunos doctrinantes afirman que desde que el punto haya sido objeto del debate público, puede variar el tipo aplicable aún desmejorando la situación del procesado, aspecto que la Sala no comparte y que por eso siempre ha puesto como limitante a esa facultad del juez.

En el caso que nos ocupa la disparidad de criterio es sobre un tópico puramente sustancial, que no conlleva un aumento a los parámetros dentro de los cuales debe fijarse la pena, y que simplemente conduce a que se aplique un tipo diferente al mencionado por el fiscal en la motivación de los cargos, pero del mismo capítulo al cual pertenece el delito imputado, motivos por los cuales es evidente que las razones expuestas por el Ministerio Público en el memorial impugnatorio son acertadas. En consecuencia se revocará la nulidad decretada y se ordenará que regrese el Proceso al Tribunal para que profiera la sentencia que corresponda.

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

RESUELVE:

Revocar el auto por medio del cual el Tribunal Superior decretó la nulidad del Proceso. En consecuencia se le devolverá el expediente para que proceda a dictar la sentencia que corresponda.

Cópiese notifíquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Al rechazar in límine la demanda de casación formulada dentro de las presentes diligencias y declarar en consecuencia la deserción del recurso extraordinario, según providencia del dieciocho de marzo próximo pasado, es claro que esta Colegiatura perdió toda posibilidad de hacer cualquier otro pronunciamiento sobre el caso de debate, y con mayor razón alguno relacionado con la libertad provisional del procesado, como que el anotado pronunciamiento implica, sin posibilidad de recurso alguno en su contra, la ejecutoria del fallo condenatorio proferido.

Desde este punto de vista resulta claro que en adelante cualquier determinación relacionada con la libertad del procesado no podrá darse por vía de provisionalidad, siendo ahora de competencia exclusiva del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la decisión atañedera al otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional, o a una rebaja o cesación de pena, porque tal es la competencia privativa que a ese funcionario asigna el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 510 y 515 ibídem, sin que le sea ya posible a esta Sala de la Corte proseguir con el proferimiento de decisiones de índole meramente provisional, apenas justificadas dentro de la indefinición en que se hallaba la situación final del acusado.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.- Santafé de Bogotá,D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.32

Proceso: 11983

VISTOS

Declarado desierto el recurso de casación interpuesto, y en trámite la notificación de la decisión que denegó la reposición de una negativa anterior de libertad, el procesado Ramón Emilio Villa Ramírez insiste con una nueva petición liberatoria, de la cual se ocupará la Sala en los términos que siguen.

LA SOLICITUD

Insiste en procesado en su actual libelo en la coexistencia de los requisitos previstos por el artículo 72 del Código Penal para acceder a la libertad pedida, al transcurrir, dice, las dos terceras partes de la pena impuesta, como resultado de adicionar al tiempo de efectiva privación de libertad, el de redención proporcional de pena por trabajo y estudio.

A estas cuentas agrega la sustracción de dieciséis meses de prisión correspondientes al incremento punitivo por virtud de la agravación genérica contenida en el numeral 1o. del artículo 372 del Código Penal, luego de su declaratoria de inexequible, según infiere de un pronunciamiento de la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al rechazar in límine la demanda de casación formulada dentro de las presentes diligencias y declarar en consecuencia la deserción del recurso extraordinario, según providencia del dieciocho de marzo próximo pasado, es claro que esta Colegiatura perdió toda posibilidad de hacer cualquier otro pronunciamiento sobre el caso de debate, y con mayor razón alguno relacionada con la libertad provisional del procesado, como que el anotado pronunciamiento implica, sin posibilidad de recurso alguno en su contra, la ejecutoria del fallo condenatorio proferido.

Desde este punto de vista resulta claro que en adelante cualquier determinación relacionada con la libertad del procesado no podrá darse por vía de provisionalidad, siendo ahora de competencia exclusiva del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la decisión atañedera al otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional, o a una rebaja o cesación de pena, porque tal es la competencia privativa que a ese funcionario asigna el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 510 y 515 ibídem, sin que le sea ya posible a esta Sala de la Corte proseguir con el proferimiento de decisiones de índole meramente provisional, apenas justificadas dentro de la indefinición en que se hallaba la situación final del acusado.

Siendo lo anterior así, tendrá que abstenerse la Sala de emitir el pronunciamiento que insinúa el procesado, para en su lugar disponer la remisión inmediata del expediente con destino al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que corresponda, el cual culminará -por economía procesal- los trámites de notificación de la providencia que denegó la reposición de la excarcelación pedida, en la medida en que ella carece de recurso alguno, por no ocuparse de tema de índole interlocutorio nuevo o diferente del auto impugnado.

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

RESUELVE

Primero: Abstenerse de resolver la solicitud de libertad condicional invocada por el condenado Ramón Emilio Villa Ramírez, por carecer de competencia, y

Segundo: Ordenar la inmediata remisión del expediente con destino al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que corresponda, ante quien culminará, de ser preciso, el trámite de notificación del auto que denegó la excarcelación del procesado.

Dése noticia de estas decisiones al Tribunal de segunda instancia, a fin de que realice las desanotaciones de rigor.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

Es admisible entender que cuando el proponente de la contratación de servicios es el directo responsable de la entidad que los requiere, y a su vez integrante del Consejo de Gobierno y coresponsable de la aprobación, resulta válido admitir tanto su conocimiento directo de la necesidad administrativa y de la específica deficiencia de personal, como la razonada justificación que debió hacer para que el ente autorizara suplirla mediante la contratación de servicios personales transitorios.

Así se sostenga que en el Gobernador había un claro interés por favorecer con la contratación de servicios a miembros de su colectividad política, ello no basta para que la conducta cobre una relevancia penal, si como queda probado, en los contratos examinados no se llegó a probar la inobservancia de exigencias esenciales, que por constituir requisito de tipicidad de la conducta, lleva a reconocer la inocuidad penal del comportamiento denunciado.

Lo cierto que independientemente del final o verdadero móvil, la simple división de la obra no tolera su interpretación como de fraccionamiento del contrato, pues tanto el Código Fiscal Departamental, como el Decreto 222 de 1983, que por expresa previsión del Decreto 1222 de 1986 regía para la contratación administrativa a nivel departamental, consideraban que había "fraccionamiento cuando se suscriben dos o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses" (artículos 20 y 56, respectivamente).

Independientemente de que se hubiese dado o no una ilicitud en esta contratación, se deberá admitir, entonces, que el indagado no cometió el hecho denunciado, por cuanto no estaba revestido de la función para la época en que se celebró el contrato y se hizo la primera modificación, y cuando ya ostentaba la calidad de Gobernador cuando se hizo la segunda modificación, tampoco intervino en la decisión de la Junta Directiva que la

autorizó, ni la suscribió, porque en esas gestiones actuó su delegado, siendo claro de los Decretos 1221 y 1222 de 1986, pero ante todo de los artículos 209 y 211 de la Constitución Política que "La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario...", sin perjuicio, claro está, de la revocación o reforma que pueda hacer aquel, reasumiendo su propia responsabilidad.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente, Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado por Acta No. 32

Proceso: 8554

VISTOS

Califica la Sala el mérito de la investigación adelantada en contra del aforado Jorge Eduardo Gechen Turbay, una vez cerrada la instrucción y agotado el traslado a las partes para alegar.

HECHOS

De los distintos hechos por los que José William Sánchez, Otoniel Parra (Jefe de la Oficina Jurídica de la Gobernación) y los Senadores Hugo Tovar y Héctor Polanía denunciaron al ex Gobernador del Huila y actual Senador de la República Dr. Jorge Eduardo Gechen Turbay, correspondió a este Despacho averiguar la posible violación del régimen de contratación en las actividades de esa naturaleza que a continuación se relacionan, desarrolladas en cumplimiento de las funciones que ejerció como primera autoridad política del Huila entre el 24 de agosto de 1990 y el 10 de abril de 1991:

1. La celebración de numerosos contratos de prestación de servicios, sin que mediara la certificación del jefe de la respectiva dependencia sobre la imposibilidad de cumplir las actividades contratadas con personal de planta.

2. El fraccionamiento del contrato para la construcción del edificio Municipal de Baraya (Huila) para no tener que acudir al sistema de licitación pública que demandaba el monto total de la inversión (ciento veinte millones de pesos).

3. Haber autorizado en detrimento de los intereses del Departamento la prórroga del contrato celebrado con anterioridad entre la Licorera del Departamento del Huila y "Distrihuila", pese al incumplimiento de las metas de mercadeo que ameritaban la caducidad del contrato, tanto que el doctor Luis Alberto Campos se vio precisado a demandar la nulidad del acto ante el Tribunal Administrativo del Huila.

4. Hacer caso omiso de los requisitos esenciales y de la licitación requerida para la celebración de los contratos destinados a la construcción de diecisiete (17) polideportivos en Municipios del Departamento donde ni siquiera existían predios destinados a ese fin y, mucho menos, los planos y especificaciones de las obras contratadas.

ACTUACIÓN PROCESAL

Para establecer las condiciones de aforado y ex Gobernador que concurren en el doctor Jorge Eduardo Gechen Turbay, por encontrarse desempeñando en la actualidad el cargo de Senador de la República para el que fue elegido por el período constitucional 1994-1998 y por haber ejercido las funciones de Jefe de la Administración Seccional del Huila entre el 24 de agosto de 1990 y el 10 de abril de 1991, se adelantaron algunas diligencias preliminares y posteriormente se ordenó la apertura de investigación, lográndose determinar que efectivamente en esa época celebró el denunciado a nombre del Departamento los siguientes contratos:

1. De prestación de servicios:

Con la trabajadora social Martha Inés Alarcón Carrera, quien acreditó calidades profesionales y experiencia mediante la copia del acta de grado expedida por el Colegio Mayor del Rosario (fl. 278 del A-2) y la constancia de haber desempeñado con anterioridad el cargo de Jefe de Planeación Municipal de Neiva. Dicho acuerdo, suscrito el 10 de diciembre de 1990, había sido aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 4 del mismo mes por iniciativa del Director de Planeación, con el objeto de elaborar el diagnóstico y cálculos sobre el déficit de vivienda en los Municipios del Departamento, por valor de $ 300.000,oo, con un mes de duración (fls. 274/287 del A-2).

Posteriormente, con la misma persona se suscribió el 24 de enero de 1991 otro contrato, aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 10 de ese mes, para coordinar e implementar el programa de asentamientos humanos en el Departamento, por valor de $ 2.400.000,oo y 6 meses de duración (fls. 386/389 del A-2).

Con el ingeniero civil Pedro Amaya Durán, cuya matrícula profesional certifica el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura (fl. 191 v. del C-2) se celebró el 15 de febrero de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del 24 de enero anterior, por iniciativa del Director de Planeación, para dar asesoría a las entidades comprometidas en el programa de construcción de acueductos y alcantarillados en los Municipios; por valor de $ 1.406.250,oo y 4 meses de duración (fls. 271/273 del A-2).

Con el técnico agropecuario Jaime Ariel Bolaños, cuyas calidades profesionales aparecen acreditadas mediante copia del diploma expedido por la Universidad de Nariño (fl. 35 del A-7), celebró el 16 de enero de 1991 un contrato aprobado por el Consejo de Gobierno el día 10 del mismo mes, según iniciativa del Secretario de Fomento y para asesorar la ejecución del Convenio de Cofinanciación entre el Fondo de Desarrollo Rural Integrado, el Departamento y los Municipios de Oporapa, por valor de $ 1.935.000,oo, con 9 meses de duración (fls. 376/380 del A-2).

Con el médico general Hugo Hernando Bahamón Tovar, cuyas calidades profesionales aparecen acreditadas mediante copia del acta de grado de la Escuela de Medicina Juan N. Corpas (fl. 27 A-7), celebró en fecha no establecida el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del 12 del mismo mes, por iniciativa del Secretario de Educación y para la atención médica de las alumnas del Colegio Femenino Santa Librada de Neiva, comprometiendo diez horas semanales de lunes a viernes a razón de 4 consultas por hora, por valor de $ 566.640,oo mensuales y 9 meses de duración (fls. 128/132 del A-2).

Con la licenciada en educación física Nancy Cabrera Rivera, egresada de la Universidad Surcolombiana, según consta en el contrato suscrito el 26 de febrero de 1991, aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del 31 de enero de 1991, para dictar a los empleados de la Administración Departamental cursos de terapia de mantenimiento corporal orientada hacia un mejor desempeño de las funciones, por valor de $ 450.000,oo, con 10 meses de duración (fls. 315/317 del A-2). Contrato que el 11 de junio de 1991 se terminó por mutuo acuerdo (fls. 183/148 del C-2), al ser nombrada la contratista profesora en propiedad en un centro educativo del Municipio de Timaná.

Con la terapista del lenguaje Rocío Cabrera Cuellar, quien acreditó calidades profesionales mediante copia del diploma otorgado por la Fundación Educativa de Estudios Superiores (fl. 161 del C-2), suscribió en fecha no establecida del mes de marzo de 1991, como Presidente de la Junta Administradora del FER, el contrato para la prestación de servicios profesionales en el programa de "Educación Inicial" diseñado por la Secretaría de Educación en coordinación con el Fondo

Educativo Regional y el Instituto de Bienestar Familiar, por valor de $ 1.120.000,oo y 10 meses de duración (fls. 107/110 del A-2).

Con la licenciada en educación especial Nubia Edith Calderón Vargas, quien acreditó calidades profesionales mediante acta de grado expedida por el Tecnológico INPI (fl. 187 del A-2), suscribió el 9 de abril de 1991, por iniciativa del Secretario de Educación, un contrato para la prestación de servicios profesionales en el Programa de Integración de Aulas Especiales en el Instituto Docente Monserrate No. 1 de Neiva, por valor de $ 910.000,oo y 10 meses de duración (fls. 184/189 y 373/375 del A-2).

Con el abogado Humberto Cardozo Vargas, portador de la tarjeta profesional No. 41.758 (fl. 214 v. A-2), suscribió el 31 de enero de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 24 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para la prestación de asesoría jurídica al programa de asentamientos humanos bajo la dirección del Departamento Administrativo de Planeación, por valor de $ 1.500.000,oo y 6 meses de duración (fls. 206/210 del A-2).

Con el arquitecto Ramiro Casagua Rodríguez, quien acreditó sus condiciones profesionales mediante copia de la matrícula expedida por el Consejo Nacional Profesional de Ingeniería y Arquitectura (fl. 242 del A-2), celebró el 9 de abril de 1991 el contrato autorizado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para coordinar los planos y realizar las especificaciones del proyecto arquitectónico del Colegio Comunal Cacique Pigoanza de Neiva, por valor de $ 840.000,oo y 3 meses de duración (fl. 236/243 y 365/368 del A-2).

Con el ingeniero agrícola Alfredo Castañeda Trujillo, cuyas calidades profesionales acreditó mediante la copia del acta de grado expedida por la Universidad Surcolombiana (fl. 191 del C-2), celebró el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para la prestación de servicios en la identificación de proyectos agrícolas, viables de recuperar por medio de aguas superficiales y/o subterráneas, por valor de $ 1.350.000,oo y 6 meses de duración (260/263 y 325/328 del A-2).

Con el abogado Alberto Castillo Orozco, portador de la Tarjeta Profesional No. 16.317 (fl. 167 v. del C-2), celebró el 19 de marzo de 1991 el contrato autorizado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 14 del mismo mes, por iniciativa del Secretario de Hacienda, para el estudio detallado y completo de antecedentes legislativos sobre regalías y participación de los departamentos y

municipios en la explotación de gas natural y petróleo, por valor de $ 1.600.000,oo y 4 meses de duración (fl. 309/311 del A-2).

La inspección judicial realizada en la Secretaría de Hacienda (fl. 193 v. del C-2) y el acta del Consejo de Gobierno que sesionó el 30 de noviembre de 1990 revelan que con el abogado Castillo Orozco se había celebrado otro contrato por valor de $ 300.000,oo y duración de un mes, para el estudio de la contratación departamental y entidades descentralizadas.

Con el ingeniero civil William Augusto Corredor González, cuyas calidades profesionales aparecen acreditadas mediante copias del acta de grado expedida por la Universidad Santo Tomás y de la matrícula profesional (fls. 25/26 y 57/58 del A-7), celebró en fecha no establecida el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno el 24 de enero de 1991, por iniciativa del Secretario de Fomento, para la interventoría de todas las obras que ejecute y/o contrate la Secretaría de Fomento Agropecuario y Minero, por valor de $ 1.200.000,oo y 5 meses de duración (fls. 464/466 del A-2).

Con el administrador de empresas Iván Eduardo Guevara Cortés, cuyas calidades profesionales aparecen acreditadas mediante copia del acta de grado expedida por la Universidad Surcolombiana y tarjeta profesional (fls. 235 y 236 del C-3), suscribió el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno el día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para la coordinación del programa de capacitación y reordenamiento administrativo del Departamento en función de la descentralización, por valor de $ 1.800.000,oo y 6 meses de duración (Fls. 329/336 y 244/247 del A-2).

Con el señor Omar Cuéllar Silva, cuyas calidades profesionales acreditó mediante copia del acta de grado de ingeniero agrícola expedida por la Universidad Surcolombiana (fl 29 del A-7), suscribió el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día dos del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para prestación de servicios como Auxiliar de Ingeniería en la interpretación de cartas de topografía, en tránsito y nivelación y en la interpretación de los planos relacionados con los levantamientos topográficos, por valor de $ 1.350.000,oo y 6 meses de duración (fls. 264/267 y 341/344 del A-2).

Con la administradora de empresas Omaira Curiel de Parra, cuyas calidades profesionales acreditó mediante registro del diploma de la Universidad Surcolombiana (fl. 188 v. del C-2), celebró el 12 de febrero de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del 24 de enero de 1991, por iniciativa del Secretario de Desarrollo, para coordinar en el Departamento la implementación del programa de la juventud, la mujer y la familia de conformi-

dad con los objetivos de la Consejería Presidencial, por valor de $ 2.400.000,oo y 6 meses de duración (fls. 201/205 y 409/413 del A-2).

Con la odontóloga Celmira Delgado Murcia, cuyas calidades profesionales acreditó mediante copia del diploma expedido por la Universidad Nacional (fl. 93 del A-7), suscribió en fecha no determinada el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del 12 de marzo de 1991, por iniciativa del Secretario de Educación, para la prestación de los servicios de odontología en el Colegio Femenino de Santa Librada de Neiva, por valor de $ 566.540,oo y 9 meses de duración (fls. 435/436 del A-2).

Con el médico general Carlos González Carrillo, cuyas calidades profesionales acreditó mediante copia del acta de grado de la Universidad Libre del Atlántico (fl. 28 del A-7), celebró el 19 de marzo de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 12 de ese mes, por iniciativa del Secretario de Educación, para la prestación del servicio médico en la Escuela Departamental Mixta de Neiva, por valor de $ 566.640,oo y 9 meses de duración (Fls. 123/127 y 429/430 del A-2).

En asocio del Director Ejecutivo y el Vicepresidente Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Neiva, Luis Fernando Rodríguez y Ramiro Gutiérrez Perdomo, suscribió con el representante de la Fundación para el Desarrollo Integral del Huila Alberto Rosero Tafur el 21 de noviembre de 1990 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno el 10 de enero de 1991, para la elaboración de un estudio que permita la identificación de un modelo de desarrollo para las zonas de mayor atraso relativo, por valor de $ 3.305.000,oo, de los cuales el Departamento aportó $1.000.000,oo. Duración de 75 días (Fls. 477/485 del A-2).

Con el tecnólogo agropecuario Buenaventura Jiménez Múñez, cuyas condiciones profesionales acreditó mediante copia del diploma expedido por el Instituto Superior de Educación Rural de Pamplona, así como el expedido por la Fundación Exxon Colombiana (Fls. 17 y 19 del A-7), suscribió el 12 de diciembre de 1990 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 24 de enero de 1991, por iniciativa del Secretario General, para la recolección de información orientada a la actualización del plan de desarrollo del Departamento, por valor de $ 600.000,oo y 3 meses de duración (fls. 369/372 del A-2).

Con la fonoaudióloga María Cristina Liévano de Cabrera, quien acreditó sus condiciones profesionales mediante acta de grado del Colegio Mayor del Rosario (fl. 181 del A-2), suscribió en fecha no determinada el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 12 de marzo de 1991, para la atención de niños con problemas de aprendizaje en el Centro de Atención "CEDAP" de la

Universidad Surcolombiana, por valor de $ 580.000,oo y 4 meses de duración (fls. 442/444 del A-2).

Con el economista Miguel Angel Lemus Mangones, cuya profesión acreditó mediante copias de los diplomas conferidos por las Universidades Jorge Tadeo Lozano y Surcolombiana (fls. 52 y 53 del A-7), celebró el 12 de febrero de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 24 de enero de 1991, por iniciativa del Secretario General, para coordinar los planes de gobierno y orientar el sector de agua potable y saneamiento básico en el Departamento, por valor de $ 2.700.000,oo y 6 meses de duración (fls. 305/308 y 414/418 del A-2).

Con el señor Tito León Salazar Trujillo, de condiciones profesionales indeterminadas, celebró el 30 de octubre de 1990 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 26 de septiembre de 1990, por iniciativa del Director de Planeación, para asesorar el programa de economía solidaria, por valor de $ 750.000,oo y 3 meses de duración (fls. 467/469 del A-2).

Con la programadora de sistemas María José Liévano Durán, cuya capacitación profesional acreditó mediante certificación de la Universidad Antonio Nariño (fl. 188 del C-2), suscribió el 18 de marzo de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 12 del mismo mes, por iniciativa del Secretario de Desarrollo, para el procesamiento de información que requieren las entidades administrativas y descentralizadas del Departamento, por valor de $ 1.320.000,oo y 6 meses de duración (fls. 199/200 y 425/428 del A-2).

Con el ingeniero agrícola Jesús Horacio Lozada González, quien acreditó sus condiciones profesionales con fotocopias del acta de grado de la Universidad Surcolombiana y de la Tarjeta Profesional No. 10.673 (fl. 189 del C-2), suscribió el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para la prestación de servicios en la recolección de información y tabulación de las encuestas preliminares sobre los proyectos del programa de agua potable, por valor de $ 1.350.000,oo y 6 meses de duración (fls. 221/224 y 318/324 del A-2).

Con el arquitecto Luis Carlos Mejía Nieto, quien acreditó su capacitación profesional con la correspondiente matrícula ante el Consejo Nacional Profesional de Ingeniería y Arquitectura (fl. 189 del C-2), suscribió el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para elaborar el diseño arquitectónico y urbanístico, presupuesto, programación y control de los proyectos de asentamientos humanos en el Departamento, por valor de $ 1.680.000,oo y 6 meses de duración (fls. 225/229 y 345/348 del A-2).

Con el ingeniero agrónomo Diego Miranda Lasprilla, cuyas calidades profesionales acreditó mediante las fotocopias del diploma expedido por la Universidad Nacional y la tarjeta profesional 4868 (fl. 90/92 del A-7), suscribió en fecha no establecida el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno el 24 de enero de 1991, por iniciativa del Secretario General, para asesorar la ejecución del convenio de cofinanciación del componente desarrollo tecnológico, suscrito entre el DRI, el Departamento y los Municipios de Pital, Paicol, Oporapa, Agrado, Tesalia, Saladoblanco, Rivera y los demás que con posterioridad se asocien, por valor de $ 310.000,oo mensuales y 11 meses de duración (fls. 401/405 del A-2).

Con la odontóloga Teresa de Jesús Montealegre Liscano, cuya calidad profesional acreditó con la Resolución 1373 de 1987 mediante la cual el ICFES le convalidó el título otorgado por la Universidad de Guayaquil (fls. 253/255 del C-4), suscribió en fecha no determinada el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 12 de marzo de 1991, por iniciativa del Secretario de Educación, para la prestación del servicio odontológico en la Escuela Departamental Mixta de Neiva, por valor de $ 566.640,oo y 9 meses de duración (fls. 98/100 y 437/438 del A-2).

Con el tecnólogo en administración municipal Yerix Alonso Murcia Cuenca, quien no acreditó calidades profesionales pero sí el hecho de haber estado vinculado con el Departamento Administrativo de Planeación del Departamento (fl. 7 del A-7), celebró en fecha no determinada el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 24 de enero de 1991, por iniciativa del Director de Planeación, para promover el programa de vivienda en el Municipio de Neiva y zona norte del Huila, por valor de $ 1.800.000,oo y 6 meses de duración (fls. 257/259 y 398/400 del A-2).

Con el ingeniero civil Humberto Otálora Vargas, quien acreditó sus condiciones profesionales mediante certificación expedida por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura (fl. 190 del C-2), celebró el 8 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para el diseño e interventoría de los proyectos relacionados con los programas de agua potable y saneamiento básico en la zona centro y sur del Departamento, por valor de $ 1.680.000,oo y 6 meses de duración (fls. 253/256 y 357/360 del A-2).

Con el abogado José Giovanni Paredes Guerrero, quien no acreditó sus calidades profesionales (fl. 167 del C-2), suscribió el 3 de diciembre de 1990 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del 30 de noviembre de 1990, por iniciativa del Secretario de Hacienda, para el diagnóstico de la forma en que deben desarrollarse las actividades de planeación, ejecución y control del presupuesto del

Departamento previstas en la Ley 38 de 1989, por valor de $ 400.000,oo y un mes de duración (fls. 452/454 del A-2).

Con el abogado Emiliano Pastrana Valbuena, quien acreditó sus condiciones profesionales mediante la Tarjeta Profesional No. 48.098 (fl. 166 v. del C-2), suscribió el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para la asesoría jurídica y coordinación de los planes de desarrollo y creación de los fondos de vivienda de interés social y reforma urbana en los municipios del sur y centro del Departamento, por valor de $ 1.200.000,oo y 4 meses de duración (fls. 349/352 del A-2).

Con el tecnólogo en sistemas Fernando Pararroyo Córdoba, quien acreditó sus calidades profesionales mediante copia del diploma otorgado por la Unidad de Carreras Intermedias del Cauca (fl. 42 del A-7), celebró en fecha no determinada el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 10 de enero de 1990, por iniciativa del Director de Planeación, para poner en marcha el proceso de sistematización que requieren las entidades administrativas y descentralizadas del Departamento, por valor de $ 150.000,oo y 31 días de duración (fls. 268/270 y 381/383 del A-2).

Con el ingeniero agrícola José Hernando Perdomo Cuenca, quien acreditó calidades profesionales mediante copia del acta de grado de la Universidad Surcolombiana (fl. 189 v. del C-2), suscribió el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para la recolección de información y tabulación de las encuestas preliminares de los proyectos del programa de agua potable y saneamiento básico en la zona centro y sur del departamento, por valor de $ 1.350.000,oo y 6 meses de duración (fls. 230/235 y 353/356 del A-2).

Con el economista Alvaro Pérez Castro, quien acreditó calidades profesionales mediante la matrícula 6882 expedida por el Ministerio de Educación (según consta en el texto de lo pactado), suscribió el 19 de marzo de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 12 del mismo mes, para la adaptación e incorporación de la Ley 38 de 1989 al procedimiento del presupuesto departamental establecido en el Código Fiscal, por valor de $ 1.500.000,oo y 3 meses de duración (fls. 312/314 del A-2).

Con la terapeuta del lenguaje Stella Portela Salas, quien acreditó su preparación profesional mediante copia del diploma expedido por la Universidad Nacional (fl. 160 del A-2), suscribió dos contratos: el de 30 de octubre de 1990 aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 23 del mismo mes, por iniciativa del

Secretario de Educación, para prestar sus servicios en la División de Educación Especial y de Adultos del Departamento durante 2 meses a partir del 15 de octubre de 1990, por valor de $ 311.250,oo (fls. 150/159 del A-2); y el aprobado por dicho Consejo en sesión del día 12 de marzo de 1991 para idéntico fin pero por el término de 3 meses contados a partir de la legalización del contrato, por valor de $ 420.000,oo (Fls. 162/173 del A-2).

Con el ingeniero de tránsito y transportes Alvaro Quimbaya Díaz, quien acredito la prestación de servicios en entidades deportivas (fl. 167 del C-2), celebró en fecha no establecida el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 de abril de 1991, por iniciativa del Director de Planeación, para la coordinación del programa de masificación y fomento del deporte y recreación en el Departamento, por valor de $ 1.200.000,oo y 4 meses de duración (fls. 445/448 del A-2).

Con el representante legal de la Compañía Colombiana de Asesorías e Inversiones S.A. "Colinversiones S.A.", representante exclusivo de Wang Laboratories Inc., celebró el 13 de marzo de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 27 del mismo mes, para el mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos marca Wang, por valor de $ 19.150.428,oo y 10 meses de duración (fls. 470/473 del A-2).

Con el representante legal de Consultoría Colombiana Henry Sánchez Arenas, celebró el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para la elaboración de un documento que le plantee al Gobierno Nacional una estrategia de fortalecimiento del sector eléctrico a nivel regional (Huila-Tolima-Caquetá), por valor de $ 1.500.000,oo y 45 días de duración (fls. 288/291 y 459/463 del A-2).

Con el ingeniero civil José Sandoval Ospina, cuyas calidades profesionales acreditó mediante copia del título expedido por la Universidad la Gran Colombia (fl. 190 del C-2), suscribió el 9 de abril de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para el diseño e interventoría de los proyectos del programa de agua potable y saneamiento básico en la zona occidente y norte del departamento, por valor de $ 1.680.000,oo y 6 meses de duración (fls. 248/252 y 337/340 del A-2).

Con el médico general Arnulfo Sepúlveda Ramos, cuyas calidades profesionales no aparecen en la documentación anexa, suscribió el 19 de marzo de 1991 el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 12 de ese mes, por iniciativa del Secretario de Educación, para la prestación de sus servicios profesionales en el Colegio Departamental Femenino de Neiva, por valor de $ 566.640,oo y 9 meses de duración (fls. 101/103 y 431/432 del A-2).

Con la licenciada en tecnología educativa Myriam Suárez de Díaz, cuyas calidades profesionales acreditó mediante fotocopia del acta de grado de la Universidad Surcolombiana (fl. 165 v. del C-2), celebró en fecha no determinada el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 31 de enero de 1991, por iniciativa del Secretario de Hacienda, para integrar el equipo técnico seccional del Programa de Promoción Juvenil y Uso Creativo del Tiempo Libre, por valor de $ 1.346.250,oo y 12 meses de duración (fls. 422/424 del A-2).

Con el señor Mario Vela Cuéllar suscribió en fecha no determinada el contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 24 de enero de 1991, por iniciativa del Director de Planeación, para colaborar como auxiliar de investigación en la actualización de los planes integrales de desarrollo de los municipios, por valor de $ 1.500.000,oo y 6 meses de duración (Fls. 395/397 del A-2).

Con el abogado Nazir Yabor Motta, cuya preparación profesional acreditó mediante la Tarjeta Profesional No. 30.143 (fl. 166 v. del C-2), suscribió el 9 de abril de 1991 un contrato aprobado por el Consejo de Gobierno en sesión del día 2 del mismo mes, por iniciativa del Director de Planeación, para asesorar y coordinar con los municipios de la zona occidente y norte la elaboración de los planes de desarrollo y la creación de los fondos de vivienda de interés social y de reforma urbana (fls. 361/364 del A-2).

Con el abogado Alberto Yepes Barreiro, quien según consta acreditó sus calidades profesionales mediante la Tarjeta Profesional No. 29.629, suscribió el 3 de diciembre de 1990 la prórroga o renovación, autorizada por el Consejo de Gobierno en sesión del día 8 de noviembre de 1989, del contrato celebrado el 28 de diciembre de 1988 por iniciativa del Secretario de Hacienda, para asesorar al Departamento en la elaboración de las normas de régimen fiscal y contratación administrativa, por valor de $ 6.000.000,oo y 12 meses de duración (fls. 449/451 del A-2).

También suscribió el contrato de reversión de servicios de la comisión conferida a Digna Gómez de Gómez –Jefe de Grupo de Educación Especial–, que aprobó el Consejo de Gobierno en sesión del día 10 de enero de 1991 (fls. 133/134 del A-2) para adelantar estudios de post-grado en estructuras y procesos del aprendizaje en la Universidad Externado de Colombia, con un plazo de 12 meses contados a partir del 21 de enero de 1991 (Decreto 052 del 24 de enero de 1991) ampliado a 12 meses más por el Gobernador Julio Enrique Ortiz Cuenca. Se estableció que la beneficiaria cumplió los requisitos de ingreso, según lo hace constar el Coordinador de la Maestría de la Facultad de Ciencias de la Educación (fl. 101 del C-2), esto es, que presentó las pruebas necesarias para cursarla durante el período 1991-1992, y, por lo tanto, la certificación del Secretario General de la Facultad de Derecho (fl. 4 del C-2), que no tenía porqué conocer esa situación, carece de efectos respecto del primer contrato que es el aquí investigado.

Así mismo, suscribió el 12 de febrero de 1991 la prórroga aprobada por el Consejo de Gobierno en sesión del 31 de enero de 1991, del contrato de reversión de servicios con Mery Sastoque Gutiérrez –igualmente beneficiaria de una comisión de estudios–, para continuar el post-grado en educación de adultos en la Universidad San Buenaventura de Bogotá que, según fotocopia del diploma (fl. 20 C-2), le confirió el título de Magister en esa especialidad el 6 de agosto de 1992.

En relación con esta vasta contratación de servicios declaró el Secretario de Fomento Jorge Enrique Muñoz Guzmán (fl. 449 del C-4) quien sostiene que en programas como los del DRI o el de ampliación de la frontera agrícola no contaban con personal, lo que hacía necesario acudir al sistema de contratación por no existir esos cargos dentro de la planta de personal o no contar con personal idóneo, explicando que "cuando se quería vincular a alguien por contrato era necesario que el Consejo de Gobierno sustentara las funciones que iba a desempeñar quien se fuera a vincular y demostrar que en la planta no existía quien las pudiera realizar; la propuesta debía de llevar también los requisitos o requerimientos de los posibles candidatos".

También el Director del Departamento Administrativo de Planeación Jaime Francisco Afanador Iriarte Fls. 450/452 del C-4), manifiesta que la Asamblea Departamental aprobó la creación de los distintos fondos comprometidos en el desarrollo del plan del gobierno del doctor Gechen y "como la planta de personal de las distintas dependencias administrativas no era suficiente para asignarles las nuevas funciones, se procedió a nombrar mediante contrato, a profesionales capacitados en cada una de las áreas". Añade que se solicitó a las distintas Secretarías que con el personal de planta supervisaran y orientaran las tareas a cumplir, y que el departamento jurídico encontró ajustados a la ley los contratos que fueron sometidos a la aprobación del Consejo de Gobierno, por lo que se cumplió con el procedimiento establecido.

2. Los contratos para la construcción del Edificio Municipal de Baraya, fueron otorgados por el Gobernador que reemplazó al doctor Gechen, según quedó establecido, de manera que el aforado únicamente podría responder por su participación en el Consejo de Gobierno que autorizó la apertura de las dos primeras licitaciones, como lo demuestran la siguiente secuencia de lo ocurrido:

En la sesión celebrada el 5 de abril de 1991, presidida por el Gobernador Gechen Turbay, el Secretario de Obras del Departamento solicitó autorización para la apertura de las licitaciones privadas 001 y 002, destinadas a la construcción de las etapas I y II de esa obra, siéndole concedida por unanimidad.

En la sesión del día 15 de abril de 1991, presidida ya por el Gobernador Jaime Francisco Afanador Iriarte, el mismo Secretario presentó las propuestas para la construcción de la primera etapa del edificio Municipal de Baraya (que comprende excavaciones, cimentación y construcción del pórtico), obtenidas mediante la licitación privada No. 001 de 1991, donde figuran como proponentes Rafael Cotes por $ 44.136.911,oo, Leonidas Chacón por $ 44.958.850,oo y Antonio Osorio por $ 41.104.577,oo a quien el Consejo le adjudicó el contrato por unanimidad.

Ese mismo día recibió autorización del Consejo para declarar desierta la segunda de esas licitaciones, para abrir nuevamente la No. 002 y por primera vez la No. 003, correspondientes a la construcción de la II y III etapas del mencionado edificio.

En sesión del 30 de abril de 1991, igualmente presidida por el Gobernador Afanador Iriarte, dicho Secretario llevó a consideración del Consejo las propuestas para la construcción de la segunda etapa (que comprende la totalidad de la estructura restante y la cubierta del edificio), obtenidas mediante la licitación privada 002, siendo proponentes Resurrección Gómez Cuéllar por $ 42.748.813,73, "Sota" por valor de $ 41.513.932,78 y Hernando Suárez Cleves por valor de $ 38.522.8-44,59 a quien por unanimidad le fue adjudicada la obra.

Los contratos correspondientes a las etapas adjudicadas (I y II) se celebraron el 2 y 9 de mayo de 1991, respectivamente, y fueron otorgados por el Gobernador Afanador Iriarte (fls. 73/84 y 85/92 del A-2).

Posteriormente, mediante resolución 2315 del 21 de octubre de 1991, la Gobernadora Cecilia Lara de García declaró desierta la licitación privada No. 003, previa autorizada del Consejo de Gobierno concedida en sesión del día 11 del mismo mes, por haberse cerrado antes del término establecido en el pliego de condiciones sin que los invitados a participar hubieran renunciado.

Por la declaración que ante el Juez Comisionado (Tercero Penal del Circuito de Neiva) rindió el arquitecto José Pedro Tovar Penagos (fls. 156v./159 del C-2) se sabe que los estudios de cimentación, estructurales y arquitectónicos los realizó el Departamento Administrativo de Planeación que estableció la necesidad de un tratamiento especial del terreno debido a la gran desestabilización de los suelos del sector de Baraya. Por eso había que darle a la cimentación un manejo diferente de lo restante de la construcción, situación que puso en conocimiento del Secretario de Obras con quien decidieron que el contrato inicial sería únicamente para la construcción de la primera etapa y el primer pórtico, un segundo contrato para el resto de la estructura y el tercero para los acabados; así que, una vez determinado el presupuesto de cada etapa, cursaron invitación a cinco de los proponentes inscritos (de un registro de más de 300), mediante comunicaciones

firmadas por el doctor Angarita Fierro, ya que las facultades para invitar proponentes a licitar y para adjudicar contratos son exclusivas del señor Gobernador y del Secretario de Obras del Departamento y no de los Jefes de División.

Y agrega: "a pesar de que se contrataron ambas etapas al mismo tiempo, la ejecución de la obra, cuya interventoría estuvo a nuestro cargo, no presentó inconveniente alguno, la tercera etapa que era la etapa de acabados, nunca se adjudicó y hoy en día, casi tres años después, vamos a proceder a contratar la tercera etapa y hechas las evaluaciones respectivas consideramos que técnicamente la obra no presenta ningún inconveniente para culminar el proyecto" (sic).

Por su parte el Secretario de Obras del Departamento ingeniero Januario Angarita Fierro dice en su versión de folios 154 a 156 del Cuaderno 2, que cuando llegó a ocupar ese cargo ya existían los estudios técnicos y la disponibilidad presupuestal para la construcción del edificio Municipal de Baraya, trámites que le correspondía adelantar al Jefe de la División de Arquitectura Pedro Tovar, quien con su firma y la del Auditor elaboró el acta de análisis del proyecto (con los respectivos soportes) que conoció el Consejo de Gobierno. Además, a la Secretaría de Obras le corresponde contratar la ejecución de las del Departamento, y en este caso la de Baraya que con apego al Código Fiscal se contrató en varias etapas, sin que por eso se hubiera incurrido en fraccionamiento del contrato, pues se hizo con diferentes contratistas.

3. Respecto del contrato celebrado el 29 de diciembre de 1989 entre la Industria Licorera del Huila y "Distrihuila Ltda", para la distribución de los licores producidos, importados o envasados por aquella por el término de 18 meses comprendidos entre el 1o. de enero de 1990 y el 30 de junio de 1991, se estableción que el primer acuerdo lo suscribió como Gobernador Félix Trujillo Trujillo a nombre del Departamento con el respectivo Gerente a nombre de la Licorera (fls. 6/22 del C-3), lo mismo que el denominado "otro sí" suscrito el 8 de agosto de 1990 para modificar parcialmente el parágrafo primero de la cláusula tercera (fls. 30/32 del C-3).

Es cierto que posteriormente –el 25 de febrero de 1991–, se pactó un nuevo "otro sí" para modificar el parágrafo primero de la cláusula catorce del contrato inicial (fls. 28 y 29 del C-3). Sin embargo, el respectivo documento no aparece suscrito por el entonces Gobernador Gechen Turbay, sino que únicamente lo firman el representante de sociedad contratista y el Gerente de la Industria Licorera Luis Felipe Conde Lasso, quien en declaración rendida ante el funcionario comisionado dice que a solicitud de "Distrihuila S.A". y en vista de la disminución en las ventas y las restricciones crediticias de los bancos impuestas por el Gobierno para controlar la inflación, la Junta Directiva de la Licorera optó por ampliar el crédito

a $ 200.000.000,oo que, según lo entendieron los integrantes de ésta y los asesores jurídicos consultados, encajaba perfectamente dentro de las previsiones sobre "otros medios de pago" a que hace referencia el parágrafo modificado. Agrega que el aforado no tuvo injerencia alguna en el asunto, pues quien tomó la decisión fue la Junta Directiva (fls. 225 y 226 del C-2).

En efecto, en sesión del 5 de febrero de 1991, a la que no asistió el Gobernador sino su representante Ernesto Jimeno Durán García, la Junta Directiva de la Industria Licorera del Huila presidida por el Secretario de Hacienda del Departamento, se ocupó del tema, dentro del punto "proposiciones y varios" del orden del día, según consta en el acta respectiva. Así efectivamente se lee: "El Dr. Luis Felipe Conde manifiesta que Distrihuila nos dirige una solicitud que es leída por el señor Gerente, donde manifiesta que por restricciones Gubernamentales nos solicita que les ampliemos el cupo de crédito con cheque por el orden de $ 150.000.000. el doctor Jairo Urueña (Representante de la Asamblea) dice que para no estar periódicamente haciendo esto, que se le escriba otrosí al contrato hasta el vencimiento de éste pues somos conscientes de las medidas restrictivas financieras. El Dr. Jairo Trujillo (Secretario de Hacienda) propone que los costos financieros que dejan de pagar los distribuidores sean trasladados a favor de la Licorera, esto fue aprobado por unanimidad" (Fl. 219 del C-3).

En sesión del 3 de abril, a la que igualmente asistía el Representante del Gobernador y no éste, el Gerente puso en conocimiento de la Junta un informe del Asesor Jurídico en el que revelaba la conversión de "Distrihuila" en Sociedad Anónima de Economía Mixta, con participación de la Licorera en un 20% del capital suscrito; además, "se criticó el hecho que en agosto del año anterior habían incluido un otrosí al contrato, donde para no llevar el contrato a la Asamblea, sacaron al Departamento como socio e incluyeron a la Licorera" y se nombró una comisión integrada por los Representantes de la Asamblea José Jairo Urueña Horta y Carlos Humberto Mazorra y por el Asesor Jurídico de la Licorera (fl. 230 del C-3).

En la sesión del 12 de julio de 1991 concurre ya como Gobernadora del Departamento Cecilia Lara de García, y en esa ocasión la junta realiza un amplio debate sobre el referido contrato, en el que se precisa lo relacionado con su vigencia dando lectura a la comunicación enviada por el asesor jurídico Dionisio Gómez Rodado, para quien los contratos de tracto sucesivo, como el de la distribución de licores, terminan cuando vence el plazo pactado en ellos, sin que exista prórroga automática, pues no la contempla el derecho administrativo. Y agrega: "esta breve consideración es suficiente para responder que el día 30 de junio de 1991, expiró o terminó el contrato de 29 de diciembre de 1989, y por lo tanto, que a partir del día 1o. de julio del año en curso, la Industria Licorera recuperó plenamente el derecho a distribuir ella los licores del Departamento".

De manera que durante la administración del aquí aforado no se pactó la prórroga del contrato a que alude el denunciante Otoniel Parra Trujillo (fl. 153 del C-2), ni tuvo participación activa en las modificaciones que se le hicieron, ya por ser anterior a su posesión la del 8 de agosto de 1990, ora por no haber participado en la sesión que facultó la del 25 de febrero de 1991, ni aparecer constancia de su autorización directa en tal sentido.

4. Los contratos para la construcción de los polideportivos, obras que corresponden al denominado "Programa de atención a la Juventud, a la Familia y a la Mujer", fueron celebrados una vez que el Consejo de Gobierno Departamental analizó, por iniciativa del gobernador y el Secretario de Obras, las propuestas obtenidas mediante el sistema de cotización, conforme lo establecido por el artículo 117 -numeral 2- del Código Fiscal del Huila, de las cuales la entidad hizo la siguiente adjudicación:

Municipio	Adjudicado a	Por valor de
	En sesión de marzo 22 de 1991:	
Teruel	Plinio Mauricio Toledo V.	$ 10.532.880,21
El Pital	Héctor Falla Puentes	$ 9.957.473,31
Colombia	Jorge Augusto Godoy Herrera	$ 11.909.674,oo
Campoalegre	Orlando Galindo García	$ 9.999.701,28
Neiva	Jorge Pacheco Dussán	$ 10.033.800,70
Isnos	José Gelmo Cuéllar Silva	$ 10.552.388,76
Garzón	Rodolfo Macías Ramírez	$ 9.990.172,35
	En sesión de abril 2 de 1991:	
Neiva	Antonio Osorio	$ 9.972.510,oo
Del Hobo	Raúl A. Fernández Ruiz	$ 9.733.500,oo
Villavieja	José Ricardo Cabrera Tapicha	$ 10.100.299,oo

Tarqui	Jairo García Ramírez	$ 9.995.619,oo
Pitalito	Maritza García	$ 10.031.839,50
	En sesión de abril 5 de 1991:	
Neiva	Felipe Medina Arias	$ 9.982.000,75
Neiva	Rafael Cotes Díaz Granados	$ 8.868.740,04
Tesalia	Hugo Ferneli Díaz Plazas	$ 8.943.635,66
Nátaga	Rafael Ardila Polanco	$ 7.617.614,oo
Timaná	Hernando Suárez Cleves	$ 9.954.043,28

Los de la ciudad de Neiva corresponden, en su orden, a los polideportivos de la Urbanización "Santa Lucía", Luis Calixto Leyva, Alberto Galindo y Barrio "Limonar".

Hecha la adjudicación, el Mandatario Seccional dictó las resoluciones del caso y suscribió el 9 de abril de 1991 (un día antes de hacer dejación del cargo) los diecisiete contratos, dando así cumplimiento a la formalidad exigida por la mencionada norma, sin que por ese motivo se hubieran podido ejecutar las obras contratadas durante su administración, aún cuando sí aparecen posteriormente entregadas a satisfacción de la Administración Departamental conforme pasa a verse.

Teruel: el polideportivo se construyó en predios del Municipio, cuya legalización retrasó el inicio de la obra que, sin embargo, fue ejecutada dentro del tiempo acordado y cumplió con las especificaciones técnicas contratadas, sin que presente fallas de tipo técnico ni de construcción, según el informe destinado a la Procuraduría Departamental (fl. 537 A-1) y el acta de entrega suscrita el 25 de octubre de 1991 (fls. 544 y 545 del A-1).

El Pital: las obras se iniciaron el 15 de julio de 1991 en predios del Municipio y de la Junta Comunal del Barrio "El Ecuador" (fl. 114 del C-4) y concluyeron el 9 de octubre de ese año (fls. 453 y 454 del A-1).

Colombia: el polideportivo se construyó en predios del Municipio; las obras se iniciaron el 22 de julio de 1991 y se concluyeron el 28 de noviembre del mismo año (fls. 406 y 407 del A-1).

Campoalegre: el polideportivo se construyó en predios del Municipio, la obra se inició el 8 de julio de 1991 y fue recibida el 9 de septiembre del mismo año por funcionarios de la Gobernación que, a su vez, la entregaron al Alcalde (fls. 190 y 188/189 del A-1).

Neiva: en la urbanización "Santa Lucía", la obra que se inició el 24 de junio de 1991 fue recibida a satisfacción por funcionarios de la Gobernación el 23 de agosto del mismo año y entregada a la Junta de Acción Comunal (fls: 103/105 y 108 del A-1).

San José de Isnos: la obra se construyó en predio del Municipio, aledaño a la Escuela "Miguel de Cervantes Saavedra" y habiéndose iniciado el 26 de agosto fue recibida por funcionario de la Gobernación el 24 de octubre de 1991 que la entregaron al Alcalde del Municipio (fl. 243/245 del A-1).

Garzón: la obra que se disputaron los barrios Unidos y Juan Pablo II finalmente se construyó en el primero de ellos, iniciando el 15 de julio y concluyendo con su entrega el 13 de septiembre de 1991 (fls. 35 y 37/38 del A-1).

Neiva: Los trabajos del Polideportivo "Luis Calixto Leyva" se iniciaron el 24 de junio de 1991 y los funcionarios del Departamento que la recibieron el 23 de septiembre del mismo año la entregaron a la Junta de Acción Comunal del Barrio Jorge Eliécer Gaitán (fls. 216 y 212/213 del A-1).

Municipio de *El Hobo:* la obra se inició el 3 de julio de 1991 y fue entregada a satisfacción el 11 de septiembre del mismo año (fls. 147/149 del A-1).

En *Villavieja* el polideportivo se construyó en predios del Municipio, iniciándose el 8 de julio de 1991 y para ser entregada a funcionarios de la Gobernación el 8 de septiembre de ese año, quienes a su vez la entregaron al Alcalde (fls. 127/130 del A-1).

Tarqui: con algún retraso causado por la consecución del terreno que finalmente compró el Municipio se inició la obra el 30 de septiembre, y fue entregada el 19 de diciembre del mismo año (fls. 348/350 del A-1).

Pitalito: se construyó el polideportivo "Los Guaduales", cuyas obras se iniciaron el 10 de julio de 1991 y fueron entregadas el 26 de septiembre del mismo año a funcionarios de la Gobernación que la dieron a la comunidad (fls. 281/283 del A-1).

El Polideportivo Alberto Galindo de *Neiva* se inició el 20 de agosto de 1991 y se recibió concluido por funcionarios de la Gobernación el 8 de octubre de ese año, quienes a su vez lo entregaron a la Junta de Acción Comunal del barrio del mismo nombre (fl. 167/169 del A-1).

También en *Neiva* el Polideportivo del Barrio "Limonar" se inició el 2 de julio de 1991 y fue recibido por funcionarios de la Gobernación el 23 de agosto del mismo año (fls. 237/238 del A-1).

Tesalia: Los trabajos se iniciaron el 12 de agosto de 1991 y fueron recibidos por funcionarios de la Gobernación el 10 de septiembre de 1991, quienes luego los entregaron al Alcalde del lugar (fl. 317 y 319/322 del A-1).

Nátaga: se inició la obra el 29 de agosto de 1991 y el 17 de octubre de ese año fue recibida por funcionarios de la Gobernación que a su vez la entregaron a la Junta de Acción Comunal del Barrio "Pueblo Nuevo" (fl. 2 y 5 del A-1).

En *Timaná* la obra que se construyó en el Barrio "El Progreso", se inició el 8 de julio de 1991 y fue recibida por funcionarios de la Gobernación el 1o. de octubre de ese año (Fls. 499/500 del A-1).

Por cada uno de los contratos hay un acta detallada en cuadros comparativos (condiciones originales, modificaciones y obra ejecutada) suscrita por el interventor, el Jefe Operativo de la Secretaría de Obras, el Auditor y el Contratista, en donde consta que la Administración Departamental recibió debidamente.

5. En la diligencia de indagatoria el aforado respondió de la siguiente forma a las diferentes imputaciones:

La prestación de servicios estaba presupuestada desde antes de asumir las funciones de Gobernador, como lo certifica la Contraloría del Departamento mediante partidas asignadas a la Oficina de Planeación, y a las Secretarías de Hacienda, Educación, Obras Públicas y Fomento. De manera que por expresa disposición del Decreto 565 de 1992, el ordenador del gasto era el Director o Secretario respectivo y no el Gobernador. Así mismo, eran ellos los encargados de seleccionar los candidatos para suplir las necesidades del servicio, que previo el visto bueno de la División de Presupuesto ponían a consideración del Consejo de Gobierno donde tenían asiento todos los Secretarios, el Contralor del Departamento y el Jefe de la Oficina Jurídica, quien además tenía la obligación de revisar cada uno de los contratos para dar su concepto, sin que hubiera llegado a formular observaciones.

Tales contratos los suscribía en su condición de "simple personero de la administración departamental", siempre y cuando llevaran la constancia de su aprobación, el registro del Delegado de Presupuesto y el visto bueno de la Oficina Jurídica, sin injerencia alguna de su parte en los trámites previos, y mucho menos sin que le correspondiera verificar su ejecución y cumplimiento, labores que estaban a cargo de los Secretarios del Despacho y del jefe de Planeación, quienes igualmente debían, como ordenadores del gasto, cotejar la acreditación de las calidades del contratista. Así mismo, eran los auditores de la Contraloría Departamental los encargados de revisar la documentación requerida, y de ejercer el control previo y posterior en cada caso.

En relación con la construcción del edificio Municipal de Baraya se muestra ajeno tanto a los trámites previos -elaboración del proyecto, presupuesto, licitación, evaluación de propuestas- que, según dice, fueron adelantados por la Secretaría de Obras del Departamento, como a la contratación que realizó el Gobernador Jaime Francisco.

Igualmente, respecto del contrato entre la Industria Licorera del Huila y "Distrihuila Ltda.", negó cualquier participación en la reunión de la Junta Directiva que autorizó la modificación del contrato mediante el denominado "otro sí" del 25 de febrero de 1991, no sin antes hacer notar que tanto el contrato inicial como la primera modificación ("otro sí" del 8 de agosto de 1990) fueron suscritos por su antecesor en el cargo de Gobernador, doctor Félix Trujillo Trujillo.

De los polideportivos dice que todo el proceso técnico, presupuestal, administrativo, de invitación a los proponentes y de evaluación de las propuestas estuvo a cargo de la Secretaría de Obras del Departamento, como lo demuestra la comunicación del 4 de abril de 1991 que aportó, signada por la Delegada de la Contraloría Departamental, el Jefe de la División de Arquitectura y el Interventor, en la que se afirma que a cargo de dicha Secretaría estuvo el manejo operativo en las etapas de preparación y análisis de por lo menos cinco de esas obras (fl. 102 del A-4).

Dentro de la documentación presentada por el aforado en la diligencia de indagatoria obra la constancia del 14 de junio de 1994 expedida por la Contraloría Departamental dando cuenta que al doctor *Gechen Turbay* no se le han formulado ni tiene pendientes avisos de observación, glosas de forma o de fondo, ni juicios fiscales de cuentas por los actos administrativos cumplidos como Gobernador del Huila entre el 24 de agosto de 1990 y el 10 de abril de 1991.

LA DEFENSA

Luego de una somera reseña de la situación fáctica y probatoria del proceso, solicita el defensor la preclusión de la investigación en favor de su representado por cuanto, según dice, no cometió delito alguno, como lo demuestran el hecho de no haber existido mérito para proferir medida de aseguramiento en su contra y, en cambio sí, se vislumbró en la decisión que le resolvió la situación jurídica la temeridad de la denuncia, y las pruebas que la Corte consideró necesarias para profundizar la averiguación, así como las que él aportó en su condición de defensor.

Igualmente los descargos del doctor Gechen Turbay encuentran respaldo en esas pruebas, si se tiene en cuenta que se habían delegado en los Secretario de la Gobernación una serie de funciones, dentro de las que se encuentran las cuestionadas, mediante Decreto 565 de 1982, por lo que en los contratos de prestación de servicios su única actividad fue la de estampar la firma y, por si fuera poco, así las entidades tuvieran personal capacitado, no era suficiente para el desempeño de las labores contratadas, como lo hace constar el Secretario de Hacienda en nota que acompaña a su alegato.

Además, está probado que no intervino en el supuesto fraccionamiento del contrato para la construcción del edificio Municipal de Baraya, como tampoco en las modificaciones que se hicieron al contrato de la Licorera con "Distrihuila", según lo manifestó en su declaración el gerente Luis Felipe Conde Lasso, y en cuanto al trámite de los contratos para la construcción de los polideportivos, éste se cumplió de conformidad con los requisitos establecidos.

Finalmente dice que no se puede olvidar que el delito de contratación sin el lleno de los requisitos legales solamente se puede imputar a título de dolo, de modo que cualquier omisión que haya obedecido a factores distintos hace penalmente irrelevante la conducta del sujeto activo.

Junto con su memorial entregó distintas comunicaciones de quienes actualmente dirigen las entidades Departamentales, entre otras la expedida por el Contralor Departamental en que manifiesta que en los libros radicadores de la División de Juicios Fiscales "no se halla constancia alguna hasta la fecha, de glosa o juicio fiscal, por la celebración de contratos de prestación de servicios celebrados por el Departamento del Huila, a través de las dependencias del sector central, durante el período comprendido del 4 de agosto de 1990 y el 10 de abril de 1991" (fl.485 del C-4). Copias de dos contratos de prestación de servicios suscritas por el gobernador Félix Trujillo Trujillo con el abogado Alberto Yepes Barreiro y del

acta del Consejo de Gobierno celebrado el 29 de diciembre de 1989 que autorizó la prórroga de dichos servicios.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El fuero del doctor Gechen Turbay proviene de la calidad de miembro del Congreso que ostenta por haber sido elegido Senador para el período Constitucional 1994-1998 y encontrarse actualmente en desempeño del cargo, lo que hace que en virtud del artículo 235-3 de la Carta Política sea la Corte Suprema de Justicia la encargada de investigar y juzgar su conducta, así ella sea ajena al ejercicio de las funciones que le confieren el aforamiento, mientras perdure su ejercicio.

Es de aclarar también que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995 se enteró a la Gobernación del Departamento del Huila, sobre la existencia de este proceso para que adoptara las medidas conducentes a la constitución de parte civil, por lo que le fue otorgado poder a un abogado cuya personería se reconoció oportunamente, sin que hubiese hecho presentación siquiera de demanda de resarcimiento.

2. Conforme ha quedado visto, al aforado se le endilga la celebración de contratos administrativos al margen de las exigencias legalmente establecidas por el Código Fiscal del Departamento del Huila (Decreto 418 de 1983 y Ordenanza 036 de 1985) durante su desempeño como Gobernador entre el 24 de agosto de 1990 y el 10 de abril de 1991. Comportamiento en que, según lo dispuesto por el artículo 146 del Código Penal (modificado por el Decreto 141 de 1980, artículo 1o.), incurre el servidor público que "por razón del ejercicio de sus funciones y con propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, trámite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos" haciéndose acreedor a las penas de prisión de 6 meses a 3 años, multa e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a 5 años.

Es de aclarar sí a este respecto, que pese haber sido incrementadas para esta infracción las sanciones por la ley 190 de 1995, por los principios de legalidad y favorabilidad, solo podrían ser aplicables al caso las penas vigentes a la fecha de los hechos, lo que tampoco incide en la operancia de la prescripción, cuyo término se excede conforme a lo previsto en el artículo 82 del Código Penal, a un lapso de 6 años y 8 meses que todavía no transcurren.

3. De los contratos criticados por los denunciantes, aquellos que tienen que ver con la prestación de servicios y cuya apropiación presupuestal no se discute, responden a la modalidad previstas en el Código Fiscal del Huila que le permite

al Departamento contratar con personas naturales o jurídicas la realización de negocios o actividades que la entidad o sus organismos descentralizados tengan a su cargo (tales como asesorías o asistencia de cualquier clase, realización de estudios distintos de las obras públicas, representación y rendición de conceptos, representación judicial, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos y similares, mencionadas por el artículo 101)- "cuando dichas funciones no puedan cumplirse con personal de planta" (artículo 100) y sin que puedan celebrarse a término indefinido, o por más de dos años, ni para el cumplimiento de funciones de carácter permanente.

Además, por disposición del artículo 105, era de rigor acreditar la capacidad técnica del contratista mediante certificaciones de las instituciones de formación profesional, de las entidades donde hubiese prestado servicios de la misma naturaleza, constancia de los estudios científicos relacionados con el servicio, o cualquier otro medio probatorio.

De la pormenorizada relación de los contratos a los cuales refiere la denuncia, con la aportación de datos relativos a su duración, las calidades de los contratistas, el objeto, la iniciativa para la realización de los convenios y su previa autorización por parte del Consejo de Gobierno, se ha esclarecido paulatinamente el ceñimiento de los acuerdos a los requisitos que para su celebración reglaban las normas aplicables, pese a lo cual procede particularizar los siguientes aspectos atinentes en especial con las críticas de los denunciantes.

En lo que atañe con la incapacidad de las dependencias del Departamento para cumplir las funciones contratadas con su personal de planta, tal parece que para los quejosos el reproche surgiese sobre el entendido que la exigencia debía certificarse expresamente y agregarse a cada uno de los contratos, apreciación que si bien es cierto apunta a un factor de conveniencia, no coincide en forma textual con las previsiones normativas, en cuanto no contempla el Código tan expreso requisito probatorio, como sí lo hace respecto de la capacidad técnica del contratista. Valga decir que no hay razón para pensar que el requisito solo pudiera darse por cumplido si materialmente se agrega un documento que lo acredite, pues como vino a demostrarse al menos testimonial y documentalmente, con buen apoyo en el texto de las actas del Consejo Departamental de Gobierno, es admisible entender que cuando el proponente de la contratación de servicios es el directo responsable de la entidad que los requiere, y a su vez integrante del Consejo de Gobierno y co-responsable de la aprobación, resulta válido admitir tanto su conocimiento directo de la necesidad administrativa y de la específica deficiencia de personal, como la razonada justificación que debió hacer para que el ente autorizara suplirla mediante la contratación de servicios personales transitorios.

Para que esta afirmación no resulte apenas especulativa, tendrá que recordarse que la labor instructiva consultó la planta de personal de las diferentes dependencias de la Gobernación, responsables en principio de la prestación de aquella clase de servicios, pero las nóminas poco y nada informaron, como tampoco los funcionarios responsables, pues no se trata de establecer si había personal idóneo de médicos, ingenieros, abogados u otros profesionales de aquellos que se llamaron transitoriamente en apoyo de los programas de gobierno, sino de definir si en un momento dado esa planta se hizo insuficiente, o si por el contrario los supernumerarios solo escudaban la corrupción o el despilfarro, o la inmoral participación del presupuesto oficial con un afortunado grupo de amigos.

En busca de la reconstrucción histórica del hecho, dificultada por el avance del tiempo transcurrido, cabe tomar de punto de partida el rastro de la gestión del aforado que da el respaldo de la Asamblea cuando le financió los varios programas en salud, vivienda, deporte y "ampliación de fronteras agrícolas", según lo corroboran los documentos adosados y lo confirman los declarantes Enrique Muñoz Gaitán y Jaime Afanador Iriarte, ex-Secretario de Fomento Agropecuario el primero, y ex- Director de Planeación el segundo, porque de esos medios surge con fuerza la posibilidad de que los nuevos programas saturaran la dedicación del personal de planta, haciendo necesario -como ocurrió con la creación de la "Unidad de vivienda"- un importante aunque temporal soporte adicional humano.

Así se entiende que pese a la omisión del certificado anexo a cada contrato de servicios, la necesidad del supernumerario fuera el fruto de circunstancias coyunturales, muy por encima de la compleja trama burocrática, por lo que no es extraña la afirmación que extienden las Oficinas de Planeación, la Secretaría de Educación, la de Hacienda y la General en sus oficios de folios 214, 318, 342 y 343 del cuaderno 4, al explicar la imposibilidad de una respuesta categórica y encaminada a establecer a posteriori, si cada nómina del personal de entonces era excluyente a la contratación de alguno de los especialistas enganchados.

Complementariamente y a iniciativa de la defensa dijeron ante Notario Juan Antonio Carrera y Esteban Rojas Montealegre –fs.207 y 210 c.3–, que como consta en las actas respectivas, cada autorización de contratar fue planteada, considerada y resuelta en el seno de los Consejos de Gobierno, y que con ello se ha de tener necesariamente por cumplida aquella exigencia, en términos que no permiten duda ni de la seria necesidad de esos servicios, ni de su prestación, la que por otros medios alcanzó a probarse como en el caso de la asistencia médica y odontológica en los planteles educativos –folios 210 y siguientes c. 4–, o en la necesidad de un estudio jurídico especializado sobre las regalías petroleras como el que se encargó al abogado Yepes –folios 388 y 393 del cuaderno 4-, y otros casos anejos a los suyos.

La coincidencia, pues, de evidencias varias, y la consulta de las labores especializadas que exigían del personal adicional (campañas de salud en centros docentes, estudios sobre abastecimiento de aguas de riego y potables, capacitación de personal de nómina del Departamento, recolección y tabulación de datos y sistematización de información, planteamiento de estrategias para mejoramiento del sector eléctrico, e implementación de nuevos planes de vivienda), colman con suficiencia ese vacío dejado en la documentación de origen, para advertir que por hacerse el requerimiento de personal al interior del Consejo de Gobierno, con la asistencia de los mejores conocedores de cada plan y programa de gobierno, allí se debatieron las exigencias de utilidad y de necesidad en cada caso, lo que se avala en la intervención de la Contraloría, que de una parte consta presente al interior de los debates, y de la otra ha informado para este proceso y varias veces, que no se dio irregularidad alguna que hubiese conducido a investigar fiscalmente al aforado.

En lo concerniente a las calidades profesionales de los contratistas, si bien es cierto no todas las copias de los contratos inicialmente allegadas al expediente contaban con las respectivas certificaciones, éstas fueron posteriormente complementadas como se dio en el caso de los médicos Hugo Bahamón Tovar y Carlos González Carrillo, el ingeniero civil William Augusto Corredor González, el administrador de empresas Iván Eduardo Guevara Cortés, la odontóloga Celmira Delgado Murcia y el economista Miguel Angel Lemus Mangones, o verificadas mediante inspección judicial como ocurrió con la terapista del lenguaje Rocío Cabrera, el ingeniero agrícola Alfredo Castañeda Trujillo, el abogado Alberto Castillo Orozco, la administradora de empresas Omaira Curiel de Parra, la programadora de sistemas María José Liévano Durán, entre otros, lo que acabó por demostrar que la documentación remitida a la Corte venía incompleta, pero que ello no significaba que la capacidad técnica anunciada en los contratos no fuese verdadera, sin que se haya podido establecer si en alguna de las otras entidades (Oficinas Jurídica y de Presupuesto, Auditoría, Contraloría) que también participaron en los trámites del proceso, pudo quedar noticia de dichas certificaciones.

De ahí que la advertencia del Senador Héctor Polanía, en el sentido de que no todas las conductas denunciadas tendrían connotación punible, redunde al final de cierta, pues así se sostenga que en el Gobernador había un claro interés por favorecer con la contratación de servicios a miembros de su colectividad política, ello no basta para que la conducta cobre una relevancia penal, si como queda probado, en los contratos examinados no se llegó a probar la inobservancia de exigencias esenciales, que por constituir requisito de tipicidad de la conducta, lleva a reconocer la inocuidad penal del comportamiento denunciado.

4. La tramitación y celebración de los contratos para la construcción del edificio Municipal de Baraya correspondía a la reglada para los denominados "contratos sobre ejecución de obra", que de haberse proyectado como uno solo por la totalidad de lo presupuestado ($ 120.000.000,oo), requería de licitación pública según los parámetros establecidos en el artículo 117 del Código Fiscal del Huila incrementados en la forma que establece el artículo 36 (parágrafo 3o), que implica la invitación a un número indeterminado de interesados.

Sin embargo, al dividir el proyecto en tres etapas de valores individuales inferiores a $50.000.000,oo, la exigencia de la licitación sería tan solo para la privada, en la que bastaría con convocar a 5 de los proponentes inscritos mejor calificados.

Tan clara y objetiva diferencia, sin embargo, tiene en las voces del Secretario de Obras y el Jefe de la División de Arquitectura del Departamento –donde se prepararon los estudios respectivos (ver testimonio del Ingeniero Januario Angarita Fierro, folio 154, c. 2)– razones técnicas bien fundamentadas, siendo a la postre lo cierto que independientemente del final o verdadero móvil, la simple división de la obra no tolera su interpretación como de fraccionamiento del contrato, pues tanto el Código Fiscal Departamental, como el Decreto 222 de 1983, que por expresa previsión del Decreto 1222 de 1986 regía para la contratación administrativa a nivel departamental, consideraban que había "fraccionamiento cuando se suscriben dos o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses" (artículos 20 y 56, respectivamente).

Si, pues, era la identidad de contratante y contratistas, y del objeto de los diversos contratos lo que haría incurrir en el comportamiento prohibido, es claro que en el caso propuesto esos requisitos no concurren, cuando las únicas convenciones aprobadas se suscribieron con diferentes contratistas (Antonio Osorio y Hernando Suárez Cleves), y cuando pese a la aparente unidad de obra (un solo edificio), lo cierto es que uno y otro se referían a un objeto disímil, pues se hace fácil diferenciar que una sea la obra de cimentación, y otra la construcción de la estructura y de los acabados, tanto por sus especificaciones, como también por las distintas exigencias técnicas demandadas para su ejecución por cada una, lo que hace apenas lógico entender que no se dio el punible fraccionamiento de contrato.

A esta evidente conclusión se suma el hecho de que el aforado no suscribió ninguno de los dos contratos, limitando su participación a la sesión del Consejo de Gobierno del 5 de abril de 1991 donde se autorizó la apertura de la primera y la segunda licitaciones privadas.

Así, entonces, aún entendiendo que esa intervención podría considerarse como penalmente perseguible si el artículo 146 del Código Penal traído a cita hace alusión a la simple "tramitación" de un contrato pretermitiendo formalidades, todo indica que en este caso, la conducta desarrollada no se extravió de las previsiones normativas que regulaban tal clase de acuerdos, y ello hace de nuevo predicable la atipicidad del comportamiento cumplido por el doctor Jorge Eduado Gechen Turbay en ese asunto.

5. Más clara se demuestra la no participación del aforado en el polémico contrato de la Industria Licorera del Huila con "Distrihuila Ltda" cuya celebración había ocurrido meses antes de la posesión del indagado como Gobernador, y en la aprobación y suscripción de las dos modificaciones parciales que le fueron hechas, en la primera por cuanto también antecedió al ejercicio de sus funciones y en la segunda porque ni la firmó, ni participó en la sesión de la Junta Directiva que impartió su autorización; lo que conlleva a que al final ningún reproche relacionado con el detrimento de los intereses de la entidad contratante pueda hacérsele al aforado, menos aún cuando el término de 18 meses que se pactaba en el contrato, ni expiró ni fue prorrogado durante su permanencia en el cargo de Gobernador.

Independientemente de que se hubiese dado o no una ilicitud en esta contratación, se deberá admitir, entonces, que el indagado no cometió el hecho denunciado, por cuanto no estaba revestido de la función para la época en que se celebró el contrato y se hizo la primera modificación, y cuando ya ostentaba la calidad de Gobernador cuando se hizo la segunda modificación, tampoco intervino en la decisión de la Junta Directiva que la autorizó, ni la suscribió, porque en esas gestiones actuó su delegado, siendo claro de los Decretos 1221 y 1222 de 1986, pero ante todo de los artículos 209 y 211 de la Constitución Política que "La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario...", sin perjuicio, claro está, de la revocación o reforma que pueda hacer aquel, reasumiendo su propia responsabilidad, lo que aquí tampoco se acredita ocurrido.

6. Finalmente y en cuanto respecta a los contratos para la construcción de los diecisiete polideportivos, puede advertirse de entrada que en varios de los Municipios no quedó memoria de los antecedentes que condujeron a autorizar su edificación, aún cuando en otros casos, por vía de ejemplo Tarqui -folio 259 c.4-, sí se precisa que medió el acuerdo y la licencia para su construcción, ratificando sí siempre que ella corrió por cuenta exclusiva del Departamento.

Ténese, sin embargo y al contrario de lo afirmado por los denunciantes, que los diversos contratos sí especifican la naturaleza de la obra, los materiales y las condiciones técnicas de ejecución: descapote y nivelación, relleno en recebo compactado, placa en concreto, cuneta en concreto, gradas prefabricadas en concre-

to, acero de refuerzo, excavación para cimentación y cimiento en concreto ciclope, muros en ladrillo, canchas en tubo galvanizado, tableros en acrílico, demarcación y pintura, instalaciones eléctricas y sanitarias igualmente determinadas; así como el valor unitario y la cantidad en metros de cada uno de los trabajos a ejecutar.

Allí mismo se establece, como requisito para el pago, la presentación de las cuentas de cobro debidamente legalizadas "previa acta de entrega de la obra ejecutada", sin perjuicio del anticipo; además, el contratista estaba obligado a constituir las debidas garantías para el cumplimiento del contrato y el correcto manejo del anticipo, con la advertencia expresa de que no había lugar a reajuste del precio.

La forma de contratación fue también la adecuada, pues ninguno de los contratos superó los topes legalmente establecidos que toleraban el sistema de cotización, y la adjudicación la hizo el Consejo de Gobierno, entidad que por disposición del artículo 117-2 del Código Fiscal debía cumplir esa función. El presupuesto del Departamento para la vigencia fiscal de 1991 (anexo 5) tenía destinados, dentro de los gastos de inversión directa a cargo del Despacho del Gobernador, $200.000.000,oo para el "apoyo a los programas para la mujer, la juventud y la familia", rubro al que le fueron imputados los contratos.

Por cada una de las obras existen tres actas, la de iniciación suscrita por el Jefe de la División Operativa de la Secretaría de Obras y el Interventor, en la que consta que al contratista le fueron entregados los planos y las especificaciones correspondientes; la de terminación suscrita por los citados funcionarios y el Auditor Fiscal que describe en detalle (clase, cantidad, precio unitario y valor total) tanto la obra contratada como la efectivamente recibida por la administración, y adicionalmente -pues no está relacionada con la ejecución del contrato-, aquella en la que consta que el Departamento entregó a la comunidad o al Municipio la obra realizada.

Desde luego, ninguno de los contratos hace alusión al predio o a la forma de adquirirlo, pero no porque ello hubiera constituido una omisión, sino porque su objeto era la construcción de obras y no la adquisición de bienes inmuebles; más, cualquier duda respecto a la imposibilidad de cumplir con lo pactado por no contar con el terreno indispensable para erigir la obra contratada, queda despejada por las contundentes evidencias que dan la construcción y entrega a los usuarios de cada uno de los diecisiete polideportivos.

Ninguna duda queda, entonces, sobre el cumplimiento de los requisitos legales para la celebración de estos contratos, como tampoco sobre la licitud del propósito que animó a la administración para proveer de lugares destinados a la recreación a distintos municipios del Departamento; mucho menos en cuanto que la

destinación o ejecución real del presupuesto se hubiese visto cumplida, y ello hace descontable aquí cualquier viso de tipicidad en la conducta investigada.

Llegado, pues, el momento de valorar de fondo las evidencias allegadas, y sobre una cotejación de los hechos que verdaderamente prueban, de frente a los preceptos presuntamente vulnerados, solo resta la reiteración enfática de la atipicidad de las conductas atribuidas al funcionario aforado, por lo que se optará dentro de las alternativas propuestas por el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal por la resolución de preclusión allí prevista, dado que están presentes las exigencias que para su adopción indica el artículo 36 ibídem, valga decir que se ha probado la inanidad penal de las diversas conductas instruidas, y que en el peor de los casos, luego de agotar los medios probatorios, cualquier duda tendría que resolverse en favor del procesado, por no existir otro modo actual de definirla, respecto de las cuales se ha de desvincular definitivamente al procesado.

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

RESUELVE

Declarar precluida la investigación adelantada en contra del doctor Jorge Eduardo Gechen Turbay, en relación con todos y cada uno de los hechos de que se hiciera pormenorizado análisis en la parte considerativa de esta providencia.

En firme esta resolución, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ FALSO JUICIO DE CONVICCION

Según reiterada doctrina de la Corte, a los errores de hecho corresponden las siguientes manifestaciones: a) cuando el juzgador ignora una prueba que obra materialmente en el proceso, o supone una que no existe; b) cuando distorsiona el contenido fáctico de la prueba haciéndole decir lo que objetivamente no dice; y, c) cuando al apreciar el mérito de la prueba desconoce de manera manifiesta las reglas de la sana crítica (Cfr. Sentencias de febrero 13/95, Mag. Pte. Dr. Mejía Escobar, y marzo 14/96, Mag. Pte. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Estas especies de error, a pesar de pertenecer a un mismo género, son esencialmente distintas, en cuanto que no es lo mismo que una prueba sea ignorada o imaginada, a que haya sido tergiversada, o apreciada con desconocimiento de los principios reconocidos por la lógica, la experiencia o la ciencia.

Por esta razón, el censor, al plantear el cargo, debe indicar con claridad en cuál de tales yerros incurrió el juzgador, no siendo permitido alegar a un mismo tiempo y respecto de la misma prueba, más de una modalidad, por cuanto el planteamiento resultaría necesariamente equívoco.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., tres de abril de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No.24 marzo 13/97

Proceso: 9877

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó al procesado *Diego Fernando Cortés Losada* a la pena principal de 10 años de prisión, al declararlo responsable del delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 6 de noviembre de 1992, en el perímetro urbano del Municipio de Gigante (H), siendo aproximadamente las dos de la mañana, Diego Fernando Cortés Losada, Agente de la Policía Nacional, quien se hallaba de civil, Javier Andrés Bravo Ramos, estudiante del Colegio Nacional, y Mario Alberto Mora Bejarano, Director de la Cárcel del lugar, se encontraron, al regresar de una serenata, con Haner Adrian Romero Falla, Luis Mauricio Ramírez Bonilla y Oscar Luque, el primero también estudiante del Colegio Nacional y los últimos del Instituto Agrícola, quienes les informaron que varios alumnos del citado Instituto, que se hallaban departiendo en una fiesta de despedida, habían pretendido golpearlos. El grupo decidió dirigirse al sitio de la reunión con el evidente propósito de provocar a los asistentes, presentándose un enfrentamiento, en el cual Diego Fernando Cortés Losada no dudó en sacar su arma de dotación oficial para dispararla inicialmente al aire y luego contra sus adversarios, causándole una herida en la cabeza a Luis Guzmán Ríos, que determinó su muerte horas más tarde.

La sentencia impugnada registró la secuencia y pormenores de los hechos de la siguiente manera:

"Siguiendo tradición común en varios establecimientos educativos, los alumnos de los cursos Décimo del Colegio Agrícola de Gigante organizaron una fiesta de despedida a los de los cursos Undécimo, la cual se realizó en casa de Sandra Liliana Prieto Ramírez, en la calle 5a No. 9-43 del barrio 8 de mayo del perímetro urbano del Municipio en mención. Ni invitantes ni invitados estaban autorizados a llevar compañía. No obstante lo cual Juan Carlos Gaitán, con la anuencia de otros compañeros, llevó consigo a Haner Adrian Romero Falla, Diego Andrés Ardila, Carlos Andrés Longas y Yerid Amézquita, estudiantes del Colegio Nacional 'Ismael Perdomo Borrero', establecimiento que mantenía ardiente rivalidad deportiva y cultural con el Agrícola. Los del Nacional fueron inicialmente bien atendidos. Ardila y Longas se marcharon sin problemas, pero luego se desencadenaron incidentes que obligaron a los organizadores a pedir el retiro de los no invitados que quedaban.

"Amézquita y Romero salieron en compañía de Oscar Luque y Mauricio Rodríguez, pero Haner retornó acompañado de Luque y de Luis Mauricio Ramírez Bonilla, siendo inducido amigablemente a abandonar la fiesta por la anfitriona

y otras alumnas, entre las cuales estaban Myriam Nelcy Villarreal y Luisa Fernanda Ardila. En esos momentos se aproximaban al lugar Mario Alberto Mora Bejarano, ex- alumno del Nacional y Director de la Cárcel del lugar, Javier Andrés Bravo Ramos, estudiante del plantel ajeno a la fiesta y el procesado, quienes habían libado en lugares diferentes al del baile. Al ser enterados por Ramírez y Romero de los incidentes cumplidos, decidieron dirigirse al lugar, 'porque la calle es libre', desatendiendo los ruegos de Liliana y Nelcy de evitar más problemas. Esta circunstancia no es recordada por Cortés *pero sí por Javier Andrés Bravo Ramírez, quien iba con él.*

"Gustavo Arteaga y María Albenia Calderón Calle, alumnos del Agrícola que se retiraban de la fiesta, recibieron ofensas verbales de Haner y Mora, ante lo cual retornaron al lugar. Posiblemente informaron del incidente, puesto que un grupo de diez o quince participantes de la fiesta, salió de ésta contestando las ofensas en términos similares. Algunos hirieron además de recoger piedra la que, según se constató en diligencia de inspección judicial, no es muy abundante en el sector.

"Cortes Losada, apartó bruscamente a Sandra Liliana, afirmando que iba arreglar el problema. La muchacha y su compañera Myriam Nelcy corrieron a buscar un teléfono. El agente sacó su arma de dotación, la cual portaba contraviniendo órdenes de no hacerlo cuando estaba franco. Según Haner Adrian Romero Falla, estudiante del Nacional, fue esta actitud del procesado la que provocó el lanzamiento de piedras por los alumnos del Agrícola. Cortés disparó al aire y al no detenerse los del grupo, volvió a hacerlo, lesionando mortalmente a Luis Guzmán Ríos.

"La caída de su compañero exacerba los ánimos de los estudiantes del Agrícola quienes la emprenden contra el hombre armado, sin detenerse ante nuevas detonaciones. Joaquín Guillermo Suárez (Joaco) persiguió al hombre armado que había abatido a Guzmán Ríos, logró alcanzarlo y propinarle golpes. El hombre intentó disparar pero ya no tenía balas, logrando escabullirse. Según algunos testigos, entre otros Javier Andrés Bravo Ramos, Joaco gritaba pidiendo una peinilla, circunstancia que éste no recuerda y que el procesado usó para justificar su actitud" (fls.7 y 8 del cuaderno del Tribunal).

La investigación fue iniciada por la Fiscalía Seccional 17 de Garzón (Huila), que escuchó en indagatoria al Agente de la Policía Diego Fernando Cortés Losada y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio (fls.3, 28 y 37).

En su injurada, el procesado manifestó que la agresión provino de los estudiantes, quienes al enterarse que era policía arremetieron contra él a piedra, viéndose obligado a disparar su arma en un ángulo de 65 o 70 grados para

disuadirlos, pero como no lo lograra, hizo otro tiro más bajo, "para que zumbara el oído a los agresores", sin intención de herir, presentándose el infortunado desenlace (fls.28 y ss).

Sus compañeros de diversión, Mario Alberto Mora Bejarano y Javier Andrés Bravo Ramos, aseguraron que cuando Cortés Losada disparó no estaba siendo objeto de agresión física y solo cuando sacó el revólver, los estudiantes se armaron de piedras (fls.9 vto. y 50). El segundo de estos testigos, a la pregunta de si Diego había sido agredido físicamente por alguien cuando hizo los primeros disparos, respondió: "No porque él iba solo, él solo se dirigía hacia el grupo yo no escuché que Diego dijera nada, cuando él iba llegando desenfundó el arma y no vaciló en hacer los dos disparos" (fls.50).

Haner Adrian Romero Falla y Luis Mauricio Ramírez Bonilla, sostienen que los estudiantes atacaron con piedra al agente de la policía y que éste, con el fin de hacerlos retroceder, hizo los disparos (fls.4 y ss. y 57 y ss).

Del grupo de personas que se encontraban en la fiesta cuando los hechos ocurrieron, declararon, entre otros, Jaiver Bonilla Ramírez, Myriam Nelcy Villarreal, Sandra Liliana Prieto Ramírez, Joaquín Guillermo Suárez y María Albenis Calderón Calle, estudiantes todos del Instituto Agrícola.

Jaiver Bonilla Ramírez, sostiene que cuando Haner Adrian regresó con sus amigos en compañía del agente de la policía, a quien no conocía, hicieron un disparo, y que al salir a la calle escuchó de boca de ellos que había llegado la autoridad, que quién era el valiente que se las iba a montar. En ese momento, su compañero Luis Guzmán Ríos les dijo que el problema era con él, y fue entonces cuando el policía levantó el arma y le disparó. Después se escucharon otras detonaciones, cuando el tipo huía y era atacado a piedra por algunos de los presentes (fls.10 y ss).

Myriam Nelcy Villarreal y Sandra Liliana Prieto Ramírez, afirman haber salido al encuentro del grupo del cual hacía parte el policía, con el fin de evitar que llegaran hasta el lugar de la fiesta, pero que sus ruegos y súplicas no fueron escuchados por éstos. Sandra Liliana sostiene que ellas inicialmente les obstaculizaron el paso, pero que Haner Adrian logró escabullírseles y junto con Luis Mauricio insultaron a sus compañeros Gustavo Arteaga y María Albenis Calderón, quienes pasaban por el lugar. La pareja se devolvió y minutos más tarde aparecieron en la esquina los muchachos de la fiesta. Empezaron las ofensas verbales entre ambos grupos, ellas no sabían que el procesado era policía ni menos que estuviera armado, de un momento a otro el tipo se les soltó y todos se dirigieron hacia la esquina donde estaban los del Instituto, iban a la par cuando se escuchó

un disparo. No supo quién lo hizo. Myriam Nelcy corrió a buscar un teléfono para llamar a la policía pero la señora de la casa no le contestó. Ella, salió en busca de la mamá de Haner Adrian con otra compañera, cuando iban a mitad de camino escuchó el otro disparo, y estando allí se oyó una detonación más. Dice que es mentira que el policía se dirigiera al cuartel y que cuando sonó el primer disparo, los del Instituto no habían lanzado ninguna piedra, puesto que ella estaba de espaldas, evitando que los del grupo de Haner Adrian avanzaran; y si lo hubieran hecho, la habrían lastimado (folios 53 vto. y 79).

Joaquín Guillermo Suárez, dice que cuando se escucharon los disparos estaba bailando, pero ante los gritos de "mataron a Luis", salió a la calle e inició la persecución del hombre del arma, a quien tumbó y logró darle unos puños. El tipo le apuntó y accionó el gatillo pero ya no tenía balas, sin embargo logró safársele y huir, porque su intención era entregarlo a las autoridades (fls.114). De este incidente da también cuenta el testigo Javier Andrés Bravo Ramos (fls.49 vto).

María Albenis Calderón Calle, se refiere en su testimonio a los ultrajes de que fue objeto por el grupo del que hacía parte el procesado cuando en compañía de su novio Gustavo Arteaga pasaron por cerca de ellos (fls.81 vto.).

El día siguiente a los hechos, se practicó reconocimiento médico legal al imputado con el fin de determinar la presencia de lesiones en su cuerpo, encontrándose laceraciones y escoriaciones en algunas de sus partes y una herida superficial en la rodilla izquierda, causadas por trauma contundente y abrasión (arrastre). Posteriormente, a instancia de la defensa, el Instituto de Medicina Legal efectuó examen psicológico a Cortés Losada, cuyos resultados muestran una persona con vínculos afectivos adecuados y patrón de enfrentamiento evitativo, destacándose en su personalidad los rasgos obsesivos, lo cual devela un yo rígido, inflexible, que se libera durante los períodos de embriaguez, produciéndose conductas como desinhibición, e inadecuación que muestra también la afloración de los impulsos. Agrega el dictamen que, en su caso, el equilibrio que mantenía sobrio se rompió con el consumo de licor, presentándose la impulsividad que lo llevó a cometer los hechos (fls.27 y 201 1).

Con el propósito de establecer la ubicación de la residencia donde se realizaba la fiesta y de las personas que declararon en el proceso, así como las condiciones de visibilidad y las características del sector, se practicó también inspección judicial al lugar de los hechos, con la asistencia del procesado y algunos testigos (fls.118 y ss-1).

Cerrada la investigación, la Fiscalía la calificó con resolución acusatoria por el delito de homicidio, de conformidad con lo previsto en el artículo 323 del Código Penal (fls.158 y ss). El juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón Huila asumió

el conocimiento del proceso, y mediante sentencia de 4 de febrero de 1994, condenó al procesado Diego Fernando Cortés Losada "a la pena principal de 20 meses de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas, por el período de prueba de dos años", al hallarlo responsable del delito de homicidio, cometido en exceso de legítima defensa, conforme al artículo 30 ejusdem (fls.219-1).

Apelado este fallo por el Fiscal y el representante del Ministerio Público, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante el suyo de 23 de junio de 1994, que ahora recurre en casación la defensa, excluyó la diminuente punitiva del artículo 30, condenando al acusado a la pena principal de 10 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. Modificó también la condena por los daños y perjuicios decretada en primera instancia y dispuso la captura del procesado (fls.5 y ss. del cuaderno del Tribunal).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el recurrente acusa la sentencia impugnada de ser violatoria de la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación de los testimonios de Haner Adrian Romero Falla, Javier Andrés Bravo Ramos, Mario Alberto Mora Bejarano, Luis Mauricio Ramírez Bonilla, el dictamen médico legal sobre lesiones, el examen psicológico, la inspección judicial, el protocolo de necropsia, la indagatoria y el "indicio de personalidad del procesado", a los cuales se refiere de la siguiente manera:

1. *Testimonio de Haner Adrian Romero Falla.* De esta prueba el Tribunal deduce que fue "la actitud del procesado la que provocó el lanzamiento de piedras por los alumnos del Agrícola" y que las voces pidiendo un machete y las escoriaciones y abrasiones en el cuerpo del Agente se presentaron después de los disparos, pero el testigo afirma que primero ocurrió el lanzamiento de piedras y después los disparos, de donde la tergiversación de su contenido es palmaria.

Incurrió el Tribunal, por tanto, en error de hecho por falso juicio de identidad, al recortar de este testimonio lo relativo a la agresión de que fue víctima su representado y los disparos que debió hacer en actitud preventiva. Además, desconoció la experiencia, que enseña cómo se enceguecen las masas en su actividad agresiva y cómo son de peligrosas. En síntesis, fuera de mutilar la prueba, dejó de someterla a la sana crítica, aplicando los conocimientos que depara la lógica y la experiencia (fls.34 cd. Tribunal).

También incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad, al mutilar el reconocimiento médico legal sobre lesiones, en cuanto que no solo dictamina presencia de "escoriaciones" y "abrasiones", sino también una herida en la rodilla

izquierda, "concluyendo el galeno oficial que se empleó arma contundente, y la piedra es contundente".

2. *Testimonio de Javier Andrés Bravo Ramos.* Está dentro de los medios de prueba que la sentencia acusada tiene como indicativos de que la pedrea fue posterior a la "agresión" del procesado.

El error del Tribunal, radica en no haberse percatado de todo el contenido de esta declaración y haberla tomado solo en parte, mutilando su pleno contexto y modificando su significado probatorio, por lo cual incurre en un nuevo error de hecho por falso juicio de identidad. Para el censor, el ad quem se circunscribe a la inicial afirmación del testigo de que las agresiones de los estudiantes eran verbales y que solo después de los dos primeros disparos algunos de ellos se armaron de piedras, siendo que el declarante relata otros hechos importantes, de los que se deduce que su representado fue rodeado por los estudiantes y que luego de haberse escuchado "como cuando tiran piedra", es cuando se hace el disparo fatal.

3. *Testimonio de Mario Alberto Mora Bejarano.* Es otra de las pruebas que sirve de fundamento al Tribunal para afirmar que la pedrea fue posterior a los hechos.

También en la apreciación de este elemento de prueba el Tribunal comete error de hecho por falso juicio de identidad, puesto que solamente recoge la aseveración del testigo de que al procesado "no lo estaban atacando", alterando su poder probatorio. La sentencia no precisa en qué momento fue esa ausencia de ataque, como sí lo hace el testigo cuando sostiene que los estudiantes recogieron piedras "y nos las lanzaban", habiendo observado que el agente corría con un arma en la mano y que hizo dos disparos al aire. Y si el procesado huía, era porque se sentía agredido. Y si el grupo de estudiantes lanzaba piedras, "había agresión a piedra, y ella era en primer plano contra el policía armado. Así lo indica la lógica" (fls.36 ibidem).

Cuando el testigo afirma que al procesado no lo estaban atacando, se refiere a los primeros disparos. En ningún momento alude a la ausencia de ataque cuando hizo el disparo mortal, después de haber intentado detener al grupo con los primeros tiros al aire.

4. *Testimonio de Luis Mauricio Ramírez Bonilla.* A este declarante el Tribunal le resta credibilidad argumentando que se contradice al afirmar en un principio que el policía recibió una pedrada antes de sacar su arma, y luego que tal hecho no lo percibió sino que lo dedujo del gesto de dolor del procesado. Además, porque es refutado por Javier Andrés Bravo, Haner Adrian Romero y Mario Mora, quienes sitúan la pedrea después de la agresión a Cortés Losada.

Este testigo tiene la calidad especial de ser estudiante del Instituto Agrícola. A folios 58, enfatiza: "Antes de escucharse los disparos fue cuando a él le pegaron y fue cuando él sacó el arma". El Tribunal incurre en error de hecho por falso juicio de identidad puesto que no contempla esta importante narración y en vicios de lógica al deducir la supuesta contradicción, cuando ella no existe. De este modo, "sobrepasa su facultad legal de libre apreciación probatoria para penetrar en el campo vedado del pecado contra la lógica al encontrar una contradicción inexistente" (fls.38 ibidem).

5. *Dictamen médico legal sobre lesiones*. Esta prueba no solo habla de escoriaciones y abrasiones, sino también de una herida superficial en la rodilla izquierda, producida con arma contundente, plenamente compatible con la causación mediante una piedra. Al desconocer el Tribunal la parte del dictamen que describe esta herida, está mutilando la prueba y de contera incurriendo en un error de hecho por falso juicio de identidad.

Luego se refiere a la incidencia en el fallo de los medios de prueba examinados, para afirmar que si el Tribunal los hubiera analizado en conjunto y con sujeción a las reglas de la sana crítica, hubiera concluido que su representado actuó defensivamente, frente a un peligro inminente, actual e injusto, sin que intencionalmente lo hubiera generado.

6.- *Examen psicológico*. En la apreciación de esta prueba el Tribunal incurrió igualmente en error de hecho por falso juicio de identidad, al estimarla solo en forma parcial. Con relación a sus conclusiones, la sentencia textualmente sostiene: "El miedo es una emoción asténica o depresiva, en tanto que la impulsividad o agitación lo es esténica. Según el dictamen médico legal, no fue miedo lo que sintió el procesado ante los vociferantes muchachos del Agrícola. Mal podía sentirlo sabiéndose poseedor de un arma de fuego, de la que ellos carecían. Y de tener un adiestramiento militar, ajeno a las experiencias de los estudiantes" (fls.41).

El Tribunal cercena de esta prueba lo referente al "patrón de enfrentamiento", que es *evitativo*, y la rigidez del super-yo que hace que el procesado tenga sentimientos de culpa y de autoreproche. Cuando en el examen psicológico (fls.203) manifiesta que le tiene miedo a las peleas, está ratificando su calidad de evitativo, lo cual significa que no busca el conflicto sino que lo elude.

Si el ad quem hubiera analizado este concepto, habría entendido que cuando Diego Fernando intervino entre los dos grupos de estudiantes, no buscaba el conflicto sino evitar que continuara. De allí la incidencia del error.

El segundo aspecto, referente al super yo, como código de nuestra conciencia que se impone con fuerza decisiva, tampoco es tenido en cuenta en la sentencia.

En cuanto más rígido sea, tanto más estaremos aferrados al camino de lo bueno, y precisamente el examen psicológico nos dice que el procesado no solo tiene un "yo rígido", sino "un super-yo con rigidez". Por tanto, si el Tribunal hubiera tenido en cuenta esta parte del dictamen, habría tenido un magnífico elemento de juicio para entender que Cortés Losada tiene una personalidad que no encuadra con la idea de acabar con la vida de un semejante, y que dado su patrón de enfrentamiento evitativo, al intervenir en la contienda lo hizo no con ánimo camorrero, sino de alguien que quiere evitar problemas (fls.42).

Agrega el demandante que el dictamen no afirma la ausencia de miedo, como sí lo hace el Tribunal, de donde surge claro el error de hecho denunciado. Y si bien, en una clasificación antigua de las emociones, se la ubicó entre las asténicas, nunca se le negó su capacidad de generar reacciones destructivas ofensivas. Entonces, cuando el ad quem deduce ausencia de miedo en el procesado "según el concepto de medicina legal", no solo está haciéndole decir a la prueba lo que no reza, sino que yerra en el sometimiento de ella a las reglas de la sana crítica.

Finalmente sostiene que la impulsividad a que el examen se refiere, no es tenida en cuenta como causa del actuar del procesado, "sino como una manifestación de la conducta liberada del habitual equilibrio o control comportamental, debido al consumo de licor" (fls.45), cuya acción, permitió que este hombre, mesurado y prudente, se tornara impulsivo, pero el dictamen no afirma cuál es la causa de la impulsividad, ni está diciendo que el miedo no lo fuera.

Por causa de este desacierto, el Tribunal descarta lo que en sana lógica se puede deducir como verdadera motivación de haberse disparado a menor altura con pretensión intimidante.

7. *Inspección judicial, necropsia e indagatoria*. El ad quem incurrió en error de hecho por falsos juicios de existencia al ignorar las dos primeras pruebas, y en falso juicio de identidad al recortar el contenido de la última.

En la inspección judicial el procesado aclaró que al utilizar la expresión "disparé mas bajo para que zumbara el oído a los agresores", no quiso significar que la bala pasara por un lado de las orejas, sino simplemente que bajó la inclinación del arma. También aclaró que cuando hizo el disparo que lesionó al estudiante, el movimiento de su brazo se proyectaba de arriba hacia abajo, lo cual coincide con la trayectoria del proyectil, según la diligencia de necropsia, y con la mayor estatura del procesado. Pero estas pruebas no fueron apreciadas por el Tribunal.

Del plano levantado en la inspección, surge también que su protegido retrocedió 15 metros antes de hacer el segundo disparo, y la experiencia enseña que quien retrocede está eludiendo el peligro. Así mismo, que la distancia con el grupo era de 8.30 metros, lo cual permitía errores en el acierto del blanco.

Si el ad quem hubiera examinado conjuntamente esta pruebas, habría entendido que el procesado estuvo en disposición de evitar el peligro, huyendo inicialmente y retrocediendo luego, pero la persistencia en la agresión del grupo lo forzó a una reacción defensiva sin que ella estuviera necesariamente acompañada de la intención de matar.

8. *Indicio de personalidad del procesado.* El Tribunal omitió estimar que el procesado ha tenido un pasado limpio y una personalidad que le ha permitido ajustar su vida a los mandatos de la ley y la moral, como lo muestran la conclusiones del examen psicológico, las propias manifestaciones de su protegido y la declaración de María Luz Cardozo de Luna (fls.49).

Seguidamente el casacionista se refiere a las declaraciones de Sandra Liliana y Myriam Nelcy, para controvertir la afirmación del Tribunal en el sentido de que al acusado le quedaba la opción de retirarse. Sostiene que las testigos ciertamente le presentaron esa alternativa al procesado, pero antes que el grupo de estudiantes saliera a atacarlo, no en el momento en que se presentó el peligro real. Además, Sandra Liliana se encontraba de espaldas cuando se escuchó el primer disparo, por lo cual no pudo apreciar ese instante, aparte que Myriam Nelcy la infirma, al sostener que ellas corrieron a buscar un teléfono y cuando estaban golpeando oyeron la detonación, no antes.

Bajo el subtítulo "Inexistencia del Dolo", el recurrente se adentra en el análisis de las conclusiones de la sentencia en este punto, para sostener que el ad quem, al deducir responsabilidad a título de dolo eventual, desconoce "el racionamiento (sic) lógico", lo cual no le está permitido dentro de la facultad de libre valoración probatoria. En ningún momento, el procesado ha aceptado que disparó contra el grupo, y ya se vio que los disparos se hicieron para intimidar, sin ánimo de impactar. Si hubo imprudencia o temeridad en esta acción, no se estará en el campo del dolo, ni siquiera del eventual, puesto que en ningún momento el procesado previó la muerte, ni la lesión personal. Prácticamente lo que se está deduciendo es una responsabilidad objetiva.

Y disparar a corta distancia, no siempre trasciende los límites de la imprudencia. Hallándose el procesado en estado de embriaguez y nervioso por las circunstancias del momento, era factible que al disparar por encima del grupo le fallara el pulso, como acepta que le falló, actitud que, en sana lógica, "no alcanza

a trascender el campo de la temeridad sin llegar a la asunción del riesgo constitutivo del dolo eventual" (fls.52).

Finalmente sostiene: "De esta manera, la conclusión de culpabilidad y responsabilidad a que llegó el H. Tribunal en la sentencia acusada, es el claro efecto de los errores de hecho resaltados en esta demanda y en su actuar contraviniendo los mandatos de la lógica, el sentido común y de la experiencia a que estaba obligada la Corporación dentro de su libertad de valoración probatoria" (fls.55).

Pide, por tanto, que se case la sentencia impugnada y en su reemplazo se profiera la que en derecho corresponda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Procurador Primero Delegado en lo Penal los errores de apreciación probatoria planteados por el casacionista, son fundamentalmente de valoración, que de tergiversación de su contenido. Desde esa óptica hace las siguientes precisiones:

El Juez no está obligado a guiar su juicio de certeza por la totalidad de una prueba insularmente vista, de manera que ella resulte imperativa, como si no hubiera otros elementos de convicción, ni existiera la posibilidad de inveracidad parcial de la que es objeto de examen. Hoy día el juzgador puede tomar parte de una declaración o de una prueba por considerarla convincente, sin que ello anule el conocimiento derivado del segmento que acoge. Esto fue lo que hizo el sentenciador en relación con el testimonio de Haner Adrian Romero Falla, al tomar su primera parte como válida para su juicio crítico, y guiarse en lo demás por otros elementos de prueba. Por ello no puede afirmarse que se mutiló o cercenó. De pensarse lo contrario, bastaría que un testimonio fuera acogido solo en parte por el Juez, para que se diera un error probatorio de tergiversación.

En cuanto al dictamen médico sobre lesiones, estima que la objeción que se hace no tiene incidencia alguna por fuera de la valoración de las pruebas, puesto que el recurrente pretende afirmar que se desconoció la agresión anterior al disparo fatal, en la idea que este último fue una reacción al inicial ataque del grupo, para sustentar una defensa justa.

Admitiendo que faltó mencionar la lesión en la rodilla, es claro que al problema se reduce a la valoración del conjunto de la prueba, visto que el Tribunal ha dicho que tales efectos fueron posteriores a los disparos, como reacción por el homicidio, lo que permite afirmar que la censura sería irrelevante para la decisión, de cara al criterio judicial sobre el desarrollo fáctico del suceso.

En seguida se refiere al error en la apreciación del testimonio de Javier Andrés Bravo, para sostener que el casacionista, de nuevo, vuelve a considerar como error de mutilación, que se tome como base del conocimiento judicial un fragmento de la versión del deponente. "El hecho que se atienda una parte de la prueba misma, y se desvalore en el resto con base en otras pruebas del proceso, es un tema de valoración probatoria, que no permite casar la sentencia ante el sistema de libre persuasión racional del funcionario judicial sobre el acervo común de pruebas" (fls.15).

Similar consideración hace al referirse al ataque de que es objeto la sentencia en virtud de la apreciación del testimonio de Luis Mauricio Ramírez Bonilla, agregando que el propio recurrente admite que el juzgador lo examinó en su integridad, solo que le negó credibilidad, de donde el yerro sería de valoración, no de contemplación objetiva de la prueba.

En relación con el examen psicológico, precisa que sus conclusiones pueden servir como referente de la personalidad del autor del ilícito, pero no desvirtúan la objetividad de facto que el sentenciador ha valorado, ni significa que el autor no rompa con ellas ante un estímulo en un momento determinado.

Y, en cuanto a la inspección judicial, afirma que los datos allí registrados no fueron desconocidos por el Juez, sino valorados de modo distinto a como los presenta el actor. Lo que realmente se cuestiona es el significado de los datos y el hecho que se desatienda uno frente a otro, todo lo cual se ubica en el campo de la valoración de las pruebas.

Concluye diciendo que los errores denunciados no existen objetivamente y que, por tanto, la sentencia no de be casarse.

SE CONSIDERA

Insalvables inconsistencias de orden técnico se advierten en la presentación y desarrollo de la demanda de casación que impiden su estudio de fondo. De una parte, la formulación dentro de la misma censura de proposiciones jurídicamente irreconciliables, desacierto que la Delegada no analiza en su concepto, y de otra, la indiscriminada alegación de errores por cercenamiento de los medios probatorios, omisión en su consideración y desconocimiento de las reglas de la sana crítica, como si se tratara de una misma modalidad de desacierto, aspecto, este sí, estudiado ampliamente por el representante del Ministerio Público, cuyos argumentos la Sala prohija.

El estatuto procesal penal permite al impugnante en casación la formulación de cargos excluyentes en el cuerpo de una misma demanda, pero exige que lo haga separadamente y de manera subsidiaria (art.225.4). Si este requerimiento no

se cumple, el escrito deberá desestimarse, pues en virtud del principio de limitación que preside el recurso, a la Corte no le es permitido corregir las deficiencias del libelo ni escoger uno de entre dos o más cargos contradictorios.

Como quedó consignado al resumir la demanda, el actor inicialmente plantea en favor de su representado la existencia de una legítima defensa, cuyo reconocimiento invoca al amparo de los errores de apreciación probatoria denunciados. Simultáneamente, y con apoyo en argumentos similares, aduce la inexistencia del dolo como forma de culpabilidad, dando a entender que su conducta pudo haber sido imprudente, es decir, culposa, aún cuando también afirma que el Tribunal Superior dedujo responsabilidad objetiva.

Esta forma de argumentar, desconoce el principio lógico de no contradicción, toda vez que una conducta no puede estar amparada por una causal de justificación y al mismo tiempo ser culposa. Si la antijuridicidad se niega, no es procedente cuestionar la culpabilidad, y si esta última se afirma, necesariamente se estará admitiendo que la conducta es típica y antijurídica (arts.3°, 4° y 5° del C. P.).

Además, el planteamiento en su segunda parte, es equívoco, porque el demandante, al negar la existencia del dolo, no presenta solución al caso, dejando entrever, como ya se anotó, que la conducta pudo haber sido culposa, pero también inculpable, con lo cual introduce un nuevo elemento de confusión a su discurso.

En las anotadas condiciones, la demanda se torna inexaminable, pues el recurrente, dentro del cuerpo de una misma censura, presenta tres propuestas incompatibles en relación con una misma conducta (justificación del hecho, inculpabilidad y culpabilidad culposa), planteamiento que contraviene no solo el citado artículo 225 del estatuto procesal, según el cual los cargos excluyentes deben enunciarse y desarrollarse en capítulos separados y de manera subsidiaria, sino elementales principios de lógica.

La otra inconsistencia técnica, referida a la confusión que el actor crea alrededor de las distintas modalidades de error de hecho, y que fue ampliamente analizada por la Delegada en su concepto, amerita algunas precisiones.

Según reiterada doctrina de la Corte, a los errores de hecho corresponden las siguientes manifestaciones: a) cuando el juzgador ignora una prueba que obra materialmente en el proceso, o supone una que no existe; b) cuando distorsiona el contenido fáctico de la prueba haciéndole decir lo que objetivamente no dice; y, c) cuando al apreciar el mérito de la prueba desconoce de manera manifiesta las reglas de la sana crítica (Cfr. Sentencias de febrero 13/95, Mag. Pte. Dr. Mejía Escobar, y marzo 14/96, Mag. Pte. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Estas especies de error, a pesar de pertenecer a un mismo género, son esencialmente distintas, en cuanto que no es lo mismo que una prueba sea ignorada o imaginada, a que haya sido tergiversada, o apreciada con desconocimiento de los principios reconocidos por la lógica, la experiencia o la ciencia.

Por esta razón, el censor, al plantear el cargo, debe indicar con claridad en cuál de tales yerros incurrió el juzgador, no siendo permitido alegar a un mismo tiempo y respecto de la misma prueba, más de una modalidad, por cuanto el planteamiento resultaría necesariamente equívoco.

Retomando el contenido de la demanda y las conclusiones de la sentencia de segundo grado, plasmadas en la narración de los hechos, se advierte, inicialmente, que la mayor parte de los errores que el libelista presenta como de identidad por cercenamiento de la prueba, no tienen tal entidad, sino que corresponden a desaciertos en la valoración de su poder persuasivo, por no haber sido en un todo acogidos por el juzgador.

Pero esta no es la única deficiencia técnica en que el actor incurre. También aduce modalidades de error excluyentes en relación con los mismos medios de prueba, como ocurre con los testimonios de Haner Adrian Romero Falla, Javier Andrés Bravo Ramos, Mario Alberto Mora Bejarano y Luis Mauricio Ramírez Bonilla, y los reconocimientos médico legales, respecto de los cuales denuncia mutilación de su contenido y desconocimiento de las reglas de la sana crítica, dando a entender que estas dos clases de error confluyeron, con lo cual el planteamiento termina siendo contradictorio.

Al margen de las anotadas falencias técnicas, la Corte de todas maneras considera oportuno señalar que los reparos de apreciación probatoria que la demanda contiene, resultan infundados, sea cual fuere la modalidad de error de hecho dentro del cual se analicen. El único reproche con algún soporte real, sería el relacionado con la distorsión del testimonio de Haner Adrian Romero Falla en su expresión fáctica, ya que el Tribunal ciertamente lo cita entre los declarantes que sitúan los disparos antes del lanzamiento de las piedras, cuando, según se dejó visto, afirma todo lo contrario; pero esta equivocación en nada modifica las conclusiones de la sentencia, puesto que no fue el único elemento de prueba que sirvió de soporte al fallo de condena. También lo fueron los testimonios de Sandra Liliana Prieto Ramírez, Myriam Nelcy Villarreal, Javier Andrés Bravo Ramos y Mario Alberto Mora Bejarano, estos dos últimos acompañantes del procesado y por ende supuestas víctimas también de las agresiones de los estudiantes del Instituto, quienes, al igual que Sandra Liliana, desmienten que hubiera existido un inicial apedreamiento por parte de éstos.

En lo demás, la demanda carece en absoluto de fundamento. La pequeña herida en la rodilla izquierda del procesado, que el dictamen médico legal sobre lesiones personales describe, no prueba que el ataque de los estudiantes hubiese sido primero. Ni siquiera que dicha lesión haya sido causada con una piedra arrojada por ellos, como se ha empeñado en afirmarlo el impugnante, pues igual resultado pudo presentarse en el enfrentamiento que el agresor sostuvo con Joaquín Guillermo Suárez después de ocurridos los hechos. De todas formas, las posibilidades de causación de esta herida son tan variadas, que el reparo termina apoyándose en simples conjeturas.

En torno al examen psicológico, basta decir, con el Ministerio Público, que dicho estudio puede servir como referente de la personalidad del autor del hecho, pero no de una verdad necesariamente ajustada a sus patrones de conducta habituales, en cuanto que las características de la personalidad no indican fatalmente que el autor no pueda llegar a romper con ellas, aspecto que destaca el Tribunal apoyado en las propias conclusiones de la pericia, en la cual, después de hacerse referencia a los principales rasgos comportamentales del procesado, dentro de los que se destacan un yo rígido y un patrón de enfrentamiento evitativo, se lee: "Esa falta de flexibilidad que presenta se libera siempre durante los períodos de embriaguez produciéndose conductas como desinhibición e inadecuación que muestra también la afloración de los impulsos. En su caso el equilibro que mantenía sobrio se rompió con el consumo de licor produciéndose la impulsividad que lo llevaron a cometer los hechos que ya conocemos" (fls.204).

Los mismos argumentos son válidos para desatender las afirmaciones del casacionista en relación con el error de existencia, por haber supuestamente ignorado el Tribunal el indicio de "personalidad del procesado", inferible de las características de ésta y su pasado sin reproches.

Tiene igualmente razón la Delegada cuando sostiene, al referirse a la inspección judicial, que los registros fácticos tomados en esta diligencia no fueron desconocidos por el ad quem, sino valorados en forma distinta a como lo pretende el impugnante. No se olvide que la reconstrucción de los hechos se hace partiendo de la versión de los testigos y el procesado, por lo que el Tribunal, al desechar las afirmaciones de este último sobre la forma como habrían ocurrido, desestimaba, no ignoraba, lo dicho por él en su indagatoria y en la inspección a ese respecto.

Dígase finalmente que no es cierto que el protocolo de necropsia respalde la versión del procesado, en el sentido de que al momento de disparar tenía levantado ligeramente el brazo, en la forma indicada en la fotografía No.5 de la diligencia de inspección judicial.

Elementales reglas de balística enseñan que la trayectoria del proyectil a través del cuerpo humano no está determinada por el movimiento ascendente o descendente del brazo del agresor al producirse el disparo, sino por la ubicación del arma al momento de la detonación, la posición de la víctima al ser impactada y la naturaleza del tejido interesado, entre otros factores.

De acuerdo con el protocolo de necropsia, la bala que hizo blanco en la cabeza del estudiante Luis Guzmán Ríos, penetró de arriba hacia abajo (fls.63-1), trayectoria que, conocida la ubicación de la víctima, descarta la afirmación de que el agresor tenía levantado el brazo cuando accionó el arma.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE

No Casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cumplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO/ DOCUMENTO-Copia

El artículo 274 del Código de Procedimiento Penal dispone que los documentos deben aducirse al proceso en original o copia auténtica, no siendo posible tener como medios de prueba con aptitud probatoria elementos que no cumplan uno cualquiera de estos presupuestos.

Se entiende que la copia de un documento es auténtica cuando existe certeza de que coincide con el original, convicción que legalmente se adquiere en los siguientes casos: cuando es autorizada por el funcionario donde se encuentra el documento genuino o copia autenticada del mismo; cuando una tal condición es certificada por Notario; cuando es compulsada o cotejada en inspección Judicial; y, cuando la parte contra quien se aduce en el proceso penal no rechaza su contenido antes de la audiencia pública (arts.1°, Numeral 117 del Decreto 2282/89 y 274 y 277 del Código de Procedimiento Penal).

Se equivoca el Tribunal al considerar que la copia informal del documento en cuestión adquiere eficacia probatoria porque su contenido es ratificado por otros medios aportados al proceso, pues no es su veracidad sino la conformidad con el original, lo que determina su validez como elemento de prueba. La autenticidad de la copia es una exigencia de forma, necesaria para que el documento pueda ser considerado como medio de convicción, y, por ende, para que el juzgador pueda abordar el estudio de su contenido, en orden a determinar su mérito.

La conducta falsaria puede adoptar diversas modalidades, siendo una de ellas la llamada falsificación por contrafacción o imitación, caracterizada porque los signos falsificados siguen los del documento auténtico en procura de su absoluta conformidad, de su total identidad, pues se persigue que la especie espuria pueda incursionar en el tráfico jurídico como si fuera genuina.

Esto explica la razón por la cual no siempre resulta posible descubrir prima facie una falsificación, y por qué no necesariamente cuando una entidad

bancaria devuelve un cheque por causal distinta a no corresponder la firma con la registrada, está certificando que la puesta en el título sea legítima.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá,D.C., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado acta No.32

Proceso: 9516

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 15 de febrero de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo condenó a la procesada *Sonia María Preciado Sandoval* a la pena principal de un año de prisión por el delito de falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el mes de abril de 1990, Sonia María Preciado Sandoval, Asistente Social del Juzgado Promiscuo de Familia de Sogamoso, sustrajo del escritorio de la Juez, doctora Gloria Acosta de Arévalo, el cheque en blanco No.3262934, perteneciente a su cuenta personal del Banco de Colombia de esa ciudad, para luego girarlo, por la suma de $35.000.oo, al señor Luis Eduardo Siachoque Hernández, quien lo endosó a la señora Yolanda Chaparro de Gaitán.

En el mes de julio, la señora Chaparro de Gaitán se presentó al Juzgado preguntando por Sonia María, pero como no la halló, entró en conversación con María Gricelda Alarcón Guevara, notificadora del Juzgado, a quien comunicó el motivo de su visita, precisando que el cheque tenía la firma de la Juez. La empleada, después de revisarlo y de informarle que la titular del despacho se encontraba en vacaciones, le aconsejó que lo presentara al banco para su pago, en donde fue devuelto por fondos insuficientes.

De este incidente fue oportunamente informada la doctora Gloria Acosta de Arévalo, quien, extrañada, revisó su escritorio, advirtiendo que de sus chequeras del Banco de Colombia Sucursal Sogamoso y Banco Ganadero Sucursal Yopal habían sido sustraídos varios cheques, entre ellos el No.3262934.

Sonia María, al verse descubierta, acudió donde la doctora Gilma Yolanda Barriga Martínez, defensora de familia, para que la ayudara, y luego donde la

Juez, ante quienes reconoció haber sustraído, firmado y llenado el referido cheque. Antes de efectuar estas visitas, obtuvo de manos de la endosataria el título y procedió a destruirlo.

Por estos hechos, la doctora Gloria Acosta de Arévalo formuló la correspondiente denuncia, acompañando fotocopia informal de la declaración rendida ante Notario por la señora Yolanda Chaparro de Gaitán, quien sostiene que el cheque lo recibió del señor Eduardo Siachoque, en abril de 1990, para ser cobrado el 25 de ese mes, pero como transcurrieron cerca de tres meses sin lograr que Sonia María cumpliera su compromiso de recogerlo, resolvió, en el mes de julio, presentarlo al banco, donde fue impagado por falta de fondos. No lo hizo antes, porque ésta le pidió que no lo consignara, argumentando que el cheque pertenecía a la Juez. En los días siguientes a su devolución, Sonia María se presentó a su casa a reclamar el título, llevando el dinero. Tiene entendido que éste no era el único cheque que tenía en su poder, porque en alguna ocasión le mostró dos más, en blanco, firmados por la titular del Despacho (fls.2).

El Juzgado 24 de Instrucción Criminal de Sogamoso abrió investigación y vinculó al proceso a Sonia María Preciado Sandoval, quien explicó, inicialmente en versión preliminar y luego en indagatoria, que utilizó el cheque con el consentimiento de la doctora Gloria Acosta, quien se lo prestó firmado en blanco, limitándose ella a llenarlo por la suma de $35.000.oo, pues no se sabía cuánto dinero podía prestarle el señor Luis Eduardo Siachoque. No es cierto, por tanto, que haya sustraído el cheque, ni menos falsificado la firma de la titular de la cuenta, como se dice en la denuncia. Tampoco, que hubiera reconocido estos hechos ante la Juez o ante la doctora Gilma Yolanda Barriga Martínez, a quien ciertamente visitó, pero con la idea de enterarse de lo que su jefe pensaba hacer, puesto que se encontraba bastante contrariada por la devolución del cheque y había amenazado con denunciarla penalmente. Dice que destruyó el título porque le daba pena devolverlo después de lo ocurrido (fls.17, 46 y 65).

Para demostrar la veracidad de su aserto en relación con el préstamo del cheque, la indagada adjunta al proceso una nota suscrita por la denunciante, en donde textualmente se lee: "Sonia, dentro del escritorio le dejo el cheque que me pidió, no se le olvide pasar los autos interlocutorios y las sentencias para el Tribunal, los estuve revisando y están muy mal. Toca que Gricelda firme por don Marco. Si pasa algo llámeme a Bogotá. Fdo. Gloria A. de Arévalo" (fls.19). Otras dos notas dándole instrucciones, y una autorización para el retiro de un cheque, suscritas por la Juez, obran a folios 70 a 72 del cuaderno principal.

Interrogada la denunciante sobre la autenticidad del documento transcrito, manifestó que la firma era la suya pero no el contenido, explicando que para la época en que los cheques se perdieron, también desaparecieron unas hojas firmadas en blanco que había dejado en el escritorio para elaborar una nómina, y que por estos hechos formuló la correspondiente denuncia. Insiste en que el cheque no fue prestado ni firmado por ella, y agrega que las órdenes a sus empleados las hace a mano, ya que no acostumbra escribir en máquina (fls.52).

Mediante comunicación de 21 de julio de 1991, el Banco de Colombia Sucursal Sogamoso informó al Juzgado instructor que el cheque No.3262934, perteneciente a la cuenta corriente de la doctora Gloria Acosta de Arévalo, fue presentado para su pago el 17 de julio de 1990, y devuelto por fondos insuficientes (fls.26).

Luis Eduardo Siachoque Hernández, en declaración juramentada, asegura haber recibido el cheque de manos de Sonia María por la suma de $35.000.oo, sin reparar en el girador, pues creyó que era personal, y habérselo entregado después a Yolanda de Gaitán, desentendiéndose por completo del mismo (fls.16 y ss).

Gilma Yolanda Barriga Martínez, se refiere a la charla sostenida con la procesada en los días en los cuales se conocieron los hechos. Sostiene que Sonia María la buscó para comentarle que meses atrás había tomado del escritorio de la doctora Gloria su chequera y girado un cheque con el compromiso de recogerlo, pero como no pudo hacerlo, la acreedora lo pasó al banco, y que la Juez se había enterado de lo sucedido. Reconoció haber falsificado la firma de la titular de la cuenta corriente y le pidió que intercediera ante ésta, pues era consciente que había cometido un delito. Ella le sugirió que hablara con la doctora Gloria y le contara lo ocurrido, teniendo en cuenta lo delicado del asunto (fls.9 y ss).

También declaró en el proceso María Gricelda Alarcón Guevara, notificadora del Juzgado, quien relató que durante el tiempo que la Juez estuvo en vacaciones, la señora Yolanda Chaparro de Gaitán visitaba insistentemente el Despacho preguntando por Sonia María. Un día que ésta no se encontraba, interrogó a la señora Yolanda por el motivo de sus visitas, enterándose de que se debía a un cheque que le adeudaba. Al ver el título, se dio cuenta que tenía la firma de la doctora Gloria. Dice que después de conocerse lo del cheque, la Juez revisó su escritorio y constató que hacían falta otros cheques y unas hojas firmadas en blanco que estaban destinadas para elaborar nóminas (fls.62 y ss). En declaración rendida en la Procuraduría Provincial de Sogamoso, dentro del proceso disciplinario seguido contra la procesada, la citada testigo insistió en que el cheque lo tuvo en sus manos y que "estaba firmado con la firma de la doctora Gloria Acosta de Arévalo" (fls.33 y ss).

Al resolver la situación jurídica de la indagada, el Juzgado de instrucción profirió en su contra medida de aseguramiento de caución prendaria por los delitos de hurto y falsedad en documento privado, decisión que la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó, pero únicamente por el punible contra la fe pública (fls.73-1 y 7-2). Cerrada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria por este delito, con fecha 22 de junio de 1993 (fls. 101 y ss).

Mediante sentencia de 15 de octubre del año ultimamente citado, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Sogamoso, en armonía con la acusación, condenó a Sonia María Preciado Sandoval a la pena principal de un (1) año de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autora responsable del delito de falsedad en documento privado, y le concedió la condena de ejecución condicional (fls.128-1).

Apelado este fallo por el defensor de la acusada, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, mediante el suyo de 15 de febrero de 1994, lo confirmó en todas sus partes, adicionándolo en el sentido de condenar a Sonia María Preciado Sandoval al pago de 50 gramos oro por concepto de perjuicios morales y ordenando expedir copias para investigar el posible delito de falsedad material sobre hoja en blanco (fls.2 cuaderno No.4).

La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el actor acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente los artículos 221 del Código Penal y 445 del estatuto procesal, por aplicación indebida y falta de aplicación, respectivamente, debido a errores cometidos en la apreciación de los testimonios de Yolanda Chaparro de Gaitán y María Gricelda Alarcón Guevara, y la certificación del banco de Colombia de junio 21 de 1991, así:

a) *Declaración ante Notario de Yolanda Chaparro de Gaitán*. En relación con esta prueba se incurrió en error de derecho por falso juicio de legalidad, pues fue allegada al proceso con desconocimiento de las normas que regulan su incorporación, como quiera que se trata de una fotocopia sin autenticar, no ratificada en el curso del proceso, ni aceptada por su defendida. Como normas violadas, señala los artículos 246, 255 y 274 del Código de Procedimiento Penal.

b) *Declaración de María Gricelda Alarcón Guevara*. Respecto de este medio de prueba se incurrió en error de hecho por tergiversación de su contenido fáctico. Mientras la testigo sostiene que la firma puesta en el cheque era la de la doctora Gloria, en la sentencia se dice que "Gricelda tomó el cheque y pudo observar una firma *semejante* a la usada por su Jefe".

La afirmación de la deponente en cuanto que el cheque estaba firmado por la denunciante, confirma la explicación de su protegida en el sentido de que la firma no fue falsificada, sino que se trató de un préstamo. Y este testimonio tiene especial valor, pues como citadora del Juzgado debía conocer muy bien la firma de su Jefe.

c) *Certificación del Banco de Colombia*. Esta prueba fue ignorada por los juzgadores, incurriendo, de este modo, en un error de hecho por falso juicio de existencia. A través de este documento, se hace constar que el cheque fue devuelto por fondos insuficientes, en modo alguno porque la firma no correspondiera a la del girador, que es otra y prevalente causal de devolución según lo tiene establecido la doctrina. Si esta prueba no hubiera sido ignorada, y el testimonio de María Griselda Alarcón Guevara tergiversado, los juzgadores de instancia habrían concluido que la firma puesta en el título valor no era falsa, o reconocido por lo menos un estado de duda razonable.

Sostiene que el problema debatido radica en saber si el multicitado cheque fue firmado por la denunciante, o si la acusada falsificó la firma, aspecto sobre el cual no existe prueba directa, puesto que al haber sido destruido el documento, no fue posible practicar pericia grafológica.

Por eso se acudió a la prueba indiciaria, con fundamento en la cual se llegó a la conclusión impugnada, constituyéndose en elementos de prueba indicantes del hecho de la falsedad los atrás relacionados, y los testimonios de las doctoras Gloria Acosta de Arévalo y Gilma Yolanda Barriga Martínez, ante quienes la acusada habría reconocido que sustrajo el cheque y que imitó la firma, pero tan escasa prueba, de carácter indiciario, no podría servir de fundamento a una sentencia de condena, pues significaría que la confesión extrajudicial, rendida sin ningún requisito, tiene igual valor que la judicial, lo cual sería un exabrupto.

Pide, en consecuencia, casar la sentencia impugnada y, en su lugar, absolver a Sonia María Preciado Sandoval del delito de falsedad en documento privado, por el cual fue condenada (fls.36 y ss-4).

Concepto del Ministerio Público

1) Al referirse a la declaración extraproceso de Yolanda Chaparro de Gaitán, cuya validez el casacionista cuestiona por haber sido allegada al proceso sin el lleno de los requisitos legales, el Procurador Primero Delegado en lo Penal sostiene que su apreciación no se hizo en forma aislada, como lo presenta el demandante, sino en conjunto con otros medios de incriminación, según se deduce de las siguientes conclusiones del fallo del Tribunal:

"Con relación al testimonio rendido extraprocesalmente por la señora de Gaitán, se observa que es copia carente de autenticación y es sabido que los documentos de este género deben aportarse al proceso en original o en copia debidamente autenticada ante Juez o Notario, para darles el valor probatorio que les corresponde. Sin embargo, aunque esta convalidación legal se inobservó en el escrito, la declaración aparece corroborada por los otros medios de información relacionados en anterior acápite, evento, por el que la Sala considera viable otorgarle alguna validez, como elemento tendiente a demostrar la materialidad del reato".

Agrega que este medio de prueba no fue además el único en el cual se apoyó la sentencia. Paralelamente se tuvieron en cuenta indicios graves, como el derivado de la confesión extraprocesal ante las doctoras Gloria Acosta de Arévalo y Yolanda Barriga Martínez, el de oportunidad para delinquir y el de mala justificación en su actuar.

2) Respecto del error de hecho por falso juicio de identidad, proveniente de la distorsión del contenido del testimonio de María Gricelda Alarcón Guevara, afirma que si bien es cierto el Tribunal, al utilizar la expresión "pudo observar una firma semejante a la usada por su jefe", dio a entender que la firma se parecía, cuando en verdad la testigo manifestó que era la de la Juez, dicho yerro no tiene la entidad suficiente para desquiciar la sentencia impugnada, dado que existen otros elementos de prueba que dan cuenta de la falsificación.

Además, si uno de los requisitos de idoneidad de lo falso es imitar la verdad, no puede de la expresión utilizada deducirse a fortiori que la firma es auténtica.

3) En cuanto al error de hecho por haberse ignorado la certificación del Banco de Colombia, señala que este desacierto no existe, porque los juzgadores sí la tuvieron en cuenta; lo que ocurre es que le dieron un alcance distinto al que el recurrente alega. Hace suyas las consideraciones de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la procesada estampó la firma de tal forma que, en el tráfico jurídico, donde jugaba su eficacia por voluntad de la falsaria, pudo evidentemente pasar como un documento genuino.

Concluye diciendo que, bajo las circunstancias anotadas, los cargos propuestos resultan inadmisibles. Por tanto, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA

Ineficacia probatoria del testimonio rendido por Yolanda Chaparro de Gaitán en la Notaría Primera de Soganoso.

Como se dejó visto, esta prueba fue aportada al proceso en fotocopia informal por la doctora Gloria Acosta de Arévalo al formular la correspondiente denuncia, sin que en el curso de la investigación hubiera sido ratificada por la deponente, o su contenido aceptado por la procesada.

El artículo 274 del Código de Procedimiento Penal dispone que los documentos deben aducirse al proceso en original o copia auténtica, no siendo posible tener como medios de prueba con aptitud probatoria elementos que no cumplan uno cualquiera de estos presupuestos.

Se entiende que la copia de un documento es auténtica cuando existe certeza de que coincide con el original, convicción que legalmente se adquiere en los siguientes casos: cuando es autorizada por el funcionario donde se encuentra el documento genuino o copia autenticada del mismo; cuando una tal condición es certificada por Notario; cuando es compulsada o cotejada en inspección Judicial; y, cuando la parte contra quien se aduce en el proceso penal no rechaza su contenido antes de la audiencia pública (arts.1°, Numeral 117 del Decreto 2282/89 y 274 y 277 del Código de Procedimiento Penal).

Ninguna de estas formas de autenticación concurre respecto de la fotocopia del acta contentiva del testimonio de Yolanda Chaparro de Gaitán ante Notario, situación de suyo suficiente para concluir que no podía ser tenida en cuenta como medio de prueba con aptitud demostrativa, sin violar los artículos 274 y 246 del estatuto procesal.

Por ello, no deja de tener razón el casacionista cuando sostiene que en la apreciación de esta prueba se incurrió por el Juzgador en error de derecho por falso juicio de legalidad, pues, no obstante haber sido aducida al proceso sin el cumplimiento de los requisitos legales, el Tribunal terminó convalidándola para hacerle producir efectos probatorios, como se infiere del contenido de los siguientes apartes de la sentencia:

"Ahora, con relación al testimonio rendido extraprocesalmente por la señora de Gaitán, se observa que es copia carente de autenticación y es sabido que los documentos de este género, deben aportarse al proceso en original o en copia debidamente autenticada ante Juez o Notario, para darles el valor probatorio que les corresponde. Sin embargo, aunque esta convalidación legal se inobservó en el escrito, la declaración aparece corroborada por los otros medios de información relacionados en anterior acápite, evento, por el que la Sala considera viable otorgarle alguna validez, como elemento tendiente a demostrar la materialidad del reato" (fls.13 del cuaderno del Tribunal).

Posteriormente, al referirse a la responsabilidad de la procesada, precisó:

"También ratifica algunas de dichas circunstancias, la señora Yolanda de Gaitán, *pues afirma que Eduardo Siachoque le entregó el cheque girado por $35.000.oo y suscrito supuestamente por la doctora, para ser cobrado el 23 de abril de 1990; así mismo, dice que la propia sindicada le comentó haberlo tomado de un talonario perteneciente a su Jefe e igualmente SONIA le mostró dos cheques en blanco en los que aparecía firma similar a la de la doctora" (fls.15 ibidem).*

Se equivoca el Tribunal al considerar que la copia informal del documento en cuestión adquiere eficacia probatoria porque su contenido es ratificado por otros medios aportados al proceso, pues no es su veracidad sino la conformidad con el original, lo que determina su validez como elemento de prueba. La autenticidad de la copia es una exigencia de forma, necesaria para que el documento pueda ser considerado como medio de convicción, y, por ende, para que el juzgador pueda abordar el estudio de su contenido, en orden a determinar su mérito.

De allí que no pueda menos que reconocerse el desacierto de la sentencia impugnada, al haber acogido y otorgado valor probatorio a la fotocopia no autenticada del testimonio rendido ante Notario por la señora Yolanda Chaparro de Gaitán. Pero no por haberse demostrado la existencia del yerro, puede afirmarse que el cargo está llamado a prosperar. Para que tenga esta virtualidad, se requiere que el error sea trascendente, es decir que haya sido determinante de la conclusiones del fallo, de suerte que, sin su concurso, la decisión no pueda mantenerse.

Este requerimiento, no se cumple en el caso sub judice. La declaración ante Notario de Yolanda Chaparro de Gaitán, no fue el único medio de prueba que los juzgadores de instancia tuvieron en cuenta para deducir el indicio de "confesión extraprocesal" o manifestaciones posteriores. Recuérdese que también ante las doctoras Gloria Acosta de Arévalo y Gilma Yolanda Barriga Martínez, la acusada aceptó haber sustraído el título y falsificado la firma, y que sus testimonios fueron legal, regular y oportunamente allegados al proceso. Luego, si se prescinde, como correspondería, de la declaración cuestionada, las conclusiones del fallo sobre la existencia de este indicio serían sustancialmente las mismas.

El error, entonces, a pesar de existir, no tiene la trascedencia que el casacionista le atribuye, pues no fue determinante de la decisión impugnada. Por tanto, se desestimará el reparo, no sin dejar de precisar que la referencia que el actor hace a la norma procesal que disciplina la incorporación al proceso penal de la prueba trasladada (art.255), para afirmar también su violación, resulta equivocada, si se tiene en cuenta que el testimonio de Yolanda Chaparro de Gaitán no fue practicado dentro de actuación judicial o administrativa, ni provino de ellas.

Tergiversación del contenido material del testimonio de María Gricelda Alarcón Guevara.

Cierto es que las afirmaciones que el Tribunal pone en boca de la testigo sobre la firma puesta en el cheque y su conformidad con la de la doctora Gloria Acosta de Arévalo, no corresponden estrictamente a su contenido material, y en esto tiene razón el recurrente, pero el alcance que pretende darle a las expresiones utilizadas por la declarante, en orden a obtener la infirmación del fallo, resulta inaceptable.

En su declaración ante el funcionario instructor, María Gricelda Alarcón Guevara, al referirse al cheque que la señora Yolanda Chaparro de Gaitán le mostró en una de sus visitas al Juzgado, expresó: "Ella me permitió el cheque y yo lo tuve en mis manos y *era un cheque donde aparecía la firma de la doctora Gloria Acosta*" (fls.62).

Y, en su versión dentro del proceso disciplinario seguido contra la procesada por la Procuraduría Provincial de Sogamoso, precisó: "Yo le dije que me dejara ver el cheque, lo tuve en mis manos era un cheque del Banco de Colombia de esta ciudad por la suma de $35.000.oo. *estaba firmado con la firma de la doctora Gloria Acosta de Arévalo*... Yo observé el cheque, lo tuve en mis manos y era por valor de $35.000.oo, el número del cheque no lo vi, estaba un poco ilegible y no se entendía a quién estaba girado, *pero sí estaba con la firma de la doctora*" (fls.34 y 35).

El Tribunal, por su parte, al referirse a su dicho, expresó: "Sobre el mismo aspecto fue llamada a testificar María Gricelda Alarcón Guevara, quien en declaraciones rendidas tanto en la Procuraduría provincial de Sogamoso, como ante el despacho instructor, manifestó que ella se enteró sobre el asunto del cheque, porque en el mes de julio de 1990, Yolanda Chaparro de Gaitán le preguntó si estaba Sonia Preciado e igualmente informó que se habían citado a esa hora para arreglar lo concerniente al pago de un título valor... entonces, *Gricelda tomó el cheque y pudo observar una firma semejante a la usada por su Jefe*" (fls. 16-4. Negrillas fuera de texto).

La disconformidad entre el dicho de la testigo y las afirmaciones del tribunal, es evidente, pues María Gricelda en ningún momento manifestó que la firma puesta en el cheque fuera parecida o semejante, sino que pertenecía a la Juez. De allí, que no quede duda sobre la existencia de la imprecisión denunciada, ni la naturaleza del yerro, correctamente planteado como de hecho por falso juicio de identidad.

Pero de las expresiones empleadas por la testigo no cabe inferir, como equivocadamente lo hace el censor, la inexistencia del delito por ausencia de actividad falsaria; cuando la declarante sostiene que el título tenía la firma de la doctora Gloria, se está refiriendo a la usada por ella en sus actos públicos y privados, en modo alguno está diciendo que pertenezca a su puño y letra, como al parecer lo entiende el actor. Mal podría aceptarse que la deponente alude a la autoría de la firma, cuando se sabe que no fue testigo de este hecho.

La existencia de la falsificación la dedujo el Tribunal de la circunstancia de encontrarse la firma de Gloria Acosta de Arévalo, titular de la cuenta, haciendo parte del documento, aspecto que nadie ha puesto en duda en el proceso; de la afirmación suya de no haber estampado dicha firma en el cheque; y, de las manifestaciones extraproceso de la acusada, en el sentido de haberlo hecho, elementos de convicción que no sufren mengua alguna por razón del desacierto denunciado.

Totalmente insubstancial, entonces, resulta este segundo reparo, pues la imprecisión del Tribunal, si bien en estricto rigor literal existió, no trascendió al sentido de la expresión, el cual se mantuvo incólume, habiendo sido apreciado en forma correcta.

Haber ignorado el juzgador la existencia de la certificación del Banco de Colombia.

Ante todo debe decirse que este error, en los términos planteados por el casacionista, no se produjo, pues dicho elemento de prueba, como acertadamente lo sostiene la Delegada, sí fue tenido en cuenta por los juzgadores de instancia, solo que en sentido distinto al que ahora reclama el recurrente, de donde el yerro, de haberse presentado, sería de identidad, no de existencia como ha sido propuesto.

En efecto. La discrepancia surge en torno de la interpretación que amerita la comunicación de la entidad bancaria, cuando sostiene que el cheque fue impagado por fondos insuficientes. Mientras el impugnante asegura que este motivo de devolución presupone la identidad de la firma del girador con la registrada en el banco, y por ende la inexistencia de su falsificación, puesto que de lo contrario la causal de no pago habría sido distinta, para los juzgadores una tal circunstancia solo demuestra la idoneidad de la conducta ilícita. Veamos lo anotado a este respecto en el fallo de primer grado: "De otra parte, si Gricelda que vio el cheque, y en el banco tampoco repararon sobre la firma de la giradora, ello sencillamente nos está demostrando que la *imitación* de la misma fue perfecta" (fls.140-1).

Lo anotado por el recurrente es cierto en cuanto aduce que el girado, al impagar el cheque por fondos insuficientes, implícitamente está aceptando que la firma que aparecía en el título coincidía con la registrada en sus archivos, puesto que de lo contrario, habría certificado falta de identidad entre ellas, por ser causal prevalente, aunque debe precisarse que lo normal, cuando varios motivos de devolución concurren, es que la entidad informe sobre todos ellos.

Pero no por esto puede concluirse que la firma sea auténtica. La expresa o implícita certificación de la entidad bancaria sobre la coincidencia de la firma puesta en el cheque con la legítima, no afirma su genuinidad, como no la niega el hecho de haber sido impagado porque sus rasgos no corresponden. Con alguna frecuencia sucede que los bancos devuelven a sus clientes cheques por este último motivo, no obstante provenir la firma del puño y letra del titular de la cuenta, o que los cancele, a pesar de ser la firma ilegítima.

Basta recordar, para desestimar las conclusiones del censor, que la conducta falsaria puede adoptar diversas modalidades, siendo una de ellas la llamada falsificación por contrafacción o imitación, caracterizada porque los signos falsificados siguen los del documento auténtico en procura de su absoluta conformidad, de su total identidad, pues se persigue que la especie espuria pueda incursionar en el tráfico jurídico como si fuera genuina.

Esto explica la razón por la cual no siempre resulta posible descubrir prima facie una falsificación, y por qué no necesariamente cuando una entidad bancaria devuelve un cheque por causal distinta a no corresponder la firma con la registrada, está certificando que la puesta en el título sea legítima.

En resumen, ningún cuestionamiento puede hacerse a la forma como los juzgadores apreciaron el contenido de la certificación bancaria, ni a las conclusiones del fallo en este sentido, que el de primer grado sintetiza en los siguientes términos: "...lo importante fue que la firma del cheque imitada por Sonia, la estampó de tal manera que en el tráfico jurídico, que era donde jugaba la eficacia por voluntad de la falsaria, pudo evidentemente pasar como un documento genuino" (fls.139-1).

Este reparo, por tanto, no solamente adolece de falencias técnicas en su formulación, sino que carece de todo fundamento.

El cargo no prospera.

Considera la Sala oportuno advertir que cuando la sentencia es atacada por errores de apreciación probatoria, se impone para el casacionista la obligación no solo de identificarlos y demostrarlos, sino de precisar su trascendencia, tarea que

por implicar un nuevo y concreto análisis probatorio de cara al error planteado, no puede en estricto rigor técnico jurídico entenderse cumplida cuando, como en el presente caso, el impugnante se limita a plasmar apreciaciones generales sobre la insuficiencia de la prueba para mantener las conclusiones del fallo.

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

RESUELVE

No Casar la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECUSACION

Para preservar la imparcialidad que debe caracterizar las actuaciones judiciales, el legislador ha estatuido los impedimentos y recusaciones como idóneo mecanismo incidental para que voluntariamente, o por requerimiento de parte, el funcionario cuyo ánimo pueda estar afectado por alguna de las taxativas causales señalas en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el art. 15 de la Ley 81 de 1993–, se desprenda del conocimiento del asunto.

*Entre estos factores de excusa ha sido previsto en el ordinal 6° del mencionado artículo, "Que el funcionario judicial... **hubiere participado dentro del proceso...**" (resaltó la Sala).*

En orden a delimitar el alcance de tal "participación del funcionario dentro del proceso", referida en la mencionada causal como factor eximente de competencia, en primer lugar debe excluirse la intervención del juzgador como fiscal en la etapa del sumario, pues esa circunstancia –que antes de la reforma introducida por la Ley 81 de 1993 se consideraba comprendida en el ordinal sexto–, fue erigida como causal autónoma en el ordinal 11 del mismo precepto.

En segundo término, debe dejarse sentado que no toda intervención del funcionario judicial dentro del proceso constituye la participación que como factor eximente de competencia alude la causal, pues para que la intervención en etapas anteriores tenga tal consecuencia, es menester 1) que revista compromiso intelectual o funcional que entrañe en mayor o menor grado prejuzgamiento sobre los aspectos objeto del debate; y 2) que haya sido cumplida en otra instancia funcional.

Es entonces la intervención vinculante cumplida en diferente ámbito funcional, la que se erige en factor de excusación. No reviste tal connotación la resolución de un incidente procesal como lo es el conflicto negativo de competencias, así para ello tengan que hacerse

valoraciones sobre la tipicidad del hecho, pues su desarrollo es accesorio y no dice relación con el fondo del asunto objeto de controversia, de tal forma que el funcionario que lo desata no compromete su criterio para ulteriores actuaciones.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 33

Proceso: 12754

1. Asunto

Decidir de plano sobre la aceptación o rechazo de la recusación formulada por el defensor de los procesados Roxana de Jesús y Carlos José Santrich a los Magistrados de esta Sala Ricardo Calvete Rangel, Dídimo Páez Velandia y Juan Manuel Torres Fresneda, quienes suscribieron la providencia del 13 de septiembre de 1994, mediante la cual se adjudicó el conocimiento del asunto al Tribunal Nacional, al dirimir una colisión de competencia.

2. Antecedentes

El Tribunal Nacional condenó en segunda instancia a Roxana de Jesús y Carlos José Santrich Contreras, a las penas privativas de la libertad de 22 y 27 años de prisión, como coautora responsable del delito de secuestro extorsivo, y cómplice de homicidio y coautor de secuestro extorsivo, respectivamente (fls. 3 y ss. cuaderno del Tribunal).

En el mismo escrito contentivo de la demanda de casación instaurada contra la anterior sentencia, el defensor de los procesados recusa a los Magistrados doctores Ricardo Calvete Rangel, Didimo Páez Velandia y Juan Manuel Torres Fresneda, quienes "en proveído del 13 de septiembre de 1.994 desataron el incidente de colisión de competencias" suscitado en el mismo proceso.

Enmarcó el motivo de incompetencia subjetiva que aduce, en la causal sexta del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto "la honorable Sala de Casación Penal realizó el proceso ideológico de adecuación típica para calificar categóricamente el hecho como secuestro extorsivo, y aún llegar a veladas insinuaciones de responsabilidad penal de Roxana Santrich Contreras, hasta el

punto de inspirar y guiar la nueva resolución acusatoria y los fallos de ambas instancias, sentando allí su criterio previo y desfavorable a los intereses de los procesados".

Con los siguientes argumentos, los Magistrados mencionados rechazaron la recusación:

"Pese a que tres de los integrantes actuales de la Sala de Casación participamos en el pronunciamiento que la defensa indica, de esa sola intervención no emerge causa que inhiba el conocimiento del caso que hoy compete, en cuanto el pronunciamiento sobre competencia se realizó dentro de la órbita funcional específicamente asignada –no por fuera de la actuación procesal–, y no existe dentro del principio de taxatividad que informa las causales de impedimento, alguna que por aquella intervención excuse la presente" (fl. 3 cuaderno de la Corte).

Seguidamente concluyeron que "si con motivo de definir la competencia, se tuvo que consultar el expediente, que revisar los hechos y los criterios sentados en las distintas piezas procesales, dando inclusive un criterio sobre la adecuación jurídica del caso, ello no obsta para que se intervenga en el ajuste formal de la demanda, ni en el estudio y definición de las causales y los motivos con los que el impugnante busca invalidar un fallo que al momento del anterior pronunciamiento, ni siquiera había sido proferido".

3. Consideraciones de la Corte

La imparcialidad e independencia de los Administradores de Justicia son características esenciales del debido proceso, reconocidas expresamente en Tratados Internacionales, de capital incidencia en la interpretación y aplicación de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política (artículo 93).

Es así como el Pacto Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14.1, establece que "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley...". La Convención Americana de Derechos Humanos –art. 8.1– señala que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley...".

En el Derecho interno la Carta Política también resguarda la independencia, autonomía e imparcialidad del "Juez Natural" consagrado en el artículo 29,

pues de conformidad con el artículo 228, "Sus decisiones serán independientes" (conc. arts. 250 ejusdem y 24 del Código de Procedimiento Penal) y "en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley" (art. 230 ejusdem, conc. art. 6° del Código de Procedimiento Penal).

Para preservar la imparcialidad que debe caracterizar las actuaciones judiciales, el legislador ha estatuido los *impedimentos* y *recusaciones* como idóneo mecanismo incidental para que voluntariamente, o por requerimiento de parte, el funcionario cuyo ánimo pueda estar afectado por alguna de las taxativas causales señalas en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal -modificado por el art. 15 de la Ley 81 de 1993-, se desprenda del conocimiento del asunto.

Entre estos factores de excusa ha sido previsto en el ordinal 6° del mencionado artículo, "Que el funcionario judicial... *hubiere participado dentro del proceso...*" (resaltó la Sala).

En orden a delimitar el alcance de tal "participación del funcionario dentro del proceso", referida en la mencionada causal como factor eximente de competencia, en primer lugar debe excluirse la intervención del juzgador como fiscal en la etapa del sumario, pues esa circunstancia -que antes de la reforma introducida por la Ley 81 de 1993 se consideraba comprendida en el ordinal sexto-, fue erigida como causal autónoma en el ordinal 11 del mismo precepto.

En segundo término, debe dejarse sentado que no toda intervención del funcionario judicial dentro del proceso constituye la participación que como factor eximente de competencia alude la causal, pues para que la intervención en etapas anteriores tenga tal consecuencia, es menester 1) que revista compromiso intelectual o funcional que entrañe en mayor o menor grado prejuzgamiento sobre los aspectos objeto del debate; y 2) que haya sido cumplida en otra instancia funcional.

De lo contrario, como certeramente lo plantean los Magistrados recusados, se "haría imposible que por ejemplo esta Sala de Casación Penal calificara una investigación en donde definió la situación provisional del aforado, y más aún que profiriera el fallo respectivo, lo que en ningún aparte se impide".

Es entonces la intervención vinculante cumplida en diferente ámbito funcional, la que se erige en factor de excusación. No reviste tal connotación la resolución de un incidente procesal como lo es el conflicto negativo de competencias, así para ello tengan que hacerse valoraciones sobre la tipicidad del hecho, pues su desarrollo es accesorio y no dice relación con el fondo del asunto objeto de controversia, de tal forma que el funcionario que lo desata no compromete su criterio para ulteriores actuaciones.

Los Magistrados que en el presente proceso intervinieron desatando ese conflicto negativo de competencias, lo hicieron en cumplimiento de ineludibles deberes funcionales propios de un trámite meramente incidental, que como tal no podía, ni puede menguar su futura libertad decisoria.

La resolución por ellos adoptada, Por ende, carece de incidencia para comprometerles intelectual ó funcionalmente en los juicios que en sede de casación deban hacerse, como es el estudio de los presupuestos formales y sustanciales de la demanda, o de los cargos con que se pretende "invalidar un fallo que al momento del anterior pronunciamiento, ni siquiera había sido proferido" (fl. 4 cuaderno de la Corte).

Y si la ley impone al juzgador, en determinado momento y dentro del proceso, el cumplimiento de ciertos deberes funcionales, mal podría establecer esa misma circunstancia en independiente y paralegal motivo de excusa para continuar participando en el desarrollo previsto por el ordenamiento procedimental, de allí que resulte inobjetable la manifestación de los recusados, cuando en referencia al principio de taxatividad que ha de orientar el régimen de impedimentos y recusaciones, hacen ver como el motivo aducido por el recusante no está previsto en la ley.

En conclusión, la anterior intervención en el trámite del proceso no puede erigirse en excusa para separarse de su conocimiento, por cuanto la ponderación jurídica que en su momento se efectuó no estuvo referida a la responsabilidad de los procesados sino al encuadramiento típico de la conducta para efectos de establecer la competencia, quedando así los Magistrados recusados, alejados de un vinculante compromiso intelectual.

Como la causal de impedimento planteada por el libelista en principio aparece fundada en una aparentemente razonada interpretación de la ley respecto del alcance que le da a la expresión "haber participado dentro del proceso", no podría afirmarse sin más elementos de juicio, que la recusación "haya sido *ostensiblemente infundada*", por lo que la Sala se abstendrá de iniciar el trámite sancionatorio previsto en el artículo 113 del Ordenamiento Procesal Penal y de compulsar las copias a que se refiere el inciso segundo de la misma disposición.

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

RESUELVE

Rechazar la recusación formulada por el defensor de los procesados Roxana de Jesús y Carlos José Santrich contra los Magistrados de esta Sala, doctores Dídimo Páez Velandia, Ricardo Calvete Rangel y Juan Manuel Torres Fresneda.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL.

Conforme a los lineamientos normativamente señalados para la institución cuya aplicación se reclama, los cuales han sido ampliamente desarrollados por la vía jurisprudencial, el recurso extraordinario de casación discrecional procede contra los fallos de segundo grado proferidos por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, o cuando, aun teniendo señalada una pena superior, hayan sido emitidos por un juzgado penal del circuito.

Igualmente se tiene establecido que la impugnación excepcional debe ser presentada dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, esto es dentro del término de su ejecutoria, por el Procurador, su delegado, o el defensor, únicos sujetos legitimados para ello, según regulación que al efecto traen los artículos 218 y 223 del C. de P.P., para lo cual es indispensable que el recurrente exponga claramente, dentro de la misma oportunidad legalmente prevista, los motivos que le animan a la interposición del recurso, los cuales no pueden ser otros distintos a la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre determinado tema jurídico relacionado con el caso, o en garantía de aquellos derechos fundamentales que resultaron infringidos con la sentencia recurrida.

Corte Suprema de Justicia.– Sala Penal.–Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho de abril de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No. 34

Proceso: 11307

Decide la Corte la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el Procurador 58 Judicial Penal de Barrancabermeja con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito que revocó la del Juzgado Séptimo Penal Municipal mediante la cual condenó a Guillermo Conde Herrera a las penas principales de cuatro meses y veintiocho días de prisión y multa en cuantía de cinco mil pesos, como autor responsable del delito de lesiones personales culposas.

ANTECEDENTES

El 4 de marzo de 1992, a las 9:30 de la mañana, en el sector de la finca "Forestales California" ubicada en la carretera que comunica los Municipios de Barrancabermeja y Bucaramanga, en el Departamento de Santander, colisionaron el camión marca Ford de placas WD-O212, conducido por Guillermo Conde Herrera, y el jeep Toyota de placas EW-4203, al mando de Luis Carlos Duran Franco, resultando herido este último y los señores Pedro Durán García y Nubia Cecilia Durán Santos.

Por estos hechos fue vinculado al proceso mediante indagatoria Guillermo Conde Herrera (fl. 54), a quien el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Barrancabermeja le definió su situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (fl. 58), y, posteriormente, en contra suya profirió resolución de acusación por el concurso de delitos de lesiones personales culposas (fl. 155), respecto de los cuales finalmente emitió fallo condenatorio (fl. 366).

El Juzgado Tercero Penal del Circuito, al desatar la impugnación interpuesta por el defensor, el apoderado de la parte civil y el representante judicial de la Aseguradora Colmena –quien fue llamada en garantía–, revocó la decisión del a quo, y en su lugar absolvió al sindicado (fls.4 y ss. cno. segunda instancia).

EL RECURSO DE CASACIÓN

Inconforme con la decisión de segundo grado, el Procurador 58 Judicial Penal oportunamente manifestó interponer recurso extraordinario de casación excepcional al amparo de las previsiones del inciso tercero del artículo 218 del C. de P. P. (fl. 40 cno. segunda instancia), impugnación que fue concedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito quien ordenó, además, correr traslado "por el término de treinta (30) días al apelante (sic) para que presente la demanda de casación, y vencidos estos (sic), se correrá traslado por quince (15) días comunes a los demás sujetos procesales" (fl. 41).

En escrito presentado con posterioridad, el recurrente manifiesta que el fallo impugnado "implica por la decisión allí tomada un acto de impunidad en cuanto se trata en el fondo de una sentencia inhibitoria que no resuelve el problema fundamental que es decidir certeramente sobre el asunto que ocupó por más de tres años la justicia penal", por consiguiente presenta "demanda de casación", en la cual, luego de hacer alusión a los hechos y la actuación procesal, argumenta que el juzgado de segundo grado incurrió en violación, por falta de aplicación, del artículo 340 del Código Penal, como consecuencia de la errada apreciación probatoria "consistente en desconocer la presencia de una serie de pruebas fundamentales que sopesadas racionalmente dan la certeza de la responsabilidad penal de procesado Conde Herrera", entre las cuales destaca los testimonios de Alfredo Rojas Cajar, Norberto Acosta Nieves, Roberto Guerrero Ramírez, Carlos Arturo Barraza Bovea y Sergio Plata Rueda.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, persigue la revocatoria de la providencia impugnada, para que, en lugar de ella, se profiera sentencia de condena.

A esta pretensión se opuso el defensor del procesado quien reclama declarar desierto el recurso por ausencia de precisión y claridad en los fundamentos que contiene el libelo de sustentación del recurso.

SE CONSIDERA

Conforme a los lineamientos normativamente señalados para la institución cuya aplicación se reclama, los cuales han sido ampliamente desarrollados por la vía jurisprudencial, el recurso extraordinario de casación discrecional procede contra los fallos de segundo grado proferidos por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, o cuando, aun teniendo señalada una pena superior, hayan sido emitidos por un juzgado penal del circuito.

Igualmente se tiene establecido que la impugnación excepcional debe ser presentada dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, esto es dentro del término de su ejecutoria, por el Procurador, su delegado, o el defensor, únicos sujetos legitimados para ello, según regulación que al efecto traen los artículos 218 y 223 del C. de P.P., para lo cual es indispensable que el recurrente exponga claramente, dentro de la misma oportunidad legalmente prevista, los motivos que le animan a la interposición del recurso, los cuales no pueden ser otros distintos a la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre determinado tema jurídico relacionado con el caso, o en garantía de aquellos derechos fundamentales que resultaron infringidos con la sentencia recurrida.

En relación con la oportunidad para interponer y sustentar el recurso, preciso resulta recordar lo que se ha dicho al respecto, cuyo criterio mantiene su vigencia:

"Ahora bien; en nuestro sistema procesal imperan los principios de preclusión y de eventualidad.

"En virtud del primero, el proceso se halla estructurado por secciones que cumplen una progresiva y determinada función que les confiere eficacia a los actos procesales que las partes deben cumplir, siempre y cuando lo hagan en las oportunidades y dentro de los términos expresamente señalados en la ley. Cumplida esa condición sin actuar, o con una insuficiente o equivocada actuación, el acto precluye, y, por tanto, no puede ya realizarse.

"Por razón del segundo, íntimamente vinculado al anterior, las partes deben aducir de una sola vez los instrumentos probatorios y dialécticos requeridos para el empleo de la oportunidad procesal, no siéndoles dado, por consiguiente, aportárlos extemporáneamente 'por instalamentos' y a su propio arbitrio. Correlativamente, ambos principios sujetan al Juez, que no puede desconocerlos sin vulnerar garantías fundamentales.

"...Es indispensable que la petición de concesión del recurso de casación en los casos no ordinarios –los de los dos primeros incisos del artículo 218 C. de P.P.– se fundamente sumariamente. Si ello no se requiriera, habríale bastado al legislador extender sin condicionamiento de ninguna índole el recurso de casación a toda clase de sentencias en materia penal; si no lo hizo de esa manera, es porque sencillamente el recurso de casación así reglado obedece a una pauta política del Estado y está consagrado para cumplir una función específica en el proceso penal.

"...Por lo demás, es obvio que si la solicitud de concesión del recurso ha de hacerse dentro del término que para impugnar en casación se tiene, es en esa oportunidad, y no en otra, cuando la fundamentación sumaria de lo que el casacionista pretende al seleccionar la alternativa –si es que opta por una sola de ellas– del tercer inciso del artículo 218 C. de P.P., debe hacerse, y sólo como guía para que la Corte estudie la eventualidad de concesión del recurso y discrecionalmente decida" (Auto 22 de octubre de 1993, M.P. Dr. Páez Velandia).

También la jurisprudencia ha sido suficientemente clara en señalar que, interpuesto oportunamente el recurso, por mandato legal, corresponde exclusivamente a la Corte, en ejercicio de su discrecionalidad, decidir si lo acepta o rechaza, sin que la competencia para emitir tal pronunciamiento pueda entenderse extendida a otro órgano distinto de ella.

En el caso de autos observa la Sala que con violación de la competencia exclusiva otorgada por la ley a la Corte para resolver sobre la admisibilidad del recurso, el ad quem, sin estar facultado para ello, optó por darle a la impugnación un trámite no previsto legalmente, pues, pervirtiendo el proceso, concedió el recurso y dispuso correrle traslado al recurrente para que, en el término de treinta días, presentara la demanda de casación, lo cual amerita declarar la ineficacia de lo actuado.

A este erróneo tratamiento procesal dado por el funcionario de segundo grado, se suma el evidente desconocimiento del instituto por el recurrente, quien, no obstante ser uno de los sujetos procesales legitimados para ello (el Agente del Ministerio Público), haber acertado en escoger el camino de impugnación y hacer uso de esta prerrogativa oportunamente, omitió cumplir con el requisito de la sustentanción que para su ejercicio se exige: se limitó a exteriorizar el deseo de recurrir en casación por la vía excepcional sin precisar si lo hacía sobre la base de la necesidad de un desarrollo jurisprudencial o en guarda de una garantía fundamental transgredida con la providencia impugnada, falencia que inexorablemente conduce al rechazo de la pretensión.

Igual omisión se observa en la "demanda de casación", –libelo que fue allegado al proceso en el transcurso del irregular traslado dispuesto por el sentenciador–, pues sin tomarse el trabajo de indicar, mucho menos fundamentar, las razones legales por las cuales puede intervenir discrecionalmente la Corte, el recurrente se introduce por el camino de demostrar la ocurrencia de una de las causales previstas para la casación ordinaria (violación indirecta de la ley sustancial), incurriendo en el error de no relacionarla con los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos para la vía excepcional. Aun suponiendo que fue presentado en la oportunidad legalmente prevista, en este escrito, al igual que sucede con el primero, no se precisa si el recurso se interpone basado en la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre un tema específico, o para garantizar la prevalencia de un derecho fundamental que pudo haber resultado violado en las instancias ordinarias, únicos motivos que hacen de recibo esta clase de impugnación extraordinaria y que tampoco se desentrañan del contenido del memorial.

En estas condiciones no queda otro remedio que declarar la nulidad de lo actuado en tal sentido por el juez de segunda instancia (art. 304-1 del C. de P.P.), e inadmitir el recurso ante la falta de sustentación del mismo.

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

RESUELVE

Primero. Decretar la nulidad de lo actuado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja, a partir e inclusive del auto proferido el dos de octubre de mil novecientos noventa y cinco (fl. 41), según se anotó en la parte motiva de este proveído.

Segundo. Inadmitir el recurso extraordinario de casación excepcional intentado por el Procurador 58 Judicial Penal dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ AUDIENCIA ESPECIAL

La no celebración de la audiencia especial prevista en el artículo 37 del decreto 2700 de 1991, para terminación anticipada del proceso, por no haber arribado a avenencia respecto a los cargos, las circunstancias del hecho punible o la pena a imponer, mal puede generar nulidad por violación al debido proceso o desconocimiento del derecho a la defensa, pues dicha forma de terminación anticipada tiene su fundamento, razón de ser y viabilidad en la existencia de un acuerdo entre los sujetos procesales sobre los mencionados puntos, fallido el cual, desaparece toda expectativa al respecto.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C., abril ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.34

Proceso: 10307

VISTOS

El 14 de julio de 1994, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó integralmente la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación (Tolima), que condenó a los hermanos Carlos y Angel María Timón Rodríguez y a Uriel Timón Lozano, como coautores de homicidio simple en la persona de Pedro José Sanabria Montaña; decisión recurrida en casación por sus defensores.

EPISODIO DELICTUOSO

La tarde del domingo 9 de julio de 1989, encontrándose Pedro José Sanabria Montaña departiendo con unos amigos en la cantina de Joaquín Zabala, ubicada

en la vereda Chenche-Uno del municipio de Purificación, arribaron los hermanos Carlos y Angel María Timón Rodríguez y Uriel Timón Lozano, quienes luego de tomarse unas cervezas y sin mediar problema se abalanzaron contra aquél, quien de inmediato emprendió veloz carrera en dirección a su residencia localizada a pocas cuadras del lugar, con tan mala suerte que al pasar por una cerca de alambre cayó al suelo, siendo atacado a cuchilladas por sus perseguidores, logrando reincorporarse para seguir adelante acosado por ellos.

El herido fué llevado a un hospital de Girardot, donde falleció al día siguiente a consecuencia de las lesiones sufridas.

TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal radicado en Purificación adelantó la investigación, vinculando a ella mediante indagatoria a los nombrados incriminados, a quienes les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, negándoles la libertad provisional.

Clausurada la etapa instructiva, el mencionado Juzgado de Instrucción Criminal mediante providencia de 6 de diciembre de 1989 calificó el mérito del sumario, con resolución de acusación en contra de los hermanos Carlos y Angel María Timón Rodríguez y de Uriel Timón Lozano como posibles autores materiales de homicidio simple, reiterando su negativa a concederles la libertad provisional; enjuiciamiento apelado por el defensor de Uriel y confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué el 22 de marzo de 1990 (fs. 250 y 287 y Ss. cdno. inicial).

Adelantado el juicio y repuesta la actuación luego de una declaración de nulidad, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación puso fin a la instancia, mediante sentencia de fecha abril 11 de 1994 (fs. 104 y Ss. cdno. 2), condenando a los acusados a la pena principal de 10 años de prisión, cada uno, a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué el 14 de julio de 1994, mediante el que es objeto del recurso de casación.

DEMANDAS DE CASACIÓN

En el orden en que fueron presentadas, se reseñan así las demandas:

Demanda a nombre del procesado Uriel Timón Lozano.

Cargo único: Nulidad de la actuación a partir del auto de 18 de marzo de 1993, por el cual el Juzgado ordenó seguir adelante el juzgamiento, por la comprobada existencia de una irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, consistente en no haberse realizado la audiencia especial para terminación anticipada del mismo, como lo preveía el artículo 37 del decreto 2700 de 1991, solicitada de común acuerdo por los tres procesados y a la cual no renunciaron.

Afirma el censor que por falta de suficiente claridad sobre la forma como debía operar en la práctica el citado artículo 37, la defensa solicitó el aplazamiento de la audiencia por no haberse llegado a ningún acuerdo con la Fiscalía Delegada y luego la misma Fiscalía pidió otro aplazamiento por "dudas" en cuanto a la negociación realizada, agregando que "Luego de otro aplazamiento, sin que aflorara un acuerdo entre los procesados en conjunto o con el procesado Uriel Timón Lozano en particular, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación, simplemente y sin ninguna argumentación justificativa determinó 'abstenerse de continuar fijando fechas' para la realización de la audiencia de que trataba, para ese momento, el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal".

La no celebración de la audiencia de terminación anticipada, que "debe agotarse... cualquiera sea el resultado, mientras el mismo procesado no manifieste expresamente que renuncia a este mecanismo procesal" constituye, a juicio del demandante, motivo de nulidad por violación al debido proceso, la cual debe declararse a partir de la providencia que ordenó seguir adelante el juzgamiento.

Demanda a nombre de Carlos y Ángel María Timón Rodríguez

Cargo único: Nulidad del juicio por haberse revivido por el Tribunal Superior la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación el 20 de agosto de 1993, no obstante que dicha corporación la había declarado nula en anterior oportunidad.

Explica el actor que habiéndose decretado por el Tribunal Superior de Ibagué la nulidad del proceso a partir de la audiencia pública celebrada el 10 de agosto de 1993 y una vez subsanado el procedimiento, se dictó por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación sentencia de condena el 11 de abril de 1994, "en iguales términos a la del 20 de agosto de 1993, declarada nula".

El Tribunal, en su impugnado fallo del 14 de julio de 1994, resuelve confirmar en todas sus partes "la sentencia de 20 de agosto de 1993, que esta misma Corporación había declarado sin valor ni efecto, como que la declaró nula, mediante providencia de 21 de octubre de 1993. Es decir..., la revivió".

Dicho error, a juicio del impugnante, afectó el derecho a la defensa y vulneró el debido proceso; como no existe "otro medio procesal para subsanar la irregularidad que se demanda", se impone la declaratoria de nulidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con inversión entre las demandas, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal expresa su criterio en el sentido de que no se case la sentencia recurrida, porque ninguno de los cargos formulados en su contra se abre paso.

Respecto al cargo de nulidad por no haberse llevado a cabo la audiencia especial para terminación anticipada del proceso, propuesto por el defensor de Uriel Timón Lozano, afirma que la falta de consenso entre los procesados, sus defensores y la Fiscalía en cuanto a las bases del acuerdo que significaba para los interesados una sustancial rebaja de pena, dilató e impidió a la postre la realización de dicho acto, lo que obligó al juez del conocimiento a proseguir con el juzgamiento ordinario, sin que sea válido sostener que "se omitió por parte de la instancia el trámite de la sentencia anticipada". Señala además:

"Se deja traslucir que lo que se persigue por parte de los defensores con las continuas suspensiones de la audiencia especial para esa época, era precisamente justificar el mecanismo para dilatar la actuación procesal... y que como consecuencia de ésto, no fuera revocada la libertad provisional que venían gozando los procesados para finalmente pregonar en sede de casación la nulidad por violación al debido proceso".

Y en cuanto al cargo de nulidad por haberse revivido la sentencia de condena declarada nula por el Tribunal Superior, propuesta a nombre de los hermanos Carlos y Angel María Timón Rodríguez, considera la Delegada, en síntesis de su disertación, que se trata de "una *tesis totalmente ilógica* producto de la imaginación del casacionista".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda a nombre de Uriel Timón Lozano.

Cargo único: La no celebración de la audiencia especial prevista en el artículo 37 del decreto 2700 de 1991, para terminación anticipada del proceso, por no haber arribado a avenencia respecto a los cargos, las circunstancias del hecho punible o la pena a imponer, mal puede generar nulidad por violación al debido proceso o desconocimiento del derecho a la defensa, pues dicha forma de terminación anticipada tiene su fundamento, razón de ser y viabilidad en la existencia de un

acuerdo entre los sujetos procesales sobre los mencionados puntos, fallido el cual, desaparece toda expectativa al respecto.

En el caso sometido a consideración de la Sala, es evidente que a los pocos meses de entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), encontrándose ejecutoriada la resolución de acusación proferida en contra de los tres procesados como autores materiales del delito de homicidio simple, pero antes de señalarse fecha para audiencia pública los acusados solicitaron conjuntamente la celebración de la audiencia especial del artículo 37 de dicha codificación, que fue fijada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación para el 19 de noviembre de 1992 a partir de las diez de la mañana (fs.371 y Ss. cdno. inicial); diligencia que no se realizó en la fecha indicada, siendo aplazada en cinco oportunidades, ya a petición de la defensa, ora a solicitud de la Fiscal, o por no haber concurrido unos u otra a su celebración, resultando significativo lo expuesto en memorial suscrito por los dos defensores, los mismos que ahora demandan la casación (f. 382 ib.):

"... solicitamos el aplazamiento de la audiencia... hemos discutido en el día de hoy con la señora Fiscal 47 y no hemos podido llegar a ningún acuerdo dado que son tres los procesados y solo uno ha confesado, relevando a los otros dos, de paso, de toda culpabilidad... Le rogamos fijar nuevas hora y fecha para esta audiencia".

El juzgado del conocimiento, advertido del fallido acuerdo y de la irregular dilación de allí surgida, situación no propiciada por él sino por los propios sujetos procesales interesados en una eventual terminación anticipada del proceso, no tenía otra alternativa que proseguir el juzgamiento por los cauces ordinarios, sin que su comportamiento pueda cuestionarse de antiprocesal o arbitrario.

No se definió de parte de los sindicados, sus defensores y la Fiscal, la voluntad concurrente de llegar a un acuerdo para la sentencia anticipada, presentándose un estancamiento en el diligenciamiento de la actuación, contrario al espíritu de la ley, que era preciso superar.

Al no mediar ese acuerdo, hacia el cual el Juez podía, "pero por una sola vez" disponer la celebración de la audiencia especial, en los términos originales del artículo 37 del Decreto 2700 de 1991, no se ve cómo pueda hablarse ahora de violación del debido proceso por desacato o preterm isión de las formas que le son propias, o quebranto del derecho a la defensa, por el hecho de haber cumplido el Juez con su deber de evitar el estancamiento del juicio.

No prospera este cargo de nulidad.

Demanda a nombre de Carlos y Ángel María Timón Rodríguez

Cargo único: La nulidad declarada por el Tribunal Superior de Ibagué el 21 de octubre de 1993 (f.14 cdno. 2), en mínima razón de no haberse notificado al Ministerio Público el auto que señaló fecha para la audiencia pública, afectó con su efecto invalidante la inicial sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación el 20 de agosto del mismo año (fs. 443 y Ss. cdno. inicial).

Repuesta la actuación, dicho Juzgado volvió a proferir sentencia, esta vez con fecha 11 de abril de 1994 (fs. 104 y Ss. cdno. 2). Al conocer de la apelación contra tal providencia, el Tribunal claramente expresa que tiene "para su examen el fallo calendado 11 de abril de 1994" (f. 28 cdno. Trib.) y hace referencia y análisis sobre la sustentación oral de la apelación, efectuada por los defensores "de conformidad con lo ordenado en el artículo 214 del C. de P. Penal, modificado por el 31 de la Ley 81 de 1993" (f. 31 ib.).

Además de que dicha ley 81 no existía el 20 de agosto de 1993 (entró a regir el 2 de noviembre de ese año), es ostensible que la sustentación de la apelación contra la sentencia de primera instancia de aquélla fecha, que fue anulada, se hizo por escrito (fs. 2 a 12 cdno. 2), mientras que fue contra la válida, de abril 11 de 1994, que se efectuó verbalmente (fs. 19 y Ss. cdno. Trib.).

No obstante la claridad de lo anterior, el recurrente se apega al lapsus cálami en que incurrió el Tribunal al citar la fecha "20 de agosto de 1993" cuando confirma "la sentencia impugnada", que obviamente no es otra que la del 11 de abril de 1994, ante cuya apelación había exclusivamente adquirido competencia en segunda instancia.

Así, resulta un notorio desacierto afirmar, como lo hace el casacionista, que la sentencia recurrida en casación "revivió" aquél fallo anulado, manifestación que no pasa de ser un vano intento de aprovecharse de un error, que de ninguna manera puede conllevar el efecto invalidante que de allí se pretende derivar.

Es incuestionable que lo que el Tribunal Superior confirmó, al resolver la apelación, fue la sentencia objeto de tal recurso, que no es otra que la emitida por el a quo el *11 de abril de 1994*, sustitutiva de la declarada sin valor y con la cual bien puede coincidir en consideraciones relacionadas con la existencia del hecho punible, la responsabilidad penal de los acusados y la punibilidad del delito, lo que no significa que la haya revivido, circunstancia que pone de manifiesto la sinrazón del reproche, siendo claro que la actuación anulada y repuesta no podía ser objeto de ulterior revisión.

Adicionalmente a la inocuidad del cargo formulado contra la sentencia, no estableció el demandante de qué manera el error que tanto procura usufructuar, pudo socavar las bases del debido proceso o conculcar el derecho a la defensa, quedándose sin piso la demostración del reparo.

Tampoco prospera esta impugnación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

No casar la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PODER SANCIONATORIO DEL JUEZ

Bien hizo entonces el funcionario acusado en volver en la diligencia de audiencia pública sobre la manera como se sucedieron los hechos y las preguntas que formuló en tal sentido, eran apenas las que habían de esperarse de quien ciertamente buscaba claridad sobre los acontecimientos, fundado para hacerlo en la ya obrante prueba testimonial que permitía pensar en la existencia de una tentativa de homicidio. Ese era su deber legal. Las incógnitas que aún perduraban en materia investigativa, que, además, no le eran imputables porque el Juez acusado no había tenido a su cargo la etapa instructiva, fueron las que, sanamente y con buen criterio, buscó esclarecer. Las preguntas fueron directas, con respaldo en la prueba testimonial, y no capciosas –como se asegura– dizque porque no permitían sino una respuesta comprometedora de la acusada. Ello es inexacto. Pero encontraron la oposición indebida de la defensora y bien hizo el acusado al sancionarla porque de su comportamiento no puede menos de predicarse que buscaba evitar que él cumpliera con su deber, y de lo que se seguiría un compromeiimiento mayor en derecho para su representada. La doctora Contreras Bernal entorpeció, alteró, pues, el desarrollo de la audiencia y de ahí que se hiciera merecedora al correctivo que -habiéndosele dado oportunidad de controvertir la medida- se le impuso, conforme al inciso final del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. –Sala de Casación Penal.--Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No.32 (03-IV-97)

Proceso: 9704

VISTOS

Decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, contra la sentencia proferida por esa Corporación el 13 de julio de 1994, por medio de la cual absolvió al Dr. *Fabio Jaime Rojas Cabrera* de los cargos que por los delitos de prevaricato y detención arbitraria en concurso real le formuló aquél, por Resolución de acusación de agosto 19 de 1993, confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, según hechos acaecidos cuando aquel se desempeñaba como Juez Primero Promiscuo Municipal de San Agustín (Huila).

HECHOS

Unos, tuvieron ocurrencia en la tarde del 25 de septiembre de 1992 en el Juzgado Promiscuo Municipal de San Agustín –Huila–, en el proceso seguido por el delito de lesiones personales contra María Nancy Bravo Díaz, cuando se desarrollaba la audiencia pública presidida por el doctor *Rojos Cabrera*, actuando la doctora Ana Ceneth Contreras Bernal en calidad de defensora y como Agente del Ministerio Público, Nelson Enrique Martínez González.

Abierto el debate público, el juez acusado le preguntó a la procesada: "Explíquenos qué era lo que usted pensaba hacer con Nury Salamanca Chates desde el viernes anterior al día de los hechos como dijo en su indagatoria al folio 11?", a lo cual contestó: "Yo digo lo que me acuerdo porque casi no me acuerdo; yo ya había lesionado con el cuchillo, no... la sindicada piensa sobre la pregunta o para responder a la misma– ...". En este momento intervino la defensora para hacer constar su inconformidad por el interrogatorio pues consideró -y así lo dijo- que el Juez estaba tratando de confundir a la incriminada para hacerla variar su confesión y no reconocerle la ira e intenso dolor con que manifestó en la indagatoria había actuado. A ésto el Juez respondió que sólo estaba cumpliendo con la ley (art. 449, inc. 2o.) que lo autorizaba para indagar a la acusada acerca del hecho punible y sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad.

La abogada manifestó que no se podía averiguar sobre los indicados aspectos porque ya sobre eso se había preguntado en la indagatoria. El Juez continuó indagando, y la defensora insistiendo en su oposición, por lo que el funcionario la amonestó.

Se siguió con el interrogatorio pero como –según la defensora– el mismo atentaba contra los derechos de la acusada, constituyendo una atrocidad y un abuso del Juez, renunció a su encargo, solicitando que se nombrara, de oficio, otro profesional del derecho en su reemplazo. El funcionario optó por disponer que se remitiera copia de la diligencia a la Sala Disciplinaria del Tribunal para que se

investigara la posible infracción al artículo 50 del Decreto 196 de 1971. El Personero Municipal intervino solicitando la suspensión de la diligencia. Y como la defensora comentara que "ésto no parece una audiencia sino un circo", el Juez se sintió irrespetado y, con fundamento en la preceptiva del artículo 453 del C.P.P., la sancionó con arresto inconmutable hasta por doce (12) horas, de las cuales solo dos estuvo privada de la libertad en el Cuartel de la Policía, por prosperar la acción de habeas corpus que se presentara ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Agustín.

Los otros acontecimientos denunciados como presuntamente delictivos consistieron en que, 4 días después de la audiencia, esto es, el 29 de septiembre de 1992, el Dr. *Rojas Cabrera* profirió un auto en el que modificó la calificación jurídica de lesiones personales que se le había dado a la conducta realizada por María Nancy Bravo Díaz. Esto, por cuanto el funcionario entendió que, con la respuesta de la procesada al interrogatorio cumplido en la audiencia y en el sentido de que sí corrió detrás de la víctima, a la que había herido antes, "para acabarla de chuzar o matar", se estaba ante el delito de tentativa de homicidio (fl. 83 C.O.)

LA ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Las presentes diligencias tuvieron origen en las fotocopias de apartes de la referida audiencia pública y de otros documentos del proceso adelantado en contra de Bravo Díaz, que ordenó expedir el Dr. *Rojas Cabrera*, por solicitud del abogado designado por la Dra. Contreras para que la representara en la actuación relacionada con la sanción de arresto que aquel le impuso, por considerar que pudo tipificarse un delito de prevaricato por acción. El Dr. Rojas, a su turno, también dispuso que se compulsaran copias para investigar el posible delito de calumnia, en el que él era la víctima.

Con base en la referida documentación la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, dispuso la consiguiente indagación preliminar, acreditando la calidad del Dr. *Rojas Cabrera* como Juez 1o. Promiscuo Municipal de San Agustín, para cuando sucedieron los hechos.

Así mismo, se escucharon los testimonios de la abogada Contreras Bernal (fl. 37 C. O.), de Pablo Emilio Cabrera Solarte (fl. 42 C.O). Secretario del Juzgado Promiscuo y del Personero Municipal de San Agustín, Nelson Enrique Martínez González (fl.48 C.O).

Según la declaración de la Dra. Contreras Bernal, nunca antes hasta la audiencia pública había tenido altercado alguno con el Dr. *Rojas Cabrera* ; no obstante, el día de los hechos se incomodó por la tardanza en la iniciación de la referida

diligencia y por las preguntas 'asertivas' que el Juez le formuló a la procesada, viéndose en la necesidad de objetarlas, por cuanto su defendida en el afán de salir pronto de la cárcel, a todo contestaba que 'sí', perjudicándose, y como el funcionario no le permitía hablar con la detenida, para explicarle las cosas, se sintió impotente como defensora, percatándose de ello el Personero Municipal. Intervino, entonces, éste, entrando en discusión con el Juez y ahí fue cuando ella comentó que "esto no parece una audiencia, parece un circo". Nunca injurió ni le faltó al respeto al funcionario, no pudiendo entender cómo éste no comprendía que ella no vivía en San Agustín y los perjuicios que con la lentitud en el desarrollo de la diligencia le causaba. Agrega que, como defensora, tenía que preservar lo afirmado por Bravo Díaz en su injurada porque la beneficiaba, razón por la cual "Objetaba las preguntas con el fin de que la procesada entendiera cuál era su situación en esa diligencia y a dónde era que la quería llevar el señor Juez con esas preguntas".

Cabrera Solarte, a su turno, declara que, después de leída la resolución de acusación, el Juez procedió a interrogar a la implicada, pero la doctora Contreras Bernal intervino, asegurando que ella no iba a permitir que se le formularan a la procesada preguntas asertivas. El Juez no aceptó la objeción, prosiguió con el interrogatorio, pero la defensora se opuso a la continuación de la diligencia por falta de garantías. El funcionario la amonestó para que 'no alterara el curso' de ésta. Medió, entonces, el agente del Ministerio Público, aseverando que ante la eventual renuncia de la defensora la actuación debía interrumpirse. Mientras, el Juez y la abogada discutían, y, en esas, "la doctora Ana Ceneth manifestó que eso no parecía una audiencia sino un circo, a lo cual -sic- el señor Juez procedió a sancionar a la citada abogada por doce horas de arresto".

Como la doctora Contreras Bernal había designado al Dr. Rojas Sánchez, para que la representara en lo referente a la mencionada sanción correctiva, éste, dentro de una constancia que el Secretario elaboraba, solicitó que aquella determinación se revocara, pero el Dr. *Rojas Cabrera* , mediante auto, rechazó tal petición. Y como el Personero le demandó al Juez que, por razones de seguridad, permitiera que la abogada no permaneciera en la cárcel, sino en el cuartel de la policía, así lo aceptó el funcionario.

Al final el Secretario declarante concreta que las expresiones de la doctora que le merecieron la sanción, fueron "Que eso no parecía una audiencia sino un circo, que el señor Juez debía de tener consideración que ella estaba nombrada como apoderada de oficio y que iba de Pitalito a cumplir esa diligencia y sin ninguna remuneración y que la audiencia ya llevaba mucho tiempo. Que ella tenía que estar aquí en Pitalito (lugar de recepción del testimonio del empleado judicial) ese mismo día en otra diligencia. Que no debía el señor Juez tratar de cambiar la versión de la implicada, que para eso

ya se había escuchado en diligencia de indagatoria. Que por qué trataba él o pretendía que la sindicada diera otra versión de los hechos, él le respondía que como él tenía la dirección de la audiencia, que la ley lo facultaba para interrogar, que él lo podía hacer, ésto se hacía en voz alta de parte y parte".

Martínez González declaró que el Juez comenzó el interrogatorio de la procesada y la defensora se opuso expresando que no se indagara sobre lo que ya obraba en el expediente. Que, como el Juez hacía preguntas asertivas la abogada las objetó, respondiéndole aquél que su obligación era aclarar los hechos. La profesional del derecho dijo entonces que se retiraba del recinto porque "eso no era una audiencia sino un circo", derivándose de allí la sanción de arresto. Que él le solicitó al Juez que la abogada no fuera conducida a la cárcel, sino al cuartel de la policía, a lo que aquél accedió.

El Comandante de la Estación de Policía de esa localidad, certificó que la Dra. Contreras permaneció privada de la libertad entre las 5:00 de la tarde y las 7:05 de la noche del 25 de septiembre de 1992. También se trajo a los autos copia del trámite de la acción de habeas corpus que se interpusiera ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de San Agustín y de cuya prosperidad derivó su libertad, con cumplimiento parcial de la sanción impuesta.

Con base en estas pruebas, se dispuso la apertura de la investigación, vinculándose a la misma, mediante injurada, al Dr. *Fabio Jaime Rojas Cabrera* , a quien se le resolvió su situación jurídica –auto de febrero 4/93–, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva y otorgándole libertad provisional caucionada, como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción al violar ostensiblemente el artículo 290 del C. de P. P. que prohibe la formulación de preguntas capciosas a los testigos y al proferir providencia manifiestamente contraria a la ley, al variar la calificación jurídica del delito que se le imputaba a María Nancy Bravo, fundamentándose en un interrogatorio totalmente arbitrario y no contar con prueba para desprender la intención homicida, y, también, por el ilícito de privación ilegal de la libertad dada la sanción caprichosa que impuso a la doctora Ana Ceneth Contreras . Inconforme con la determinación el procesado interpuso recurso de apelación, el que fue resuelto por la Fiscalía Delegada ante la Corte el 19 de abril del mismo año, revocando la detención preventiva por el delito de prevaricato derivado del cambio de la denominación jurídica, y confirmándola por los de privación ilegal de la libertad y prevaricato por la sanción a la abogada defensora.

Se allegó al expediente copia de las declaraciones recepcionadas dentro del proceso adelantado contra María Nancy Bravo Díaz y se dispuso que se trajera también fotocopia de los autos que se hubieran allí dictado hasta el 2 de diciembre cuando se verificó la vista pública, lo que así se hizo.

Clausurada la etapa instructiva y previa alegación del Procurador 140 en lo Judicial, quien solicitó la preclusión por atipicidad de las conductas imputadas al Dr. *Rojas Cabrera*, se calificó el mérito probatorio del sumario mediante resolución acusatoria de agosto 19 de 1994, por "los delitos en concurso real de tipos de prevaricato y detención arbitraria", contra la cual se interpuso, por el procesado, recurso de apelación, el que se desató por la Fiscalía Delegada ante la Corte, 15 de septiembre del año próximo pasado, impartiéndole confirmación.

La etapa de la causa se adelantó por el Tribunal Superior de Neiva. En el desarrollo de la audiencia pública fue la primera vez en que se habló –y lo hizo el procesado– de trastorno psiquiátrico por él padecido que le significó, incluso, reclusión en el Hospital General de Neiva. Por esta razón se solicitó por parte del Procurador Judicial 140 que se allegara la historia clínica respectiva. Obtenida ésta se sometió a *Rojas Cabrera* a evaluación psiquiátrica, con los resultados que –más adelante– se precisarán.

Culminada la audiencia pública se profirió la sentencia absolutoria de marras, la que apelada por el Fiscal Delegado ante el Tribunal, se desata -ahora- por esta Colegiatura.

2.- Para una mejor comprensión del asunto, es del caso transcribir el resumen que del trámite del expediente adelantado contra María Nancy Bravo Díaz, realizó el Fiscal Delegado ante el Tribunal, en la resolución de acusación contra *Jime Rojas Cabrera*, así:

"El 12 de mayo/89 rindió indagatoria María Nancy Bravo Díaz, sindicada de haber lesionada con arma blanca (cuchillo) a Nury Salamanca, donde confiesa el delito aduciendo que su actuar obedeció a los comentarios que contra su honra venía haciendo desde tiempo atrás Nury, pues a varias de sus amigas les había dicho que ella era una 'ramera', llegando a oídos de su señora madre tales murmuraciones. Por esta razón cuando vio a Nury dirigirse hacia el colegio la alcanzó y con un cuchillo que tomó de su casa le ocasionó dos heridas, una en el seno derecho y otra en el costado. La indagada aportó los nombres de quienes presenciaron los hechos al igual de las amigas que sabían de la enemistad que existía entre ellas.

"Omaira Chilito Paz testigo presencial cuenta que caminaba acompañada de la ofendida Nury Salamanca cuando repentinamente María Nancy Bravo sorprendió a su amiga propinándole primero unos puños por la espalda e inmediatamente se trabaron en riña no pudiendo precisar el instante en que recibió las heridas porque cuando Nury salió corriendo pidiendo auxilio y ya se le notaba la sangre en sus vestiduras, la agresora persiguió a la lesionada según cree ella

para acabarla 'de chuzar o matar', pero unos vecinos la refugiaron en su casa. Comenta que cuando María Nancy se alejaba del lugar la vio esconder el arma en un bolso.

"La deponente Luvinel Castañeda Ramos aunque dice no haber presenciado el instante en que resultó herida Nury, fue la persona que al verla herida la auxilió y trasladó hasta el hospital. Como dato importante afirma que la agresora estaba frente a su casa guardaba el cuchillo en una bolsa pero cuando ella pretendió trasladar a la herida para que recibiera atención médica, María Nancy hizo además de sacar nuevamente el arma y acercarse a la ofendida pero desistió porque ésta se desmayó.

"En similares términos declaró Nancy Oliva Castañeda Ramos, corroborando el hecho de que María Nancy Bravo persiguió a Nury, permaneció por un lapso de tiempo -sic- frente a la casa donde se refugió ella y en forma desafiante portaba el cuchillo oculto en una bolsa.

"Carmen Chates de Salamanca (madre de la ofendida) se refiere a los acontecimientos pero por comentarios que llegaron a sus oídos, pues no estaba presente cuando el ilícito fue cometido. Por su parte Juana Martínez, María Rubiela Martínez, Felisa Ramos de Castañeda, Edgar Cajiboy Ome, Luz Nelly Cajiboy Ome, Ana Cardeth Marín Trujillo y Teresa Rosero Córdoba cuentan que únicamente vieron correr ya herida a Nury Salamanca y a María Nancy Bravo perseguirla portando un cuchillo que camuflaba dentro de una bolsa plástica. Dicen no haber presenciado el instante mismo de la agresión, pero la última relacionada agrega que cuando trató de prestarle auxilio a la ofendida María Nancy le increpó para que no se metiera porque si no le daba cuchillo a ella también. El señor Jorge Eduardo Hoyos Bahos atestigua que estando a unos 30 metros de distancia observó el instante en que María Nancy Bravo alcanzó a Nury y la agredió con un arma cortopunzante que portaba escondida en una bolsa plástica; que la lesionada corrió pidiendo auxilio y su agresora la persiguió; ignora los móviles que originaron tal ilícito.

"En el Hospital Regional de Pitalito se le escuchó en declaración a Nury Salamanca Chates donde relató que ha tenido enemistad con Rubiela Martínez y sus primas Dora y María Nancy Bravo, que el día de autos se dirigía hacia el colegio cuando repentinamente fue atacada por su espalda y le asestaron una puñalada que la hirió en el seno, al voltear vio que la agresora era su prima quien inmediatamente la hirió de nuevo en la cadera, emprendió la huida pero ésta la perseguía, por lo cual se refugió en la casa de una amiga. Comenta que la enemistad con sus consanguíneas surgió por una confidencia que le hizo a Nancy quien no guardó el secreto sino que lo transmitió a Dora y Rubiela.

"El Juzgado Promiscuo Municipal de San Agustín emitió las siguientes providencias interlocutorias en el proceso contra María Nancy Bravo Díaz, así: el 17 de mayo/89 resolvió la situación jurídica de la vinculada imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva y libró la orden de captura pertinente. En julio 12 de 1989 negó la petición de libertad provisional invocada por la sindicada. El 27 de julio de 1989 se calificó el mérito del sumario y se profirió resolución de acusación contra María Nancy Bravo Díaz por un delito de lesiones personales y se le niega el beneficio de libertad provisional. El 17 de agosto de ese mismo año se negó nuevamente la petición de libertad a la enjuiciada. 15 de septiembre/89 el a-quo suspendió la detención preventiva de María Nancy en virtud a lo dispuesto en el art. 432 del C. de P. Penal toda vez que a la procesada le faltaban menos de dos meses para dar a luz.

"Con auto del 5 de junio de 1992 el Juzgado revocó la providencia anterior y dispuso nuevamente la captura de María Nancy. Cuando se emite este interlocutorio ya se desempeñaba como titular del Juzgado el Dr. Fabio Jaime Rojas Cabrera. *El 29 de septiembre/92 el Juez resuelve modificar la calificación provisional del delito porque considera que sobrevino prueba durante la diligencia de audiencia pública realizada el 25 de septiembre de ese año que amerita tomar esa decisión, toda vez que al interrogar a la procesada 'si era cierto que cuando Nury salió corriendo herida usted corrió detrás de ella para acabarla de chuzar o matar, ésta contestó que SI'; por lo tanto se estaría frente a un delito de Tentativa de Homicidio y no Lesiones Personales. Se declara sin competencia para seguir conociendo del proceso y lo remite a la Unidad Seccional de Fiscalías de Pitalito para su asignación.*

"Con resolución calendada en octubre 2 de 1992 la Fiscalía Seccional Veinticinco con sede en Pitalito considera que por encontrarse el proceso en la etapa del juicio, le corresponde a los Juzgados Penales del Circuito pronunciarse sobre la determinación adoptada por el Juzgado Promiscuo, se declara sin competencia y devuelve el expediente a la oficina de origen. Recibido nuevamente el proceso el 6 de octubre de 1992, el Dr. Rojas Cabrera *dicta auto de sustanciación que dice: 'Obedezcase y estese a lo resuelto por la Fiscalía Seccional Veinticinco de la ciudad de Pitalito, Huila...'. El 8 de octubre siguiente en virtud a la renuncia que hiciera la Dra. Ana Ceneth como defensora de María Nancy Bravo, le asigna otro defensor de oficio. Hasta aquí la actuación del sindicado dr.* Fabio Jaime Rojas Cabrera *como Juez Primero Promiscuo de San Agustín".*

LA SENTENCIA IMPUGNADA

A ella se referirá en detalle la Corte en el acápite considerativo del presente proveído. Por ahora se impone, para resaltar los fundamentos de la absolución, transcribir su apartado final, que dice:

"... Podría pensarse que tal perturbación le duró al juez sólo durante esa tarde y que cuando dictó cuatro días después el auto en donde varió la calificación del hecho imputado a María Nancy Bravo Díaz, ya el juez había tenido tiempo de serenarse y con sindéresis, buen juicio, analizar la petición y si entonces observar allí su mala fe. Además, de si en esa primera fecha 25 de septiembre actuó sin la capacidad de comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión por trastorno mental transitorio y el 29 siguiente a conciencia y voluntad. Al respecto hay que tener en cuenta dos cosas:

"1.- Si bien el Dr. Fabio Jaime Rojas Cabrera padece una enfermedad 'esquizoparanoide', en donde 'su actividad aparentemente tranquila, se exaspera cuando se discrepa o se hace alguna insinuación de duda sobre su exposición', como lo menciona el psiquiatra en el examen mental; y dada la forma como se desarrolló la diligencia, no puede tenérsele como un trastornado mental transitorio, ni menos creerse que en tal estado duró hasta tres días después, no existe en el expediente dato que lleve a pensar que entró en crisis y todas sus actuaciones subsiguientes en el despacho estuvieran enmarcadas dentro de la misma. Todo lo contrario, al motivar, así fuera brevemente sus decisiones señala con base en que norma las toma, tratando de ser coherente y lógico, por tanto;

"2. Se concluye que dada su personalidad con delirios de orden persecutorio, megalomaníaco, que lo hace persistir en su terquedad, en su obstinación, con la inicial y desatinada intervención de la abogada, ésta hizo que su ánimo se alterara e incurriera en un error, en este caso es discutible si nos encontramos frente al error de tipo o el error de prohibición (numeral 3o. y 4o. art. 40), por cuanto el procesado considera que dictó sus decisiones ajustadas a derecho y así las motivó, claro que en la audiencia donde se le juzga acepta que se equivocó pues debió enviar al Juez del Circuito y no a la Fiscalía el proceso por lesiones personales y explica el porqué entendió que podía variar la calificación jurídica, al igual que no haber oído en descargos a la abogada que sancionaba para así haber seguido el trámite del art. 39 del C. de P. Civil para sancionarla, pero ya, tenía su ánimo sereno, había pasado más de un año y desde luego estudió su situación para poderse defender, argumentando cierta ignorancia, desconocimiento de las normas, pero por sobre todo, su ausencia de dolo, e insistió en que así creyó que era su correcta interpretación cuando emitió las decisiones. Siendo invencible -dado su particular estado mental- el error en el cual incurrió el Dr. Fabio Jaime Rojas Cabrera , debe concluírse que su actuar se adecua dentro de la causal de inculpabilidad traída en el numeral 4o. del art. 40 del C.P., valga decir, en la modalidad de error de tipo, ante la equivocada interpretación efectuada por el ex-juez a las normas que aplicó en el caso sub-exámine; por consiguiente se absolverá de los cargos formulados en la resolución de acusación".

LA IMPUGNACIÓN

Empieza el recurrente por señalar que tuvo oportunidad, en su condición de Fiscal Delegado ante el Tribunal, de proferir resolución acusatoria contra FABIO *Fabio Jaime Rojas Cabrera* , por dos delitos de prevaricato a más del de detención arbitraria. Sobre los primeros ilícitos concreta que uno se refiere a la indebida decisión de variación de la calificación provisional y, el otro, por la arbitraira determinación de arresto para la abogada Contreras Bernal. Comenta, a continuación, que bien puede concurrir el hecho punible de prevaricato por la sanción indebida impuesta, con el de privación ilegal de la libertad, por tratarse de conductas que "se harían divisibles", que afectan bienes jurídicos distintos y por la aplicación de la teoría del delito medio y el delito fin.

A continuación transcribe el primer acápite de las 'consideraciones' del Tribunal, en el que se reconoce que no existe duda sobre la adecuación de los tipos penales descritos en los artículos 149 y 272 del C. P., y concluye que esta 'premisa' implica una perfecta tipicidad que elimina cualquier causal de inculpabilidad. Pareciera –sostiene– que se acepta por el sentenciador la contundente responsabilidad penal del acusado. Todo ésto se expone por el apelante, buscando hacer ver las presuntas o reales contradicciones del sentenciador al terminar absolviendo por inculpabilidad.

Luego recuerda el impugnante que el fallo hace referencia a la experiencia del funcionario acusado, lo que hacía que no debieran serle desconocidas o confusas las normas que debía aplicar. El sentenciador también acepta que en la audiencia no existieron actos perturbadores. Pero, incoherentemente –precisa–, acto seguido el juzgador afirma que, miradas aisladamente las actuaciones del Juez, permiten pensar en desconocimiento del derecho penal y que la esquizofrenia paranoide del acusado, aunque no era crítica, hizo que se alterara ante el comportamiento peculiar de la defensora, quien tenía afán, por razones familiares, de regresar al municipio de Pitalito.

Para el Fiscal el afán de la abogada porque la audiencia terminara pronto, era apenas natural y no conduce a nada relevante para la mente del juez.

Critica igualmente al Tribunal porque a pesar de insistir en la enfermedad mental del procesado, antecedente a los hechos, terminó descartándola. Y porque apartes de su proveído llevan a pensar que ni el error de tipo ni el error de prohibición es aceptado, al no hacerse de ellos ninguna argumentación válida, sería y sí sostenerse que "en este caso es discutible si nos encontramos frente el error de tipo o el error de prohibición (numeral 3o. y 4o. art. 40)".

Para el recurrente la conclusión a que, finalmente, arriba la sentencia es censurable porque se interroga: "En dónde está la argumentación jurídica para concluír con que el acusado actuó por error de tipo?.De qué evidencia probatoria y de qué análisis de la misma dedujo la causal de inculpabilidad...?. Por qué aduce el 'particular estado mental' para concluír en el error de tipo?. El error de tipo involucra los tres delitos de que se le acusó al doctor *Fabio Jaime Rojas Cabrera*?. Se hizo un estudio separado y concreto de cada inconducta imputada al procesado?."

El Fiscal termina solicitando que se revoque la sentencia para que, en su lugar, se profiera una condenatoria de reemplazo.

CONSIDERACIONES

1.- Hay que convenir con el recurrente que la sentencia de primera instancia está muy lejos de ser un modelo de claridad expositiva o conceptual y que, ciertamente, no precisa cómo es que opera el error de tipo, por el que finalmente se inclina, respecto a cada una de las ilicitudes por las que la Fiscalía emitió resolución de acusación. Pero tampoco es verdad todo cuanto apunta el recurrente.

Así, el sentenciador por parte alguna admitió que se estuviera ante comportamientos típicos, antijurídicos y culpables, ésto es, que concurrieran a plenitud todos los elementos integradores del hecho punible. Simplemente, al principio de su providencia y en el aparte de las 'consideraciones' señaló que no existía duda sobre la tipicidad de las conductas, o sea, que encuadraban en los supuestos de hecho de prevaricato por acción y detención arbitraria, concretamente, privación ilegal de la libertad. Indicó, además, que, con anterioridad a la audiencia, ni se vislumbró ni se planteó ninguna causal de justificación o de inculpabilidad y que sólamente en el debate público se conocieron los antecedentes de la esquizofrenia paranoide padecida por el procesado *Fabio Jaime Rojas Cabrera*, razón por la cual se dispuso que se trajera a los autos la historia clínica referente a cuando fue hospitalizado a mediados del año de 1991 y, obtenida ésta se le sometiera a evaluación psiquiátrica; la que concluyó: "Después de haber presentado en el año de 1991 un cuadro francamente psicótico que motivó su hospitalización en la Unidad Mental del Hospital General de Neiva, del cual obtuvo mejoría en forma parcial, continuó evolucionando a nivel de su pensamiento con una ideación temática, intelectualizada, racionalizada, sobrevalorada de contenido místico delirante que proyecta hasta en la actualidad regulando todos los aspectos de su vida".

Para el Tribunal, dada la forma como se desarrolló la diligencia de audiencia pública en la que se juzgaba a María Nancy Bravo Díaz, el procesado *Fabio Jaime Rojas Cabrera* no puede tenerse como un trastornado mental transitorio; pero, su

personalidad, "con delirios de orden persecutorio, megalomaníaco, que lo hace persistir en su terquedad", ante el peculiar comportamiento de la abogada, se desquició, por lo que incurrió en error, el que al principio sostiene que es discutible si es de tipo o de prohibición, para al final aseverar que es de la primera categoría. "ante la equivocada interpretación efectuada por el ex-juez a las normas que aplicó al caso sub-exámine".

Se concreta, además, que en la primera indagatoria que se recepcionó a María Nancy Bravo Díaz se dejaron importantes preguntas por formular, las que bien podía hacer el juez acusado en la diligencia de audiencia pública, a términos del artículo 449 del C.P.P. Pero a continuación se añade que falló el funcionario en cuanto la manera antitécnica como hizo el interrogatorio, lo que llevó a que su poderdante, justamente, se opusiera a esa 'arbitrariedad', para, finalmente, resultar indebidamente sancionada. Refiere también la sentencia que pocos días después varió el Juez la calificación jurídica (auto motivado de septiembre 29/92), para entrar a sostener que se trataba de una tentativa de homicidio, con base en las respuestas que dio la allí procesada en el interrogatorio cumplido en la audiencia. Todo esto dicho -así se impone entenderlo dentro del discurso del proveído- para resaltar la objetividad típica de los comportamientos.

Entra luego el juzgador a referirse a la experiencia del funcionario, la que no permite pensar que ignorara las normas pertinentes sobre la manera de practicar un interrogatorio y lo concerniente al artículo 453 del C.P.P.; pero, a continuación expresa que si se equivocó en su aplicación no fue por ánimo torcido, pues no tenía ninguna animadversión con la procesada ni con su defensora, sino más bien dada su esquizofrenia, la que se desencadenó desde cuando la abogada le objetó la primera pregunta que formuló y al decirle prácticamente que no podía interrogar a la allí acusada. La alteración de su personalidad fue tan grave -se sostiene- que sólo así se explica que termine solicitándole la palabra a su secretario para intervenir en una constancia que éste sentaba.

Es incuestionable que en la determinación en alzada se mencionan algunos hechos que no tienen ninguna repercusión sobre la inculpabilidad que, finalmente, se reconoce, así que el expediente se remitió por el procesado a la Fiscalía y no a los Jueces del Circuito. También es verdad que, cuando se decide por el error de tipo, no presenta ninguna argumentación válida para haber preferido tal opción; en fin, es cierto que se incurre en las incoherencias que se ha tenido ocasión de precisar; pero, exactamente, por eso es que se sostiene, que no se trata de una providencia excepcional, mas, en lo esencial y analizando con detenimiento la sentencia, se encuentra el pensamiento del Tribunal que lo llevó a absolver a *Rojas Cabrera*: inexistencia de dolo y error en las decisiones a lo que fue llevado por su esquizofrenia paranoica.

2. Para la Corte, la presente actuación tuvo desde sus comienzos un equivocado enfoque por parte de la Fiscalía, pues era obstensible la existencia de prueba que apuntaba a la comisión de un delito de tentativa de homicidio por parte de María Nancy Bravo Díaz. Así lo demuestra, sin vacilaciones, lo que se desprende de los testimonios de Omaira Chilito Paz, Luvinel Castañeda Ramos, Nancy Oliva Castañeda Ramos, Teresa Rosero Córdoba, Juana Martínez; María Rubicla Martínez, Felisa Ramos de Castañeda, Edgar Cajiboy Ome, Luz Nelly Cajiboy Ome y Ana Cardeth Marín Trujillo, a los mismos que la Corte se refirió ampliamente en anterior capítulo.

En efecto, se probó que Nury Salamanca fue herida gravemente por la mujer Bravo Díaz de manera sorpresiva, viniendo por detrás, y que ya sangrando aquélla y huyéndole, la persiguió llevando consigo el arma vulneradora, en actitud que fue calificada por los testigos de querer así acabarla de chuzar o matar y que, cuando alguien quiso ayudarla, ofreció también darle cuchillo a quien exhibía esa conducta solidaria, con todo lo cual daba a entender que buscaba que su víctima se desangrara o incluso rematarla.

Bien hizo entonces el funcionario acusado en volver en la diligencia de audiencia pública sobre la manera como se sucedieron los hechos y las preguntas que formuló en tal sentido, eran apenas las que habían de esperarse de quien ciertamente buscaba claridad sobre los acontecimientos, fundado para hacerlo en la ya obrante prueba testimonial que permitía pensar en la existencia de una tentativa de homicidio. Ese era su deber legal. Las incógnitas que aún perduraban en materia investigativa, que, además, no le eran imputables porque el Juez acusado no había tenido a su cargo la etapa instructiva, fueron las que, sanamente y con buen criterio, buscó esclarecer. Las preguntas fueron directas, con respaldo en la prueba testimonial, y no capciosas –como se asegura– dizque porque no permitían sino una respuesta comprometedora de la acusada. Ello es inexacto. Pero encontraron la oposición indebida de la defensora y bien hizo el acusado al sancionarla porque de su comportamiento no puede menos de predicarse que buscaba evitar que él cumpliera con su deber, y de lo que se seguiría un comprometimiento mayor en derecho para su representada. La doctora Contreras Bernal entorpeció, alteró, pues, el desarrollo de la audiencia y de ahí que se hiciera merecedora al correctivo que –habiéndosele dado oportunidad de controvertir la medida– se le impuso, conforme al inciso final del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

De la conducta –pues– cumplida por *Rojas Cabrera* y acabada de analizar se impone predicar que es atípica.

3.- Cuando se lee a folios 82 y 83 del primer cuaderno original el auto de septiembre 29 1992, se aprecia que el Juez acusado, luego de señalar la respuesta "SI" que la procesada Bravo Díaz dio a su pregunta de "si era cierto que cuando Nury salió corriendo herida usted corrió detrás de ella para acabarla de chuzar o matar" y de referirse a los fenómenos jurídicos de la tentativa, la intención y el riesgo y a la tipificación que nuestro estatuto penal trae sobre el homicidio, concluye que "En el caso que nos ocupa el riesgo consistió en que la procesada María Nancy Bravo Díaz le asestó sorprendiéndola por la espalda a Nury Salamanca Chates una puñalada en el seno derecho y posteriormente otra herida en el lado derecho de la cadera y en correr detrás de ella ya herida para matarla como lo dejamos visto. El dictamen médico arroja para la ofendida al folio 47 una incapacidad definitiva de 32 días y como consecuencia deformidad física permanente. Como vemos de lo anterior surge la clara convicción de que el acto realizado por la encartada era suficiente para crear un riesgo contra su vida".

Pues bien, de tales apuntamientos no es dable predicar que sean manifiestamente contrarios a la realidad procesal o al derecho. Desde luego, ha podido el Juez fundamentar en mejor forma su determinación, trayendo a colación por ejemplo la prueba testimonial que respaldaba su aserto de estarse ante una tentativa de homicidio. Pero, en fin, lo cierto es que la determinación no amerita el calificativo de "prevaricadora".

No requerían, pues, los funcionarios, para encontrar intrascendente penalmente la actuación del acusado de acudir a ningún tipo de malabarismo jurídico, porque si era patente que el Dr. *Fabio Jaime Rojas Cabrera*, sin torcer la prueba, sin espurias motivaciones, sin móvil distinto al de querer acertar, arribó a las decisiones que asumió y que se le critican, sin esfuerzos se imponía la improcedencia de derivarle cualquier eventualidad delictiva, aun, desde luego, en la fase instructiva.

4.- Con respecto al delito de prevaricato por la variación de la calificación provisional, es del caso resaltar el hecho de que la Fiscalía profirió resolución acusatoria por el mismo en cuanto que, con base en un interrogatorio infundado cumplido en la audiencia pública, se predicó la existencia de una tentativa de homicidio, sin que por ninguna otra parte apareciera prueba que permitiera sostener la intención homicida con que se dijo actuó María Nancy Bravo Díaz. No fue, pues, objeto de discusión dentro del presente proceso la competencia o no del Dr. *Rojas Cabrera*, en su condición de Juez 1o. Promiscuo Municipal de San Agustín, para asumir la determinación que se comenta.

Para cuando se asumió la decisión del cambio de denominación jurídica, el actual Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) llevaba,

prácticamente, tres meses de vigencia –del 1o. de julio al 29 de septiembre de 1992–, lo que hace evidente que se trataba de normas relativamente nuevas, cuya debida aplicación se hacía más difícil en lugares apartados del país, tales como el municipio de San Agustín. Esto, sin duda, llevó al funcionario acusado a considerar, equivocadamente, que podía variar la calificación jurídica como así se autorizaba por norma anterior. Precisamente, el Dr. *Rojas Cabrera*, especifica que él entendió que podía hacerlo con fundamento en el artículo 32 del Decreto 1861 de 1989 que lo permitía durante la etapa de juzgamiento y antes de que se concluyera la diligencia de audiencia pública, "Cuando la calificación provisional o cualquier elemento estructurante del hecho punible imputado en la resolución de acusación, no corresponda a los hechos controvertidos en el sumario, o exista prueba sobreviniente que los modifique".

Desatinó, desde luego, el funcionario, al aplicar normas recientemente derogadas, pero nada más, y en ello radica la razón para que la Fiscalía no hubiera entrado a predicar la existencia de prevaricato por razón de la incompetencia del funcionario para variar la calificación, centrando su ataque –se reitera– en el desconocimiento de la realidad procesal que no permitía según ella sostener la intención de matar y en la prueba ilegalmente recogida durante la audiencia pública. Y,

5.- Por todo lo dicho se confirmará, entonces, la decisión impugnada, pero por atipicidad de la conducta y no por inculpabilidad como lo había determinado la primera instancia. En efecto, del Juez *Rojas Cabrera* no es dable asegurar que abusó de sus funciones, cuando privó de su libertad a la abogada Contreras Bernal; como tampoco es atinado afirmar que la determinación de cambio de la denominación jurídica del delito por el que se procesaba a María Nancy Bravo Díaz, comportó resolución manifiestamente contraria a la ley. En uno y otro evento no cabe adverar que la conducta del Juez acusado realizara los ingredientes que componen el injusto típico del prevaricato (art. 149 del C.P.) y la privación ilegal de la libertad (art. 272 ibídem), o, dicho de otra forma, la descripción material de estos prohibidos comportamientos.

Finalmente dígase que si –como quedó demostrado– la conducta resultó atípica, nada tiene que señalar la Corte en concreto sobre la evaluación psiquiática, ya que, pese al trastorno mental que se le atribuyó a *Fabio Jaime Rojas Cabrera*, sus decisiones resultaron intrascendentes penalmente.

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

Confirmar, aunque por razones diferentes, integralmente la sentencia de julio trece (13) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, absolvió a Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal.

Cópiese, cúmplase y devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

APELACION/ NULIDAD

De acuerdo con lo previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación procede "contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia", y en este caso la nulidad fue decretada por el Juez de segunda instancia, luego su decisión se agotó en esa sede y no es susceptible del recurso de apelación porque ello supondría una tercera instancia que la ley procesal no contempla.

En estas condiciones, es claro que el recurso no es procedente y que el Tribunal no debió haberlo concedido, razones por las cuales la Corte se abstendrá de pronunciarse y ordenará que se devuelva el expediente a la oficina de origen.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 34

Proceso: 12898.

VISTOS

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Farnes de Jesús Valencia Rengifo contra el auto del 16 de diciembre de 1.996, mediante el cual el Tribunal Superior de Quibdó declaró la nulidad del fallo de segunda instancia que confirmó la sentencia absolutoria por Peculado y Falsedad, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad.

ANTECEDENTES

1° Los hechos que originaron este proceso ocurrieron en el mes de marzo de 1994, época en la cual los procesados Mena Ortiz, Ríos Mosquera y Valencia Rengifo se desempeñaban como Pagador, Director y Almacenista del Fondo Educativo Regional del Chocó respectivamente. En tal calidad ordenaron al Banco Popular de Quibdó el traspaso de veinte millones de pesos a una cuenta corriente denominada Fondo de Educación Regional y procedieron a girar varios cheques por diferentes sumas que fueron cobradas o consignadas en las cuentas de los acusados. Para justificar el giro de los dineros elaboraron cuatro cuentas de cobro por la compra de algunos elementos con destino a la entidad las cuales sirvieron de soporte.

2° El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó absolvió a los procesados de los delitos imputados. Apelado el fallo el Tribunal Superior de Quibdó, mediante sentencia del 2 de diciembre de 1.996, mayoritariamente le impartió confirmación.

3° El funcionario que salvó el voto se abstuvo de suscribir el fallo por considerar que para la fecha en que aparece firmada por el Magistrado ponente ya se había posesionado su reemplazo.

4° Mediante providencia del 16 de diciembre de 1.996, atendiendo la anterior circunstancia el nuevo Magistrado decretó la nulidad del fallo con los siguientes argumentos:

"En el caso bajo estudio, tenemos que el doctor Ely Gómez Ortega, *además de haber realizado la ponencia con relación a la providencia cuestionada, firmó esta última con fecha del dos (2) de diciembre de la presente anualidad, lo cual ocurriera después de posesionado el magistrado que lo reemplazaría. Concretamente como obra en constancia que antecede el citado funcionario plasmó su firma en la aludida sentencia, después de que el suscrito se hizo presente en este Despacho para efectos de hacerse el empalme correspondiente y recibirle lo inventariado, ocurriendo esto último más o menos a las cuatro de la tarde de esa fecha".*

"Por tales motivos, considera la Sala, que el doctor Ely Gómez Ortega, *en esas circunstancias, no estaba facultado, no tenía atribuciones o competencia objetiva para haber realizado la ponencia de dicha sentencia, ni firmarla, puesto que esto era del resorte del magistrado que entraba a reemplazarlo. El citado no tenía sino facultades que se circunscribían única y exclusivamente al ámbito de entrega de este Despacho, en aras de procurar el referido empalme".*

5° Esta decisión fue recurrida con reposición por el defensor del procesado Ricardo Ríos y en apelación por el apoderado de Farnes de Jesús Valencia. Denegada la impugnación horizontal, el Tribunal de instancia concedió la apelación ante la Corte a donde remitió la actuación.

6° El recurrente sostiene que la sentencia no era susceptible de anulación por el mismo Tribunal que la profirió y que solo era atacable a través del recurso de casación. Aduce que el Magistrado que salvó voto no ha debido intervenir en la providencia que decretó la nulidad porque ya se había separado del proceso y tenía preconcebido un criterio en contra de los procesados.

En escrito que allegó a esta Corporación reitera el criterio expuesto en la sustentación del recurso y agrega que el Magistrado disidente había tenido una discusión con el hermano de uno de los procesados, por lo cual ha debido separarse del proceso para garantizar la imparcialidad que debe esperarse del juzgador.

7° Los apoderados de los procesados Ricardo Emiro Ríos y Apolonides Mena también allegaron a la Corte un escrito en el que solicitan la revocatoria del auto impugnado.

Consideraciones de la Sala

1° La Sala no puede entrar a resolver la impugnación presentada porque no obstante tener el auto cuestionado el carácter de interlocutorio, carece del recurso de apelación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación procede "contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia", y en este caso la nulidad fue decretada por el Juez de segunda instancia, luego su decisión se agotó en esa sede y no es susceptible del recurso de apelación porque ello supondría una tercera instancia que la ley procesal no contempla.

2° En estas condiciones, es claro que el recurso no es procedente y que el Tribunal no debió haberlo concedido, razones por las cuales la Corte se abstendrá de pronunciarse y ordenará que se devuelva el expediente a la oficina de origen.

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

RESUELVE:

Abstenerse de resolver el recurso de apelación interpuesto en este asunto por las razones anotadas en precedencia. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA/ PRUEBA/ EXAMEN MEDICO

De manera reiterada y pacífica ha venido sosteniendo la doctrina de esta Sala de la Corte en relación con el tema de la violación al derecho de defensa por el no decreto o práctica de pruebas, que no es cualquier omisión en el decreto o práctica de esos medios la que genera nulidad de la actuación, sino aquella que efectivamente vulnera el principio de la investigación integral, según el cual se ha de averiguar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, evacuando las citas que éste haga para su excusa, y haciendo efectivo el derecho de contradicción.

Es carga del libelista cotejar lo que aparece en el proceso y recoge la sentencia, con lo omitido, pero además la de entrar a demostrar la repercusión que los medios ausentes tendría para contrarrestar elementos incriminatorios, sin descuidar que tal enervamiento debe alcanzar la totalidad del recaudo probatorio considerado en el fallo, en cuanto bien pueden subsistir, pese a una disvirtuación parcial, elementos de convicción indemnes que den base a su eficacia, haciendo por consiguiente inoperante el ataque.

En cuanto al examen médico del imputado, se ha de insistir en que su práctica no procede por simple capricho del funcionario, ni por el solo hecho de que lo solicite alguna de las partes, sino ante la presencia de indicios serios que lo ameriten, sea por derivar de antecedentes del implicado ilustrativos de un comportamiento bizarro, ora de las especiales circunstancias modales de la ilicitud, en cuanto aquellos o éstas informen su incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta, o de reaccionar o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.34

Proceso: 8815

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto a nombre del acusado Jaime Tomás Martínez Martínez, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo el 25 de mayo de 1993, mediante la cual impartió confirmación –modificando la pena principal de 17 a 16 años de prisión–, a la que en primera instancia emitiera el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé al considerarlo autor del delito de homicidio agravado. La pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas se fijó en 10 años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El sábado 24 de agosto de 1991 aproximadamente a las seis de la tarde en el sitio denominado mi Ranchito, contiguo a la calle San Roque que conduce al cementerio de la localidad de Galeras en el Departamento de Sucre, resultó muerto Eusebio Manuel Guerra Baldovino cuando transitaba en compañía de la menor Marisela de Jesús Herazo Díaz.

2. La investigación la asumió el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal radicado en Sincé, vinculando mediante indagatoria a Jaime Tomás Martínez Martínez, cuya explicación relata que al llegar al pueblo guiando un burro cargado con leña, se encontró con Manuel Guerrero quien lo tenía amenazado, por lo que le disparó a la cara con una escopeta casera a una distancia de dos metros. Al recibir el impacto, Guerrero reaccionó sacando un machete y persiguiéndole con lances, pero al tropezar y caer, el procesado lo despojó del arma y con ella le propinó varios golpes hasta ocasionarle la muerte.

Al indagado se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva, y el 1o. de octubre de 1992 al calificar la investigación, se le profirió resolución de acusación por el delito de homicidio agravado, decisión objeto de apelación y posterior confirmación por parte del Tribunal Superior de Sincelejo.

La etapa del juicio corrió a cargo del Juzgado Superior de Sincelejo. En ella se desestimaron por improcedentes las pruebas solicitadas por el defensor, lo mismo que la nulidad por éste invocada, decisión sometida a revisión y confirmada por el citado Tribunal.

A la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, las diligencias le fueron remitidas al Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé por competencia, y una vez cumplido el rito de la audiencia se produjo el fallo de resultados anteriormente dichos, sobre el cual intentó la defensa el recurso de alzada, dando lugar a la providencia sometida ahora al recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Invocando el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos le formula el recurrente a la sentencia de segunda instancia, el primero por la vía de la nulidad, por omisión de pruebas en la etapa del juicio; y el segundo por la causal primera, bajo la sugerencia de un error de hecho al apreciar el fallador erradamente las declaraciones de la menor Marisela de Jesús Herazo Díaz, y de Francisco Manuel Martínez Benavides padre del procesado .

El *primer cargo* se sustenta bajo la afirmación de que no se profundizó en la investigación, dejando el funcionario de instrucción de establecer las circunstancias y los motivos determinantes que rodearon los hechos. Si se hubieran recepcionado otros testimonios y practicado la diligencia de inspección con reconstrucción, se hubiera podido clarificar el lugar, el espacio y la manera como ocurrió el encuentro de los antagonistas.

Acepta que la defensa omitió en el sumario solicitar la práctica de esas pruebas debido a la rapidez con que se clausuró la investigación, pero el principio de la carga de la prueba en cabeza del Estado implicaba su decreto oficioso, así que su omisión constituye una vulneración al derecho de defensa, máxime si se tiene en cuenta que con tan deficiente acervo probatorio se produjo un fallo de condena.

Durante el juicio se insistió en que esas y otras nuevas pruebas fueran practicadas, como la ampliación del testimonio del padre del procesado quien en la versión inicial había sostenido de manera confusa que se encontraba en su finca el domingo 25, siendo que desde las primeras horas de la mañana de ese día había partido hacía el municipio de Galeras para diligenciar el traslado del cadáver del occiso a la población de Sincé, lo que confirmarían las declaraciones del Inspector Central de Policía de la mencionada localidad, y las de María Rosmira López, Carlos Royert y Jaime Díaz que le fueron negadas; al igual que el dictamen de balística y el examen sobre presanidad del sindicado que hubiera permitido establecer su condición mental y psicológica, y determinar su responsabilidad penal.

Con fundamento en el artículo 446 del Decreto 2700 de 1991 la defensa reiteró la práctica de pruebas, pero una vez más y con similares argumentos le fue despachada adversamente. En esas condiciones considera el actor que se violaron

los artículos 10, 169, 299, 355, 304, 358, 446 y 492 del Código de Procedimiento Penal, y 29 de la Constitución, por lo que solicita la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó el cierre de la investigación, o bien de aquel que señaló día y hora para la celebración de la audiencia pública.

El segundo cargo propuesto por la vía de la violación indirecta, sostiene que el fallo apreció erradamente los dichos de la menor Marisela de Jesús Herazo Díaz y del padre del acusado señor Francisco Manuel Martínez Benavides, basando en ellos la inexistente responsabilidad penal del acusado. Además, equivocadamente subsumió la conducta en el tipo penal del homicidio agravado artículos 323 y 324 del Código Penal, cuando ante la falta de certeza –artículo 247 de la ley procesal– debió absolvérsele, pues su conducta se enmarcaba en la justificante de la legítima defensa prevista en el artículo 29.4 ibídem.

Critica el testimonio de Marisela de Jesús Herazo Díaz, aseverando que no presenció los acontecimientos, ya que según el informe de la Sub-Estación de Policía de Galeras oficio 048 de agosto 26 de 1991, de los dichos de Nevys del Carmen Pérez Acuña y Zoila Díaz Martínez madre de las menores, quien deliberadamente omitió suministrar el nombre de su hija, y de la otra hermana de nombre Ramona del Cristo Herazo Díaz, era la menor Ely Judith la acompañante del occiso. Luego ante el Juzgado de Instrucción las citadas cambiaron su versión y colocaron a Marisela de Jesús como testigo presencial, confiando en la capacidad e idoneidad que ésta tenía para declarar y mentir.

Marisela también mintió al decir que Jaime Tomás ese día fue a la finca de sus padres y con una rula que afiló golpeó a la mamá; cuando lo único cierto es que ese sábado sí concurrió allí pero con otros fines. Sin embargo, el Tribunal apreció el dicho de manera equivocada y le dió un valor y fuerza probatorios de los que carece.

Para exhibir la disparidad de las afirmaciones de la testigo, dice que aseguró haber visto al acusado el día de los hechos a la espera de Manuel, y que luego del disparo éste salió corriendo hasta caer, hecho que aprovechó el acusado para cortarle el cuello con un cuchillo, según los ademanes de la deponente, cuando el protocolo de necropsia afirma que la herida se produjo con un arma corto-contundente.

Otras discrepancias se imputan al dicho de la menor, como la de afirmar que el arma la tenía el procesado en un envoltorio, lo que no le impidió saber que se trataba de una escopeta para matar conejos. La respuesta le parece insólita, y demostrativa de la manipulación y preparación de que fuera objeto la testigo.

Pero además, la niña ni siquiera pudo presenciar los hechos, ya que según su narración, una vez oyó el disparo salió corriendo, sin que se hubiera establecido si iba adelante o detrás del hoy occiso. También sorprende la familiaridad con que la menor se refiere a Manuel, pues las personas de la región particularmente las niñas son respetuosas al referirse a sus mayores.

A las manifestaciones de Manuel Francisco Martínez Benavides –padre del inculpado–, se les dió un sentido diverso, pues en ningún momento quiso contradecir la confesión calificada de su hijo, de modo que si inicialmente mencionó el día sábado, tal vez lo hizo por su condición de campesino analfabeta, frente al temor y la impresión que le produjo verse declarando ante un despacho judicial, concretando que el sentenciador desfiguró el sentido de la prueba haciéndole producir efectos que no tiene. así que debe casarse la sentencia para que en su lugar se absuelva al acusado por ausencia de los requisitos que para condenar contempla el artículo 247 del C.P.C. (sic).

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

El Procurador Judicial 168 para asuntos Penales de Sincelejo se opuso a las pretensiones del casacionista, ya que en su sentir no existe la nulidad, cuando el decreto y práctica de pruebas fue un tema ampliamente debatido en las instancias. Recuerda que la formulación la hizo la defensa, después del cierre de la investigación, y que en contra del auto denegatorio apenas se interpuso el recurso de reposición.

Al presentar la nueva solicitud omitió precisar cual era la conducencia de los medios, y además el testimonio del padre del acusado de ninguna manera servía para modificar el acervo probatorio, cuando había sido el propio implicado quien había aceptado la ejecución del delito, discutiéndose tan solo lo relacionado con la antijuridicidad. En esas condiciones, la violación al derecho de defensa no existe, ni la sentencia se halla viciada de nulidad.

Respecto del segundo cargo, considera no válida la crítica del testimonio de Marisela de Jesús Herazo Díaz, pues se debe estimar que este sirvió como punto de apoyo a cuanto reconoce el procesado, y cuenta con respaldo en la necropsia al describir las características del disparo como de carga múltiple a larga distancia, demostrando que en esos momentos el acusado no se hallaba frente a una agresión contra su vida.

Resulta inconcebible, añade, que el censor pretenda un cambio de papeles de la testificante atribuyéndole mejores dotes, cuando pese a su corta edad narró los episodios juzgados de manera clara y concatenada, demostrando con ello que fue

testigo presencial de lo ocurrido, y que su versión está en relación con la descripción de las heridas de la víctima contenida en la diligencia de necropsia.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Para el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la demanda acusa deficiencias técnicas y sustanciales que la hacen impróspera. Sobre el cargo de nulidad fundado en la negativa para la práctica de pruebas que el censor alega fueron rechazadas de manera inexplicable siendo esenciales para los intereses de la defensa, y que apenas citó de manera tangencial como la diligencia de inspección con reconstrucción de los hechos o el testimonio de algunos presenciales, omitiendo precisar de qué manera esos elementos hubieran llegado a cambiar el sentido del fallo impugnado, lo que deja inconclusa la propuesta.

Pero además, el reparo no tiene fundamento, pues de acuerdo con lo señalado a lo largo del proceso, el testimonio de excepción fue el de la menor Marisela de Jesús Herazo Díaz el cual recepcionado un mes después de iniciada la instrucción –folio 58–. De otra parte, la negativa del funcionario de instrucción tal como consta a folio 67, se basó en fundamentos legales –artículos 354 y 160 del Decreto 050 de 1987–, agregando que las pruebas, incluyendo los testimonios, se habían evacuado en su mayoría.

De aquellas que fueran rogadas y negadas en la etapa del juicio, sobre las cuales radica para el censor la transgresión al derecho de defensa, recuerda la Delegada que el auto del 25 de mayo de 1992 –folio 129– se ajustó en todo al mandato procesal, en razón a que las mismas eran ostensiblemente impertinentes, inconducentes, insólitas y temerarias, y la determinación contó con fundamentos jurisprudenciales como el fallo de esta Corporación del 2 de marzo de 1990, cuyos apartes reprodujo.

En relación con el testimonio del padre del procesado, apenas lo mencionó después de haber deprecado la nulidad, luego no es cierto, como lo afirma, que le hubiera sido negado en su oportunidad. De otra parte, la negativa se produjo mediante interlocutorio debidamente notificado y ejecutoriado, y fue entonces cuando el censor hizo alusión a la conducencia de las pruebas, pero en contra de la determinación no fue propuesto en oportunidad recurso alguno.

En esas condiciones no puede pregonarse la conculcación de derecho alguno al procesado, ni lo expuesto en la demanda de casación comporta una nulidad. Tampoco se demuestra que la omisión en la práctica de los elementos de certeza a que se contrae el reparo hubiese llegado a modificar el sentido de la decisión en contra del acusado.

Contrario a lo señalado por el censor, el juicio de reproche se fundó en la versión de la testigo presencial Marisela de Jesús Herazo Díaz, confirmado por otros medios testimoniales y periciales que permitieron dar al traste con la versión exculpatoria del procesado, como su excusa de haberse acompañado de su padre el día sábado y no el domingo, siendo ello uno de los tantos argumentos desacreditados que permitieron desestimar la pretendida legítima defensa.

El segundo reproche acusa faltas técnicas al plantear bajo el mismo concepto del yerro fáctico alegado la inexistencia de la responsabilidad penal y la errada calificación jurídica, y pregonar que se configura la causal 4a. del artículo 29 del Código Penal; pues, demostrada la inexistencia del hecho punible resultaría irrelevante impugnar el aspecto de la responsabilidad penal, ya que esta última no podría surgir.

Si el reproche apuntaba a la inexistencia del delito, debió formularlo a través de la atipicidad absoluta o relativa, pero no con base en la causal de justificación de la legítima defensa, como tampoco resulta adecuado atacar por la causal primera de casación la errada calificación jurídica, según lo insinúa al criticar que la conducta no corresponde con el ordinal 7o. del artículo 324 del Código Penal, pues en ese evento el ataque sería por la causal tercera de nulidad, siempre que el encuadramiento de la conducta correspondiera a un tipo penal diferente al imputado.

Si la pretensión apuntaba a falta de aplicación de la disposición relacionada con la justificante de la legítima defensa (artículo 29 ibídem), el censor debió aceptar la tipificación que hiciera el juzgador, y entrar a demostrar por qué la conducta desplegada por el acusado no era antijurídica. Pero la doble propuesta bajo un mismo cargo descalifica la acusación, con mayor razón cuando omite precisar la norma o normas infringidas y el sentido de la violación.

La crítica que a manera de alegato de instancia se hace a los testimonios para pregonar el falso juicio de identidad carece de correspondencia con el cargo formulado, ya que en vez de demostrar dónde radica la distorsión del Juzgador respecto del informe de Policía de la Sub Estación de Galeras y las versiones de Nevys del Carmen Pérez y Ramona del Cristo Herazo Díaz, se limita a expresar lo que para él constituían las contradicciones de las otras declarantes.

De esa manera, lejos de desarrollar la acusación, el actor desvía la tacha hacia el terreno de la controversia probatoria, la que por haber sido superada en las instancias resulta ajena a esta sede extraordinaria y constituye motivo suficiente para la improsperidad de la censura. Similar réplica le hace a la manifestación del impugnante sobre manipulación de la testigo de cargo, no solo porque ese tipo de críticas no son de recibo dada la doble presunción de acierto y de verdad que

amparan los fallos judiciales, sino porque en la sentencia se advierte un juicioso y razonado análisis compatible con el grado de credibilidad exigido por la ley.

La contradicción que propone el libelista en la declaración de Marisella respecto de la forma como el occiso cayó al suelo para ser rematado por el implicado, y la clase de arma que dice utilizó, recuerda la Delegada que el Ad -quem dilucidó esa circunstancia cuando al folio 14 de la sentencia precisó que estaba "... demostrado, como lo acepta el propio acusado, que las heridas mortales fueron causadas con el machete o peinilla de propiedad de la víctima. Y así lo dice la niña también".

Así mismo resulta irrelevante y contradictoria la censura, cuando advierte que la niña no tenía por qué saber la clase de arma que llevaba Tomás envuelta en un saco, que fuera a matar conejos, o que en el momento en que oyó el disparo hubiera salido corriendo, pretendiendo con ello destruir la credibilidad concedida por el juzgador al testimonio, pues esa forma de reproche corresponde a un error de derecho por falso juicio de convicción, el cual no es de recibo en esta sede, dado que la prueba en cuestión no se halla sometida a una tarifa legal, lo que conduce la acusación a su fracaso.

Otro tanto predica sobre el cuestionamiento hecho al testimonio del padre del acusado, ya que en lugar de ocuparse el censor por ubicar y demostrar la distorsión que le atribuye al fallador, pasó a tratar de explicar los probables motivos del deponente para confundirse, siendo que el fallo a folio 221 recoge con fidelidad tanto su dicho como el de Marisella de Jesús Herazo. Así las cosas, la Delegada considera que los cargos deben ser desestimados, al tiempo que le sugiere a la Corte no casar el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

1. De manera reiterada y pacífica ha venido sosteniendo la doctrina de esta Sala de la Corte en relación con el tema de la violación al derecho de defensa por el no decreto o práctica de pruebas, que no es cualquier omisión en el decreto o práctica de esos medios la que genera nulidad de la actuación, sino aquella que efectivamente vulnera el principio de la investigación integral, según el cual se ha de averiguar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, evacuando las citas que éste haga para su excusa, y haciendo efectivo el derecho de contradicción.

Por ello mismo no basta con que en esta sede se haga un listado de los elementos que pudieron complementar el acervo probatorio pero que por diversas causas fueron omitidos, sino que se precisa cotejar la conducencia probatoria, además de la trascendencia de los medios faltantes en cuanto incidan sobre los hechos

fundamentales del proceso y tengan su repercusión en la sentencia, por lo que de tiempo atrás se tiene dicho que

"No basta anotar la ausencia de pruebas oportunamente solicitadas o practicadas defectuosamente, para deducir de allí en forma absoluta el fenómeno de la nulidad supralegal. Es necesario demostrar, de modo objetivo y simple, que ellas tenían el valor de descalificar todos los fundamentos de la sentencia". (Casación de agosto 28 de 1980, M.Ponente Dr.Gustavo Gómez Velásquez).

De tal manera que es carga del libelista cotejar lo que aparece en el proceso y recoge la sentencia, con lo omitido, pero además la de entrar a demostrar la repercusión que los medios ausentes tendría para contrarrestar elementos incriminatorios, sin descuidar que tal enervamiento debe alcanzar la totalidad del recaudo probatorio considerado en el fallo, en cuanto bien pueden subsistir, pese a una disvirtuación parcial, elementos de convicción indemnes que den base a su eficacia, haciendo por consiguiente inoperante el ataque.

Para este caso particular se tiene, sin embargo, que las pruebas citadas por el censor como omitidas (inspección con reconstrucción, ampliación del testimonio del padre del procesado, recepción de los dichos del Inspector de Policía de Galeras, los de María Rosmira López, Carlos Royert, Jaime Díaz, un dictamen de balística, y el examen al implicado para establecer su condición mental y responsabilidad penal) de ninguna manera hubieran podido modificar la responsabilidad del inculpado en el hecho investigado, pues como lo precisaran el Procurador Judicial 168 en su réplica a la demanda, y luego el Segundo Delegado en lo Penal en su concepto, la sentencia toma fundamento en la versión de la menor Marisela de Jesús Herazo Díaz citada en el fallo de primer grado a folio 221, cuando señala que al ir en dirección a la capilla, fueron sorprendidos por el acusado quién saltó un alambre y de una vez le disparó a Guerra Baldovino, a quien remató en seguida con su propio machete, luego de que el herido tropezara y cayera en su inefectivo esfuerzo de replicar contra el aleve ataque del acusado.

El implicado –aún cuando en medio de algunas discrepancias que destacó el Tribunal a folios 25 y 27– admitió haber sido quien descargó el disparo (con arma de carga múltiple y a larga distancia, con diámetro de 28 centímetros que penetró por la boca, parte externa derecha de la barba y superior del esternón, según dictamen de Medicina Legal obrante a folio 73 que el actor echa de menos), como también quien propinó "las heridas mortales ... causadas con el machete o peinilla de propiedad de la víctima".

Así las cosas, ninguna injerencia en la decisión podían tener los dichos propuestos por el censor, si se tiene en cuenta que las personas citadas no se hallaban en el sitio al momento de la ocurrencia de los hechos, careciendo por ello de la capacidad de desvirtuar las versiones del acusado y de la testigo de vista, y que la pretensión se encaminaba era a infirmar que el procesado estuvo en la finca el sábado de ocurrencia de los hechos, y no el domingo como lo insinuó su padre. Razón le asiste entonces al juzgador cuando en los folios 218 y siguientes, sienta que las pruebas negadas por el Juez del conocimiento no lo fueron de modo arbitrario o infundado, sino que obedecieron a consideraciones jurídicas que convencieron sobre su inconducencia e impertinencia.

En cuanto al examen médico del imputado, se ha de insistir en que su práctica no procede por simple capricho del funcionario, ni por el solo hecho de que lo solicite alguna de las partes, sino ante la presencia de indicios serios que lo ameriten, sea por derivar de antecedentes del implicado ilustrativos de un comportamiento bizarro, ora de las especiales circunstancias modales de la ilicitud, en cuanto aquellos o éstas informen su incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta, o de reaccionar o determinarse de acuerdo con esa comprensión. En el presente asunto, ninguna de esas circunstancias justificaban el sometimiento de Jaime Tomás Martínez al reconocimiento psiquiátrico, por lo que su práctica se hacía parejamente inconducente.

LA NULIDAD, ENTONCES, NO PROSPERA.

El segundo reproche lo presenta el casacionista mediante la conjugación de diferentes cargos que matiza de forma contradictoria. En uno afirma que los testimonios de Marisella de Jesús Herazo Díaz y Francisco Manuel Martínez Benavides –padre del inculpado– fueron objeto de distorsión por los juzgadores; luego asegura que la conducta se subsumió equivocadamente en el tipo descrito por los artículos 323 y 324 del Código Penal; más adelante anota que no se da el grado de certeza que exige el artículo 247 de la ley procesal penal para un fallo de condena, y finalmente, que al acusado se le ha de absolver porque actuó dentro de la justificante de la legítima defensa prevista en el artículo 29.4 ibídem.

Sobre el primer aparte se observa que el actor no dice en qué consiste la deformación judicial de los testimonios, y muy por el contrario la Sala encuentra que el dicho de la menor lo apreciaron fielmente los Juzgadores de instancia, hallándose en correspondencia con la aceptación que de la comisión del hecho hizo el implicado, y con la descripción de las heridas que trae el dictamen del forense.

Del dicho del señor Martínez Benavides, se ha de tener en cuenta que no se trata de alguien que estuvo próximo a la escena del crimen, por lo que su versión no incide sobre la realidad fáctica que ofrece el expediente, así que a la imprecisión

del cargo viene a sumarse la intrascendencia de la supuesta distorsión, aún en el caso de que esta se hubiese demostrado.

Pero además, la Sala acoge por exacta la crítica que la Delegada hace a la contradicción y falta de fundamentación y claridad de la propuesta del casacionista, en cuanto trata de conciliar disímiles razones dentro de un mismo cargo, como sucede con la mención de una errada calificación jurídica de la infracción, la falta de prueba suficiente para fundar una condena, y la absolución bajo eximente de una legítima defensa, pues como allí se dice, no puede armonizar la misma argumentación en busca de opciones tan diversas.

Si lo que en realidad se planteaba era una errada calificación de la conducta, se ha debido probar por qué los hechos no se adecuaban al homicidio agravado que considera el enjuiciamiento, probando en su lugar cual era la calificación correcta que ha debido enderezarse. Pero si se predica una absolución por deficiencia de prueba, ella tenía que remitirse a una adecuación concreta y no diferente de la traída en la resolución acusatoria, así que el solo enunciado de la segunda opción ya entraba en oposición con el incipiente planteamiento.

Pero la confusión se torna todavía mayor cuando el razonamiento apunta a una absolución por la justificante, porque ella presupone una vez más que se acertó en la calificación del hecho, que éste se dió y que es indiscutible la autoría, solo que el acusado actuó conforme a derecho, y ello excluye su responsabilidad penal. Tiénese entonces otra alternativa que de nuevo excluye el error de adecuación, y ello a la vez que priva a la Sala la posibilidad de corregir o completar los cargos, porque de hacerlo iría contra el principio de limitación que norma el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, lleva por su ilogicidad, e indefinición a inhibir un pronunciamiento estimatorio.

Súmase además a lo advertido, que al contrario de cuanto insinúa el libelista, el expediente muestra la responsabilidad del acusado, quien inclusive admite que accionó un arma contra el ofendido, y luego de impactarle en la cara y parte superior del esternón, con la fractura de los incisivos superiores y herimiento en la lengua y piel, remató ya en el suelo e inerme utilizando la peinilla que en su carrera perdió el lesionado, valga decir que cuando no corría el acusado el menor peligro, con lo que desvirtúa la realidad la supuesta necesidad de la defensa.

Lo acreditado, entonces, fue que se aprovechó la condición de indefensión del ofendido, según lo indica el artículo 324.7 del Código Penal, y lo describe aún el implicado –folio 14–: "bueno y se la quité y le di con la misma peinilla dos peinillazos uno de ellos en la nunca y de ahí me fui yo y lo dejé ahí muerto", de donde

claramente se desprende que la responsabilidad penal atribuida se halla ceñida a la prueba y a la ley, y que bajo esas claras condiciones se han de acoger las alegaciones coincidentes del Procurador Judicial 168 interviniente, y de la Delegada Penal ante la Corte, inatendiendo la petición de la demanda.

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

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PECULADO

Es pertinente recordar que en sentencia de julio 15 de 1982 esta Sala reiteró (M.P.Dr.Luis Enrique Romero Soto) que no sólo las personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado, puede cometer peculado, sino "las que lo reciben en consideración a sus funciones" y "dispongan de él en modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellas", y que la disposición del bien no le hubiera sido posible a la persona si ésta no desarrollara, así fuere de manera temporal, esas funciones.

Posteriormente en sentencia de 6 de diciembre del mismo año (M.P.Dr.Luis Enrique Aldana Rozo), refrendó la Corte esa postura, precisando que las referidas funciones del empleado oficial pueden provenir también "de un reglamento, de una resolución, de una orden o de cualquier regulación proferida con poder vinculante por la competente autoridad".

Esos criterios fueron ratificados en sentencia de abril 17 de 1995 (M.P.Dr.Juan Manuel Torres Fresneda), cuando, para sostener el delito de Peculado, dijo que "...no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal –se insiste– de custodia". *(Se resalta).*

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.–Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.34 (IV–8/97)

Proceso: 9297

Decide la Corte el recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el *6 de septiembre de 1993* por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la cual, con modificación de la de primera instancia, condena a Alvaro Montoya Marín, Reynel Pareja Torres, Luis Fernando Saldarriaga Hernández, Rubén Darío Salazar Correa, Alberto Angel Saldarriaga, y Oscar Mario Bedoya Echeverri, a sendas penas principales de 38 meses de prisión y accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como coautores del delito de *hurto calificado y agravado* en perjuicio patrimonial del Banco de la República, Oficina de Medellín.

En la misma providencia *se absuelve a todos* los mencionados *por el delito de falsedad ideológica* en documento público –artículo 219 C.P.- y por ambos mencionados hechos punibles a *Pablo Mejía Acevedo*; se les impone como solidaria obligación indemnizatoria por perjuicios morales el equivalente a cien (100) gramos oro, y se adoptan otras determinaciones pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

1.– Por el año de 1986 el Banco de la República adquirió varios equipos electrónicos, destinados a la clasificación, recuento y destrucción de los billetes deteriorados, que se instalaron en sus diferentes sucursales del país, correspondiendo dos a la ciudad de Medellín, los números 9 y 10.

Su manejo se encomendó a sus trabajadores, a quienes se asignaron funciones diversas en la operación del equipo: *el supervisor*, que recogía en la bóveda el dinero sometido a la evaluación, lo trasladaba al recinto y mantenía consigo las llaves que le permitían acceder al interior de la máquina cuando se presentaba un "incidente de riesgo" o falla en la pista "B"; *el auxiliar* que revisaba ese dinero para verificar que el número de pacas fuese el indicado, que éstas tuviesen los fajos correspondientes –10 para cada una de ellas–, lo depositaba luego en una mesa giratoria y retiraba las especies monetarias útiles, una vez culminada la operación, para preparar los paquetes y sellarlos; *el operador*, que se encargaba de llevar los billetes a la tolva de alimentación, e iniciado el proceso de destrucción correspondiente, estaba pendiente de su desarrollo y atendía los incidentes que se suscitaran. Una vez en funcionamiento el granulador o despulpador intervenían, además, un empleado de la Auditoría del Banco *y un delegado de la Contraloría General de la República*, con la específica misión de vigilar el desarrollo de todo el proceso y elaborar las planillas con fundamento en los datos incluidos en los listados preparados para el computador.

Diestros en el manejo del equipo, los operarios idearon un sistema para sustraer parte de esos billetes deteriorados cuando ya la máquina los había contabilizado como destruidos pero sin que alcanzasen a ingresar al "tanque granulador" para

esa efectiva destrucción, en lo que aparentaban ser fallas de la pista transportadora "B" o sea, incidentes de riesgo, que como tales durante largos meses aproximadamente *entre 1988 y 1990* pasaron como normales, hasta que en marzo de 1990 las autoridades del Banco detectaron que se trataba de una operación irregular, avalada como correcta por las actas de destrucción, y, tras investigar internamente el asunto, lo pusieron en conocimiento de la jurisdicción penal, señalando como posibles comprometidos a: Oscar Mario Bedoya Echeverry –operador y ocasionalmente auxiliar– Alberto Angel Saldarriaga –auxiliar, también operador y en ocasiones supervisor–, Alvaro Montoya Martín –operador–, Reynel Pareja Torres –operador y en algunas ocasiones auxiliar–, Luis Fernando Saldarriaga Hernández –supervisor–, Rubén Darío Salazar –auxiliar–, y y Pablo Mejía Acevedo –auxiliar–.

2. Adelantada la investigación de rigor, fue calificada con resolución acusatoria del 26 de marzo de 1992 (fls. 705–751 y 752 cd. res. acus.), en la que se comprometió en juicio a todos los implicados, por los delitos de falsedad ideológica en documento público en concurso con hurto calificado por la circunstancia del numeral 4° del artículo 350 del C.P. y agravado por las de los numerales 2° y 10° del artículo 351 y las del artículo 372 del mismo estatuto, calificación esta que sustentó el Juzgado en la no atribución a los procesados, de funciones que pudieran dar lugar a peculado. Contra esta providencia interpuso reposición uno de los defensores pero el Juzgado, en pronunciamiento del 21 de abril de 1992 se negó a modificarla (fls. 814 y ss. cd.id.).

Por estos mismos hechos punibles fueron condenados todos los acusados en el fallo de la primera instancia, en el que se consideró que la única razón para que los procesados hubieran sido comprometidos en juicio por falsedad ideológica, era la calidad de empleado público del funcionario de la Contraloría General que confiado en la veracidad de los datos suministrados por aquellos, suscribía el acta imprimiéndole la calidad de documento público, ya que ellos en sí, eran empleados particulares (fl. 1181, 1188).

Pero el Tribunal Superior del Distrito, al revisar por apelación la sentencia a quo, la confirmó con parcial revocación y algunas modificaciones (fl. 1337), quedando consignadas las diversas determinaciones en los términos relacionados al inicio de este proveído.

Inconformes con el fallo de segundo grado, tanto la representación de la parte civil como la defensa común de los condenados Pareja Torres, Saldarriaga Hernández, Salazar Correa, Angel Saldarriaga y Bedoya Echeverry, interpusieron el recurso de casación que ocupa la atención de la Sala.

LAS DEMANDAS

Mientras el *defensor demandante* propugna por la absolución de todos sus procurados por el delito de hurto por el cual fueron condenados, *el representante de la parte civil* aboga por la condenación por el delito de hurto para el absuelto *Pablo Mejía Acevedo*, para todos los implicados por el de falsedad material en documento público (artículo 220 C.P.) en autoría mediata y para los supervisores procesados también por este hecho punible pero en autoría inmediata, y, por la tasación en mayor cantidad de la sanción indemnizatoria por concepto de perjuicios *morales*, igualmente para todos.

El siguiente es el tenor de las alegaciones:

I.– DE LA PARTE CIVIL

Cargo Primero. La sentencia es violatoria, en forma *indirecta*, de la ley sustancial –artículo 349 C.P.–, en relación con el *procesado absuelto Pablo Mejía Acevedo* por falta de aplicación, a causa del *error de derecho* en que incurrió el Tribunal en –según la precisión que consigna el actor después de extensa referencia al haz probatorio–:

"... la evaluación de la prueba, al dejar de valorar tal conjunto probatorio con las reglas de la sana crítica, como lo imponen los artículos 247 y 254 del C. de P. P. y otorgarle el (sic) contraindicio de la falta fáctica de prueba del enriquecimiento el desmesurado valor de destruir la certeza que de ese conjunto se deriva".

Introduce la fundamentación respectiva con un fragmento de la sentencia acusada referente a la duda que generó la absolución por *hurto* del mencionado, relacionando las varias pruebas que, de acuerdo a su sentir, obran en su contra. Agrega que en el proceso no existe prueba exculpatoria para Mejía, ni prueba que origine duda en su favor y realiza un subjetivo estudio conclusivo sobre la prueba que relaciona y sobre la validez del testimonio comprometedor del coprocesado *Bedoya* y objeta esa absolución porque con esos elementos de juicio no podía haberse expedido. Al efecto hace hincapié con extensas reflexiones, en el testimonio del citado *Bedoya* que lo sindicó como uno de sus compañeros de conducta delictiva y de otros de los testimonios recaudados y de la confesión escrita de algunos otros de los implicados, elementos de juicio de todos los cuales, dice, surgía claramente el compromiso penal del absuelto, aunque hubiera laborado mucho menos tiempo que los demás con la máquina usada para la destrucción de los billetes.

Avanzando en su exposición consigna apreciaciones puramente conceptuales para rebatir el criterio del Tribunal en la evaluación del indicio de *no* enriquecimiento por parte del absuelto, en contraste con el de notable incremento patrimonial de los demás sentenciados. Discurre ampliamente sobre la tipicidad del delito de hurto para lo cual dice, basta el ánimo de lucro en el delincuente *sin que sea* requisito indispensable el dicho enriquecimiento, que dice, exigió el Tribunal para condenar a unos y estructurar la duda en favor del absuelto. Para apoyar su criterio acude a autorizadas fuentes doctrinarias y considera que la duda de que habló el Tribunal es una infundada suposición.

Insistiendo en la coparticipación delictiva del absuelto vuelve a referirse al compromiso derivado del testimonio de *Bedoya*, al cual añade los varios indicios estudiados por el ad quem, a la vez que observa cómo otros de los operarios de las máquinas no fueron vinculados justamente por la ausencia de sindicación, mas no –precisa– por "su menor grado de enriquecimiento", insistiendo en el tema, para concluir, entre otras, con la siguiente significativa reflexión:

"De lo anterior se sigue que, la sobrevaloración que el H., Tribunal hace del contraindicio de falta de enriquecimiento que pretende alegar la defensa en favor de Mejía, se convierte en un argumento para desconocer y no apreciar en su debida forma los múltiples indicios que obran en contra del sindicado".

añadiendo que la misma prueba en que se fundó la cuestionada absolución fue considerada para condenar a los demás implicados.

Cargo Segundo.– La sentencia es violatoria en forma indirecta, de la ley sustancial, específicamente del artículo 220 del C.P., debido a error de derecho en la "apreciación ... de la prueba que evidencia la falsedad en el contenido de las actas de destrucción de billetes" suscritas por los delegados de la Contraloría, de la Auditoría y por el Supervisor de turno, elaboradas con fundamento en los listados producidos automáticamente por las máquinas.

En lo medular de la demostración afirma que el juzgado de la primera instancia sí consideró esta prueba, *pero el Tribunal se abstuvo de hacerlo*, refiriéndose a la constancia del acta de inspección judicial del 12 de octubre de 1990 con reconstrucción de los hechos, que mostró el ilícito modo de obrar de los operarios comprometidos al accionar las máquinas destructoras de billetes. Este documento, dice, explicaba cómo un billete que quedaba sobre la banda transportadora hacia el recinto granulador –destructor–, era mecánicamente recuperado para ser lanzado a ese recinto aunque ya estaba contabilizado por la máquina como destruido, lo que demostraba la falsedad de las actas, que registraban como destruidos los billetes recuperados que fueron a poder de los procesados.

No obstante haber formulado el reparo por falso juicio de existencia de la prueba documental acabada de mencionar, precisa ahora el distinguido actor, que lo acaecido fue que el Tribunal incurrió en contradicciones al apreciar "el contenido de las actas", respecto de las cuales advirtió que existía falsedad parcial por incluir los billetes que quedaron en poder de los sindicados, para facilitar el delito de hurto.

Se pregunta entonces si hubo o no falsedad, y discurre en extenso sobre la connotación delictiva de la falsedad documental parcial, *recalcando que el furtivo apoderamiento de los billetes reportados en las actas de destrucción como efectivamente destruidos sin haberlo sido, pudo realizarse precisamente por la falsedad cometida en esos documentos.*

Tras considerar el acierto en la apreciación de la prueba por el fallador de la primera instancia cuestiona la apreciación del Tribunal, que cataloga de contradictoria al tener por *parcialmente falsas* las referidas actas y tener esa falsedad como medio para facilitar el ilícito contra el patrimonio. Afirma que se trató de falsedad como delito independiente, discurriendo extensamente sobre el punto. A continuación destaca, para cuestionar, la afirmación del Tribunal de que esa parcial falsedad tenía como móvil facilitar la comisión del hurto, para concluir que la existencia de este segundo móvil "no desnaturaliza el elemento subjetivo de la falsedad", porque ésta no era, como dice lo reconoció el Tribunal, "un efecto no buscado por los sustractores", de donde considera inexplicable que el fallador catalogara como inocua y por ende impune esa falsedad.

Orientando la argumentación hacia la ocurrencia de un concurso de hurto con la referida falsedad, arguye que no existe un delito de falsedad que tenga como exclusivo propósito atentar contra la fe pública, sino que en toda falsedad subyace otro interés generalmente ilícito, y que la ocurrencia de un móvil igualmente doloso no desaparece el de la falsedad.

Rebate, pues, los argumentos del fallador para pregonar la inocurrencia de delito contra la fe pública por ausencia de propósito, los que califica de "poco menos que ingenuos", insistiendo en que de no haberse producido la falsedad en la forma conocida, con el conocimiento previo por los implicados, de la elaboración de los registros con base en los datos del censor electrónico, el hurto no habría podido realizarse.

A continuación afirma la presencia del dolo de la falsedad, haciéndolo consistir en el conocimiento por todos los sindicados, de la manera como se contabilizaban los billetes supuestamente destruidos y se operaban fraudulentamente las máquinas, de lo cual quedaban las falsas actas suscritas por el procesado supervisor *Saldarriaga.*

Discurre sobre el concepto de dolo en el delito de falsedad y reitera entonces la presencia del concurso de hechos punibles de falsedad y hurto, dedicando numerosas acotaciones a la estructuración del delito contra la fe pública en el caso de autos, *en la modalidad de falsedad ideológica*, que dice, también afectó los propios asientos de contabilidad a que las actas dieron origen, y que reitera, se produjo en concurso "efectivo, real y heterogéneo" de delitos, lo cual es, "por ende objeto de agravación de la pena ..".

Después de destacar la destinación probatoria de las actas falsificadas afirma que los autores de esa falsedad son los funcionarios que las suscribieron, quienes tuvieron el dominio final del acto porque obraron "sabiendo lo que hacían y conociendo a cabalidad lo que había sucedido realmente y su disparidad con lo que se estaba certificando"; y ampliando su punto de vista teoriza, con apoyo en conocidos doctrinantes, sobre el concepto de autoría *mediata* del delito, para afirmar así que la falsedad en alusión fue cometida en esa clase de autoría y que *la absolución impartida a todos los implicados por el Tribunal respecto del delito de falsedad ideológica en documento público (artículo 219 C. P.)* por el cual habían sido comprometidos en juicio "obedeció a errónea apreciación de la prueba que acredita la falsedad" parcial de las actas de destrucción.

Cuestiona además la sentencia porque habiendo reconocido expresamente que la falsedad cometida por los acusados fue la tipificada en el artículo 220 del C.P., no modificó esa calificación jurídica del delito, sino que optó por la absolución para los implicados por la falsedad por la que habían sido enjuiciados.

Cargo Tercero. La sentencia es violatoria, también en forma indirecta, de una norma de derecho sustancial, el artículo 220 del C.P. por falta de apreciación de la prueba que evidencia la comisión también del delito de falsedad *"por autoría inmediata* concurrente" por parte de los supervisores de turno, *Luis Fernando Saldarriaga y Alberto Angel*, quienes como tales suscribieron las actas falsificadas, ocultando este proceder ante los delegados de la Auditoría y la Contraloría.

Indica que el Tribunal "destacó que Saldarriga conocía y participaba de la sustracción, pero que en su condición de Supervisor ocultaba este proceder a los delegados de la Contraloría y se abstenía de incluir semejante novedad en las actas, precisamente para ocultar los hechos".; y transcribe un fragmento al respecto de las consideraciones del fallo acusado.

Añade que el Tribunal no estimó la prueba de la falsedad cometida por los supervisores mencionados y considera que la sentencia debe casarse para condenarlos *también* por el delito de falsedad documental tipificado en el artículo 220 del C. P., cometido "por autoría inmediata".

Cargo Cuarto. La sentencia es violatoria, en forma indirecta, de una norma de derecho sustancial, el artículo 106 del C.P. por falta de apreciación de la prueba que evidencia que el daño moral causado al buen nombre o prestigio del Emisor "aconteció, exclusivamente, por el actuar ilícito de los sustractores".

Advierte que la parte civil había solicitado la imposición de sanción indemnizatoria por daños morales, por suma cercana al equivalente a un mil gramos oro dada la cuantía del ilícito.

Puntualiza que la buena reputación del banco de la República es un hecho notorio que no requiere prueba y que este prestigio "fue lesionado cuando sus propios empleados se dedicaron a hurtarle los dineros"; que no obstante haber sido reconocido expresamente por la sentencia, el Tribunal realizó una tasación mínima de los daños morales aduciendo la concurrencia de culpas por falta de vigilancia sobre sus empleados, lo que facilitó la comisión del delito de hurto.

Refutando esa aducida falta de vigilancia, trae a colación los testimonios rendidos por tres funcionarios de la Contraloría que dan fe de ella y califica de "poco menos que absurda" la negligencia de que habla el Tribunal, ante la "extraordinaria habilidad de los imputados en la realización de los hechos y la enorme confianza que todo el mundo poseía a la sazón en la inviolabilidad e infalibilidad de los controles electrónicos de la máquina 3530". Luego de otras acotaciones al respecto, destaca que los acusados realizaron el delito de hurto superando las seguridades establecidas por el Banco y que precisamente por ello se les imputó el delito agravado.

Considera entonces "ostensiblemente contradictorio" que habiéndoseles formulado la imputación en esos términos, el Tribunal afirme que el delito sucedió "debido a negligencia en el control de sus actividades", cuando se halla probado que la víctima "se comportó con extrema diligencia".

Sin separar cargos, añade que al supervisor Saldarriaga se le debe agravar la pena por efecto de la circunstancia de haber actuado con aprovechamiento de la confianza en él depositada por el banco en calidad de supervisor de las operaciones de la máquina destructora de billetes, porque traicionando esa confianza guardó silencio sobre la actividad "de los sustractores", prestando así una colaboración fundamental para que durante un tiempo el hecho no se descubriera. Añade que el tipo penal cometido fue el previsto en los artículos 349 y 351 2 del C.P..

Para concluir esta censura solicita que la tasación de los perjuicios morales se eleve al equivalente a un mil gramos oro, porque el Banco afectado, como persona jurídica, también era susceptible de recibir esa clase de perjuicios. Tras insistir en

que el Tribunal dejó de apreciar "la prueba en virtud de la cual se establece que el daño moral tuvo como única causa en el actuar ambicioso de los autores del hurto", solicita la casación del fallo para que se condene a todos los procesados a pagar el monto referido.

Como petición final formula la de que el procesado absuelto sea condenado por los dos delitos de que habla en su demanda; que los condenados solamente por hurto, lo sean también por falsedad documental; y, todos, una vez condenados, solidariamente obligados al pago de la indemnización por daños morales en la cuantía solicitada.

II. De la defensa común de Reynel Pareja, Alberto Angel, Oscar Bedoya, Fernando Saldarriaga, Rubén Darío Salazar.

Cargo Primero. La sentencia es violatoria de la ley sustancial, en forma indirecta, debido al error de hecho en que incurrió en la evaluación de varios testimonios. De no haber incurrido en ese yerro "no habría decidido el proceso con sentencia condenatoria".

El Tribunal "desechó los testimonios de *Luis Gonzalo Cuartas, Claudia Cecilia Osorio, Jaime Alberto Martínez, Freddy Humberto Hernández, María Esther Botero, Leonel de Jesús González, Carlos Julio Cardona, Nelly Valencia, Margarita Zuluaga, Nelson de J. Zuluaga, Juan Carlos Gómez y Hernando Restrepo*, quienes, precisa el actor, eran:

"... empleados del Banco que presenciaban o realizaban las mismas funciones de los sindicados unos, y los otros, empleados de la Contraloría o la Auditoría, quienes testimonian el correcto desempeño en el manejo de la máquina 3530 y que jamás se percibieron de conducta irregular, y menos del hurto por parte de los sindicados"..

Añade que los *dos primeros mencionados testimonios fueron citados en el fallo* al lado del de Francisco Luis Carvajal, *pero sin evaluarlos, aunque transcribe lo que al considerarlos dijo el Tribunal para concluir que "de ahí no podía concluirse inexistencia del delito"*, para luego darse el censor a descalificar el criterio del fallador tildando de "conjetura" y "suposición" su inferencia, porque, según puntualiza, "... no contiene el proceso ni el más mínimo asomo de prueba respecto a que hayan sacado billetes del lugar de trabajo". Buscando demostrar su aseveración transcribe fragmentos de las actas contentivas de esas pruebas, en las que sus signatarios descartan la posibilidad de comisión de delito en la manipulación de la máquina de que tratan los autos. Añade que estos testimonios:

"carecieron en absoluto de importancia en la formación del juicio, y sin considerar su contenido altamente favorable a la situación de los procesados...".

En referencia con otros de los relacionados testimonios afirma *que fueron totalmente ignorados por el Tribunal*; y explicando su trascendencia, advierte que provenían de personas que, "bien representantes del Banco o de las autoridades de control ... intervenían en las operaciones que se efectuaban en las máquinas", y daban cuenta del correcto proceder de los acusados en su manejo.

Añade, *sin formular cargo separado*, que el Tribunal *distorsionó el contenido* de los testimonios de otros deponentes: *Nelson Padilla y Juan Francisco Gómez* cuando afirmó que ante éstos el declarante *citado en párrafos anteriores, Francisco Luis Carvajal* había imputado a sus compañeros la apropiación ilícita de los billetes retirados de la máquina, cuando en la realidad lo que aquellos habían referido era que Carvajal había dejado traslucir su sospecha de que eso estuviera pasando.

Asegura que al testimonio de Carvajal se le confirió en la sentencia suma importancia comprometedora.

También hubo distorsión por parte del Tribunal, de la diligencia de arqueo "en la mesa de alimentación" cumplida el 3 de abril de 1990, en la que se halló un excedente "a todas luces irregular" de seis billetes, pues el fallador afirmó que ese arqueo lo había realizado Francisco Luis Carvajal, cuando quien lo practicó fue Juan Francisco Gómez; además el Tribunal omitió advertir que ese hallazgo se había producido en una máquina distinta a la operada por el procesado Oscar Bedoya, de manera que atribuir a éste "el sobrante" de esos billetes "carece de todo sentido y razón".

Asegura que también incurrió en *error de hecho* la sentencia al afirmar que a partir del retiro de los procesados cesaron los "incidentes de riesgo" en la operación de las máquinas, cuando la verdad es que sucesos de esa clase siguieron presentándose con la misma frecuencia de antes, tal como lo testificó *Norberto Suárez*, persona ésta que llegó a accionar el mismo sistema inmediatamente después de los sentenciados.

A este respecto añade que el Tribunal *ignoró la prueba* de que a partir del 3 de abril de 1990 la máquina 3550 fue objeto de modificaciones "para mayor seguridad", hecho este que *sin embargo de lo inmediatamente antes dicho*, el Tribunal reconoció, al advertir que la disminución de incidentes de riesgo ocurrió "a pesar " de las modificaciones introducidas a la dicha máquina. Precisa que la prueba ignorada la constituyen los testimonios de Gerardo Lozarda y Carlos Alberto Ramírez.

Tras insistir en la trascendencia de los aducidos yerros probatorios, solicita que a través de la casación de la sentencia sus procurados sean absueltos.

Cargo Segundo. Incurrió el Tribunal en *error de derecho* al tener como indicio de cargo el contenido de las cartas dirigidas por los procesados Oscar Bedoya y Alberto Angel a la Gerente del Banco y la transcripción de las cintas del interrogatorio formulado por los investigadores, aportados ya tarde en el decurso de la investigación por uno de ellos y por la parte civil, *porque esas pruebas fueron obtenidas mediante coacción* y en cuanto a la cinta, su transcripción fue realizada por una empleada del Banco pero en forma incompleta.

Buscando demostrar el reparo se apoya en el testimonio "del denunciante Falla", quien refirió que las cartas fueron obtenidas por su propia exigencia "y después de largo y extenuante interrogatorio". Luego explica ampliamente las bases de su criterio al respecto y añade que de la mencionada coacción dieron cuenta el mismo procesado Bedoya y Angel, así como la deponente Claudia Osorio.

En relación con las cintas grabadas considera que de su transcripción surge clara la coacción, al punto que Bedoya, una vez oído en indagatoria fue sometido a peritaje Médico legal, que reveló que la discusión "corresponde a una situación de ansiedad" propia de "conflictos y stress severo". En apoyo de su tesis relaciona apartes de autorizados textos sobre la materia y transcribe un fragmento de la sentencia en que el Tribunal descarta como causa de la ansiedad de Bedoya "las torturas o presiones a que lo sometieron los investigadores", atribuyéndola a su arrepentimiento "por la falta de lealtad para con la entidad".

Adiciona su reparo aseverando que la ilegalidad de las pruebas en comentario deviene, además, de "la transcripción y aporte", porque fue una empleada del Banco quien efectuó esa transcripción y en forma mutilada.

Volviendo a la sentencia cuestiona el criterio del Tribunal al dejar a salvo el principio de legalidad en la práctica y aporte de los referidos elementos de juicio; luego reflexiona el censor sobre la incidencia del error que alega, concluyendo que de no haberse cometido, no habrían sido catalogados como indicio, y ni siquiera evaluadas. En consecuencia, solicita la absolución por vía extraordinaria para sus procurados.

Cargo Tercero. Incurrió el Tribunal en *error de derecho* "al aceptar y valorar como medio probatorio" en calidad de pericia, el estimativo del ingeniero Carlos Alberto Ramírez sobre la cuantía del delito de hurto –$6.455.200–, pues esta prueba fue irregularmente aducida, debido a que su práctica no fue ordenada por el Juez instructor. Considera que "si no hubiera aceptado esa pericia, habría llegado a la

conclusión de que no hay demostración de que hubiera sido sustraído un solo peso".

Fundamenta el planteamiento insistiendo en que en el proceso no consta que el ingeniero Ramírez hubiera sido designado perito para el efecto; que para rendirlo se basó caprichosamente en factores que él mismo determinó, sin que exista alguna sólida para determinarlos". De otra parte, cuestiona la apreciación de esa prueba, proveniente, según indica, de una persona que en el proceso actuó como "investigador, testigo y perito" y que como tal estaba impedida al tenor de los numerales 1°, 4° y 6° del artículo 103 del C. de P.P. Tras insistir en la incidencia de este error en el fallo, formula la correspondiente solicitud.

Cargo Cuarto. Así lo presenta el censor:

"Incurrió la Honorable Sala en error de hecho, al ignorar el testimonio de Jaime alberto Martínez sobre su informe al ingeniero Legarda en relación a la frecuencia de incidentes con billetes de alta denominación, quien le respondió que esa edición de billetes, que era italiana, no era bien aceptada por la máquina ; y el de Juan Francisco Gómez sobre haber informado al mismo ingeniero que las bandas de las pistas estaban mal calibradas y producían incidentes". .

Argumentando, cuestiona las reflexiones del Tribunal en torno al indicio constituido por la frecuencia de los incidentes entre el 1° de septiembre de 1988 y el 3 de abril de 1990 con billetes de alta denominación, pues dice, para plasmarla *ignoró* el referido testimonio de Jaime Alberto Martínez, así como el de Juan Francisco Gómez. Si así no hubiera ocurrido, el Tribunal no habría dado por estructurada la aludida prueba indiciaria. Termina la alegación en este aspecto, con la consecuente petición casacional.

Cargo Quinto. También incurrió el Tribunal *en error de derecho* en la apreciación de la prueba, "al estimar que, de la sustracción que considera demostrada mediante prueba indiciaria, surge necesariamente la culpabilidad". .

Advierte, tratando de desnaturalizar como indicio el que el Tribunal consideró de "oportunidad", que muchas personas distintas de los procesados "se hallaban en las mismas condiciones", que los procesados, al operar también las mismas máquinas e intervenir en todo el proceso de destrucción de los billetes, añadiendo que erró el fallador al asumir como indicio necesario una serie de indicios contingentes, "que no es posible lógicamente, pues no pueden ser sustento de un hecho que implique otro necesario". Para clausurar el tema trae a colación una referencia teórica que considera pertinente, reflexiona sobre la incidencia del error, y registra su pertinente pretensión casacional.

Los no recurrentes. Alegato apreciatorio de la defensa de Pablo Mejía.

El representante judicial de este procesado que fuera absuelto por los delitos por los cuales había sido acusado, se opone a la casación del fallo que así beneficia a su cliente, *primeramente*, calificando de "chisme" la información del empleado que dio pie a la alerta por las directivas del Banco sobre lo que estaba sucediendo en el proceso de destrucción de billetes desechables. *En segundo término* ofrece su particular visión de la secuencia fáctica de la diligencia desplegada por el Banco para investigar internamente los hechos. En tercer lugar, descalifica la investigación penal por considerarla basada meramente en "suposiciones derivadas de la prueba indiciaria que es la que reina a través de todos (sic) y cada una de las piezas procesales de este asunto". *Luego*, sostiene estar "convencido" de que las acusaciones de que fue objeto su poderdante "son meras suposiciones sustentadas por un análisis acomodado de los indicios que son extraídos de las declaraciones obtenidas extraprocesalmente por los funcionarios investigadores".

Ahondando en su exposición manifiesta su inconformidad porque la absolución de su cliente hubiera devenido a través del principio de la duda y acusa a la sentencia de haber omitido la evaluación de diversas pruebas. A continuación retoma argumentos de la demanda de la defensa de los procesados recurrentes para fomentar su propio empeño defensivo, que incluye lo referente a la indemnización de daños ocasionados con el delito.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, encuentra desconocedora de la técnica que gobierna el recurso de casación la demanda presentada por el apoderado de la parte civil, pues, advierte, los diversos cargos que la conforman son en verdad meras reflexiones subjetivas del profesional, surgidas de su inconformidad con el criterio del Tribunal, que no logran concretar los errores que la Corporación hubiera podido cometer en la evaluación de la prueba.

Observa que el *primer cargo* se ocupa de cuestionar la prueba proveniente del coacusado Bedoya atribuyéndole el valor que en su sentir merecía, sin miramiento a que la legislación no sujeta las pruebas a tarifa alguna que pueda tomarse de punto de referencia; además, impropiamente entremezcla críticas a la legalidad de las expresiones extraprocesales en que este deponente acepta su responsabilidad y descarta la del absuelto Pablo Mejía. Estima igualmente equivocado el cuestionamiento que bajo el rubro de violación indirecta de la ley sustancial realiza, de la interpretación que el fallador dio al artículo 349 del C.P., cuando lo que critica es la interpretación del Tribunal a esta disposición legal. Añade que tampoco el actor señala las pruebas en las cuales recayó la transgresión que pregona del

principio de la sana crítica y en últimas considera que lo que el discurso traslucе es su descontento con las consideraciones del Tribunal, buscando suscitar un nuevo e imposible debate probatorio.

La desestimación del *cargo segundo* proviene de la falta de claridad y de su recortada presentación, pues lo enuncia como error de derecho pero incluye glosas propias del error de hecho, a lo cual añade el desatino de objetar al amparo de la violación indirecta la inaplicación de los artículos 23, 26 y 219 del C.P., que debió proponer a través de la violación directa. Además, estima que la polémica propuesta sobre el concepto de la autoría mediata en los delitos de falsedad con sujeto activo cualificado, aunque teóricamente interesante, deja por fuera el caso concreto en la forma en que fue tratado en la sentencia acusada.

Al *cargo tercero* responde el funcionario destacando que no indica el actor ni el sentido de la violación de la ley sustancial que aduce, ni el error que hubiera podido determinar el fallo cuestionado, ni menos el alcance de esa censura, a todo lo cual añade, la falta de objetividad del reparo en cuanto se refiere a un delito "no debatido durante el proceso, y mucho menos deducido en la resolución de acusación", respecto del cual, por ende no podía la parte civil pretender la condenación en sede casacional porque ello implicaría suplir con este recurso extraordinario "todo un proceso que compete desarrollar en las instancias".

El *cargo cuarto* carece de asidero en criterio del Ministerio Público, porque las personas jurídicas no son susceptibles de hacerse acreedoras al reconocimiento de perjuicios morales, menos aún tratándose de un ente de derecho público, pues se trata de "perjudicados indeterminados". Sobre esta base argumental *sugiere el funcionario* representante de la sociedad la *parcial casación del fallo de segundo grado, para que se revoque la condenación que por perjuicios morales en ese sentido se decidió.*

Replicando a la demanda *presentada por el defensor común de los procesados recurrentes,* el funcionario considera inaceptable el *cargo primero* porque afirma la omisión en la apreciación de numerosos testimonios recibidos, pero en vez de demostrar el error aducido, lo que hace es presentar el censor su propio análisis de dos de ellos para oponerse así al criterio del Tribunal. De otra parte, al acusar la sentencia por falta de apreciación de varias de esas pruebas, lejos de demostrar la trascendencia del yerro se limita a reseñar lo que cada deponente relató,

"sin –precisa– confrontarlos, ni desquiciar supuesto fáctico de la sentencia, pues habiéndolos tenido en cuenta, la decisión permanecería incólume, pues también es abundante la prueba que sustenta la condena, y de ella no resulta posible predicar su demeritación frente a los testimonios mencionados por el recurrente".

Añade que el casacionista mezcla la noción de falso juicio de existencia de la prueba testimonial proveniente de Juan Francisco Gómez, Nelson Padilla y Francisco Luis Carvajal, con la de falso juicio de identidad al afirmar que esas deponencias fueron distorsionadas por el ad quem, cuando lo que ocurre según el funcionario, es que cada uno de los testigos "narra los hechos como los percibió en el momento", sin que el Tribunal incurriera en la evaluación de su dicho en los errores que se le atribuyen. Al respecto considera que el censor interpreta equivocadamente el contenido de las apreciaciones del fallador, llegando a distorsionar el contenido de algunos de los testimonios cuyo estudio cuestiona. Después de hacer referencia a las críticas que el actor efectúa a la sentencia en relación con los testimonios que daban cuenta de las modificaciones técnicas introducidas a las máquinas destructoras de billetes, observa que esos cambios fueron preventivos y tendientes a "corregir el alto índice de incidentes de riesgo", como medio básico empleado por los acusados para la realización de su conducta delictiva. Luego de respaldar su criterio con citas textuales que estima pertinentes, concluye sus reflexiones tendientes a desestimar esta censura afirmando la falta de razón en la ausencia de claridad en la argumentación demostrativa, porque "termina alegando simultáneamente la inexistencia del delito y la falta de prueba del mismo".

Aludiendo al *segundo cargo*, encuentra que el censor omitió el deber de citar las normas medio que considera transgredidas y que confundió con la evaluación de la prueba de confesión, la valoración del contenido de los documentos constituidos por las cartas suscritas por Bedoya y Saldarriaga dirigidas a la Gerente del Banco de la República y la transcripción de los casetes contentivos del interrogatorio formulado por los investigadores del Banco, olvidando que esos documentos privados fueron corroborados en el proceso por múltiples pruebas recaudadas.

Respecto de la apreciación de la prueba de indicios que el censor cuestiona, recuerda el funcionario que los hechos tenidos como tales fueron los provenientes de la investigación interna adelantada por el Banco "la cual no está sujeta a ninguna formalidad legal", y que las declaraciones recibidas en esa indagación fueron apreciadas como indicios porque quienes las rindieron reconocieron como suyas la letra y firma estampadas en ellas, siendo similar la situación de las transcripciones vertidas de los casetes contentivos de las deponencias allegadas a esa misma indagación.

En alusión al recaudo de esas pruebas advierte el funcionario, contra la posición del censor, que éste se dedicó a exponer su particular punto de vista al respecto y olvidó el peritaje de Medicina Legal en cuanto descarta actitudes agresivas o de presión por parte de los interrogadores y que el procesado Bedoya hubiera

respondido bajo estas adversas circunstancias. Recuerda además que junto a la prueba de indicios, el Tribunal tuvo en cuenta numerosos y variados elementos de juicio para arribar al fallo en cuestión.

Razón para desestimar el *cargo tercero* de esta demanda es la falta de objetividad con que está expuesto, porque la tasación de la cuantía de los perjuicios materiales causados con la infracción no hizo con fundamento en peritaje alguno proveniente del ingeniero Carlos Alberto Ramírez, sino con base en las pruebas aportadas por el apoderado del Banco afectado, pues este ciudadano no fue designado procesalmente para ese efecto, sino por el mismo Banco en ejercicio de su derecho que su condición le confería, siendo este el motivo por el cual dentro de la investigación penal se le oyó en declaración sobre los factores que tuvo en cuenta para rendir el dato. Además, tampoco es cierto que el citado ingeniero hubiera actuado como juez y parte y que por ende tenía que haberse declarado impedido, pues el hecho de haber sido requerido por el Banco para examinar los listados y efectuar el estimativo de la cuantía en mención no lo convirtió en auxiliar de la justicia o funcionario de la misma.

El *cargo cuarto* lo desestima por carencia de fundamento en cuanto no es cierto que el Tribunal hubiera ignorado los testimonios de Alberto Martínez y Francisco Gómez, pues, dice el funcionario lo que el actor hace es reproducir parciales fragmentos del contexto de esas pruebas para inferir de ellos el yerro que atribuye al trabajo evaluativo del Tribunal, sin reparar en que así asumidos esos elementos de juicio carecen de la trascendencia que el profesional les atribuye.

En cuanto al *quinto cargo* observa el Delegado que el censor no precisa, dentro del error de derecho, la clase de yerro de que habla al cuestionar la evaluación de la prueba indiciaria, y que el discurso en definitiva se orienta por "sacar avante y a toda costa sus personales puntos de vista sobre la valoración de las pruebas para que sean preferidos a los de la sentencia", mas no por demostrar, como debió hacerlo los reparos que formula.

Dando así por rendido su concepto respecto de las dos demandas presentadas, el distinguido colaborador sugiere a la Corte la casación parcial del fallo en el sentido de revocar el literal "d)" de su parte resolutiva y desechar todos los demás reparos, *aunque de su propia iniciativa solicita la casación oficiosa de la sentencia por error en la denominación jurídica de uno de los delitos, en los términos que a continuación se reseñan:*

Los trabajadores del Banco de la República no son empleados particulares, como equivocadamente lo afirmó el Tribunal Superior de Medellín en la sentencia acusada, sino oficiales, aunque sus relaciones patrono-trabajador se rijan por el

C.S. del T., calidad laboral que surge de la especial naturaleza jurídica de ese ente nacional de derecho público, por lo que la acusación en el proceso debió formulárseles por los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Admite que los procesados se apropiaron sucesivamente y en provecho propio de dineros públicos representados en billetes destinados a su destrucción, *puntualizando que sobre esos dineros ellos tenían a título de custodia la disponibilidad material,* por razón de sus funciones, en cargos de confianza, de donde infiere que uno de los delitos en que incurrieron fue el de peculado por apropiación tipificado en el artículo 133 del C.P.

Al habéreseles formulado el cargo por hurto, se transgredió la garantía del debido proceso, lo que implica la nulidad parcial del proceso a partir e inclusive del acto acusatorio.

Por la misma fundamental razón, al permitir todos los sentenciados que en las actas de destrucción de los billetes se consignaran datos falsos, incurrieron en el delito de falsedad ideológica en documento público "en calidad –dice–, de determinadores unos y autores directos otros, indiscutiblemente con el fin de ocultar el delito primeramente cometido a través de la apropiación.." , aunque los únicos que suscribieron las actas fueron los supervisores Saldarriaga y Angel, pues los demás contribuyeron al falso documental en virtud de que los datos que se consignaban en las actas "dependían directamente de su propia actividad ya que todos actuaban de común acuerdo en una perfecta distribución de funciones aprovechándose del cargo y sus funciones en orden a lograr la impunidad ..".

De esta suerte, los procesados incurrieron en concurso de delitos de peculado y falsedad, ésta la tipificada en el artículo 219 del C.P.; más como fueron cobijados en la sentencia recurrida por la absolución respecto a este hecho punible, esta determinación debe mantenerse en razón del principio de limitación que rige en el recurso de casación *y sin embargo de que la parte civil también haya impugnado lo referente a tal delito,* pues su censura está llamada al fracaso al catalogar como empleados particulares a los acusados y atribuirles un delito de la misma especie pero que no requiere calidad funcional propia.

Finalizando su concepto, advierte la imposibilidad de estructurar la nulidad del proceso con base en la errada calificación jurídica del delito contra la fe pública porque tal clase de error "no se evidencia" y tras cuestionar acremente la absolución impartida por este hecho punible, no considera aplicable la oficiosidad casacional del artículo 228 del C. de P.P.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Demanda a nombre de la parte civil.

Primer Cargo. No obstante alegar el casacionista error de derecho en la falta de aplicación del artículo 349 del Código Penal, el mismo omite precisar qué clase de error cometió el Tribunal (si de legalidad o de convicción) y el desarrollo que del reproche hace traduce una confrontación de su criterio personal con el del fallador, olvidando que en casos de estos "enfrentamientos subjetivos" prevalece el del sentenciador, el cual, además, se encuentra amparado por la doble presunción de legalidad y acierto.

Se esfuerza entonces el censor en sacar avante y darle un valor diverso al que le dio el Tribunal al dicho del coprocesado Bedoya. Recuérdese que, para la evaluación probatoria, el sistema de tarifa legal o prueba tasada fue abolido en nuestra legislación procedimental penal, y es la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia los parámetros que gobiernan la referida evaluación de la prueba. Por eso ha repetido esta Sala que en casos de que el fallador se aparte ostensiblemente de esos parámetros, incurre en error de hecho por falso juicio de identidad, cosa que ni siquiera mencionó el casacionista.

Este cargo, pues, no prospera.

Segundo Cargo. El yerro del casacionista en este cargo es similar al del anterior: aduce error de derecho, pero deja en el vacío este enunciado y más bien se desplaza hacia un falso juicio de existencia al afirmar que el fallador no tuvo en cuenta "las actas de destrucción de los billetes" (inspección judicial de octubre 12 de 1990), equivocándose notoriamente en el reparo, pues si se lee el fallo recurrido, sí se aprecia que el sentenciador consideró esa prueba, pero lo que ocurre es que le dio a la misma un valor que el casacionista no comparte, como éste incluso lo reconoce en su demanda al señalar que el sentenciador "incurrió en contradicciones" al evaluar tal probanza.

Además, también el censor se aparta de la línea de ataque escogida (violación indirecta) para penetrar en la violación directa de la ley, cosa que demuestra las extensas disquisiciones que hace sobre la naturaleza jurídica del falso documental: estas reflexiones simplemente "teóricas" de verdad que no son de recibo en tratándose de violación indirecta, es decir, violación a través de la prueba, no sobre la ley, evento este último pertinente a la violación directa.

En fin, no demuestra el casacionista que el Tribunal estuvo incurso en protuberantes equivocaciones al dejar de aplicar el artículo 220 del Código Penal, falta de demostración que conduce a tener este segundo cargo como impróspero.

Tercer Cargo.- Aquí ni dice el censor el sentido de la violación que aduce ni la especie de yerro que le endilga al Tribunal. Como en los anteriores reproches, se dedica a insistir en que los supervisores Fernando Saldarriaga y Alberto Angel también incurrieron en falsedad documental por "autoría inmediata concurrente".

Aparte de ello, como observa la Delegada, el delito por el cual pretende condena el casacionista "no fue debatido ni mucho menos deducido en la resolución de acusación", razón por la cual este cargo se exhibe aún más ostensiblemente sin piso jurídico y, por tanto, destinado al fracaso.

Cuarto Cargo.- A este cargo se debe replicar con la Delegada que el Banco de la República, como persona jurídica que es, no puede ser, en rigor, sujeto pasivo del daño moral por el cual propende el actor, quien reitera que se agravió "el buen nombre o prestigio del Banco Emisor", además siendo un problema indemnizatorio el cuestionado, desconoció la exigencia legal de la cuantía.

Ante el contundente yerro del censor, este último cargo tampoco sale avante.

La demanda, entonces, no prospera en parte alguna.

Demanda a nombre de los procesados Reynel Pareja, Alberto Angel, Oscar Bedoya, Fernando Saldarriaga y Rubén Darío Salazar.

Primer Cargo. Si bien el casacionista primeramente enuncia que el fallador omitió unas pruebas, luego habla de la tergiversación de las mismas, lo cual entraña un planteamiento excluyente, además de que no dice por parte alguna la incidencia de las pruebas ignoradas y/o distorsionadas, con lo cual su reproche se queda en el vacío, sin desarrollo alguno.

Esta falta de demostración de yerros 22 concretos del Tribunal, aválase con la cita de testimonios que hace el censor según su conveniencia, pero sin complementar esas referencias probatorias con el mérito que le corresponda objetivamente.

Así las cosas, la deficiencia referida torna inepto el cargo.

Segundo Cargo. El casacionista aduce error de derecho al considerar el Tribunal como indicios las cartas dirigidas al Gerente del Banco por unos procesados y lo que algunos de éstos dijeron ante los investigadores de esa entidad y, sin solución de continuidad, asevera que esas pruebas fueron obtenidas mediante coacción.

Como primera cosa se debe replicar a tal ataque que cuando se critica la construcción de un indicio –lo ha redicho la jurisprudencia de esta Sala–, el

casacionista está obligado a demostrar que en esa elaboración de lo conocido a lo desconocido, se rompió la lógica, como que el indicio es "Inferencia lógica" (art.300 C.P.P.).

Y si el actor ataca es el hecho fuente del indicio (el dato que se conoce), tiene que demostrar que con respecto a éste se incurrió en alguno de los manifiestos yerros de hecho o de derecho.

Nada de eso efectúa aquí el censor, pues se limita a afirmar una coacción que la realidad procesal no exhibe y que él tampoco demuestra, aparte de que hace caso omiso del peritaje que Medicina Legal realizó, descartando comportamientos agresivos en los aludidos "investigadores privados".

Además, el censor realiza un ataque parcial, pues deja indemne otros elementos que el Tribunal tuvo en consideración para arribar al fallo condenatorio combatido, yerro que, de por sí, da al traste con el reproche.

Tercer Cargo.- Aquí no dice el censor qué clase de error de derecho cometió el fallador al tener en cuenta el peritaje para la tasación de la cuantía del hurto. Además, como observa la Delegada, no es cierto que dicha tasación se haya hecho con base en dicho peritaje rendido por el Ingeniero Carlos Alberto Ramírez, pues tal cuantificación se erigió sobre las pruebas aportadas por el apoderado del Banco.

Quedando, pues, sin soporte factual esta censura, la misma queda en el vacío y obviamente deviene impróspera.

Cuarto Cargo.- En este cargo afirma el casacionista un yerro de hecho por ignorar el fallador los testimonios de Jaime Alberto Martínez y Juan Francisco Gómez, acerca de fallas de la respectiva máquina y la frecuencia de accidentes con los billetes llamados a su destrucción.

Aparte de que no es verdad que el sentenciador haya ignorado esos testimonios (fragmentos de los cuales transcribe el actor según su postura defensiva), el casacionista yerra al criticar a renglón seguido las consideraciones elaboradas por el fallador en torno al indicio referido a la frecuencia de "incidentes" ocurridos con billetes de alta denominación: esta mezcolanza de argumentos no se compadece con la precisión y autonomía de los reparos en sede casacional y conforman una ambigüedad que desorienta, distrae y le impide a la Corte saber cuál es el yerro protuberante concreto y objetivo en que pudo caer el fallador.

Esa perplejidad conduce con lógica al rechazo de este cargo.

Quinto Cargo.- No es acertado en casación plantear –como lo hace aquí el censor– "error de derecho en la apreciación de la prueba" asumiendo de manera general tanto la especie de ese error como de la prueba.

Al respecto el casacionista infiere que de la "hipotética" sustracción de los billetes el sentenciador no puede deducir la "culpabilidad" de los procesados, de quienes, dice, no puede predicarse el indicio de "oportunidad", como que otras personas también pudieron tener esa oportunidad al operar las mismas máquinas e intervenir en el proceso de destrucción de los billetes y que, en esas condiciones, el indicio resulta "contingente".

Reitérase que un disentimiento tal no configura ni siquiera un "cargo" de casación, y se debe decir que ni siquiera en las instancias (aquí la Corte no es instancia, conviene recordar al actor) es acertado ni eficaz alegar de tal modo "abstracto".

Quizás podría admitirse tal modo de alegar como conclusión de los cargos expuestos, pero de manera alguna como un cargo separado y autónomo, como se vio que hace aquí el demandante.

Razones todas ellas para que esta demanda tampoco prospere.

CASACIÓN OFICIOSA

No cabe duda de que los procesados eran empleados oficiales (hoy "servidores públicos") y, por tanto, susceptibles de cometer delitos contra la Administración Pública: tanto con la inicial redacción del artículo 63 del Código Penal, como con la reforma que a éste hizo la Ley 190 de 1995, contratados como lo fueron por el Banco de la República en la modalidad laboral característica de esta institución bancaria, pues como acertadamente lo recuerda el Procurador en su juicioso y detallado estudio en términos que la Corte comparte y hace suyos:

"Y para la época de los hechos la naturaleza jurídica de dicho Banco dentro del campo de las entidades nacionales como máxima autoridad monetaria, se encontraba definida tanto en la resolución No.105 de 1982 expedida por el Presidente de la República en la cual se aprobaron los estatutos contenidos en el Acta N° 3695 del mismo año emanada de la Junta Directiva (Capítulo I) y en el artículo 1° del Decreto 386 de 1982, en los que se definió al Banco de la República como 'una entidad de derecho público económico y de naturaleza única' estableciendo además que las relaciones laborales del Banco con sus empleados 'continuarán' siendo contractuales y rigiéndose por el C.S. del T., por los estatutos del Banco, su régimen interno, las convenciones colectivas y las decisiones que en esa materia tome la Junta Directiva".

Ahora bien, el punto que podría originar duda sobre la tipificación del atentado por ilícita apropiación de los valores representados en los billetes destinados a su destrucción consiste en la razón por la cual los diversos procesados accedieron al dinero del cual se apropiaron ilícitamente y la función que ellos cumplían respecto de él.

La información suministrada por el Banco de la República a los folios 900 a 903 enseña que todos los procesados tenían como función específica en el ejercicio de sus cargos, operar, o auxiliar la operación del equipo DLRS–3530, es decir, de la máquina destinada al conteo, clasificación y destrucción de los billetes considerados desechables por distintas razones, recibidos por el Banco de la República a través de los Bancos comerciales, o bien, supervisar la operación de destrucción.

Por la indagatoria del supervisor Luis Fernando Saldarriaga, se sabe que la función específica de todos los procesados en el referido equipo, comenzaba a partir de la suya propia, que describe así:

"elaborar planillas, entregarles dinero de la bóveda de movimiento mediante vales que se hacían al cajero principal...luego paqueteaba todo el dinero...de ahí las introducía a una malla para llevar o transportarlas al recinto de las máquinas".

En la secuencia laboral, relata lo concerniente a sus compañeros así:

"los cuales se les entregaba mediante un vale al grupo de trabajo correspondiente a cada una de las máquinas, estos señores volvían a paquetear el dinero...luego programación de las máquinas, cambio de fechadores,...,después se programaban (sic) la máquina para hacer la prueba correspondiente del día,... luego se volvía y se programaba la máquina para ya efectos de la destrucción y se verificaban los paquetes que salían para ver la respectiva clasificación... en presencia de la auditoría y Contraloría...luego salíamos del recinto de la máquina y elaboraba las planillas colocándoles el respectivo reloj hora de inicio y total de billetes...En muchas ocasiones ocurrían incidentes...Para finalizar el proceso se cuadraba de acuerdo a lo arrojado por el listado,...de ahí auditoría y contraloría daban conformidad a dicho proceso..". (fls.110–111v.).

Esta detallada información, tanto del Banco como de uno de los procesados, ratificada en distintos términos por los demás, pone en evidencia, sin lugar a dudas la *existencia de una relación funcional entre los bienes objeto de la apropiación y las funciones propias de cada uno de los procesados*, relación nacida de la vinculación laboral de ellos con el Banco–entidad de derecho público–, con el preciso encargo de operar, auxiliar o supervisar el sistema de destrucción de los

billetes y que *por lo mismo les confería la facultad de tenerlos a su disposición, así fuera transitoriamente, como que se trataba apenas del tiempo necesario para verificar el contenido de las pacas inicialmente recibidas y volver a conformarlas, ahí sí con destino final a su destrucción.*

En este sentido es pertinente recordar que en sentencia de julio 15 de 1982 esta Sala reiteró (M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto) que no sólo las personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado, puede cometer peculado, sino "las que lo reciben en consideración a sus funciones" y "dispongan de él en modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellas", y que la disposición del bien no le hubiera sido posible a la persona si ésta no desarrollara, así fuere de manera temporal, esas funciones.

Posteriormente en sentencia de 6 de diciembre del mismo año (M.P. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo), refrendó la Corte esa postura, precisando que las referidas funciones del empleado oficial pueden provenir también "de un reglamento, de una resolución, de una orden o de cualquier regulación proferida con poder vinculante por la competente autoridad".

Esos criterios fueron ratificados en sentencia de abril 17 de 1995 (M.P.Dr.Juan Manuel Torres Fresneda), cuando, para sostener el delito de Peculado, dijo que "...no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal –se insiste– de custodia". (Se subraya).

Es claro entonces que la tenencia del dinero por parte de los procesados fue calificada solo por razón de su función, cumpliéndose así el presupuesto de la conducta constitutiva de la apropiación de que habla el Peculado, pues el dinero se les confió con el específico fin de destruirlo, para lo cual debían verificar la exactitud de lo que se les entregaba, que esa y no otra era su función; y mientras esta destrucción no se llevara a cabo, su obligación era restituirlo a su legal poseedor –el Banco– en las mismas condiciones en que lo habían recibido, porque seguía conservando el valor monetario correspondiente: vale decir, lo recibieron en custodia, tal como lo prevé la ley penal en su artículo 133 al describir esa figura delictiva.

En estas condiciones, al haberse calificado en la resolución de acusación la conducta de apropiación ilícita del dinero como hurto, es evidente que *se incurrió en* errada denominación jurídica del delito, *que traduce violación de la garantía del debido proceso* y hace imperativa la invalidación parcial de lo actuado exclusivamente en relación con el delito de hurto calificado y agravado, a partir e

inclusive del auto calificatorio, con la advertencia de que la cuantía del hecho punible supera los quinientos mil pesos.

Por cuanto hace *al delito contra la fe pública* la situación es diferente, porque aunque con un criterio equivocado sobre la naturaleza jurídica de la vinculación laboral de los procesados al Banco de la República y su calidad funcional, la conducta fue calificada por el juez instructor acertadamente como *falsedad ideológica en documento público* en virtud de la indiscutida calidad de funcionario público del Delegado de la Contraloría General de la República encargado de suscribir las actas de destrucción de billetes elaboradas con base en los irreales datos suministrados por los operarios y supervisor de las máquinas destructoras, en quienes se reconoció la coparticipación en estos términos:

"Ahora, tenida en cuenta que quienes firmaron las actas, con excepción de quien lo hacía como supervisor, confiaban en lo seguro del proceso, en la inviolabilidad de la máquina, y en los mismos que cumplían con la manipulación del robot, no puede imputarse a ellos la comisión del delito de falsedad documental. Pero, sí cabe a quienes, sin cometer ellos mismos el reato, dieron lugar a la elaboración del documento parcialmente falso, y a quien, sabedores de lo mentiso (sic) del acta, la suscribieron, dando por sepultado el incidente, particular al cual se refería un documento concreto". (fl.789 cd.calif.).

En el momento procesal oportuno todos los acusados fueron condenados en primera instancia por el concurso de hechos punibles de Falsedad ideológica y Hurto calificado y agravado, pero el Tribunal en la sentencia impugnada, resolvió modificar y revocar parcialmente esa decisión, considerando que los actos constitutivos del falso documental quedaron subsumidos en los del Hurto calificado y agravado.

Así terminado en las instancia el proceso, contra el fallo de segundo grado *se abstuvieron de recurrir, tanto el absuelto Pablo Mejía Acevedo, como el condenado Alvaro Montoya Marín e impugnaron extraordinariamente tanto la representación de la parte civil como la defensa* común de los restantes condenados.

La vigencia de la resolución de acusación en relación exclusiva con el falso documental, *comporta el* rompimiento de la unidad procesal e impone la prevalencia del fallo absolutorio por este concepto, en cuanto en su expedición no halla la Corte configurada ninguna de las causas que ameritan la casación oficiosa prevista en el artículo 228 del C. de P.P., ya que las demandas presentadas deben ser desestimadas.

Debe, sí, precisarse que la referida nulidad que la Sala decretará cobija también al procesado absuelto Pablo Mejía Acevedo, como también al condenado no recurrente, Alvaro Montoya Marín, por la unidad de decisión que comporta este fallo de la Sala.

En mérito, 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. *Desestimar las demandas* presentadas por la parte civil y por la defensa común de los procesados recurrentes.

2. Casar de oficio parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso únicamente en relación con el delito de Hurto calificado y agravado, a partir e inclusive, de la resolución de acusación y respecto de todos los procesados, para que se subsane el error en la calificación jurídica del hecho punible. En lo restante, sin modificación el fallo. En firme esta decisión, devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Copíese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PECULADO–Auxilios Parlamentarios

En tratándose de los auxilios educativos autorizados por el artículo 76 ordinal 20 de la Constitución de 1886, el tratamiento legislativo que viene de mencionarse no es en manera alguna extraño, si se tiene en cuenta que "los aportes o saldos de los fondos educativos creados por parlamentarios en el Instituto de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX, estarán depositados en este Instituto hasta cuando su creador los hubiere adjudicado" (art. 6o. ibídem), lo cual indica, que para estos casos, por considerarse una excepción, no se aplica la norma general contenida en el artículo 5o, del mismo cuerpo legal, que señala que dichos aportes debían gastarse o comprometerse antes del 31 de diciembre de 1990.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.–Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de abril de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No. 35

Proceso: 9357

Mediante el presente pronunciamiento la Sala decidirá la pertinencia de abrir investigación penal contra el doctor *Gilberto Flórez Sánchez*, ex Representante a la Cámara.

ANTECEDENTES

1. La Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales, por auto del 6 de noviembre de 1992, dispuso efectuar en la Oficina Principal del Banco Ganadero de esta ciudad, verificación sobre el manejo y destino de los recursos incluidos en el Presupuesto Nacional por iniciativa parlamentaria y girados a esa entidad

bancaria a través del Ministerio de Gobierno –Fondo de Desarrollo Comunal– con cargo a la vigencia fiscal de 1990.

2. En desarrollo de la mencionada averiguación fue establecido que mediante Resolución 2487 del 5 de junio de 1990, se giraron recursos en cuantía de $ 30.400.000.oo al Banco Ganadero –Oficina Principal–, para cuya asignación el doctor *Gilberto Flórez Sánchez* suscribió "Contrato de Encargo Fiduciario en Administración" por el término de cuatro años y conformó el Fondo Juan B. Solarte Obando, designándose Presidente del Comité de Administración.

Dicho Comité levantó, entre el 8 de octubre de 1990 y el 14 de julio de 1991, un total de 82 actas de asignación de auxilios educativos así:

– 27 expedidas entre el 26 de septiembre de 1990 y el 31 de diciembre del mismo año, adjudicando auxilios por valor de $ 7.964.382.oo;

– 55 entre el 1o. de enero y el 14 de julio de 1991, por valor de $ 26.585.312.oo.

3. Con fundamento en los resultados de la visita, se concluyó por parte de los funcionarios de la Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales, que los $26.585.312.oo adjudicados con posterioridad al 31 de diciembre de 1990, tuvieron Ejecución Extemporánea con lo cual pudieron haberse infringido las Leyes 38 y 61 de 1989 "toda vez que no fueron reintegrados los recursos a la Tesorería General de la República, en cuantías ya citadas" (fl. 32). Por ello, se dispuso la expedición de copias de la actuación con destino a la Corte a fin de adelantar la investigación penal correspondiente.

4. Se acreditó la calidad de congresista del doctor Gilberto Flórez Sánchez, para los años 1990 y 1991 (fls. 40 y ss–1).

5. Al expediente se allegaron los siguientes medios de prueba:

5.1. Copia de la actuación 028-135077, adelantada por la Procuraduría para Asuntos Presupuestales en la Oficina Principal del Banco Ganadero, respecto de los dineros manejados a través del Fondo Juan B. Solarte Obando por iniciativa del parlamentario gestor, doctor *Gilberto Flórez Sánchez*, el cual contiene la documentación soporte del informe de la visita.

5.2. Inspección judicial practicada en las instalaciones de la misma entidad bancaria en la que se estableció que para el 3 de agosto de 1992, el Fondo Juan B. Solarte Obando, constituido por el parlamentario Flórez Sánchez, tenía un saldo

no utilizado de $350.000.oo, el cual se consignó por el mismo banco, en la fecha anotada, a órdenes de la Tesorería General de la República (fls. 375).

5.3. Se recibieron los testimonios de Claudia Patricia Vásquez (fl. 310), Fabio Rodrigo Urrego (fl. 312), Nisida Marcela Romero (fl. 314), Juan José Cortés (fl. 316), Sergio Andrés Hincapié (fl. 321), Fidel Gómez Viveros (fl. 323), Alfonso Uribe Ruiz (fl. 325), Marcela Andrea del Pilar Rosero Orjuela (fl. 327), Jacqueline Arteaga Cerón (fl. 329), Diana Angélica Santamaría (fl. 330), Claudia Tatiana Ortiz Flórez (fl. 333), Luis Fernando Malaver Zamorano (fl. 335), John Eduardo Pardo Narváez (fl. 336), Carlos Arturo Ortiz Devia (fl. 338), Angel María Luna Enríquez (fl. 387), Sandra Constanza Florido Santofimio (fl. 389), Liliana Patricia Montenegro (fl. 391), Víctor Hugo Vivas Guevara (fl. 393), Luz Stella Vallejo Sánchez (fl. 395), Adelma del Socorro, Doria de Avila (fl. 397), Adalgiza Avila Doria (fl. 399), Ruber Alcides Solís Peralta (fl. 418), Peggy Carolina Sierra Lancheros (fl. 420), Patricia Benavides Andrade (fl. 422) y Yaneth Margoth Carvaja Molina (fl. 431), quienes manifestaron bajo juramento que sí recibieron las ayudas educativas ordenadas por el parlamentario investigado en estas preliminares.

De estos declarantes, Diana Angélica Santamaría y Ruber Alcides Solís Peralta, refirieron que si bien es cierto las firmas que aparecen como suyas a folio 140 anexo son auténticas, pues en verdad recibieron el auxilio concedido, también lo es, que un porcentaje de este dinero fue entregado a un sujeto de nombre Humberto Olivella o "Beto", en razón a haber intervenido como "intermediario" en su obtención.

5.4. La Subsecretaría General de la Cámara de Representantes certificó que el doctor *Gilberto Flórez Sánchez* fue elegido para el período Constitucional 1991-1994 habiendo actuado ininterrumpidamente hasta el 19 de julio de este último año. Informó además que "durante el tiempo que fue Representante a la Cámara, no dejó registrada ninguna dirección de domicilio donde ubicarlo" (fls. 451 y ss.).

5.6. Tanto la Secretaría General del Senado de la República (fl. 457) como el Jefe de la División de Personal de la Cámara de Representantes (fl. 471), certificaron que el señor Humberto Mario Olivella Gómez no ha laborado en el Congreso.

5.7. La Registraduría Nacional del Estado Civil remitió fotocopia de la cédula de ciudadanía y tarjeta decadactilar de Humberto Mario Olivella Gómez (fls. 479 y ss).

SE CONSIDERA

1. Habiéndose acreditado que el doctor *Gilberto Flórez Sánchez* para la época de la inclusión en el Presupuesto Nacional de las partidas objeto de indagación, tenía la calidad de Representante a la Cámara, la Corte es competente para conocer del presente asunto, de acuerdo con los artículos 186 y 235 de la C. N., así en la actualidad no conserve esa investidura, pues los hechos averiguados mantienen relación con sus funciones de congresista.

2. Dos son los aspectos centrales sobre los que debe ocupar su atención la Sala: El primero relativo a la época en que, por mandato legal, el citado parlamentario debía disponer de los recursos provenientes del Presupuesto Nacional u ordenar su reintegro a la Tesorería General de la República, y el segundo, respecto del destino final de los auxilios otorgados.

Sobre el primer aspecto, encuentra la Corte que en el presente caso, si bien es cierto se adjudicaron y entregaron por el Fondo Juan B. Solarte Obando auxilios educativos en cuantía de $ 26.585.312.oo, a través del Banco Ganadero –Oficina Principal–, con posterioridad al 31 de diciembre de 1990, pues así lo evidencian las actas de asignación de los recursos, también lo es que el Parágrafo 5o. del artículo 6o. de la Ley 61 de 1989 que decretó tal gasto, establece que "los aportes o saldos de las partidas incluidas en el Presupuesto por los Congresistas a través de instituciones financieras, oficiales o semioficiales, estarán depositadas en las instituciones hasta cuando su gestor las otorgue" (subrayas fuera de texto), lo cual indica que ninguna irregularidad puede constituir la circunstancia mencionada y que dio origen a la expedición de las copias por la Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales, en tanto que, por disposición legal, el gestor podía asignar éstos recursos en cualquier tiempo.

En tratándose de los auxilios educativos autorizados por el artículo 76 ordinal 20 de la Constitución de 1886, el tratamiento legislativo que viene de mencionarse no es en manera alguna extraño, si se tiene en cuenta que "los aportes o saldos de los fondos educativos creados por parlamentarios en el Instituto de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Icetex , estarán depositados en este Instituto hasta cuando su creador los hubiere adjudicado". (art. 6o. ibídem), lo cual indica, que para estos casos, por considerarse una excepción, no se aplica la norma general contenida en el artículo 5o. del mismo cuerpo legal, que señala que dichos aportes debían gastarse o comprometerse antes del 31 de diciembre de 1990.

De otra parte, que Diana Angélica Santamaría (fl. 330) y Ruber Alcides Solís Peralta (fl. 418), beneficiarios de auxilios educativos otorgados por el

ex Parlamentario *Gilberto Flórez Sánchez* , cuyos montos aceptaron recibir, hubieran dicho que un porcentaje de ese dinero lo tuvieron que entregar al sujeto de nombre Humberto Olivella Gómez o "Beto" por haber sido el "intermediario" para su asignación, es situación que en nada compromete la responsabilidad del gestor del aporte, pues ésta culmina cuando el auxilio se ha otorgado previo el cumplimiento de los requisitos legales –a menos que se llegare a demostrar que tales recursos con apariencia de legalidad en su destino final, incrementaron el propio peculio del gestor– pero en este caso no existe ninguna prueba, tan siquiera indirecta, que, desvirtuando la presunción de inocencia, indique que el parlamentario investigado resultó beneficiado patrimonialmente con los auxilios por él adjudicados a los dos estudiantes mencionados en precedencia.

Pensar que la ilícita apropiación de los recursos oficiales a que han hecho referencia estos dos beneficiarios de ayudas educativas, obedeció a una estrategia especialmente dirigida por el doctor Flórez Sánchez con el propósito de apropiarse de los recursos oficiales incluidos en el presupuesto a iniciativa suya, no corresponde al contexto evidenciado de las pruebas recaudadas. Destácase al respecto, que lo afirmado por Diana Angélica Santamaría y Ruber Alcides Solís Peralta, constituye asunto insular frente a la restante prueba, tanto testimonial como documental, que permite establecer la correcta utilización de los dineros oficiales.

A este respecto es pertinente recordar lo que en su momento dijeron estos dos testigos:

Diana Angélica Santamaría Bejarano expresó:

"Yo, el me dijo, mi amigo, que debía darle la fotocopia del recibo de matrícula, no estoy segura porque ha pasado mucho tiempo, y la fotocopia de la cédula y como él le ayudaba directamente, él hizo todos los trámites, después de unos días salió un cheque a mi nombre y el cheque era por una suma como de doscientos mil pesos mas o menos, y mi amigo me hizo la salvedad que yo debía cobrar el cheque por que estaba a mi nombre y que debía tomar el porcentaje que me habían dicho y entregarle a mi amigo el resto, para que él como era de confianza del político, le entregara la plata a él. Preguntado. *Díganos cuál es el nombre del amigo suyo que le ayudó a obtener ese auxilio.*– Contestó.– *Humberto Olivella, pero él falleció el año pasado, corrijo en julio del año de 1993.*– ... *Yo le dije que por qué el cheque salía por un cheque superior cuando a mi se me había dicho que era por una determinada suma, y el me dijo que esa era la metodología que se empleaba para todos los auxilios que un porcentaje era para el estudiante y el resto para la campaña que estaban haciendo".*

Esta exposición contrasta con lo afirmado por Ruber Alcides Solís Peralta:

"Yo estaba haciendo tercer semestre y llegó un compañero de mi hermana, yo creo que era este señor que le decían 'Beto', le dijo a mi hermana que si yo me quería ganar unos quince mil pesos, que era por concepto de un auxilio para que saliera a nombre mío, en esa época eran como doscientos mil pesos y pico, entonces yo reclamé porque salió a nombre mío, no recuerdo la fecha exacta, salió a nombre mío, yo reclamé la plata y él o sea Beto, él me dio los quince mil pesos y el resto de la plata era para él".

En estos dos testimonios, si bien existe coincidencia en cuanto manifestaron no haber tenido relación alguna con el gestor del auxilio, se observa una diferencia de trascendental importancia respecto de la destinación que a esos recursos le daría el sujeto identificado con el alias de Beto: mientras Diana Santamaría dijo que Humberto Olivella destinaría un porcentaje de ese dinero para él y el resto para la campaña que hacían en esos momentos, Ruber Solís refiere que el mismo sujeto le entregó solamente una parte de la beca recibida aduciendo que el resto de dinero sería destinado a su propio provecho.

La circunstancia puesta de presente por la Corte, no permite hacer incriminación alguna en contra del ex funcionario imputado, de quien dicho sea de paso, en ningún momento se menciona su nombre por los referidos estudiantes.

Así mismo, al confrontar estas versiones con las restantes recaudadas sobre el mismo tema, se encuentra la ausencia de coincidencia con el dicho de la gran mayoría de los becarios, según el cual los recursos fueron efectivamente recibidos por ellos en el monto en que les fue reconocido, sin que hubiesen tenido que dar contraprestación alguna por ese concepto.

Es de destacar además, que Humberto Mario Olivella Gómez, de quien Diana Angélica afirmó haber fallecido y la Registraduría allegó fotocopia de su cédula sin mencionar tal circunstancia (fl. 479 y ss.), no ha laborado en el Congreso de la República, como para inferir a partir de allí alguna relación con el Parlamentario en mención.

El anterior planteamiento es reforzado por lo que en su momento dijo la Contraloría al realizar el control perceptivo sobre el destino de los recursos y deducir su correcta utilización:

"El suscrito Inspector realizó el control perceptivo sobre todos y cada uno de los documentos que sustentan los desembolsos y pagos con cargo al Auxilio Educativo, a quienes se llamó selectivamente para confirmar dicho beneficio.

Igualmente algunos centros educativos para confirmar la autenticidad de la matrícula de los beneficiarios", para concluir, que el resultado de la evaluación realizada fue "normal" (fl. 44 anexo).

En igual sentido la Procuraduría al realizar la visita al Banco Ganadero hizo constar que "a cada una de las ACTAS aparecen anexos los documentos soportes del pago de las ayudas educativas tales como formulario diligenciado por el beneficiario, certificación del plantel educativo y orden del giro del cheque de gerencia en cada uno de los cuales se identifica o se señala el número de identificación de los beneficiarios" (fl. 13).

Y si a ello se agrega la ínfima cuantía de dinero que debieron entregarle a Humberto Olivella los estudiantes perjudicados, de cara al monto global de los recursos oficiales administrados por el Banco Ganadero originados en las partidas gestionadas por el doctor Flórez Sánchez, el cual ascendió a la suma de $30.400.000.oo, es circunstancia que desdibuja la afirmación de uno de los declarantes indicados, puesta en boca de Olivella, según la cual "esa era la metodología que se empleaba para todos los auxilios que un porcentaje era para el estudiante y el resto para la campaña que estaban haciendo", siendo necesario concluir que la devolución del dinero a que hicieron referencia los estudiantes Solís y Santamaría no obedeció a una conducta fraguada por el Gestor de los aportes, menos si se da en considerar que ninguno otro de los beneficarios de los auxilios mencionó haber devuelto parte de las sumas recibidas, tal como se dejó visto.

Lo cierto del caso es que los auxilios fueron distribuidos en la forma y con la documentación exigida por la ley, pues la visita practicada por los comisionados de la Procuraduría da cuenta de ello (fl. 13 anexo), y si los estudiantes Santamaría y Solís fueron víctimas de engaño por quien identifican como Humberto Olivella, es situación que escapa a la finalidad de la presente investigación, máxime, si de conformidad con el artículo 1o. ordinal 14 de la Ley 23 de 1991, este comportamiento constituiría contravención especial, para cuya iniciación del proceso se exigiría querella de parte en los términos del artículo 2o. *ejusdem*.

Así las cosas, no encuentra la Sala en la conducta del doctor Gilberto Flórez Sánchez, actividad alguna que amerite la apertura de formal investigación penal en su contra, por lo cual dispondrá la terminación de esta indagación preliminar en la forma prevista por el artículo 327 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

Abstenerse de abrir investigación penal respecto del doctor Gilberto Flórez Sánchez, en razón de los hechos puestos en conocimiento de la Sala y que fueron objeto de esta averiguación previa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

Nuevamente ha de decir la Corte, que el recurso extraordinario de casación discrecional debe fundamentarse debidamente frente a los motivos por los cuales puede ser admitido, esto es para el desarrollo de la jurisprudencia, o en protección de aquellos derechos constitucionales fundamentales violados en el trámite ordinario y que en caso de no cumplirse esta carga por el impugnante, la decisión no puede ser otra que su inadmisión.

Razones de política judicial han dado lugar a la incorporación de este nuevo instituto procesal en nuestra legislación, con el propósito de ampliar las posibilidades de intervención de la Corte, a aquellos asuntos en que por la pena imponible, o el órgano que profirió el fallo de segunda instancia, no permitían el ejercicio del control de legalidad por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo de la mayor cobertura, la procedencia del recurso no opera ipso jure; su invocación debe nacer de la parte inconforme con la decisión, quien ha de exteriorizar oportunamente los motivos que le animan al disentimiento, en relación con las causas por las cuales la vía excepcional resulta de recibo, recogidas por el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido, es obligación del recurrente exponer con claridad los fundamentos y alcances de la impugnación para que la Corte pueda decidir la admisibilidad del recurso, pues si no obra fundamentación alguna, o se sustenta de manera recortada o confusa, los fines perseguidos con el recurso no pueden ser desentrañados sin que se corra el riesgo de distorsionar su verdadero propósito.

Nótese, por ejemplo, que la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, prevista como causal de impugnación excepcional, abarca tan diversas posibilidades, como temas debatidos a lo largo del proceso, eso sin contar

con los pasos de procedimiento que rigen su trámite, al punto que respecto de cada una de ellas pueden presentarse alternativas de solución manejables sólo en una progresión geométrica, de donde resulta impensable que la Corte se pronuncie respecto de todas ellas sin limitación alguna.

Igual sucede con la violación de una garantía fundamental, también erigida como causal de utilización de la vía excepcional, pues tales derechos pueden ser conculcados de tan variada forma y en tantos momentos como aquellos seguidos en el trámite, de ahí la necesidad de que el impugnante concrete el que considera transgredido, la manera como su desconocimiento tuvo realización en el proceso, su real protección como fundamental por la Carta Política y su repercusión definitiva en el proferimiento del fallo que cuestiona; no de otra manera puede ser advertida la naturaleza y alcance de la violación, a menos que se persiga una revisión integral de lo actuado, tan ajena a los fines del instituto como del principio de seguridad jurídica que gobierna las decisiones judiciales.

Pese a que este deber de fundamentar el recurso, así sea sumariamente pero con absoluta claridad, no se encuentra previsto normativamente, la doctrina ha impuesto esta carga como presupuesto de admisibilidad pues de obviarse este requisito, se llegaría al absurdo de considerar que fue voluntad del legislador extender sin condición alguna un recurso excepcional a toda clase de sentencias, a manera de tercera instancia de plena justicia, cuando por su propia naturaleza es medio de impugnación rogado, en clara paradoja donde lo excepcional sería general, negando las posibilidades de interpretación sistemática para hacer operable la figura.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., diez de abril de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No. 35

Proceso: 12442

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Adalberto Agudelo Duque con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito, mediante la cual lo condenó a las penas principales

de doce meses de prisión y multa en cuantía de dos mil pesos ($2.000.oo) al hallarlo penalmente responsable del delito de falsa denuncia contra persona determinada.

ANTECEDENTES

Con ocasión de la denuncia presentada mediante apoderado por el señor Adalberto Agudelo Duque, la Fiscalía 14 Especializada de Manizales tramitó un proceso penal contra Raúl Toro Carvajal el cual finalizó con preclusión de la instrucción al considerar que el procesado "no incurrió en ningún delito, como lo quiere hacer aparecer el querellante". En esa misma decisión se dispuso compulsar copia de lo actuado en el proceso, a fin de investigar separadamente "la posible violación del art. 166 del C.P., por parte del denunciante Agudelo Duqu" (fls. 2 y ss.).

Con fundamento en las copias expedidas, la Fiscalía Diecisiete de la Unidad Especializada de Manizales, dispuso la apertura de instrucción (fl. 68) y la vinculación mediante indagatoria del procesado Adalberto Agudelo Duque (fl. 71) a quien le definió la situación jurídica mediante la imposición de medida de aseguramiento de caución prendaria (fl. 85) y posteriormente, el cinco de abril de mil novecientos noventa y cinco, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por el delito de falsa denuncia contra persona determinada (fl. 144).

Ejecutoriado el pliego enjuiciatorio, el asunto correspondió conocerlo al Juzgado Octavo Penal del Circuito, el cual, luego de realizar la vista pública, profirió sentencia culminatoria de la instancia condenando al procesado a doce meses de prisión y multa en la cuantía ya referida, por hallarlo penalmente responsable del delito deducido en la resolución acusatoria (fls. 271).

Esta decisión fue impugnada en apelación por el defensor, y el Tribunal, al desatar la alzada, le impartió confirmación integral mediante la providencia que ahora es objeto del recurso extraordinario (fl. 322).

EL RECURSO

En tiempo, el defensor manifestó interponer "recurso extraordinario de *Casación*, con base en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P., es decir, por la necesidad de desarrollo y unificación de la jurisprudencia nacional", según dijo, limitando a ese escrito los fundamentos de la impugnación excepcional (fl. 343).

SE CONSIDERA

Nuevamente ha de decir la Corte, que el recurso extraordinario de casación discrecional debe fundamentarse debidamente frente a los motivos por los cuales puede ser admitido, esto es para el desarrollo de la jurisprudencia, o en protección de aquellos derechos constitucionales fundamentales violados en el trámite ordinario y que en caso de no cumplirse esta carga por el impugnante, la decisión no puede ser otra que su inadmisión.

Razones de política judicial han dado lugar a la incorporación de este nuevo instituto procesal en nuestra legislación, con el propósito de ampliar las posibilidades de intervención de la Corte, a aquellos asuntos en que por la pena imponible, o el órgano que profirió el fallo de segunda instancia, no permitían el ejercicio del control de legalidad por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo de la mayor cobertura, la procedencia del recurso no opera ipso jure; su invocación debe nacer de la parte inconforme con la decisión, quien ha de exteriorizar oportunamente los motivos que le animan al disentimiento, en relación con las causas por las cuales la vía excepcional resulta de recibo, recogidas por el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido, es obligación del recurrente exponer con claridad los fundamentos y alcances de la impugnación para que la Corte pueda decidir la admisibilidad del recurso, pues si no obra fundamentación alguna, o se sustenta de manera recortada o confusa, los fines perseguidos con el recurso no pueden ser desentrañados sin que se corra el riesgo de distorsionar su verdadero propósito.

Nótese, por ejemplo, que la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, prevista como causal de impugnación excepcional, abarca tan diversas posibilidades, como temas debatidos a lo largo del proceso, eso sin contar con los pasos de procedimiento que rigen su trámite, al punto que respecto de cada una de ellas pueden presentarse alternativas de solución manejables sólo en una progresión geométrica, de donde resulta impensable que la Corte se pronuncie respecto de todas ellas sin limitación alguna.

Igual sucede con la violación de una garantía fundamental, también erigida como causal de utilización de la vía excepcional, pues tales derechos pueden ser conculcados de tan variada forma y en tantos momentos como aquellos seguidos en el trámite, de ahí la necesidad de que el impugnante concrete el que considera transgredido, la manera como su desconocimiento tuvo realización en el proceso,

su real protección como fundamental por la Carta Política y su repercusión definitiva en el proferimiento del fallo que cuestiona; no de otra manera puede ser advertida la naturaleza y alcance de la violación, a menos que se persiga una revisión integral de lo actuado, tan ajena a los fines del instituto como del principio de seguridad jurídica que gobierna las decisiones judiciales.

Pese a que este deber de fundamentar el recurso, así sea sumariamente pero con absoluta claridad, no se encuentra previsto normativamente, la doctrina ha impuesto esta carga como presupuesto de admisibilidad pues de obviarse este requisito, se llegaría al absurdo de considerar que fue voluntad del legislador extender sin condición alguna un recurso excepcional a toda clase de sentencias, a manera de tercera instancia de plena justicia, cuando por su propia naturaleza es medio de impugnación rogado, en clara paradoja donde lo excepcional sería general, negando las posibilidades de interpretación sistemática para hacer operable la figura.

Ya en relación con el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, es evidente que el defensor de Adalberto Agudelo Duque, se limitó a interponer el recurso so pretexto de la necesidad de un desarrollo y unificación de la jurisprudencia, quedando su propuesta en el mero enunciado pues allí concluyó su argumento sin fundamentar la pretensión, de suerte que se desconoce sobre qué aspecto en particular demanda el pronunciamiento, cuáles las razones por las que la Corte debe intervenir, de qué manera la decisión le brindaría una solución distinta al caso y qué clase de servicio prestaría por trazar derroteros de interpretación, como criterio auxiliar de la actividad judicial.

Como nada de esto hace el recurrente, la Corte no puede adivinar el alcance de la impugnación y ello le impide hacer uso de su facultad discrecional para admitir el recurso; en esa medida, la pretensión está llamada al rechazo, tal como se decidirá en la parte resolutiva de este proveído.

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

RESUELVE

Inadmitir el recurso extraordinario de casación discrecional intentado por el defensor del procesado Adalberto Agudelo Duque.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Si se quiere argumentar una presunta manifestación de duda del fallador como premisa, de cara también a la apariencia de una conclusión incongruente de condena, se precisa recurrir al discurso completo de la motivación y no a los apartes que, estimados de manera aislada, interesada y caprichosa, se les puede hacer decir lo que le plazca al intérprete.

El examen que desemboca en la certeza o en la duda resulta mucho más complejo y delicado, pues el proceso de decisión comienza con la acumulación de las unidades de información (investigación), continúa con la evaluación que implica la asignación de un valor a cada ítem informativo; el tercer paso consiste en atribuir un peso a cada información (C. P. P., art. 254, inciso 2°); y finalmente se integra la información evaluada y sopesada en un juicio singular de certeza o de mera probabilidad sobre el hecho y la responsabilidad del acusado (idem, *art. 254, inciso 1°). Desde luego que este proceso cuenta con el antecedente lógico de la presunción de inocencia, pues si lo que se persigue es el esclarecimiento de una sospecha, y por esa vía la paz jurídica, es imperativo considerar en serio, en el curso de todo el proceso, la posibilidad de que el acusado sea realmente inocente.*

Es en virtud de ello que se estima sabia la fórmula acuñada en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obren pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado..." (se resalta), tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nítidamente que no es la prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda), sino que ella apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues tal es el sentido del verbo "conducir". Por ello, con sobrada razón, los expositores del método racional pregonan que "las pruebas no se cuentan sino que se sopesan".

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D. C., diez de abril de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 34 (abril 8 de 1997)

Proceso: 10427

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Rafael Alberto Puerta Gutiérrez, en relación con la sentencia de segunda instancia fechada el 29 de junio de 1993, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Marta le impuso al sentenciado la pena principal de dieciocho (18) años de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período de diez (10) años, como responsable de un concurso de hechos punibles de homicidio consumado y tentado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ANTECEDENTES

En la madrugada del 24 de mayo de 1992, algunos lugareños compartían copas en el estadero "La Treinta", situado en la calle 30 entre carreras 12 y 13, frente al puente de La Platina, barrio Manzanares de la ciudad de Santa Marta, cuando de pronto pasaron apresurados dos (2) individuos y se escucharon voces de auxilio que pedían detenerlos porque presuntamente, en sitio cercano, habían violentado a un ciudadano. El pedido de ayuda fue respondido por algunos de los integrantes del grupo de amigos, quienes a distinto ritmo emprendieron la persecución de los huidizos, pero uno de éstos desenfundó en la carrera un arma de fuego, la disparó e hirió en primer lugar a Ricardo Enrique Rodríguez Castro, quien falleció posteriormente en la Clínica de los Seguros Sociales. Al saber herido a su compañero, Edgar Antonio Cantillo Cantillo se lanzó sobre los agresores y también resultó lesionado.

Manuel Segundo Pallares Ovalle, otro de los perseguidores, sigue el rastro de los ofensores por el barrio El Minuto de Dios, un celador le señala la dirección que éstos llevaban, penetra a las aguas del río Manzanares y logra aprehender a uno de ellos, pero éste lanza un grito de auxilio a su compañero que estaba provisto del arma, momento en el cual también aquél resulta herido por otro disparo del certero agresor. Como quiera que la misma ruta habían tomado en la persecución Alfredo Miguel Molina Cantillo y Julio César Camargo Cantillo, éstos le prestaron ayuda al lesionado

Pallares Ovalle, el primero de ellos requirió el apoyo de una pareja de agentes que se desplazaba por el lugar en una motocicleta, y en poco tiempo todos interceptaron a los dos atacantes, identificados como los hermanos Rafael Alberto Puerta Gutiérrez y Campo Elías Barros Gutiérrez, uno de los cuales se desprendió de una pistola calibre 7.65 milímetros, distinguida con el número C16518, con un proveedor que albergaba cinco (5) cartuchos, arma que fue recogida por *Alfredo Miguel* y entregada a la policía.

Retenidos los dos presuntos agresores, se determinó inicialmente que su carrera obedecía a que habían lesionado con arma de fuego a José Farid Montero Calderón, con el fin de despojarlo de la ropa, los zapatos y otras pertenencias, según hechos ocurridos sobre la misma calle 30, cerca a la estación de gasolina "La milagrosa", momentos antes de la espectacular estampida y persecución, cuando aquél acababa de salir de la caseta Wican.

La investigación fue avocada por el Juzgado Diecinueve de Instrucción Criminal radicado en Santa Marta, por medio de autos del 24 y el 25 de mayo de 1992, que ordenaron diligencias de indagación preliminar y de instrucción propiamente dicha, respectivamente (fs. 2 y 12). El 27 de mayo se recibió en indagatoria a los imputados *Campo Elías Barros Gutiérrez y Rafael Alberto Puerta Gutiérrez*, debidamente asistidos por el mismo defensor profesional de confianza, y, por medio de auto del 4 de junio siguiente, el juzgado de instrucción les dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, como autores de atentados contra la vida y la integridad personal y el Decreto 3664 de 1986, en razón del fallecimiento de *Ricardo Enrique Rodríguez Castro*, el lesionamiento de otras tres personas, y por la incautación de un arma de fuego de defensa personal sin salvoconducto (fs. 22, 26 y 64 a 69).

Acreditada por pericia médico –legal la minoría de edad del sindicado *Campo Elías Barros Gutiérrez*, se dio traslado de su situación a los jueces promiscuos de familia de la mencionada capital (fs. 79 y 83).

Producido el cambio en la estructura normativa del proceso penal, por la vigencia del Decreto 2700 de 1991, asumió el conocimiento de la investigación la Fiscal Segunda Especializada de la Dirección Seccional de Santa Marta, adscrita al Grupo de Vida, funcionaria que declaró formalmente cerrada la investigación, por medio de interlocutorio fechado el 27 de agosto de 1992 (fs. 158), y posteriormente dictó resolución acusatoria –18 de septiembre de 1992– en contra del procesado *Puerta Gutiérrez* por un concurso de hechos punibles de homicidio, tentativa de homicidio, hurto y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 172 a 184).

Evacuada la audiencia pública (fs. 270 a 278), el Juzgado Cuarto Penal del Circuito profirió la sentencia condenatoria fechada el 30 de abril de 1993, por

medio de la cual declaró al procesado *Puerta Gutiérrez* coautor responsable de los delitos deducidos en la resolución de acusación, le impuso la pena principal de dieciocho (18) años de prisión y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual período; así como la obligación de resarcir los daños y perjuicios materiales y morales en cuantía de 248 y 106 gramos–oro, respectivamente, discriminados en relación con cada uno de los perjudicados (fs. 280 a 308).

Interpuesto el recurso de apelación por el defensor del procesado, la Sala Penal del Tribunal de Santa Marta reforma la sentencia de primer grado en el sentido de condenar al acusado solo por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y absolverlo por el ilícito de hurto, aunque ninguna variación le introdujo al monto de la pena principal. La sanción accesoria se redujo al límite legal de los diez (10) años, y los perjuicios de orden material y moral fueron situados en los equivalentes a 1.500 y 500 gramos–oro, respectivamente (fs. 13 a 36, cuaderno de segunda instancia).

La demanda de casación

El defensor del procesado pide la infirmación del fallo de segundo grado por ser violatorio de la ley sustancial en dos frentes, a saber: por falta de aplicación del *in dubio pro reo*, artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, y también por indebida aplicación e interpretación del artículo 23 del Código Penal. Estos reparos los sustenta el demandante, en su orden, de la siguiente manera:

1. En el cuerpo de la sentencia, el tribunal reconoció la existencia de duda sobre el autor de los disparos lesivos, admite que no se singularizó al accionante del arma, a pesar de lo cual el juzgador dejó de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal. Para demostrar la aseveración, el actor transcribe la parte del fallo que estima pertinente.

1.1 La duda probatoria opera cada vez que los mecanismos del Estado se muestren deficientes para adquirir la certeza legal, pues, si en materia de apreciación de las pruebas, el legislador ha adoptado un sistema intermedio entre la libre apreciación y la tarifa legal, señalando pautas y límites para evaluarla, no pueden desestimarse los principios que informan este método racional y, consecuentemente, cada vez que en el proceso penal surjan dudas sobre la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad al momento de dictar sentencia, habrá de aplicarse sin vacilación el in dubio pro reo.

1.2 Trae a colación también la presunción de inocencia, cuya vigencia supone que corresponde al Estado demostrar que el sindicado es responsable del delito

que se le atribuye, de manera que, como dice Malatesta, en cita jurisprudencial que transcribe, aquélla "no es una presunción de bondad sino una presunción negativa de acciones y de omisiones criminosas, fundada en la experiencia del comportamiento humano y en la propia imposibilidad lógica en que se encuentra el inculpado de demostrar una negación indefinida como lo es la de no haber delinquido".

1.3 Ante la previsible falibilidad de la justicia humana, el acto soberano y trascendental de emitir sentencia condenatoria ha de estar anclado en prueba de irrefutable solidez, prueba que es la que echa de menos el impugnante cuando se pregunta cuál de los dos sindicados disparó el arma, máxime si uno de ellos, Campo Elías Barros Gutiérrez, afirma "que fue él quien en todo momento portó el arma".

2. Dice que de igual manera se ha vulnerado directamente la ley por errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal, supuesto que la argumentación del tribunal desconoce los requisitos del dispositivo amplificador de la coparticipación criminal. No es posible predicar la coparticipación en este caso por las siguientes razones:

2.1 La coparticipación en el delito exige el acuerdo previo entre los intervinientes, elemento fundante que se extraña en el subjudice por el actuar independiente de los sindicados, pues resulta inaudito advertir la concertación entre dos personas que, presas del miedo, huyen de una turba enardecida.

2.2 No basta la presencia física en el escenario delictivo para pregonar el concurso de personas en el delito, ya que se requiere el compromiso del conocimiento y de la voluntad y la convergencia de una serie de actividades hacia un mismo resultado. No es suficiente con la representación y la voluntad del evento inmediato, requiérese el conocimiento y la volición (así sea condicionada) del hecho principal que ha de ejecutarse por los autores o cómplices. En suma, la conciencia común criminosa, de un lado, y los distintos pero convergentes actos físicos de participación, de otra parte, son los presupuestos necesarios del concurso de personas en el delito.

2.3 En este caso, dice el censor, no hubo comunidad ideológica ni física entre *Rafael y Campo Elías* para la producción del resultado muerte, razón por la cual el primero no es autor ni cómplice del delito de homicidio, lo cual significa que sólo debe responder de lo que hizo, esto es, por el hecho punible de lesiones personales.

Pide en consecuencia que se invalide el fallo atacado y, en lugar, que se profiera "el que se ajuste a la realidad procesal", según el criterio de esta corporación.

ANÁLISIS DEL PROCURADOR

Aporta su opinión el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien examina los cargos postulados de la siguiente manera:

1. El demandante propone la desaprobación del fallo por violación directa de la ley sustancial, en el sentido de que el Tribunal admitió en sus consideraciones la presencia de la duda, no obstante lo cual dejó de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal y, por contrario modo a su aceptación expositiva, proveyó con sentencia condenatoria. A pesar de la claridad conceptual del accionante en la proposición de la duda en sede de casación, y aunque es auténtica la transcripción parcial usada para hacer ver el presunto reconocimiento de tal estado en la mente del juzgador, el Ministerio Público observa que, en el *subjudice*, es infundado el enunciado declarativo. En efecto, es cierto que la alegación de la duda como fenómeno aceptado por el juez en sus premisas, pero desconocido a la hora de la decisión, debe hacerse al amparo de la violación directa. Sin embargo, como quiera que el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal exige la certeza del hecho y de la responsabilidad del acusado, el Tribunal no exterioriza dudas en el citado texto, todo lo contrario, trata de excluirlas en un planteamiento dialéctico del asunto probatorio. Porque la parte restante del fallo sobre la evaluación de la prueba, que curiosamente omite transcribir el demandante, es la dedicación a la construcción de la certeza como presupuesto de la condena. Aunque en el socorrido aparte de la sentencia se de pábulo a la no singularización del accionante del arma, sostiene el Procurador, tal afirmación la hace el Tribunal "en gracia de discusión", es decir, como un paso obligado en la dialéctica de consecución de la certeza, y no como expresión de duda sobre esa materia.

La prosperidad de la duda como causal de violación directa está supeditada a la manifestación inequívoca de la misma en el cuerpo de la sentencia, pues no queda bien definido su perfil cuando el mismo fallador la infirma en el curso de sus planteamientos lógico–probatorios. De este modo, sabido que el proceso penal se traduce en una relación de posturas contrarias, la sola presencia de elementos contradictorios en el proceso no significa que la decisión condenatoria se haya adoptado a pesar de la duda, pues ésta emerge de una relación probatoria y no de la mera oposición.

2. Cuando se plantea la violación directa de la ley, por error en la interpretación e indebida aplicación del artículo 23 del Código Penal, el conflicto es de índole puramente jurídico-sustancial, pues, si se escoge esa específica vía de ataque, no caben las discusiones sobre la prueba y los hechos, ya que se entiende que los mismos quedan configurados de la manera como lo hizo el juzgador en la sentencia. Bastaría resaltar esta contradicción en la propuesta del recurrente, en sentir de la Procuraduría, para desestimar el cargo. Porque, si se examinan las argumentaciones del demandante,

éstas se centran en la controversia de si hubo acuerdo previo, o no lo hubo, entre los hermanos *Campo Elías y Rafael Alberto* para la realización de los delitos por los que fueron juzgados, para concluir que está plenamente demostrada la ausencia de consejo, mandato, comunicabilidad de circunstancias o convención previa entre ellos, lo cual evidencia la inconformidad tanto con los hechos como con la valoración probatoria que hizo el fallador. Esta última forma de ataque, por trasuntar de alguna manera la reivindicación de un error de hecho, debe ventilarse por la causal primera, motivo segundo –violación indirecta–, y no por la vía directa seleccionada.

Con todo, también señala el Delegado violación al principio de 'no contradicción' cuando, en relación con la misma norma de derecho (art. 23 C. P.), el actor formula conjuntamente el reparo de *interpretación errónea* y *aplicación indebida*. En efecto, la primera forma de violación revela que el juzgador aplicó al caso concreto la norma que legalmente correspondía, pero le otorgó a ésta un sentido hermenéutico-jurídico diverso de su espíritu. La indebida aplicación, en sentido contrario, se refiere a un yerro en la selección de la norma aplicable al caso, de lo cual se infiere que el juzgador operó un precepto diferente e inapropiado.

Así entonces, reflexiona en otro aparte el procurador, la postulación simultánea de la *interpretación errónea* y de la *aplicación indebida*, en relación con el mismo precepto sustantivo, proyecta una dialéctica contradictoria de *'ser'* y *'no ser'* al mismo tiempo, que genera incertidumbre sobre el sentido de la censura.

Son estas las razones por las cuales la Delegada piensa que no deben prosperar los cargos intentados contra la sentencia de segunda instancia. Pero, además de estos errores de técnica en la formulación de la demanda, arreciados por una falta absoluta de demostración de la violación directa alegada (art. 225-3 C. P. P.), el Ministerio Público concluye que resulta intrascendente discutir la preexistencia de un acuerdo entre los dos hermanos para la comisión del hecho punible, dado que inequívocamente se ha probado que *Rafael Puerta Gutiérrez* fue el autor material de los disparos y, si la responsabilidad penal es personal e independiente, vano resulta cualquier esfuerzo argumentativo en contrario.

Propone además el Procurador que, por razones humanitarias, se mantenga la suspensión de la detención preventiva del procesado, de acuerdo con la motivación consignada en el auto del 12 de febrero de 1996, obra de esta Sala.

Consideraciones de la Corte

Se evacuarán las censuras en el mismo orden propuesto en la demanda, con la advertencia previa del acierto mayúsculo del Procurador Delegado en las respuestas que brinda a cada una de las inquietudes del opugnador. Veamos:

A. *Primer cargo.* De verdad que es loable el esmero y el esfuerzo del demandante para acatar las reglas doctrinarias sobre el planteamiento de la duda en casación, pues, si el fallador llegare a reconocer la duda en la parte expositiva de la sentencia, pero concluye con imposición de condena, indudablemente el cargo debe desarrollarse por la violación directa de la ley sustancial. Pero si es el demandante el que propende por la aceptación de la duda, frente al contrario juicio de certeza expuesto por el sentenciador, debería acudir a la vía indirecta, pues obviamente le obligaría la demostración de los errores de hecho o de derecho en que pudo haber incurrido el juzgador al momento de estimar la prueba.

Sin embargo, a pesar de la corrección teórica del enunciado de la demanda, el caso de la especie no cabe allí porque, en cumplimiento de la prescripción del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, precisamente lo que hizo el sentenciador fue desplegar una operación mental de crítica probatoria tendiente a eliminar la posibilidad de la duda, con el fin de mostrar la certeza exigida en aquel precepto para poder proferir fallo condenatorio.

Con el propósito de evidenciar la duda que presuntamente se intercaló en las reflexiones del Tribunal, en relación con la individualización del autor material de los disparos, el recurrente copia el siguiente apartado de la sentencia:

"Admitiendo en gracia de discusión que efectivamente no se singularizó al accionante del arma con las consecuencias conocidas debiéndose exonerar de toda responsabilidad a los procesados, o al procesado, para mejor decir –por cuanto que el otro pasó a la jurisdicción de familia por ser menor de edad para los efectos penales?. Absolutamente. Semejante solución estaría desconociendo el instituto de la coparticipación criminal, concepto jurídico ideado por el legislador precisamente para determinar la escala de pena aplicable a cada uno de los partícipes, es decir: reglas para la penalización del sujeto autor cuando en la ejecución delictiva participan un número plural de personas, y de contera evitar la impunidad cuando no sea posible la determinación del sujeto autor".

Resulta fiel la transcripción que el demandante hace de una parte de la sentencia, que contiene un argumento lógico denominado "en gracia de discusión", fundado en el hecho hipotético de que no se hubiera logrado singularizar al accionante del arma, a pesar de lo cual –dice el Tribunal– no se podía desconocer la solución que a esa supuesta duda le brinda el instituto de la coparticipación criminal, que permite sancionar a los distintos intervinientes en el delito y, de contera, evita la impunidad cuando no sea posible la determinación del autor. Sin embargo, como lo repara el Ministerio Público, el recurrente omite la cita de la mayor parte del texto del fallo que se dedica de manera racional y dialéctica a la inferencia de la certeza. En efecto:

De la manifestación hecha por el imputado *Campo Elías Barros Gutiérrez*, en el sentido de que él era quien portaba el arma (fs. 22), sostiene el Tribunal que especulativamente podría deducirse que aquél fue el único autor material de los hechos punibles en cuestión, como lo hace el impugnante. Con todo, no puede menospreciarse que aquél mismo sindicado con énfasis afirma: "... En ningún momento he disparado el arma", expresión que denotaría por exclusión que el autor de los disparos fue su hermano *Rafael Alberto Puerta Gutiérrez*; pero lo fue éste, sobre todo y dentro de la misma línea de argumentación del Tribunal (no de la Corte), en virtud de lo que inculca la siguiente evaluación:

Edgar Antonio Cantillo Cantillo, uno de los primeros en emprender la persecución de los agresores, al lado del desdichado *Ricardo Enrique Rodríguez Castro*, advierte que fue herido por acción del arma disparada por el "más alto" de los huidizos, característica que se constata *a posteriori* en cabeza de *Rafael Alberto Puerta*.

Resultó lesionado, en tercer lugar, el señor *Manuel Segundo Pallares Ovalle*, precisamente durante el trance en que cogía a uno de los detractores cuando se internó en las aguas del río Manzanares, situación sobre la cual depone aquél y dice que el atrapado le tronó a su compañero: "Rafa, me cogieron" y "... el otro, o sea Rafa me disparó...". "Rafa" es un apócope usado en el lenguaje familiar para referirse a "Rafael", circunstancia que ilustra aún más la individualización inequívoca del señor *Puerta Gutiérrez* como el autor material de las conductas agresivas, pues, entre los dos posibles realizadores, es el único que llevaba dicho nombre.

De modo que, como atinadamente lo refiere el Delegado, si se trae a colación la hipótesis de duda en el fallo impugnado, *solamente en gracia de discusión*, dentro del proceso dialéctico de exclusión de aquélla y de edificación de la certeza, resulta enteramente equívoco afirmar –como lo hace el impugnante– que el juzgador no singularizó al accionante del arma. Desde luego que el defecto radical de la censura se debe a la cita fragmentaria y descontextualizada de un aparte de la sentencia de segundo grado, sin que el actor se haya cuidado de la lealtad de poner en juego toda la argumentación del Tribunal que traduce la incuestionable identificación del realizador de los disparos. Con más veras si se sabe que, el planteamiento hipotético de la duda sobre la determinación del personaje que generó los disparos, se hizo por el Tribunal *"en gracia de discusión"*, o sea, para concederle realmente audiencia a los razonamientos del recurrente, para consentir o propiciar la contradicción que pragmáticamente permita llegar a una conclusión más convincente y segura sobre el tema propuesto, no porque realmente la perplejidad estuviese albergada en la mente del juzgador, como con rigor lo demostró éste en los acápites que deliberadamente omitió el demandante y que ya se relievaron.

Si se quiere argumentar una presunta manifestación de duda del fallador como premisa, de cara también a la apariencia de una conclusión incongruente de condena, se precisa recurrir al discurso completo de la motivación y no a los apartes que, estimados de manera aislada, interesada y caprichosa, se les puede hacer decir lo que le plazca al intérprete.

Es cierto que, en principio, el cosindicado *Campo Elías Barros Gutiérrez* manifestó que él portaba el arma de fuego, pero, de acuerdo con la crítica racional, la duda no surge de la mera observación de contrariedad entre las unidades de prueba radicadas en el proceso, ni siquiera de la relación probatoria que reivindica el Ministerio Público. El examen que desemboca en la certeza o en la duda resulta mucho más complejo y delicado, pues el proceso de decisión comienza con la acumulación de las unidades de información (investigación), continúa con la evaluación que implica la asignación de un valor a cada ítem informativo; el tercer paso consiste en atribuir un peso a cada información (C. P. P., art. 254, inciso 2°); y finalmente se integra la información evaluada y sopesada en un juicio singular de certeza o de mera probabilidad sobre el hecho y la responsabilidad del acusado (*idem*, art. 254, inciso 1°). Desde luego que este proceso cuenta con el antecedente lógico de la presunción de inocencia, pues si lo que se persigue es el esclarecimiento de una sospecha, y por esa vía la paz jurídica, es imperativo considerar en serio, en el curso de todo el proceso, la posibilidad de que el acusado sea realmente inocente.

Es en virtud de ello que se estima sabia la fórmula acuñada en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que "no se podrá dictar sentencia condenatoria *sin que obren pruebas que co*

nduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado..." (se resalta), tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nítidamente que no es la prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda), sino que ella apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues tal es el sentido del verbo "conducir". Por ello, con sobrada razón, los expositores del método racional pregonan que "las pruebas no se cuentan sino que se sopesan".

No prospera la censura.

B. *Segundo cargo*. La pretensión del demandante de capitalizar la violación directa de ley sustancial, por indebida aplicación o interpretación errónea del artículo 23 del Código Penal, implicaría para él la aceptación de los hechos y de las pruebas tal como fueron declarados y evaluados por el juzgador en el fallo, según pacífica interpretación de la Corte sobre el particular, ya que su incomodidad

se refiere es a las consecuencias jurídicas atribuidas a los datos fenomenológicos establecidos, no al proceso de su reconstrucción; de tal manera que, si aquél se empecina en discutir esa base fáctica, incurre en un contrasentido lógico que afecta ostensiblemente la técnica del recurso, ya que así no es posible saber el verdadero contenido de la inconformidad, esto es, si el impugnante cree que se aplicó incorrectamente el tipo de autoría del artículo 23 del Código Penal, a pesar de que existía una alternativa normativa más benigna para su pupilo, la complicidad por ejemplo (art. 24 *idem*), caso en el cual cabría el ataque por vía de violación directa; o si el demandante piensa es en los yerros de apreciación probatoria que hipotéticamente condujeron a esa indebida adecuación sustantiva de la conducta de su protegido, evento en el cual el camino correcto sería la violación indirecta.

Bastaría constatar que el impugnante sí controvierte la prueba y los hechos, en los términos de una transcripción parcial de su demanda, para ver de comprobar también la incoherencia que se pone de manifiesto. En efecto, después de exhibir sus propios razonamientos, el casacionista resume y valora de la siguiente manera:

"Ante esta argumentación queda plenamente demostrado que entre ellos no hubo consejo, mandato o comunicabilidad de circunstancias o el acuerdo previo entre ellos para producir la muerte del hoy occisado. Y se demostró que huían dos (2) personas y que eran perseguidos; tanto la huida como la persecución fue brutal y desesperada, por lo tanto es imposible en medio de la refriega hablar de coparticipación".

Sin embargo, también es abierta la violación al principio lógico–jurídico de no contradicción, cuando el actor pregona simultáneamente, en relación con la misma norma sustantiva, la interpretación errónea y la indebida aplicación. La primera forma de ataque se refiere a que el juez distorsiona el sentido de la norma, mas se le abona que sí habría acertado en la selección de la misma. Es decir, esta glosa parte del supuesto lógico de que el fallador escogió bien la disposición que se adecuaba al caso, sin embargo se discrepa de él en cuanto que a la misma, por tergiversación de su sentido y alcance, se le ha dado una cobertura que no soporta su estructura normativa. Ahora bien, como la segunda forma de censura, la indebida aplicación, trasunta directamente un error en la escogencia de la norma, en el sentido de que el juzgador aplicó la que no correspondía al caso, la aporía es obvia: ¿es pertinente o impertinente el precepto aplicado, o simplemente se le fijó un significado y determinación que no le correspondía?

Pero claro, en un escrito que está saturado de doctrina y teorización, pero que no contiene una verdadera confrontación con los hechos y con los juicios de valor de la sentencia, el impugnante quiere concluir sin razones justificatorias que el acusado no es autor ni cómplice del homicidio. Aunque deficitariamente, el actor

parece inclinarse más por la controversia de la prueba, lo cual conduciría al sendero de la violación indirecta de la ley sustancial, y no a las modalidades directas de infracción tan caóticamente presentadas por aquél. Lo más desconcertante es que, a pesar de que los herimientos de todas las víctimas se producen en un mismo contexto espacio-temporal y modal, el recurrente remata con la pretensión de que se responsabilice a su asistido "de lo que hizo, esto es del delito de lesiones personales", y no del homicidio. Parece que, alejado inopinadamente del problema objetivo que planteaba sobre la imputación material de las conductas lesivas, lo que finalmente aspira es a confutar el propósito homicida y situar así un mero ánimo de lesionar, perspectiva ésta que dilógicamente reconduciría las cosas a la hipótesis de conculcación directa por falta o indebida aplicación de las normas sustanciales sobre el aspecto subjetivo de la conducta.

Tampoco puede prosperar, en consecuencia, este segundo cargo.

No obstante que se han puesto de presente suficientes yerros de metodología en la demanda, los cuales obstaculizan el acceso decidido a los no desplazados juicios de validez fáctica y normativa dispuestos en la sentencia de segundo grado, vale la pena recabar que los mismos sindicados reconocen su presencia en el escenario de los acontecimientos y la persecución de que fueron objeto por parte de un grupo de individuos, el día y a la hora en que todo se desenvolvía conforme con los hechos aquí juzgados, también admiten la posesión ilícita del arma de fuego, reconocimientos que de alguna manera comienzan a cerrar el círculo de responsables para comprenderlos sólo a ellos dos y, finalmente, después de evaluar los testimonios de Edgar *Antonio Cantillo Cantillo y Manuel Segundo Pallares Ovalle*, del modo racional en que lo hizo el Tribunal, y armonizarlos con aquella aceptación parcial de los procesados, el examen conduce necesariamente a la conclusión de que fue *Rafael Alberto Puerta Gutiérrez* quien operó el instrumento letal y produjo las nocivas consecuencias que se le atribuyeron en el fallo cuestionado.

A pesar de los marcados defectos de petición y reparo que se advierten en el escrito que abrió esta sede extraordinaria, la Sala no puede soslayar la afrenta que el fallo cuestionado le infiere por acción y omisión al derecho fundamental de la *prohibición de reformatio in pejus* (art. 31 Const. Pol.), pues, aunque el fallador absolvió al procesado por el concurrente delito de hurto calificado-agravado y a su manera hizo una redosificación de la pena, de todos modos concluyó en la misma cantidad de dieciocho (18) años de prisión que se había impuesto en la primera instancia. Si se produjo la detracción de uno de los delitos concurrentes, y todos ellos cuentan en mayor o menor medida para el establecimiento concreto de la sanción (art. 26 C. P.), lo más lógico es que el monto de pena definido en el fallo de primer grado sufra alguna disminución, pues, lo contrario, sería omitir una inexorable rebaja que se traduce en un incremento de la sanción de cara al número de hechos punibles finalmente deducidos.

Merced a la facultad oficiosa prevista en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, que se le discierne a la Corte para proteger celosamente hasta el final las garantías fundamentales, se casará parcialmente la sentencia atacada, con el fin de ajustar consecuentemente la pena impuesta a la realidad de la absolución por el delito de hurto.

Así entonces, la primera instancia partió del mínimo de 16 años de prisión, previsto en el artículo 324 original del Código Penal, sin la modificación introducida por la Ley 40 de 1993, no solo por ser la norma aplicable para la época de los hechos sino la que corresponde al delito más grave, y también por la ausencia de antecedentes penales en cabeza del procesado, pero sin más razonamientos precisos adicionó dos (2) años por los hechos punibles concurrentes. A pesar de ello, como no se advierte ostensible violación al principio de legalidad de la pena y en virtud de la arraigada prohibición constitucional de reforma en peor, la medición judicial en ese sentido es intocable. De modo que, si el delito de hurto excluido estaba sancionado dentro del parámetro de concurrencia correspondiente al incremento de dos (2) años, ante la ausencia de señalamiento de cantidades razonables de aumento por cada uno de los injustos concurrentes, la Sala estima que en proporción equitativa se debe reducir la pena en dos (2) meses, habida cuenta de que los mínimos legales de sanción, que debieron servir de referentes para la operación, serían de ocho (8) años de prisión para cada una de las tres tentativas de homicidio, de 2 y $^{1}/_{2}$ años, en el caso del hurto calificado–agravado, y de un año para el porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Se concluye entonces que, en lugar de dieciocho (18) años de prisión impuestos tanto en primera como en segunda instancia, el sentenciado deberá purgar la pena principal de diecisiete (17) años y diez (10) meses, sentido en el cual se modificará el fallo impugnado.

Como no existen hechos sobrevinientes para volver sobre la suspensión de la detención preventiva otrora otorgada por la Sala, no amerita ningún pronunciamiento lo dicho por la Delegada sobre el particular.

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

Casar de oficio y parcialmente la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicadas en la motivación. En consecuencia, modifícase el numeral 1° de la parte resolutiva del fallo, en el sentido de que se impone al procesado Rafael Alberto

Puerta Gutiérrez la pena principal de diecisiete (17) años y diez (10) meses de prisión, en lugar de los dieciocho (18) años que allí se habían deducido.

Desestímense los cargos propuestos en la demanda en contra del fallo examinado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IRA E INTENSO DOLOR

El "estado de Ira" e intenso dolor tiene unas especiales connotaciones, cuyo reconocimiento por parte del juzgador debe emerger del acervo probatorio en forma tal que sea evidente por las circunstancias en que se produjeron los hechos antecedentes y consecuentes, así como por las reacciones de quienes se trabaron en la agresión en tanto sean indicativas de que fue la emoción el motivo que llevó al procesado a actuar como lo hizo.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C., abril diez (10) de mil novecientos noventa y siete (1997)

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

Aprobado Acta No. 34 (08–04–97)

Proceso: 10348

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Rogelio Virgüez Peña contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio que confirmó, con modificación a la pena principal que la redujo a sesenta meses de prisión, la proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad que lo había condenado a la pena de ochenta meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio en la modalidad de tentativa en la persona de Miguel Alfonso Baquero Martínez. Así mismo se le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y el pago de $11.583.763.oo por concepto de perjuicios causados con la infracción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos ocurrieron el día 14 de junio de 1990, entre las seis y las siete de la noche en el Restaurante "El Boyacense" ubicado a orillas del río Guayuriba, por

la carretera que de Villavicencio conduce a Acacías, donde se encontraba el señor Miguel Alfonso Baquero Martínez quien había acompañado a su hermana María Eugenia hasta el establecimiento mencionado, cuando de repente llegó su dueño, el procesado Rogelio Virgüez Peña quien se le abalanzó, lo cogió a cachetadas y luego le propinó dos tiros, uno de los cuales le alcanzó a hacer impacto a la altura de la garganta. Ocurrido el insuceso, Virgüez Peña emprendió la huida, sin que hasta la fecha se haya logrado su captura.

Según el dictamen medico legal practicado a la víctima, se le fijó una incapacidad definitiva de cincuenta (50) días, con secuelas consistentes en: a) deformidad física permanente en el cuello por cicatriz quirúrgica lateral izquierda. b) perturbación funcional permanente de órgano del sistema nervioso central (hemiparesia del miembro inferior derecho y miembro superior derecho). (fl 180).

La investigación fue iniciada por el entonces Juzgado Octavo de Instrucción Criminal con base en la denuncia formulada por la señora Rosalba Martínez López, madre de la víctima, a quien se le reconoció como parte civil dentro de la presente investigación penal.

Luego de impartidas las correspondientes ordenes de captura sin que se obtuvieran resultados positivos en la búsqueda del acusado, según informes del Departamento Administrativo de Seguridad, Seccional Meta, el juzgado instructor después de ordenar su emplazamiento, lo declaró persona ausente y le nombró defensor de oficio en auto del 1o de octubre de 1990.

El 19 de Noviembre de ese mismo año se calificó el mérito del sumario, con resolución acusatoria en contra de Rogelio Virgüez Peña por el delito de homicidio en el grado de tentativa cometido en la persona de Miguel Alfonso Baquero Martínez, oportunidad en la que también se decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Contra la citada decisión, el defensor del procesado interpuso reposición y apelación, recurso éste que fue concedido ante el Tribunal Superior de Villavicencio donde fue confirmada en su integridad el 14 de mayo de 1992.

La etapa del juzgamiento le correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito, despacho que luego de celebrar la diligencia de audiencia pública dictó el fallo de primer grado el 19 de abril de 1994 con los resultados ya reseñados y que el Tribunal Superior de Villavicencio confirmó, con la modificación a la pena principal impuesta según se dijo inicialmente, mediante sentencia objeto del recurso de casación que a continuación se decide.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 220 del C de P. Penal acusa el censor la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio por violación de una norma de derecho sustancial a consecuencia de los errores cometidos en la apreciación de las pruebas. El yerro lo hace consistir en que el juzgador condenó a su representado como autor de un homicidio en la modalidad de tentativa, cuando de la actuación se desprende que obró bajo la circunstancia de la causal de atenuación contemplada en el artículo 60 del Código Penal. Estima como consecuencia, que la citada norma fue indebidamente aplicada, así como los artículos 5o y 22 del Código Penal y 29 de la Carta Política.

En la demostración de la causal hace referencia a los argumentos puntualizados por los falladores de instancia para rechazar la diminuente reclamada por el libelista y luego, a renglón seguido, en lo que titula "La prueba atendida", la que fue tenida en cuenta en las instancias –agregamos– menciona las declaraciones de Rosalba Martínez López, Filemón Peña y Fredy Benites, quienes a su juicio nada informan acerca del aspecto subjetivo y las razones que hubiera podido tener el procesado para asumir la conducta imputada.

Frente a ello, tratando de demostrar circunstancias que no fueron tenidas en cuenta por el juzgador, manifiesta que la propia madre del procesado informó que su hijo frecuentaba dicho restaurante porque su hermana trabajaba allí y realizaba otras labores. Además obra prueba dentro del proceso que el procesado y el lesionado habían alegado antes de los hechos y que el testigo Fredy Benites indicó que según rumores los hechos se presentaron por celos de Rogelio con el muchacho y su esposa, situación que confirmó el mismo lesionado.

Por lo anterior, se debe reconocer como actitud provocadora la presencia de Miguel Baquero Martínez en el restaurante y en relación con Rogelio Virgüez, pues este mismo en comunicación dirigida a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Villavicencio, exterioriza su inconformidad con la presencia del lesionado en ese lugar.

Además, en la sentencia no se tuvo en cuenta que la edad del procesado lo hacía sentir físicamente inferior a su provocador y ello condujo a que actuara en la forma que lo hizo; se desecharon las afirmaciones que se hacían en relación con los celos que la víctima provocaba al procesado así como el alegato que antecedió a los hechos y que a la postre produjo la alteración de ánimo en que actuó su representado.

Según el casacionista, en el fallo se hace referencia a los hechos acabados de mencionar pero no se les dá el tratamiento de prueba y con ello se incurre en error de hecho por falso juicio de existencia. Además, en el expediente se afirma que Rogelio Virgüez había ingerido bebidas embriagantes y sufría de conflictos aflictivos con su esposa que al parecer ocasionaron la disolución de esa unión conyugal y su estado de celos con el lesionado conducen a establecer que en realidad actuó en estado de alteración emocional.

Finaliza solicitando se case la sentencia y en su lugar se profiera la de reemplazo reconociendo la atenuante reclamada.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Para esa representación del Ministerio Público la demanda adolece de la técnica exigida, ya que el demandante enfila su alegato por un supuesto error de hecho originado en un falso juicio de existencia y luego eleva una crítica confusa sobre el contenido de algunas pruebas, pero omite cualquier desarrollo lógico-conceptual; no mantiene un orden en la expresión de las ideas que fundamentan la censura y termina exponiendo su particular y parcializado criterio frente a los fallos que gozan de la doble presunción de acierto y legalidad.

Agrega que al incursionar el demandante en la valoración de algunas pruebas y dirigirla al contenido de las testimoniales para obtener el reconocimiento de la atenuante del artículo 60 del C.P., equivoca el camino para sustentar la censura, pues si bien el reproche a las pruebas se ha de plantear por la vía de la violación indirecta, debió acudir al falso juicio de identidad y no al de existencia, cuyas connotaciones son muy distintas.

Confunde además con el falso juicio de existencia, algunas circunstancias que contienen ciertas pruebas testimoniales, máxime cuando ellas sí fueron tomadas en cuenta, al punto que constituyeron la base del análisis en las instancias para predicar la responsabilidad del procesado. Pero, en virtud del principio de limitación resulta imposible susbsanar los errores en que incurre el casacionista.

Sin embargo estima la Delegada que pese a la carencia argumentativa del libelo, un juicioso examen de los fundamentos de los fallos de instancia rellejan una justa y correcta apreciación de los elementos probatorios aportados al proceso para eliminar la presencia de la atenuante invocada y reconocer la legalidad de la sentencia.

Finaliza diciendo que aparte de no haberse demostrado el falso juicio de existencia que se anunció, la misma incorrección se observa respecto de las normas sustanciales presuntamente vulneradas y en singular lo concerniente al artículo

5o del Código Penal, ya que resulta impropio argumentar violación parcial respecto a la proscripción de la responsabilidad objetiva, en tratándose de una sentencia a la que se le ha dejado de aplicar la diminuente en comento. Tendría razón si se apoyara en una causal excluyente de antijuridicidad o inculpabilidad dejada de aplicar; pero en un homicidio doloso, atenuado o nó, en nada se vulnera la responsabilidad penal, ni constituye criterio de responsabilidad objetiva.

Por ello sugiero, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demanda presentada a nombre de Rogelio Virgüez Peña , no tiene ninguna posibilidad de prosperar no solo por las inconsistencias técnicas en que incurre el censor para tratar de demostrar el yerro enunciado, sino por la falta de razón en reclamar la aplicación del artículo 60 del C.P.

En cuanto a lo primero, si bien invocó la existencia de yerros en la apreciación de las pruebas, lo que supuestamente condujo a que se dejara de aplicar la norma reclamada, del contenido del cargo es imposible adivinar en cuál de las vías de error de hecho incurrió el fallador, ya que el censor no hace referencia a unos concretos medios de prueba, sino a una serie de circunstancias que a su modo de ver no fueron tenidas en cuenta en la sentencia y que a su juicio constituyen un error de hecho por falso juicio de existencia.

Sin embargo, encuentra la Sala que los posteriores argumentos escogidos por el libelista están orientados a convencer a la Corte que el procesado actuó en "estado de Ira" e intenso dolor y que por ello se hace merecedor a la correspondiente rebaja punitiva.

Pero no demuestra, como debió hacerlo, que en la sentencia atacada exista una verdadera contradicción entre lo allí plasmado y la verdad que revelan las pruebas arrimadas al plenario, a tal punto que le permitan predicar una errónea apreciación de las mismas por parte de los juzgadores de instancia, que en el caso de un falso juicio de existencia, por omisión, era lo conducente señalar los elementos de Juicio que el sentenciador dejó de analizar y su incidencia en el fallo atacado.

Las afirmaciones efectuadas por el casacionista en manera alguna están concatenadas con el análisis realizado por el Tribunal, sino que se trata de hipótesis aisladas, carentes de todo fundamento que no definen el sentido de la violación atribuida. Es más, la necesidad de que se acojan sus tesis lo hace incurrir en la inaceptable postura de pretender que a buen criterio de la Sala se escoja entre lo manifestado en la sentencia y lo puntualizado en la demanda, con el agravante de

que acude a insistir en afirmaciones que no corresponden a la realidad procesal, como cuando dice que *"igualmente se prueba dentro del proceso que entre mi defendido y el lesionado antes de los hechos existió un alegato"*, situación que como se verá más adelante fue plenamente descartada por no existir el elemento probatorio que la respaldara.

De otra parte, no le asiste razón al casacionista cuando asegura que conforme se desprende de la actuación procesal Virgüez Peña obró bajo la circunstancia de atenuación del artículo 60 d el Código Penal, premisa que dicho sea de paso, dejó en el aire porque no hizo la más mínima referencia al episodio procesal que así lo demostrara. Y es que tampoco podía hacerlo, porque según se desprende de la lectura de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en punto al "estado de ira" e intenso dolor, el mismo fue desechado por cuanto los requisitos que demandan su reconocimiento no se encontraban acreditados: no encontró el fallador que en el conjunto probatorio existiera elemento atendible indicativo de que el lesionado Baquero Martínez hubiera adoptado algún comportamiento grave e injusto contra el enjuiciado, como tampoco de los supuestos celos que a Virgüez Peña le pudiera despertar la víctima.

Lo que informa el acervo probatorio –razona el Tribunal– es que la presencia de Miguel Alfonso en el restaurante "El Boyacense", se debió a que su señora madre le pidió que acompañara a su hermana María Eugenia y que si en anteriores oportunidades había estado allí se debía a que frente al mismo tenía que lavar unas cantinas por razón de su oficio.

Y agregó:

"...si el solo hecho de ver a Miguel A. Baquero le produjo ira a Virgüez Peña , ya es una alteración emocional que no puede tener en cuenta el derecho penal, para efectos de reconocerle la atenuante por faltar allí el primer requisito que la norma exige. Esto es "el comportamiento ajeno, grave e injusto". Porque claro está, que cuando llega el procesado al restaurante, el señor Baquero se encontraba sentado esperando que pasara un bus y éste ni siquiera le dirigió la palabra, sino a la inversa, como para suponer que le haya causado ofensa alguna". (fl 6 cdno del Tribunal).

Pese a ello insiste el casacionista en que se dé por probado, cuando no lo está, que entre la víctima y el agresor existió una discusión previa al acto delictivo desplegado por éste y que el hecho se suscitó a causa de los celos que presuntamente el procesado le tenía al lesionado, cuando tampoco obra evidencia alguna sobre tal circunstancia.

El "estado de ira" e intenso dolor tiene unas especiales connotaciones, cuyo reconocimiento por parte del juzgador debe emerger del acervo probatorio en forma tal que sea evidente por las circunstancias en que se produjeron los hechos antecedentes y consecuentes, así como por las reacciones de quienes se trabaron en la agresión en tanto sean indicativas de que fue la emoción el motivo que llevó al procesado a actuar como lo hizo.

Tal como se desprende del fallo censurado, ninguna de tales circunstancias ha sido evidenciada en el asunto sub examen, pues lo único que aflora es "un decir" o "un rumor" de que fueron los celos el motivo que llevó a Virgüez Peña a propinar los disparos que por tener esa connotación, no se puede tener como cierto y menos como causal aminorante de la punibilidad.

Es necesario que los elementos probatorios tengan la capacidad de demostrar que efectivamente el acto delictivo se cometió a consecuencia de un impulso violento, provocado por un acto grave e injusto de lo que surge necesariamente la existentencia de la relación causal entre uno y otro comportamiento, el cual debe ejecutarse bajo el estado anímico alterado. No se trata entonces, como atinadamente lo enseña la doctrina, de actos que son el fruto exclusivo de personalidades impulsivas, que bajo ninguna provocación actúan movidas por su propia voluntad. Y en el caso de que el acto sea el origen de un estado emocional como los celos, es necesario diferenciar la existencia previa de un acto reprochable, ultrajante y socialmente inaceptable por parte de la víctima de aquél que se origina en una personalidad predispuesta a sentirlos sin ningún motivo real.

En el marco de los anteriores presupuestos, mal puede el libelista reclamar para su prohijado el reconocimiento de un "estado de ira", cuando probatoriamente ninguno de sus requisitos se encuentra acreditado y la sola discrepancia de criterios no resulta suficiente para cumplir con el objetivo de esta impugnación extraordinaria, mediante la cual se busca remediar los yerros judiciales cuando se detecte que estos no se ajustan a la realidad procesal.

Para terminar, las demás normas sustanciales invocadas por el libelista como vulneradas tampoco tuvieron demostración a lo largo del libelo y por lo tanto ningún análisis corresponde efectuar al respecto, en virtud del principio de limitación que rige el recurso, que no permite a la Corte entrar a complementar el libelo en aras de proceder al estudio de todos los aspectos puestos a su consideración.

Debe por último señalar la Sala que no comparte la última precisión hecha por la Procuraduría frente á que la prohibición de responsabilidad objetiva no sea posible sino de cara al desconocimiento de las circunstancias excluyentes de antijuridicidad o inculpabilidad, puesto que el principio de culpabilidad cubre todo el fenómeno delictivo.

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 recurrida. En firme devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

1. Cuando el artículo 218 del Decreto 2700 de 1.991 autoriza a la Sala de Casación Penal de la Corte, para aceptar el recurso de casación de manera discrecional como mecanismo de impugnación de las sentencias que en segunda instancia profieran los juzgados penales del circuito o los tribunales superiores, siempre y cuando en este último evento el delito de que se trate no contemple sanción privativa de la libertad o ésta sea inferior a seis años de prisión, no se está liberando la casación de aquellos requisitos que le son comunes en su concepción ordinaria, sino que antes bien, como efecto de su naturaleza excepcional, la propia interposición del recurso se ha condicionado, además de aquéllos, al cumplimiento de algunas otras exigencias por medio de las cuales se debe acreditar o justificar su procedibilidad en estos casos.

2. Así, la conceptualización que la Sala ha hecho de este novedoso instituto, ha permitido fijar aquellos requerimientos que le son propios y lo caracterizan, los que además son constantemente reiterados y que en términos generales pueden escindirse así: a) debe el impugnante fundamentar, así sea en forma sumaria y breve, cuáles son los motivos que sustentan la viabilidad del recurso, enunciando en forma clara y precisa las razones en que se apoya la necesidad de buscar un pronunciamiento de la Corte para el desarrollo jurisprudencial o la garantía de los derechos fundamentales, y b) la remisión de los originales del expediente, a través de los cuales estudia la Sala si concurren los motivos aducidos como sustento para aceptar la casación excepcional en tales casos.

3. No se exige, entonces, que el impugnante presente al momento de interponer el recurso extraordinario en estos supuestos, que al propio tiempo incluya el libelo correspondiente. La finalidad del escrito sustentatorio a que se ha hecho referencia, tiende a respaldar lógica y jurídicamente la real presencia de alguna de las dos referidas causas que hacen conducente la casación excepcional, huelga repetir: el desarrollo de la jurisprudencia en una específica y concreta temática que debe puntualizarse, o la necesidad

de que la Corte se pronuncie con miras a salvaguardar las garantías fundamentales de los sujetos procesales que se reputan quebrantadas.
4. Entonces, no puede confundirse este requisito que debe cumplir el recurrente, consistente en respaldar el objeto de su inconformidad y explicar fundamentadamente el origen de su discrepancia con la sentencia dentro de los referidos límites, cuya finalidad es orientar a la Corte en la valoración de los motivos a ser tenidos en cuenta en procura de la decisión de conceder o inadmitir el recurso, con la demanda que con posterioridad y de ser positiva su respuesta, debe igualmente aducir para formular los cargos específicos contra la sentencia, la cual en ésta hipótesis sería igualmente objeto de análisis a efecto de determinar si satisface o nó las exigencias formales señaladas en el art. 225 del C. de P.P.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y siete (1.997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.35 (10-IV/97)

Proceso 12935

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la concesión del recurso extraordinario y discrecional de casación interpuesto por el defensor de los procesados Carlos Alirio Martínez Castañeda y Aura Ligia Cruz Cruz, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja el 24 de enero del año en curso, que los condenó a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de 5.000 pesos, como coautores responsables del delito de abuso de confianza.

ANTECEDENTES

El ciudadano Jorge Eduardo Marín Amaya formuló denuncia penal contra los señores Carlos Alirio Martínez Castañeda y Aura Ligia Cruz Cruz, haciéndole saber a la justicia que con éstos celebró un contrato de compraventa de las fincas "El Remanzo" y "El Silencio", así como también otro negocio jurídico relacionado con la participación al aumento de ganado que el vendedor dejara pastando en dichos terrenos. Del total de reses dejadas en depósito (cerca de 90), se logró establecer que 16 cabezas de ganado habrían sido enajenadas sin su consentimiento y en forma clandestina por los esposos Martínez Cruz.

Ampliada la denuncia y recepcionada diversa prueba testimonial y documental, se escuchó en indagatoria los imputados, resolviéndoseles la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en caución prendaria de 100.000.oo pesos para cada uno, mediante resolución del 12 de mayo de 1995.

Al momento de calificar el mérito de las pruebas, la Fiscalía 44 Delegada ante los Juzgados Municipales de Barrancabermeja, por proveído del 27 de febrero de 1.996 precluyó la investigación. Apelada esta decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga la revocó, para en su lugar proferir resolución acusatoria contra Martínez Castañeda y Cruz Cruz por el delito de abuso de confianza.

Celebrada la audiencia pública, mediante sentencia del 12 de diciembre de 1.996 el Juzgado Segundo Penal Municipal de Barrancabermeja condenó a los acusados a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de cinco mil pesos, como coautores responsables del delito de abuso de confianza agravado, determinación que al ser impugnada recibió absoluto respaldo por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, en fallo fechado el 24 de enero del año en curso.

Dentro del término legal y cuando se estaba surtiendo la notificación de la sentencia de segunda instancia, el apoderado de los procesados presentó escrito de interposición del recurso y "demanda de casación", el cual fue remitido ante la Corte por el Juez del Circuito a fin de que se estudie la viabilidad del recurso de casación discrecional.

Previa una "Breve reseña histórica", en donde se acopia la génesis del proceso, precisa el defensor que acude a la causal primera del art. 220 del C. de P.P., pues en su criterio la sentencia impugnada "es violatoria de la norma de derecho sustancial, por error en la interpretación de la prueba en general y en especial la prueba del señor Abraham Alvarado Romero".

Como alcance de la impugnación, afirma el actor que persigue que la Corte invalide la sentencia recurrida, para que en su lugar se afirme que la conducta de los procesados se ajusta a derecho. En estas condiciones, dice, no discute los hechos, sino las pruebas (art. 220.1 y 254 del C. de P.P.).

Controvierte enseguida "el alcance" que le dicra el Juzgado Tercero Penal del Circuito a la diversa prueba testimonial y principalmente a las declaraciones de Abraham Alvarado y Miguel Angel Contreras Fonseca.

Para el recurrente no está demostrado en el proceso uno de los elementos tipificantes del delito de abuso de confianza, cual es que el bien mueble fuera "ajeno", toda vez que sobre este hecho existen dudas. Sus representados, acota,

en ningún momento han negado la venta de los vacunos, pero han explicado claramente que los semovientes eran de su propiedad.

Reproduce diversas citas de la prueba testimonial obrante en la actuación, así como de las indagatorias, coligiendo que "no existe la plena prueba ni siquiera para dictar resolución de acusaciones y menos para llegar a la etapa del juicio tampoco para dictar sentencia condenatoria como lo hizo el señor Juez".

Solicita a la Corte casar el fallo impugnado y que "al pronunciarse sobre un caso de tan particulares matices, proyecte criterio de luz sobre este delito de abuso de confianza".

CONSIDERACIONES

1. Cuando el artículo 218 del Decreto 2700 de 1991 autoriza a la Sala de Casación Penal de la Corte, para aceptar el recurso de casación de manera discrecional como mecanismo de impugnación de las sentencias que en segunda instancia profieran los juzgados penales del circuito o los tribunales superiores, siempre y cuando en este último evento el delito de que se trate no contemple sanción privativa de la libertad o ésta sea inferior a seis años de prisión, no se está liberando la casación de aquellos requisitos que le son comunes en su concepción ordinaria, sino que antes bien, como efecto de su naturaleza excepcional, la propia interposición del recurso se ha condicionado, además de aquéllos, al cumplimiento de algunas otras exigencias por medio de las cuales se debe acreditar o justificar su procedibilidad en estos casos.

2. Así, la conceptualización que la Sala ha hecho de este novedoso instituto, ha permitido fijar aquellos requerimientos que le son propios y lo caracterizan, los que además son constantemente reiterados y que en términos generales pueden escindirse así: a) debe el impugnante fundamentar, así sea en forma sumaria y breve, cuáles son los motivos que sustentan la viabilidad del recurso, enunciando en forma clara y precisa las razones en que se apoya la necesidad de buscar un pronunciamiento de la Corte para el desarrollo jurisprudencial o la garantía de los derechos fundamentales, y b) la remisión de los originales del expediente, a través de los cuales estudia la Sala si concurren los motivos aducidos como sustento para aceptar la casación excepcional en tales casos.

3. No se exige, entonces, que el impugnante presente al momento de interponer el recurso extraordinario en estos supuestos, que al propio tiempo incluya el libelo correspondiente. La finalidad del escrito sustentatorio a que se ha hecho referencia, tiende a respaldar lógica y jurídicamente la real presencia de alguna de las dos referidas causas que hacen conducente la casación excepcional, huelga repetir: el

desarrollo de la jurisprudencia en una específica y concreta temática que debe puntualizarse, o la necesidad de que la Corte se pronuncie con miras a salvaguardar las garantías fundamentales de los sujetos procesales que se reputan quebrantadas.

4. Entonces, no puede confundirse este requisito que debe cumplir el recurrente, consistente en respaldar el objeto de su inconformidad y explicar fundamentadamente el origen de su discrepancia con la sentencia dentro de los referidos límites, cuya finalidad es orientar a la Corte en la valoración de los motivos a ser tenidos en cuenta en procura de la decisión de conceder o inadmitir el recurso, con la demanda que con posterioridad y de ser positiva su respuesta, debe igualmente aducir para formular los cargos específicos contra la sentencia, la cual en ésta hipótesis sería igualmente objeto de análisis a efecto de determinar si satisface o nó las exigencias formales señaladas en el art. 225 del C. de P.P.

5. En el caso *sub judice*, para comenzar, el impugnante no ha sido expreso en manifestar que el recurso interpuesto sea la casación en su modalidad discrecional, siendo este no obstante el sentido que le dió el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja, seguramente estimando que al no ser admisible la casación ordinaria, así debería entenderse la inconformidad con el fallo manifestada en el libelo sustentatorio.

Al respecto cabe observar que si bien no compete al juez definir o interpretar las pretensiones de los impugnantes, cuando éstos no han difundido expresamente cuál es su voluntad, siendo que en este caso la única alternativa posible sería la de la casación excepcional, procede analizar el escrito presentado para ver si satisface las enunciadas exigencias.

6. Al respecto se tiene que el impugnante ha suplido el deber de sustentar las razones concurrentes para que la Corte deba admitir en este caso la casación excepcional y por supuesto tampoco ha fundado dicha motivación en una cualquiera de las dos referidas posibilidades en que la ley patrocina su viabilidad, toda vez que directa y confusamente ha formulado la demanda correspondiente.

Sin embargo, aún aceptando que en dicho escrito pudiera establecerse la razón del disenso, conforme se ha caracterizado su teórico contenido y alcance, la verdad es que se trata de un alegato mas o menos libre e instancial, dentro del cual muestra su inconformidad con la sentencia, por estimar que concurren errores en la "interpretación de la prueba en general", dedicándose, en efecto, a desarrollar una crítica de los diversos medios demostrativos testimoniales allegados, al final de la cual reclama la presencia de la duda que debería en estas condiciones favorecer a sus representados, solicitando a la Corte que proceda a casar el fallo, liberando de responsabilidad a los procesados.

7. De la anterior constatación se infiere con meridiana claridad, que el actor omitió señalar concisa e inequívocamente cuál era el aspecto o temática de la jurisprudencia en que se imponía para la Corte un pronunciamiento que unificara lo disperso de su criterio o que acabara con cualquier vacilación existente, sin que desde luego pueda tenerse por siquiera una aproximación a este deber incumplido, la insular y suelta afirmación referida a que es forzoso en "un caso de tan particulares matices" fijar su posición, o que corresponda a la Sala dar "luz sobre este delito de abuso de confianza", en la medida en que estas frases sueltas no pasan de ser una aparente conclusión de un desarrollo argumentativo que el censor nunca llevó a cabo, como tampoco se encargó de alegar una eventual vulneración de los derechos fundamentales, todo lo cual conduce, evidentemente, a declarar la inadmisibilidad del recurso extraordinario y excepcional de casación.

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

RESUELVE

1o. Declarar *inadmisible* el recurso excepcional de casación interpuesto por el defensor de Carlos Alirio Martínez Castañeda y Aura Ligia Cruz Cruz.

2o. Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTICIA REGIONAL/ PORTE ILEGAL DE ARMAS

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9° de la ley 81 de 1993, son de conocimiento de la Justicia Regional los delitos a que se refiere el Decreto 2266 del 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal.

Lo anterior quiere decir que en tratándose de municiones o explosivos, la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, en tanto que cuando son armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple porte. (Auto de colisión de competencia del 3 de agosto de 1995, Magistrado Ponente, doctor Fernando Arboleda Ripoll).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y siete (1996).

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

Aprobado Acta N° 37

Proceso 13007

Vistos

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre un Juzgado Regional y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, dentro del proceso adelantado contra *Elkin Armidio Valencia Cardona,* por el delito de porte ilegal de municiones.

ANTECEDENTES

1. Mediante resolución del 30 de octubre de 1993, un Fiscal Regional de la ciudad de Medellín le resolvió la situación jurídica a los procesados Elkin Armidio Valencia Cardona y Oner Antonio Hena o Tobón con medida de aseguramiento de detención preventiva, como posibles autores del delito de "porte de municiones de defensa Personal, utilizando medios motorizados, de que trata el artículo primero del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo primero del decreto 2266 de 1991".

2. Posteriormente, luego de la incorporación al proceso de varios elementos de juicio, el procesado Valencia Cardona solicitó sentencia anticipada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. En el acta de la diligencia de aceptación de cargos, el Fiscal Regional reseñó textualmente la munición incautada de la siguiente manera:

"se encontró un tarro de chocolisto en cuyo interior se hallaron a la vez cincuenta cartuchos calibre .38 largo, aptos para ser disparados en armas de fuego de esas características, además de treinta estopines, (26 ineléctricos y seis eléctricos), lo mismo que un tarro de mecha lenta y dos pedazos de cordón detonante de 40 y 60 centímetros de largo aproximadamente".

3. Aceptado el porte del mencionado material bélico, el expediente pasó a un juzgado regional de la ciudad de Medellín, el cual, a través de un auto de sustanciación sin motivación alguna, dijo:

"Por competencia y teniendo en cuenta que el porte de municiones de defensa personal es de competente (sic) del Juzgado Penal del Circuito de Medellín (Reparto), es por lo que se dispone que a través de la Secretaría Común adscrita a la Regional remita el proceso de la referencia al funcionario en cita para lo de su cargo, proponiendo de una vez el conflicto negativo de competencia".

4. Por su parte, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, luego de reseñar el material bélico encontrado al procesado y de explicar las conclusiones a las que se llegó en los dictámenes periciales que obran en el proceso, en particular respecto de los detonadores hallados, los que "son utilizados en la minería o en su defecto por la guerrilla, las milicias o delincuencia común para activar explosivos", sostiene que al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, la competencia para dictar sentencia anticipada recae en un Juzgado Regional.

Por tal motivo, luego de citar y transcribir apartes de una providencia de esta Corporación, acepta la colisión de competencias propuesta, para lo cual ordenó remitir el proceso a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema con el fin de que se dirima de plano el conflicto suscitado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para desatar el conflicto de competencias negativo suscitado entre un Juzgado Regional y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, según así lo dispone el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. En el presente caso resulta incuestionable que la competencia para dictar sentencia anticipada en este asunto recae en el Juzgado Regional de la ciudad de Medellín, de conformidad con la pacífica y reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

En efecto, tal como se desprende de los hechos objeto del proceso, se sabe que conforme al material incautado no se está en presencia de un simple porte de armas o municiones que permita concluir que la competencia recae en el Juzgado Quinto Penal del Circuito, tal como equivocadamente lo pretende el Juzgado Regional, por cuanto al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9° de la ley 81 de 1993, son de conocimiento de la Justicia Regional los delitos a que se refiere el Decreto 2266 del 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal.

Lo anterior quiere decir que en tratándose de municiones o explosivos, la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, en tanto que cuando son armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple porte. (auto de colisión de competencia del 3 de agosto de 1995, Magistrado Ponente , Doctor Fernando Arboleda Ripoll).

Así las cosas, para la Corte resulta evidente que el material bélico incautado al procesado cuando viajaba en un automotor, se trata de municiones y artefactos explosivos, excluye, sin lugar a dudas, del conocimiento del asunto al Juzgado Quinto Penal del Circuito, en razón a que no se está en presencia de un simple porte de armas de fuego de defensa personal, tal como se dijo en precedencia.

Por tanto, se dispondrá la remisión del proceso al Juzgado Regional de la ciudad de Medellín, no sin antes censurar la precaria motivación de la providencia por

medio de la cual aquél juez rechazó desatinadamente el conocimiento del mismo, lo que coloca de relieve que este funcionario pretendía simplemente desprenderse de las diligencias, incumpliendo así con su labor judicial.

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

RESUELVE

Declarar que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juez Regional de Medellín. Por lo tanto, remítasele el expediente e infórmesele de esta decisión al Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase..

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

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

RECURSO DE HECHO/ APELACION

Mediante el recurso de hecho se pretende, como una manifestación mas de la garantía procesal de la doble instancia, que el superior jerárquico del funcionario que rechaza el recurso de apelación o casación, según el caso, pueda conocer de los motivos por los cuales el inferior adoptó dicha determinación y de encontrar en ella errores de apreciación que hagan viable surtir la impugnación presentada, o en caso contrario y por entender ajustada a derecho la negativa para su concesión, así lo declare.

Cabe observar entonces, que cuando mediante el recurso de hecho se pretende que sea concedida la apelación denegada en la primera instancia, esta impugnación puede estar encaminada indistintamente contra autos interlocutorios o sentencias, según el caso.

En su lugar, si lo perseguido es que se conceda el recurso extraordinario de casación, de conformidad con el art. 218 del C. de P.P., este medio de impugnación solamente procede contra las sentencias de segunda instancia de los Tribunales a que se refiere dicho precepto, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.35 (10-IV-97)

Proceso 12886

VISTOS

Decide la Corte sobre el recurso de hecho interpuesto por el procesado *Dayro Helí Ruiz Castaño* contra el auto de fecha 14 de febrero del año en curso, por medio del

cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira denegó el recurso extraordinario de casación interpuesto "Subsidiariamente" al de reposición intentado contra la decisión fechada el 22 de enero inmediatamente anterior, en la cual se abstuvo de desatar la apelación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal el 20 de noviembre de 1996.

ANTECEDENTES

El Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Pereira), profirió sentencia anticipada contra *Dayro Helí Ruiz Castaño* el 20 de noviembre de 1996, imponiéndole la pena principal de 48 meses de prisión por los delitos de estafa en concurso y falsedad documental pública, también en concurso y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, denegando la condena de ejecución condicional.

Apelada esta decisión por el procesado, en sustento del recurso su defensor planteó en farragoso escrito, distintos cuestionamientos a la sentencia, fundamentalmente orientados a discutir el acta de acuerdo en cuanto a la tipificación de las conductas imputadas a su representado y a solicitar, en estas condiciones, la libertad a que tendría derecho *Ruiz Castaño*.

Al pronunciarse sobre el recurso interpuesto, mediante auto del 22 de enero del año en curso, el Tribunal Superior de Pereira resolvió abstenerse de desatar la apelación, al advertir que el impugnante carecía "del interés jurídico y legítimo para recurrir", de conformidad con lo preceptuado por el art. 37B.4 del C. de P.P.

Contra esta decisión, *Ruiz Castaño* interpuso el recurso de reposición, manifestando a su turno que "Subsidiariamente" y de ser negado el mismo, interponía el recurso de casación.

En estas condiciones, finalmente, el Tribunal por auto del 14 de febrero inmediatamente anterior no repuso el auto atacado, negando igualmente el de casación, siendo contra este pronunciamiento que *Ruiz Castaño* acude ahora mediante el recurso de hecho referido.

CONSIDERACIONES

1. *Mediante* el recurso de hecho se pretende, como una manifestación mas de la garantía procesal de la doble instancia, que el superior jerárquico del funcionario que rechaza el recurso de apelación o casación, según el caso, pueda conocer de los motivos por los cuales el inferior adoptó dicha determinación y de encontrar en ella errores de apreciación que hagan viable surtir la impugnación presentada,

o en caso contrario y por entender ajustada a derecho la negativa para su concesión, así lo declare.

2. Cabe observar entonces, que cuando mediante el recurso de hecho se pretende que sea concedida la apelación denegada en la primera instancia, esta impugnación puede estar encaminada indistintamente contra autos interlocutorios o sentencias, según el caso.

En su lugar, si lo perseguido es que se conceda el recurso extraordinario de casación, de conformidad con el art. 218 del C. de P.P., este medio de impugnación solamente procede contra las sentencias de segunda instancia de los Tribunales a que se refiere dicho precepto, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

3. En este caso, el impugnante persigue que por la vía del recurso de hecho se le conceda el recurso extraordinario de casación interpuesto como subsidiario del de reposición contra el auto interlocutorio del 22 de enero del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Pereira se abstuvo de desatar, por falta de interés para recurrir, la apelación interpuesta contra la sentencia condenatoria anticipada proferida en primera instancia en detrimento de su defendido *Ruiz Castaño*, lo cual impone colegir, que al no estarse frente a una sentencia de segunda instancia contra la cual sea factible la extraordinaria impugnación, resulta ostensiblemente improcedente el recurso propuesto y en consecuencia, sin que sea necesario ninguna consideración adicional, denegarlo.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Deniégase por improcedente, el recurso de hecho interpuesto contra el auto del 14 de febrero del presente año que negó la reposición del interlocutorio de fecha 22 de enero inmediatamente anterior, mediante el cual el Tribunal Superior de Pereira se abstuvo de desatar la apelación intentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de santa Rosa de Cabal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

La fase ordinaria del proceso termina con la sentencia de segunda instancia, de manera que solo hasta ahí son de recibo las alegaciones de corte libre, en donde los sujetos procesales pueden limitarse a cuestionar el criterio del fallador con la esperanza de que el superior acoja el suyo como mejor, y sin que formalmente estén obligados a precisar y demostrar un error.

Es normal que la parte afectada con un fallo de segundo grado quiera atacarlo, pero debe entender que el proceso en sus dos instancias ordinarias ya terminó, y que el único medio de impugnación que le resta dentro del esquema procesal vigente es el Extraordinario de Casación, en donde por su propia naturaleza, y por la función que le corresponde dentro de la organización del estado de derecho, sólo son de recibo reproches que se orienten a demostrar la existencia de algún error in iudicando o in procedendo, de tal manera trascendente, que vicie de ilegalidad la sentencia.

De no encontrar un error con las características mencionadas, la actitud responsable y jurídica que deben asumir los sujetos procesales es no interponer el recurso, pues entre los perjuicios que con esa actitud se causan está el generar falsas expectativas en el procesado, con una inversión económica que desde el principio se sabe que es inútil.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santa Fe de Bogotá D.C., abril quince de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 37

Proceso 12069

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Teodulfo Aldana Valbuena, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veinticinco de la misma ciudad, en la cual se le impuso cinco (5) años de prisión por el delito de homicidio en el grado de tentativa.

HECHOS

Los resume el Tribunal así:

" Los que dan origen a la presente investigación ocurren en el barrio "Las Ferias" de esta ciudad, en la tienda de propiedad del señor Marco Tulio Ortega, ubicada en la carrera 67 No. 76-86, el pasado 30 de Diciembre de mil novecientos Noventa y Uno (1991), entre las nueve y media y diez y cuarto de la noche, y hacen relación a las mortales heridas que le fueron causadas con proyectil de arma de fuego, al Sargento del Ejército Nacional José Meiner González Lemus, cuando al salir con destino a su residencia, una persona que se encontraba en la calle le hizo varios disparos".

LA DEMANDA

Inicia la censura a la sentencia diciendo que hubo "absoluta falta de motivación en cuanto a la responsabilidad de Teodulfo Aldana Valbuena", quebranto en el cual se incurrió de manera indirecta por errónea apreciación de unas pruebas y falta de valoración de otras.

Invoca la causal primera de casación, inciso segundo, y sostiene que el Tribunal incurrió en error en la apreciación de las pruebas allegadas al expediente y en las que se demostraba la inocencia del sentenciado, al fundamentar el fallo con "desfiguraciones y desvirtuaciones a la prueba testimonial que incidieron sustancialmente en la equivocación de imponer una medida condenatoria", y no hace un examen de todas las pruebas que integran el plenario, especialmente de los testigos Servio José Luis y Hossana Aldana Puertas, Hermidas Moreno Castro, Carlos Penagos, Francisco Alfredo Ortiz Sierra y los sindicados, quienes afirman que el procesado no se encontraba en el momento de los disparos en el lugar de los hechos.

Las anteriores pruebas desvirtúan las declaraciones rendidas por Alvaro Muñoez Verano, Segundo Armando Forero Ortega y Marco Tulio Ortega, quienes con el fin de justificar el comportamiento de la víctima, "hacen creer a la justicia una

película imaginaria, con el fin de buscar un posible responsable de los hechos delictuosos sucedidos, pero obviamente dejando múltiples dudas sobre la persona que presuntamente disparó contra la humanidad del hoy lesionado, pues incurren en diversas contradicciones y ponen en duda naturalmente la presencia de mi defendido Teodulfo Aldana Valbuena, para el momento de los hechos mencionados".

A título de demostración del cargo asevera que el lesionado provocó las acciones de violencia ofendiendo no solo a Alberto Aldana sino al resto de personal que tuvo que soportar sus amenazas de pelea con pistola en mano y haciendo disparos. Si el ad quen hubiera efectuado un análisis profundo de ese episodio la decisión hubiera sido absolutoria, como lo fue la calificación inicial que precluyó la investigación.

Reitera que el Tribunal incurrió en error de apreciación sobre las pruebas testimoniales, pues no se detuvo a observar el contenido fáctico del acervo probatorio, en el sentido de haber sopesado las versiones con las cuales se demuestra que el acusado no estaba en el lugar de los hechos.

Las declaraciones de cargo señalan al acriminado como una persona mona y fornida, cuando según la descripción morfológica que le hizo la fiscalía demuestra todo lo contrario. Al confrontar estos testimonios con los que lo favorecen, se llega a la conclusión de que su cliente no estaba en el lugar cuando resultó lesionado José Meiner González.

Luego de señalar algunos aspectos sobre los cuales no coinciden los testigos, afirma que en el fallo no se realizó un estudio de todas las pruebas que integran el proceso, "ni mucho menos se efectuó un juicio valoratorio (sic) sobre la certeza de responsabilidad penal en la comisión del punible que se le imputa a mi patrocinado Aldana Valbuena".

Termina afirmando que el error de apreciación llevó al quebrantamiento de la norma sustancial descrita en el artículo 35 del Código Penal. "El sentido omisivo de la violación nace de haber desconocido el principio de la no presunción de dolo, pues ni una sola prueba demuestra con claridad meridiana la responsabilidad de mi defendido como autor del hecho punible que se le imputa, es decir, que los testigos de cargo fueron desvirtuados plenamente por los diferentes elementos de juicio allegados al proceso, los cuales fueron reseñados en el contexto de la presente demanda".

Como normas del Código de Procedimiento Penal infringidas cita los artículos 247, 254, 294 y 445. La petición es que se case la sentencia y se absuelva al acusado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la lectura del libelo se desprende con toda claridad que su autor desconoce que el recurso de casación no está previsto para plantear de cualquier manera todo tipo de inconformidad, sino que está sujeto a unas reglas que debe ser observadas.

La fase ordinaria del proceso termina con la sentencia de segunda instancia, de manera que solo hasta ahí son de recibo las alegaciones de corte libre, en donde los sujetos procesales pueden limitarse a cuestionar el criterio del fallador con la esperanza de que el superior acoja el suyo como mejor, y sin que formalmente estén obligados a precisar y demostrar un error.

Es normal que la parte afectada con un fallo de segundo grado quiera atacarlo, pero debe entender que el proceso en sus dos intancias ordinarias ya terminó, y que el único medio de impugnación que le resta dentro del esquema procesal vigente es el extraordinario de casación, en donde por su propia naturaleza, y por la función que le corresponde dentro de la organización del estado de derecho, sólo son de recibo reproches que se orienten a demostrar la existencia de algún error in iudicando o in procedendo, de tal manera trascendente, que vicie de ilegalidad la sentencia.

De no encontrar un error con las características mencionadas, la actitud responsable y jurídica que deben asumir los sujetos procesales es no interponer el recurso, pues entre los perjuicios que con esa actitud se causan está el generar falsas expectativas en el procesado, con una inversión económica que desde el principio se sabe que es inútil.

2. En el caso que nos ocupa, la inconformidad del recurrente se centra en que, mientras en las sentencias de instancia los juzgadores llegaron a la conclusión de que Teodulfo Aldana estaba en el lugar de los hechos y fue el autor de la muerte de José Meiner González Lemus, él estima que su defendido no se encontraba allí.

El cargo lo formula por violación indirecta de la ley sustancial, por error en la apreciación de las pruebas, sin precisar si se refiere a un error de hecho o de derecho, y mucho menos que clase de falso juicio le imputa.

Y el vacío advertido en la censura no lo llena en su desarrollo, en donde emplea conceptos como "falta de valoración", "desfiguraciones y desvirtuaciones de la prueba", "falta de examen de todas las pruebas", y "tergiversación del contenido real de los testimonios", sin referirlos a algún elemento de juicio en particular, mezcla que en lugar de aclarar el interrogante genera más confusión, y especialmente una contradicción insalvable.

Además, es importante destacar que la sustentación del cargo no tiene nada que ver con la violación indirecta aducida, pues lo único que de allí se infiere es que según el defensor se le ha debido creer a los testigos que favorecen a su cliente, y no a los que lo acusan, argumentación totalmente inocua en casación por la presunción de acierto y legalidad de que goza el fallo.

De otra parte, es evidente que el censor no solo desacierta en lo que tiene que ver con los requisitos formales del recurso de casación, especialmente con el previsto en el numeral 3o. del artículo 225 del estatuto procesal, que exige claridad y precisión en la formulación y sustentación de los cargos, sino que además confunde la prueba de la autoría material con la del dolo, de manera que empieza afirmando que su defendido no fue el autor del homicidio, y termina diciendo que se le desconoció "el principio de la no presunción del dolo", aspectos ostensiblemente excluyentes.

En conclusión, el escrito presentado a manera de demanda contiene un alegato desordenado, contradictorio e impreciso, que no puede ser admitido como sustentación del recurso de casación por no reunir los requisitos formales, en consecuencia se le rechazará in límine.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Teodulfo Aldana Valbuena,, y en consecuencia declarar desierto el recurso.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 197 del Código de procedimiento Penal, contra éste auto no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y cúmplase,

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION

El artículo 240 del C. de P.P., es sobradamente claro al disponer que–si sale adelante el libelo– la Sala declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda "cuando se trate de la prescripción de la acción penal, de ilegitimidad o caducidad de la querella, o cualquier otra causal de extinción de la acción penal, y en el evento previsto en el numeral 6o. del artículo 232", o sea, "cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

En los demás casos (que sería lo, en el evento sub-examen, pertinente), reza el numeral 2o. de la norma en referencia, "la actuación será devuelta al despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique".

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.–Santafé de Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997)

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado: Acta No. 38

Proceso 12562

VISTOS

Corresponde a esta Sala examinar, según términos de los artículos 234, 235 y concordantes del Código de Procedimiento Penal, la viabilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado especial del padre del occiso Eduardo Hernández Caballero, contra la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 14 de diciembre de 1995 que revocó la condenatoria del Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad,

dentro del expediente que, por el delito de homicidio, se adelantó contra José Euclides Navarro Cáceres.

HECHOS

Se transcriben según los consigna la sentencia de primer grado, así:

"...en la tarde del 24 de febrero del presente año, estuvieron departiendo en la Joyería Hernández, Eduardo administrador de ésta y sus amigos Jairo Rincón, Ruth Trinidad Epalsa esposa del anterior y José Euclides Navarro , habiéndose tomado unas cervezas en la joyería. Posteriormente pasaron al Restaurante Aldana, donde igualmente consumieron otras bebidas embiragantes y de allí continuaron a una Wiskería del barrio Mutis donde pidieron aguardiente. Al momento de cancelar la cuenta, hubo un pequeño problema por el pago de ésta, el cual pretendió solucionar José Euclides Navarro Cáceres al decirle al encargado de la Wiskería que dejaba un revólver empeñado, pero Eduardo Hernández optó por cancelar el saldo. De allí salieron Jairo Rincón y su esposa, y minutos después fueron alcanzados por Eduardo Hernández y José Euclides Navarro Cáceres, quienes al llegar a la portería del conjunto donde residen se entraron, prosiguiendo su camino Hernández y José Navarro . Minutos después, siendo ya la madrugada del 25 de febrero Eduardo Hernández perdió la vida por varios impactos de arma de fuego, siendo encontrado junto con todas sus pertenencias incluyendo dos revólveres. Ese mismo día fue capturado José Euclides Navarro Cáceres a quien se sindicó de la muerte de Hernández Caballero." (subrayas y negrillas de la Sala)

LA DEMANDA

Comienza por expresar que se interpone el 'recurso extraordinario de revisión', con fundamento en la causal tercera del artículo 232 del C. de P.P., esto es, "por aparecer hechos o pruebas nuevas no conocidas en el tiempo de los debates, las -sic- cuales establecen plenamente la responsabilidad del procesado absuelto".

Se refiere a continuación que Navarro Cáceres en su injurada, manifestó que si la prueba del guantelete salía positiva era porque "ayer en las horas de la tarde, aproximadamente entre las dos y treinta y las tres yo disparé un arma en la carretera vieja del Mutis de propiedad del señor Pérez Soledad Edgar". Que, recepcionado el testimonio de éste, corroboró el dicho de aquél.

Que, para contrarrestar estas aseveraciones, presenta copia del Oficio No. 1271 de marzo 18 de 1996, suscrito por la médico Claudia M. Reinoso Guerra, Directora de la Clínica Regional del Oriente de la Policía Nacional en Bucaramanga, Santander, que –en uno de sus apartes– consigna: "Para el día 23 de febrero de

1995 al señor Auxiliar de Enfermería JOSE EUCLIDES NAVARRO CACERES, identificado con la C. de C. No. 19.490.810 de Bogotá, le correspondía turno en el servicio de hospitalización y debía asistir al curso de primeros auxilios que se dictaba por fuera de las instalaciones de la Clínica."

También del Oficio No. 1277 de marzo 20 de 1996, firmado por el Dr. Juan Carlos Gutiérrez Cianci, Subdirector Científico de la misma institución, documento con el que se demuestra el servicio que "cubría" el procesado Navarro Cáceres el 23 de febrero de 1995 en las horas de la mañana y de la tarde. En lo que importa, allí se dice que de "13 a 19:00 Turno en el servicio de hospitalización Clire".

Para el libelista, con esta prueba nueva, como tal no conocida al tiempo de los debates, se 'establece con luz meridiana la culpabilidad del procesado', pues ella "sin equívocos nos indica que para el día 23 de febrero de 1995 el agente enfermero José Euclides Navarro Cáceres desde las 13:00 horas (o sea la una P.M.) hasta las 19:00 horas (o sea las 7 P.M.), su actividad según los citados documentos estaba encaminada a la atención de los enfermos, turno de servicio que requería la atención y cuidado de pacientes hasta su relevo en el centro hospitalario de la Policía Nacional en Bucaramanga, conforme a las planillas de servicio y atención programada a que se refiere el galeno que certifica".

De lo anterior concluye el demandante que la revisión solicitada debe prosperar y que el testigo Edgar Pérez Soledad incurrió en falso testimonio.

A continuación el demandante afirma que como existió el delito de falso testimonio, entonces también es procedente la causal 5a. del artículo 232 del C. de P.P. y por ello solicita a la Sala la reconozca y, en consecuencia, ponga en conocimiento de la autoridad competente tal delito y el de encubrimiento.

Termina su escrito solicitándole a la Corte que declare sin valor la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, profiera otra en su lugar que sea la que "a derecho corresponde, quedando en firme la proferida por la Honorable Juez del Circuito de Bucaramanga".

El demandante aporta copia simple de los documentos a que se ha hecho referencia y de las sentencias de primero y segundo grado. De estos fallos, dígase desde ya, se tiene que están ejecutoriados pero por la constancia de la Secretaría de la Sala en el sentido de que la demanda de casación presentada en el proceso adelantado a José Euclides Navarro Cáceres "fue rechazada y declarado desierto el recurso, en providencia de octubre 8 del año en curso (1996), con ponencia del H. Magistrado Jorge E. Córdoba Poveda".

CONSIDERACIONES

1. Importa, prima facie, señalar que el demandante manifiesta interponer el recurso extraordinario de revisión, cuando ha debido, respetando lo dispuesto por nuestro vigente Código de Procedimiento Penal, referirse a la acción de revisión.

También el demandante desatina al pretender que esta Sala 'dicte la sentencia que a derecho corresponde' (que -según él- es la condenatoria), porque por parte alguna los artículos que en nuestro estatuto procedimental penal se ocupan de esta acción, imponen tal obligación (o la de absolutoria en su caso), en el evento de prosperidad de la correspondiente demanda.

Sobre este particular el artículo 240 del C. de P.P., es sobradamente claro al disponer que -si sale adelante el libelo- la Sala declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda "cuando se trate de la prescripción de la acción penal, de ilegitimidad o caducidad de la querella, o cualquier otra causal de extinción de la acción penal, y en el evento previsto en el numeral 6o. del artículo 232", o sea, "Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

En los demás casos (que sería lo, en el evento sub-examen, pertinente), reza el numeral 2o. de la norma en referencia, "la actuación será devuelta al despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique".

2. El demandante ha debido acreditar -y no lo hizo- que su poderdante, Juan Hernández Pinzón, había sido reconocido como parte civil dentro del proceso que se adelantó contra José Euclides Navarro Cáceres por el homicidio de su hijo Eduardo Hernández Caballero.

Y las copias de las sentencias de primero y segundo grado han debido presentarse autenticadas, al igual que los documentos que asegura constituyen la prueba nueva. De éstos, solo la fotocopia del dirigido al Personero Municipal de Bucaramanga, para que interpusiera sus buenos oficios en orden a la consecución de la constancia de la Clínica Regional del Oriente sobre la labor de que debió ocuparse Navarro Cáceres para el 23 de febrero de 1995, se adjuntó con un sello de la Secretaría del Tribunal de Bucaramanga, lo que desde luego no satisface los requerimientos de ley para tener por autenticados los otros documentos.

3. Mas, por encima de las señaladas fallas lo más grave está en que la demanda se fundamenta en el numeral 3o. del artículo 232 del C. de P.P., causal ésta exclusivamente referida a cuando, después de la sentencia 'condenatoria',

aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidos al tiempo de los debates, que establezcan la 'inocencia' del procesado y aquí –bien se sabe– la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fue absolutoria.

y, en cuanto a la causal 5a. que también se alega, afírmese que los hechos son de imposible subsunción en ella, pues para su procedencia exige la demostración –con sentencia en firme– de que "el fallo objeto de revisión se fundamentó en prueba falsa". Pero aquí el demandante al tiempo que asegura su pertinencia –precisamente porque Edgar Pérez Soledad incurrió en falso testimonio– demanda de la Corte que disponga lo propio para que se investigue a éste por tal delito y el de encubrimiento.

No entiende entonces la Corte porqué si era patente la imposibilidad de estarse ante sentencia en firme, se 'fundamentó' la acción en el numeral 5o. del artículo 232 del C. de P.P.

Deviene, pues, así en irremediable -y sin que se requiera de otras 'consideraciones' -, lo procedente de la inadmisión de la demanda de revisión.

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

RESUELVE

Rechazar *in limine* la demanda de revisión presentada por el apoderado de Juan Hernández Pinzón, quien asegura haber sido parte civil dentro del proceso adelantado contra José Euclides Navarro Cortés que concluyera con sentencia absolutoria.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/INDICIO

Si el hecho indicador ingresa al torrente probatorio inexorablemente a través de otro medio de convicción (el artículo 302 del C. de P. P. dice que el hecho indicante debe estar probado), sin duda la prueba indiciaria puede atacarse por fallas en esa primera fase de su conformación, pues ante la evidencia de que el fontanar del dato indicante es prueba materialmente cuestionable, por falso juicio de legalidad, o falso juicio de existencia o de identidad, "ya no interesa advertir la índole y características del desarrollo de la inferencia lógica (sana crítica o persuasión racional), porque con bases tan viciadas la consecuente reflexión no podrá representar nada bueno y, por tanto, ésta tendrá que correr igual suerte de desprestigio e improcedencia, resultando efectivas las censuras montadas sobre esas realidades, sin necesidad de incursionar en el campo de las deducciones, inferencias o resultados" (Cfr. sentencia de casación de febrero 13 de 1995, M. P. Carlos E. Mejía Escobar*).*

La valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria. Un reparo de esa índole perfectamente podría caber dentro de los caracteres del falso juicio de identidad por omisión relevante en el examen lógico-crítico de la prueba indiciaria.

En materia de casación fundada en la violación indirecta de la ley sustancial, en virtud de errónea apreciación de la prueba indiciaria, también rige el principio lógico de la razón suficiente, según el cual la verdad posible del

demandante sólo se perfila si enuncia correctamente la realidad objetiva de sus juicios; es decir, si identifica cuál es el tramo lógico del indicio al cual dirige sus críticas y la clase de error que le imputa, porque, se repite, resulta asaz diferente la censura en tratándose de vicios objetivos en la estimación de la prueba directa soportadora del hecho indicador, o de vacíos protuberantes en materia de experiencia, lógica o ciencia al momento de abordar la "inferencia lógica", o de falencias en el examen del mérito individual y después conjunto de los indicios.

Sólo en virtud de este mínimo de claridad argumentativa podría la Corte explorar si existe conformidad entre el pensamiento demandante y el objeto de sus críticas, leal y cabalmente descrito (verdad), con el fin de mantener o derrumbar una sentencia de instancia que de todas maneras está signada por la presunción de legalidad y acierto.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 38

Proceso 9573

VISTOS

Se decide en esta oportunidad el recurso extraordinario de casación que interpuso y sustentó el defensor del procesado Fidel Orjuela Melo, en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, fechado el 8 de marzo de 1994, por medio del cual se condenó al sentenciado a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa por valor de trescientos mil pesos ($ 300.000.oo), a título de coautor responsable de un concurso de hecho punibles de "falsedad material de empleado oficial en documento público" y "estafa" (arts. 26, 218 y 356 C. P.).

HECHOS

Para el mes de enero del año de 1989, los señores Edgar Rosendo Ramírez (ya fallecido) y Fidel Orjuela Melo fungían respectivamente de director y secretario de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del municipio de Vergara, departamento de Cundinamarca, época en la cual se acercó a la oficina bancaria el individuo Nelson Baena Rojas, quien presuntamente había

adquirido una finca en la vereda "El Tigre" de esa comprensión territorial, se le abrió una cuenta corriente que inició con un depósito de cien mil pesos ($ 100.000.oo) en efectivo, y, en la misma ocasión, dejó en consignación dos cheques al cobro por valor de ochocientos mil ($ 800.000.oo) y seiscientos mil pesos ($ 600.000.oo) cada uno, girados en favor del mismo cuentacorrentista y contra el banco del Comercio –oficina San Martín– de esta capital, títulos-valores en relación con los cuales se diligenció la carta-remesa número 3830570 dirigida a la Central de Remesas de la Caja Agraria en Santafé de Bogotá, con el fin de que allí se realizara el respectivo canje y se autorizaran los pagos. Posteriormente se recibió el telegrama de conformidad número 005-217, supuestamente enviado por la Central para autorizar la transacción. Una vez abonado el valor de los instrumentos negociables a la reciente cuenta del señor Baena Rojas, éste procedió a cobrar por ventanilla la suma de un millón doscientos mil pesos ($ 1.200.000.oo), por medio de cheque librado en su beneficio y contra la cuenta corriente abierta en la Caja Agraria.

Igual procedimiento de canje se cumplió con un cheque por valor de dos millones seiscientos mil pesos ($ 2.600.000.oo), consignado para el cobro el 15 de enero siguiente, caso en el cual se expidió la carta-remesa número 3830581 y se recibió el telegrama de conformidad número 047-125, valor que así autorizado también se le imputó a su cuenta corriente.

Posteriormente, el titular de la cuenta corriente cobra por ventanilla dos cheques más, uno por valor de cien mil pesos ($ 100.000.oo), y otro por la suma de setecientos setenta y tres mil pesos ($ 773.000.oo).

Pues bien, a partir de la denuncia instaurada por el señor Jairo Emiro Hernández Ariza, director encargado de la agencia de la Caja Agraria en la localidad de Vergara, por vacaciones concedidas a su titular, se determinó que tanto las cartas-remesa como los telegramas de conformidad habían sido falsificados, dado que el señor Baena Rojas no contaba con los fondos necesarios en la cuenta del Banco del Comercio. También se detectaron tachas y enmendaduras en el libro de entrega de correspondencia, precisamente en las relaciones que tienen que ver con el envío de la segunda carta-remesa.

El día 26 de enero siguiente, también se pretendió cobrar por canje que solicitó el Banco del Comercio un cheque girado por Baena Rojas en contra de la cuenta corriente de la Caja Agraria, por valor de dos millones de pesos ($ 2.000.000.oo), efecto para el cual ya la agencia del municipio de Vergara había dispuesto un giro interno a la Central de Remesas, pero, descubierto el fraude antes señalado, telefónicamente se impidió el pago.

Como quiera que el modus operandi revelaba la participación de empleados de la entidad bancaria en la fraudulenta apropiación de sus bienes, el juzgado primero de instrucción criminal, radicado en Facatativá, que investigó la conducta del ciudadano *Nelson Buena Rojas*, en la decisión calificatoria del sumario ordenó compulsar copias para averiguar el presunto comportamiento delictivo del director y el secretario de la Caja Agraria (fs. 200 a 220).

ACTUACIÓN PROCESAL

El mismo Juzgado Primero de Instrucción Criminal abordó la investigación separada, vinculó por medio de indagatoria a los imputados *Edgar Rosendo Ramírez y Fidel Orjuela Melo*, a quienes se les resolvió la situación jurídica por medio de providencia fechada el 11 de septiembre de 1991, en el sentido de ordenar la detención preventiva del segundo, como presunto responsable de un concurso de hechos punibles de falsedad material de empleado oficial en documento público y estafa, y de abstenerse de decretar medida restrictiva en relación con el primero (fs. 2, 24 a 32, 35 a 42 y 71 a 84).

Desde los comienzos de la instrucción, la Caja Agraria se constituyó parte civil dentro del proceso, por medio de apoderado especial (fs. 20 y 21).

De acuerdo con auto fechado el 3 de febrero de 1992, el juzgado instructor declaró extinguida la acción penal por muerte del procesado Edgar *Rosendo Ramírez* y, consecuentemente, ordenó la cesación de procedimiento en su favor (fs. 379 a 385).

Formalmente clausurada la investigación, el juzgado de instrucción calificó el mérito del sumario y profirió resolución de acusación en contra del procesado *Fidel Orjuela Melo*, en relación con los mismos delitos deducidos al momento de resolver la situación jurídica (fs. 393 y 406 a 411).

Cumplido el rito fundamental de la audiencia pública, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Facatativá dictó la sentencia de primera instancia, que está fechada el 1° de diciembre de 1993, por medio de la cual se condenó al acusado a la pena principal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa por valor de trescientos mil pesos ($ 300.000.oo), como autor responsable de los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público y estafa; se le impuso la obligación de resarcir los daños ocasionados en cuantía de dos millones de pesos ($ 2.000.000.oo), incrementados por la corrección monetaria a partir del mes de febrero de 1989 (los materiales), y por valor de cuatrocientos (400) gramos-oro o su equivalente en moneda nacional (los morales); se negó al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional y se ordenó reactivar la orden de captura.

El fallo de segunda instancia confirmó el de primera en los puntos que fueron objeto de inconformidad por la vía del recurso de apelación (fs. 24 a 37, cuaderno 2a. instancia).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente toma como fundamento de su inconformidad la causal primera de casación, en el sentido de que "la sentencia acusada es violatoria por vía indirecta de la ley sustancial, en virtud de ostensible y manifiesto error de hecho en el análisis de las pruebas aportadas al proceso, lo que determinó la aplicación indebida de normas de derecho sustancial". Tales yerros los muestra en dos acápites: el primero, tiene relación con el grupo de pruebas principales de cargo; y el segundo, se refiere a una prueba fundamental no tenida en cuenta por las instancias.

Como preámbulo de sus críticas, el impugnante aduce que las sentencias de grado han afirmado la autoría de Fidel *Orjuela Melo* en la falsificación de las remesas y conformidades, "sin soporte probatorio alguno", porque ninguna prueba directa o indirecta así lo demuestra, y a continuación transcribe los apartes más relevantes de los fallos sobre el particular, en el entendido de que debe brindarse una visión de conjunto de ambos grados de jurisdicción. Este aserto pretende demostrarlo del siguiente modo:

Incide en el grupo de la prueba testimonial de cargos y expresa:

1. Del testimonio del señor Jairo *Emiro Hernández Ariza*, director encargado de la oficina de Vergara, que aparece a folios 100 del expediente, jamás puede inferirse responsabilidad penal en contra de *Fidel Orjuela Melo*. Admite de esta exposición que la carta-remesa número 3830570 haya sido preparada por la empleada *Luz Marina Rodríguez Cañón*, quien después la pasó para firma y revisión del secretario *Orjuela Melo*, pero bien pudo ocurrir que, con posterioridad a la intervención de éste, alguien haya falsificado el documento. Como se sabe por el contenido del mismo testimonio, que en lo pertinente invoca las manifestaciones de la Rodríguez, el documento en cuestión apareció reelaborado en un tipo de máquina distinta a la que utilizó la mecanógrafa de oficio, entonces el recurrente manifiesta que en este sentido no ha habido imputación de la empleada al secretario y, además, no se sometió a confrontación técnica el escrito con el mecanografiado de la máquina que usaba el procesado.

2. Transcribe en extensión el testimonio de la empleada Luz *Marina Rodríguez Cañón*, inserto de folios 56 a 59, y dice que de él se concluye que *Fidel Orjuela Melo* le comentó a la testigo que se había encontrado en el bus intermunicipal con el señor *Nelson Baena Rojas*, quien le confió que había adquirido una finca en la

vereda El Tigre y que se proponía comprar ganado para el levante en esa heredad; que la cuenta corriente a favor de Baena Rojas la había ordenado el director; que éste reconoció haber cometido errores en el otorgamiento de algunos créditos; que el director también fue negligente al omitir las averiguaciones pertinentes sobre el desfase en las claves del telegrama de conformidad, a sabiendas de que la contadora le sugirió que lo averiguara; y, finalmente, que era imposible concebir la falsificación de los telegramas por parte del secretario, pues éste no tenía acceso a la papelería ni a los sellos de Telecom. Todo esto puede extraerse del analizado testimonio, dice el censor, menos la responsabilidad en contra de *Orjuela Melo*.

Ahora bien, que el tipo de máquina usado en las cartas adulteradas tenía correspondencia con el del aparato asignado al secretario, era un concepto técnico que no podía emitir la testigo y, ante la ausencia del respectivo dictamen, pende la duda de que otra persona o empleado haya podido realizar las "correcciones o enmendaduras" sobre dichos documentos. Tal conclusión tampoco la podía aventurar el juzgador, pues, no obstante que anunció la necesaria fundamentación de la sentencia en las pruebas legalmente producidas en el proceso, de esa manera no cumplió con tal principio.

Alega, también en relación con este testimonio, que no está demostrado en el proceso que "Nelson Baena fue presentado al Director de la Caja por Fidel Orjuela...", pues eso solamente lo pretexta el gerente Rosendo Ramírez, dado que Fidel no le aseguró a la testigo Rodríguez Cañón que Baena Rojas "había comprado una finca en una vereda cercana...", como si fuera un hecho que le constara al secretario, sino que así se lo había comentado el presunto adquirente del inmueble, asunto diametralmente opuesto al entendido por el juzgador.

3. Con igual procedimiento traslada en profusión al escrito de demanda el testimonio de la contadora Azucena *Bustos Ávila*, que aparece de folios 51 a 55, de cuyo contenido dice que no puede colegirse responsabilidad penal del señor Orjuela Melo, pues aquella dama no fue testigo del hecho principal de la apertura de la cuenta corriente en favor del señor Baena Rojas, dado que ella se encontraba de vacaciones.

Además, tampoco se han analizado hechos percibidos por la testigo y que favorecen a su prohijado, tales como que el cuentahabiente Baena Rojas se hallaba bastante nervioso el día que cobraba un cheque por valor de setecientos mil pesos, y, en virtud de ello, el accionante se pregunta: ¿cuál la razón para evidenciar tal estado si en realidad el secretario Orjuela Melo le hubiera estado ayudando?. Agrega que la testigo enteró de ese estado de ánimo del usuario tanto al secretario como al director de la Caja Agraria, y que fue precisamente éste el que autorizó el pago del título-valor.

Al igual que con la testigo anterior, propone la duda sobre el conocimiento que de Baena Rojas hubiera tenido el secretario, pues la pregunta y la respuesta sobre el particular son equívocas.

De modo que, visto el análisis precedente, el opugnador concluye que "se tergiversó la prueba recaudada porque se le dió un efecto probatorio que no se deriva de su contexto".

Culmina así sus reparos sobre la prueba testimonial de cargo. Y en relación con la prueba documental, es decir, las cartas-remesa, los telegramas de conformidad y el libro de correspondencia, aduce que en manera alguna se infiere de dichos textos la autoría de Orjuela Melo, y se pregunta si acaso no es posible que otra persona haya realizado la adulteración, después de que los escritos hayan sido revisados por el secretario, pues no se descarta que el mismo mensajero y archivador Victor *Vargas Nivia* haya hecho las enmendaduras en el libro de despacho de correspondencia, como lo infiere el recurrente del testimonio que también copia en lo pertinente. Y por una razón adicional, dice el demandante, porque a dicha documentación tenían acceso todos los empleados de la Caja Agraria.

En un segundo momento del ataque a la sentencia, el libelista arguye que no se tuvo en cuenta el dictamen pericial producido por Medicina Legal, en relación con la muestra grafológica tomada a su defendido (fs. 189 a 191), omisión que le confirma el aserto de su predecesor en la defensa en el sentido de que en este caso se ha invertido el principio consagrado en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, pues todas las dudas se absolvieron en contra del acusado.

Se desconocieron además –dice el recurrente– algunas circunstancias que eran propicias a la responsabilidad del director en este asunto, tales como el hecho de ser natural del municipio de Vergara; haberse desempeñado como profesor de bachillerato durante 20 años en la misma población y contar con la colaboración de personal diestro, responsabilidad que no puede eludirse con la mera aseveración de que en su favor se declaró extinguida la acción penal, porque la causa de tal extinción fue la muerte del coprocesado y no un pronunciamiento de fondo sobre su inocencia. Mas los falladores de instancia, por el contrario, capitalizaron la inexperiencia y la negligencia del director como fundamento de la responsabilidad del secretario.

Una decisión de responsabilidad en contra de su protegido procesal, que esquiva los juicios sobre las obligaciones del finado director, sólo porque en su favor ya se extinguió la acción penal, "... es como si debiera entenderse que a Fidel Orjuela Melo se le condena porque debe condenarse a alguien, no importa que sea inocente, porque a Baena (sic) ya no se encuentra, y no hay más a quién juzgar..." (fs. 70).

En el capítulo de las normas violadas y el concepto de violación, el demandante dice que se desconoció el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto impone al juzgador el deber de apreciar la prueba testimonial de acuerdo con las reglas de la sana crítica, especialmente, en atención a factores tales como la naturaleza del objeto percibido, las circunstancias espacio-temporales y modales en que se percibió, aspectos éstos que no fueron obedecidos por el juzgador porque, por ejemplo, la testigo Azucena Bustos Avila evidenció vaguedad en asunto tan crucial como el posible conocimiento anterior entre el secretario Orjuela Melo y el individuo Baena Rojas, y éllo no concitó la atención de los falladores; además por el sentido que se le dio al texto del testimonio de la señora Luz Marina Rodríguez Cañón. También se vulneró el artículo 254 idem, dado que no se le asignó "razonadamente" el mérito probatorio atribuible a cada uno de dichos testimonios. De igual manera se quebrantó el artículo 273 *ibidem*, supuesto que no se "apreció" el referido dictamen grafotécnico. Finalmente, se violaron los artículos 247 y 445 *ejusdem*, ya que a partir de premisas falsas se derivaron conclusiones erróneas, para afirmar una insostenible certeza de responsabilidad, "cuando el proceso está inundado de dudas que deben resolverse a favor del acusado" (fs. 71).

Las mencionadas violaciones, concluye el demandante, condujeron además a la aplicación indebida de los artículos 218, 356, 23, 26, 27, 28, 372, 106 y 107 del Código Penal.

Pide el libelista, en consecuencia, que se case la sentencia y se profiera la correspondiente absolución en favor de su defendido.

El criterio de la Procuraduría

El Procurador Primero Delegado en lo Penal le solicita a la Corte "no casar la sentencia impugnada", y motiva su petición en el siguiente sentido:

Si lo que pretende el casacionista es atacar la prueba indiciaria que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, por la vía del error de hecho, sus alegaciones no desvirtúan la existencia y contenido de cada uno de los hechos indicadores que llevaron al fallador a inferir lógicamente la responsabilidad del acusado. En efecto, de acuerdo con la providencia del 4 de septiembre de 1991, producida por esta Sala, y que el Ministerio Público cita, la prueba indiciaria si es impugnable por la vía del error de hecho, siempre y cuando se ataque la "inferencia lógica" en que consiste dicha clase de prueba, no el medio de prueba que le sirve de fuente al indicio. Es claro que si el juzgador equivoca ostensiblemente las reglas de la experiencia, en las cuales debe basarse todo indicio, indudablemente incurre en falso juicio de identidad como modalidad del yerro de hecho.

En el primer capítulo, que se caracteriza por la indefinición de la clase de error, lo que el impugnante hace es criticar el valor otorgado por el juzgador a la denuncia formulada por Jairo *Emiro Hernández Ariza* y a los testimonios de las empleadas *Azucena Bustos Ávila y Marina Rodríguez Cañón*, con fundamento en los cuales se construyeron los indicios incriminatorios en contra del procesado, actitud que no es de recibo en casación, dado que la valoración de las pruebas por la vía de la sana crítica es función que soberanamente corresponde al juez. Si el defensor discrepa de los juicios críticos del juez, no por ello cabe el señalamiento de un error demandable, supuesto que se impone la doble presunción de acierto y legalidad de las sentencias.

Decir que de determinado testimonio jamás puede colegirse responsabilidad penal en contra de su defendido, porque pudo ocurrir que otra persona falsificó los papeles después de haber sido firmados y revisados por él, sería apostarle a la invalidación de la sentencia con fundamento en hipótesis que teje el recurrente ("lo que pudo ocurrir"), pues bastaríale a tal fin al censor plantear "otra posibilidad lógica", sin demostrar el error de la inferencia del juzgador. Es por ello que para el Ministerio Público, si bien las censuras se aproximan a las conclusiones lógicas del sentenciador, no dejan de ser crítica probatoria genérica, porque se trata de alternativas que no tuvieron cabida dentro del conocimiento del juez en su función autónoma de valorador de la prueba.

Constituyen también inaceptables juicios críticos alternativos de la prueba, agrega el Delegado, las referencias del impugnante al hecho de "que la declarante estaba de vacaciones para demeritar el contenido, o la de que el Director autoriza la apertura de cuentas cuando el Secretario también, además éste era el experto ante el novato Director, también lo es el decir que los nervios de Baena no son indicio del delito si se supone que el secretario (Orjuela) lo ayudaba. En esto último además de curioso, es indudable que el razonamiento del recurrente es muy forzado: en la mayoría de delincuentes existe una carga emocional que no puede disimularse" (fs. 15 y 16, cuaderno de casación).

En lo que atañe al presunto error de hecho por falso juicio de existencia, en virtud de la supuesta falta de consideración del dictamen grafológico, el Ministerio Público señala que este cargo se sustenta en una afirmación inverídica, pues así lo enseña el aparte de la sentencia que trae a colación, según el cual "la prueba de grafología no lo señala como el autor de las falsificaciones". Esa aseveración del recurrente sería, por lo menos, un "absurdo en lo técnico si se pretende que se le otorgue poder exculpante contra las demás (pruebas)".

Y en cuanto al principio del in dubio *pro reo*, el Procurador Delegado dice que se está frente a un reproche apenas enunciado sin fundamentación alguna.

Destácase, finalmente, la intervención del apoderado de la parte civil y del señor Procurador 22 en lo Judicial Penal, quienes motivadamente solicitan a la Corte que no case la sentencia atacada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El Procurador Delegado, con fundamento en la sentencia de casación aprobada el 4 de septiembre de 1991, cuya ponencia estuvo a cargo del magistrado *Guillermo Duque Ruiz*, parece sugerir que el ataque a la prueba indiciaria en sede de casación sólo es procedente si se centra en la "inferencia lógica" que refleja la consistencia de esa clase de medio probatorio, no en la prueba en sí que constituye la fuente del indicio. Sin embargo, si se entiende que el objeto de reflexión en la citada parte del aludido fallo era la distorsión en la "inferencia lógica", como presupuesto del error por falso juicio de identidad, lo que la Corte ha reiterado es que, atendida la estructura lógica de la prueba indiciaria, la censura puede orientarse ordenadamente a cualquiera de los momentos de su construcción, esto es, a la materialidad de la prueba del hecho indicador (primer paso lógico), o a la operación mental de inferencia del dato indicado (segundo paso) o a la valoración individual o articulada de su poder suasorio, solo que ha menester hacer la diferenciación, "puesto que los errores, en cada una de estas hipótesis, son de naturaleza distinta" (Cfr. sentencia de casación de julio 31 de 1996, M. P. *Fernando E. Arboleda Ripoll*).

Y es que si el hecho indicador ingresa al torrente probatorio inexorablemente a través de otro medio de convicción (el artículo 302 del C. de P. P. dice que el hecho indicante debe estar probado), sin duda la prueba indiciaria puede atacarse por fallas en esa primera fase de su conformación, pues ante la evidencia de que el fontanar del dato indicante es prueba materialmente cuestionable, por falso juicio de legalidad, o falso juicio de existencia o de identidad, "ya no interesa advertir la índole y características del desarrollo de la inferencia lógica (sana crítica o persuasión racional), porque con bases tan viciadas la consecuente reflexión no podrá representar nada bueno y, por tanto, ésta tendrá que correr igual suerte de desprestigio e improcedencia, resultando efectivas las censuras montadas sobre esas realidades, sin necesidad de incursionar en el campo de las deducciones, inferencias o resultados" (Cfr. sentencia de casación de febrero 13 de 1995, M. P. *Carlos E. Mejía Escobar*).

2. Resulta viable entonces que el recurrente acuse el fallo -como en realidad lo hizo- con fundamento en una supuesta tergiversación de los testimonios que sirven de sustento a los hechos indicadores, porque presuntamente el fallador les hizo "producir efectos probatorios que no derivan de su contexto", pues tal imputación se refiere al falso juicio de identidad. Pero examinemos sus planteamientos:

2.1 Reseña algunos datos de la denuncia del señor Jairo *Emiro Hernández Ariza*, director encargado de la agencia del municipio de Vergara, para concluir que de dicho testimonio "jamás puede inferirse responsabilidad penal en contra de Fidel Orjuela Melo, porque pudo ocurrir que, él revisó y firmó, pero posteriormente alguien cometió la falsificación, pues no dice el testigo, que Luz Marina Rodríguez le hubiera formulado cargos, ni ésta lo hace directamente cuando rinde testimonio". De modo que, en lugar de ocuparse de demostrar que el fallador distorsionó la declaración en su presentación fáctica o sentido gramatical, es decir, que haya puesto en boca del denunciante afirmaciones que no se hicieron por éste ni aparecen en la respectiva acta, que es la consistencia del anunciado error por falso juicio de identidad en la prueba de fundamento, el censor se desvía hacia la presunta precariedad de la inferencia lógica hecha por el juzgador (falso juicio de valoración), con lo cual confunde el objeto de su ataque y la censura se torna imprecisa y contradictoria.

Cuando el demandante postula que, después de la revisión y la firma de las cartas por el secretario, bien pudo otra persona o empleado introducir la falsificación, no se trata en sí de un absurdo ataque montado sobre hipótesis ("lo que pudo ocurrir") que no tuvieron cabida en el conocimiento del juez en su función valorativa, como lo sugiere la Procuraduría, porque, si lo que se plantea por el censor es otra posibilidad lógica que no había sido contemplada por el fallador, entonces se perfila es una tarea de control de la seriedad y gravedad del indicio, con el fin de descartar los motivos infirmantes y la hipótesis del azar, lo cual no resulta desatinado sino procedente. En realidad, la valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria. Un reparo de esa índole perfectamente podría caber dentro de los caracteres del falso juicio de identidad por omisión relevante en el examen lógico-crítico de la prueba indiciaria.

Con todo, en el caso de la denuncia cuestionada por el demandante, no es tal el camino elegido por él (el de la diversidad o equivocidad en la inferencia lógica) sino que perfunctoriamente hizo una reflexión de tal naturaleza en el lugar de la censura a la prueba testimonial fundante del hecho indicador.

2.2 En relación con el testimonio de la dama Luz Marina *Rodríguez Cañón*, también se echa de menos la fundamentación del error de hecho por falso juicio de identidad, porque aquí el censor reincide en la confusión, dice que las conclusiones que se pueden extraer de él pueden ser varias, y las reseña, menos que Orjuela Melo sea responsable penalmente. El falso juicio de identidad en la prueba directa es objetivo, basta una comparación externa de contenidos, sin necesidad de acudir al esfuerzo dialéctico de las conclusiones o de la determinación de su sentido o alcance. He ahí la contradicción insalvable de la impugnación, pues la Corte no puede precisar si en realidad el juzgador infló o recortó artificiosamente las expresiones testimoniales, o si el factor de incomodidad del impugnante es por el mérito otorgado al testimonio o por los datos colegidos de sus reales manifestaciones.

Porque una cosa es alegar que la testigo Rodríguez Cañón no dijo que el tipo de máquina inserto en las cartas adulteradas correspondía al instrumento que usaba el secretario Orjuela Melo, caso en el cual la censura denotaría un verdadero yerro de hecho por falso juicio de existencia, pero otra bien diferente es decir que ella no podía hacer tal afirmación, porque no es experta en la materia y además que ese es un campo propicio para un experticio técnico que se echa de menos, aseveraciones estas últimas que convienen con los conocidos errores sobre el grado de convicción y no con la materialidad de las pruebas. Como en realidad la testigo hizo la aseveración de la armonía entre el mecanografiado de las cartas-remesa mistificadas y el tipo de letra plasmado por la máquina que utilizaba el secretario, mal podría argüirse un error de hecho por falso juicio de identidad, basado en una defectuosa estimación fáctica del testimonio (fs. 171vto.).

2.3 Al abordar el testimonio de la contadora Azucena *Bustos Ávila*, el casacionista tampoco demuestra que el juez haya trastornado su tenor literal fáctico o su prístino sentido, sino que se ocupa de señalamientos tales como que el estafador Baena Rojas se notaba bastante nervioso al momento de cobrar un cheque por valor aproximado de setecientos mil pesos, lo cual le indica que no contaba con la pregonada ayuda del secretario, pues, de lo contrario, no podía revelar tal estado de ánimo. Es decir, ya en el desarrollo de esta crítica en particular, el censor se aleja de la pretensión de mostrar la tergiversación del sentido del testimonio y pasa a sugerir que en dicha versión anida un contraindicio y que de la misma no se infiere prueba de responsabilidad en contra del procesado. Esta actitud pone de relieve el deseo del impugnante de oponer como bondadosa su personal perspectiva probatoria frente a la del juzgador, sin cumplir la premisa de señalar claramente los yerros de ésta, forma de censura que siempre ha repudiado la Corte porque refleja una petición de principio y una inversión de la lógica, pues en sede de casación no se pretende directamente demostrar la verdad del fallo de instancia cuestionado, sino, por el contrario, desvirtuar la presunción de acierto del mismo,

por medio de una demanda que exhiba razones claras y precisas de los cargos formulados.

3. Más desatinado aún resulta el reparo en relación con la presunta prueba grafotécnica, que supuestamente favorecía al procesado, y que al ser desconocida por el fallador se violó el principio del in du*bio pro reo*, pues dizque todas las dudas se absolvieron en contra del acusado. Lo primero es que la respuesta del laboratorio de grafología de la Dirección de Medicina Legal, que se duele de la insuficiencia del material indubitado para la respectiva confrontación grafotécnica, no constituye prueba de ningún hecho, porque con tal precariedad no es posible emitir ningún pronunciamiento sobre la participación o no participación del acusado en los grafiados dubitados, como claramente lo reconoció el experto (fs. 190). Es decir, y esto se sostiene en segundo lugar, como en tal escrito no se sugiere ni se afirma ni se niega la intervención delictiva del procesado, no podía funcionar el mismo como prueba de cargo ni de descargo, razón por la cual el tribunal honesta y nítidamente expresó en su sentencia "... que Orjuela Melo no es condenado mediante prueba directa, no hay testigos presenciales de los hechos y la prueba de grafología no lo señala como el autor de las falsificaciones, ello hizo que la Sala acudiera al igual que el a-quo a la prueba indirecta, recuérdese que los indicios son un medio de prueba sustentado en otros (Art. 248 C. P. P.)" (fs. 36, cuaderno 2a. instancia. Se ha subrayado). Por último, en relación con la supuesta prueba de grafología, si ella se hubiera desconocido a pesar de su vigencia en el proceso, el deber del demandante era presentar de manera clara y precisa el cargo por error de hecho fundado en un falso juicio de existencia, que sería la crítica procedente en esa clase de desfases, no la de una transgresión directa del precepto regulador del in *dubio pro reo*, como parece entenderlo el censor.

4. De modo que se comparte el señalamiento de que la sentencia condenatoria dictada en contra de Fid*el Orjuela Melo* está soportada exclusivamente en prueba indiciaria, concretamente lo relacionado con la autoría de las falsificaciones que propiciaron la salida fraudulenta de dineros de propiedad de la Caja Agraria, pero, sólo para estrujar la suspicacia del demandante en torno a la razonable eficacia otorgada a la misma y, de contera, advertir adicionalmente la intrascendencia y vanalidad de la censura antitécnicamente presentada, con absoluta fidelidad a las decisiones de instancia, la argumentación de sustento puede resumirse de la siguiente manera:

4.1 El impostor Nel*son Baena Rojas* fue presentado al director de la Caja Agraria por el secretario *Orjuela Melo*, relación que no sólo revela el desaparecido *Edgar Rosendo Ramírez* en su injurada, sino que es corroborada por los testimonios de la contadora *Azucena Bustos Ávila* y de la mecanógrafa *Luz Marina Rodríguez Cañón*.

4.2 En el procedimiento cumplido para defraudar a la Caja Agraria se refleja la necesidad de conocimientos y poder de disposición en la tramitación de operaciones de cuenta corriente, de tal manera que inexorablemente se infiere la participación de algún empleado de la institución en dicha defraudación. La oportunidad física para delinquir de tal manera se sitúa en el secretario Fide*l Orjuela Melo*, quien, entre otras funciones, se ocupaba de revisar la integridad de los documentos para la apertura de cuentas; supervisar el normal desenvolvimiento contable de la entidad; examinar la correcta elaboración de las cartas de remesa, firmarlas y procurar su rápido despacho; exigir las conformidades de las remesas; supervigilar el libro de correos; y organizar, dirigir y controlar a los demás empleados de la oficina. Se agrega también la experiencia de más de doce años que tenía el acusado en estos menesteres.

Frente al rigor de estas obligaciones funcionales, el Tribunal se pregunta si el procesado fue francamente descuidado en el cumplimiento de las mismas o tomó parte activa en los ilícitos, interrogante que responde con la segunda opción, pues nada diferente le enseña el hecho de que se hayan pasado tantas anomalías juntas en la activación de la cuenta corriente de *Nelson Baena Rojas*, precisamente por un funcionario de tanta experiencia y que tenía acostumbrados a los demás empleados a no tolerarles ni siquiera tachas o enmendaduras en el libro manual de correos; también contribuye a la convicción del Tribunal la inusual aceleración en la llegada de los telegramas de conformidad de la remesa (3 días en vez de los 10 ó 12 que se acostumbraban), con el control o clave del director equivocado, al igual que la evidencia de que las cartas-remesas presuntamente devueltas a satisfacción por la Central a la oficina de Vergara presentaban firmas, protector, sellos y controles distintos, y que el libro de correos apareció con tachones y enmendaduras, factores tan extraños y fáciles de detectar por un secretario experimentado hasta entonces diligente, quien nada reparó a tiempo sobre el particular y, en cambio, a la hora de nona, cuando ya había desaparecido el timador con quien actuaba coordinadamente y con definido propósito de disuadir la investigación, se dirigió a la oficina de seguridad bancaria de la Caja Agraria en esta capital.

4.3 Era la regla en las consignaciones de cheques al cobro que las comisiones por tal servicio se pagaran en el acto por el interesado, mas en el caso de Baena Rojas, quien adujo en la primera operación de ese jaez que no tenía dinero, el secretario irregularmente autorizó que se le debitara ese valor de una cuenta corriente que apenas se abría. Es esta una manifestación de ayuda anterior al delito que se refuerza por la torpe justificación del acusado, quien neciamente quiso situar como responsable de la autorización anómala al director, cuando la empleada Luz *Marina Rodríguez Cañón* declara bajo juramento que fue él quien consintió tal entuerto funcional.

4.4 De acuerdo con el testimonio de la secretaria-mecanógrafa Luz *Marina Rodríguez Cañón*, a ella le correspondió elaborar las cartas de envío de los tres cheques para canje, por valor de $ 800.000.oo, $ 600.000.oo y $ 2.600.000.oo, las cuales le pasó al secretario para su firma, pero curiosamente los documentos que después aparecieron diligenciadas en la oficina (con los caracteres de firmas, sellos, protector y controles distintos a los que allí se conocían), habían sido reelaborados en su texto original, aunque estaban autorizados por la firma responsable del señor Orjuela Melo.

4.5 En las dos oportunidades en que se advirtió error en el control de los mensajes de conformidad presuntamente remitidos por la Central de Remesas de Santafé de Bogotá, el mismo siempre recayó sobre la clave del director, no así en la del secretario que invariablemente coincidió, hecho bastante elocuente en relación con la identidad del verdadero falsificador, si se tiene en cuenta que el distintivo del control sólo lo conoce su titular. Pero también vigoriza esta deducción lógica, que obviamente compromete al señor Orjuela Melo, el hecho de que los dos marconigramas diligenciados para pedir la rectificación de los controles errados -distinguidos con los números 026 y 029-, que tenían sellos de Telecom pero nunca fueron enviados por conducto de esa oficina, de todas maneras aparezcan respaldados por la firma del secretario.

4.6 Como quiera que a la contadora encargada *Luz Marina Rodríguez*, pendiente de tal función por vacaciones de la titular, no le cuadraba el balance del mes de enero de 1989, acudió al secretario y éste le recomendó que asentara los datos de acuerdo con un telegrama de conformidad (espurio), cuando lo corriente era que se hiciera con base en el original de la carta-remesa devuelto por la Central. He ahí un marcado interés de encubrir las irregularidades que venían ocurriendo.

5. En fin, si en gracia de discusión se tolerara un ataque tan irregular y desenfocado a una prueba indiciaria seria y responsablemente construida por las instancias, por medio de procedimientos deductivos de fácil entendimiento y asentados en prueba directamente vehicular que da cuenta de la existencia de los hechos indicantes, tampoco podía olvidarse que la apreciación de los indicios, por imperativo legal, debe hacerse en conjunto, de cara a su gravedad, a la concordancia de los indicadores y a la convergencia de las deducciones, no por el sistemático método de cuarteamiento de la prueba y de valoración aislada de cada hecho indicante que infructuosamente ensayó el censor en la demanda (art. 303 C. P. P.).

En materia de casación fundada en la violación indirecta de la ley sustancial, en virtud de errónea apreciación de la prueba indiciaria, también rige el principio lógico de la razón suficiente, según el cual la verdad posible del demandante sólo

se perfila si enuncia correctamente la realidad objetiva de sus juicios; es decir, si identifica cuál es el tramo lógico del indicio al cual dirige sus críticas y la clase de error que le imputa, porque, se repite, resulta asaz diferente la censura en tratándose de vicios objetivos en la estimación de la prueba directa soportadora del hecho indicador, o de vacíos protuberantes en materia de experiencia, lógica o ciencia al momento de abordar la "inferencia lógica", o de falencias en el examen del mérito individual y después conjunto de los indicios.

Sólo en virtud de este mínimo de claridad argumentativa podría la Corte explorar si existe conformidad entre el pensamiento demandante y el objeto de sus críticas, leal y cabalmente descrito (verdad), con el fin de mantener o derrumbar una sentencia de instancia que de todas maneras está signada por la presunción de legalidad y acierto. Esto supuesto, al compartir la mayoría de las reflexiones de la Procuraduría Delegada y de los demás intervinientes en el proceso, no se casará el fallo cuestionado.

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

RESUELVE

No casar la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION.i.DEMANDA DE CASACION;

El objetivo que se debe perseguir con la sustentación del recurso de casación es demostrar que la sentencia de segunda instancia está viciada de ilegalidad por un error in iudicando o in procedendo, el cual se enmarca dentro de alguna de las causales taxativamente previstas en la ley (art. 220. C. de P. P.).

Esto significa que por ser un medio de impugnación extraordinario, viable solo cuando se han agotado las instancias, entre los requisitos formales está el deber del demandante de precisar la causal que aduce, el cargo o cargos que formula contra la sentencia, su respectiva fundamentación, y las normas que estima violadas, (art. 225 numeral 3o. C. de P. P.), sin que sean de recibo alegaciones generales, o argumentaciones con las cuales se cuestiona el criterio del fallador sin orientarse a demostrar un error trascendente.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.–Santa Fe de Bogotá D.C., abril diecisiete de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 37

Proceso 12103

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de Henry Moreno Cubillos y William Antonio Ramírez Trujillo, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Soacha, mediante la cual los condenó a la pena principal de cuarenta y un (41) años de prisión por el delito de homicidio.

HECHOS

Tuvieron ocurrencia aproximadamente a la una y media de la mañana del 17 de abril de 1994, en el Barrio "El Sol" ubicado en Soacha, donde varios individuos interceptaron a Tito Danilo Méndez Peña y al hijo de éste, Ricardo Javier Méndez Jiménez, los apuñalaron y luego procedieron a despojarlos de una botella de aguardiente, un anillo y un reloj. A consecuencia de las heridas recibidas perdió la vida el primero de los nombrados, mientras que su hijo fue lesionado en el rostro y la espalda.

Como protagonistas de los acontecimientos narrados fueron señalados Henry Moreno Cubillos alias "El Payaso" y William Antonio Ramírez Trujillo, alias "Maradona" a quienes se les vinculó mediante indagatoria.

LAS DEMANDAS

1. Demanda a nombre de Henry Moreno Cubillos.

Cargo Primero:

Considera el libelista que se violó la ley sustancial en forma indirecta por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, por falso juicio de identidad debido a la tergiversación de las mismas.

Al respecto, aduce que la indagatoria de Henry Moreno Cubillos y la ampliación de ésta, así como el testimonio de Ricardo Javier Méndez fueron distorsionados por el fallador en su real contenido probatorio perjudicando al procesado recurrente.

Luego de transcribir una parte de la indagatoria y de su ampliación, dice que en esas diligencias el sentenciado hizo una exposición sincera de los hechos que tuvo la oportunidad de presenciar, sin haber sido parte activa en la ejecución de estos, y esa explicación está amparada por la presunción de veracidad, por lo tanto deber ser tomada en toda su integridad jurídica al no existir prueba capaz de desvirtuarla.

Al procesado se le dedujo responsabilidad penal por los delitos de homicidio y hurto agravados, en calidad de coautor, de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del Código Penal, sin que se cumplan las exigencias de esta norma, ni tampoco las condiciones para ser cómplice del artículo 24 ibídem.

Con relación a la prueba testimonial, el único testigo de cargo que figura en el proceso es el hijo del occiso, y no se le debe creer porque afirmó que había sido lesionado con un arma cortopunzante, cuando según el dictamen médico las heridas

fueron ocasionadas con una cuchilla. Además, no pudo ser imparcial debido a que declaró bajo el manto de la retaliación y la venganza producto de un problema anterior, circunstancia que no fue analizada por el ad-quem, lo cual constituye un "error de hecho manifiesto".

En resumen, el Tribunal incurrió en error de hecho por distorsión de las pruebas, lo cual lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 323, 324, 349, 24, 25 y 26 del Código Penal. La norma del hurto porque no se estableció la cuantía de los bienes sustraídos. Para llegar a la violación de la ley sustancial se quebrantaron los artículos 333 y 445 del Código de Procedimiento Penal, el primero por no haber agotado los medios investigativos para identificar a todos los partícipes, y el segundo por no aplicar el principio de la duda, tal como lo prescribe el artículo 29 de la Constitución Política.

Segundo Cargo:

Lo presenta como subsidiario, al amparo de la causal primera de casación, y lo fundamenta con la afirmación de que el proceso tiene la prueba necesaria para que otorgue a su cliente la rebaja de pena por colaboración con la justicia. Henry Moreno Cubillos en su indagatoria entregó datos que fueron la base de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal contra los recurrentes.

Considera extraño que no se hubiere vinculado a Fernando Silva, a quien su poderdante lo acusa de ser uno de los coautores del homicidio. Las normas violadas fueron los artículos 1, 20, 333, 334 y 445 del estatuto procesal.

Bajo el título de "Resumen" dice que su defendido tiene derecho a que se le reconozca la reducción de la pena por confesión, al reunirse las exigencias del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, so pena de incurrir en ostensible violación de dicha norma.

La petición es que se case la sentencia y se conceda a Moreno Cubillos la rebaja de pena por colaboración con la justicia.

II. Demanda a nombre de William Antonio Ramírez Trujillo

El libelista invoca las causales primera y tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y al amparo de la primera formula dos cargos, uno como principal y otro como subsidiario.

En el reproche principal dice que el Tribunal apreció erróneamente tres pruebas: los indicios, el dictamen médico legal respecto de las heridas ocasionadas a Tito

Danilo Méndez Peña y al tipo de arma con las que se causaron, y la declaración rendida por Henry Moreno Cubillos, a la que le dio total credibilidad para imponer la condena a su poderdante.

Este error in procendendo viola los derechos del sentenciado consagrados en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, 1, 8, 21, y 324 numeral 2o. del Código Penal, y 1, 2, y 247 del Código de Procedimiento Penal.

El Juzgador fundamentó la sentencia en los Indicios "expresando que mi poderdante aceptó haber estado en el lugar de los hechos la luctuosa madrugada; igualmente que al andar con los otros supuestos atacantes, el móvil indiciario era el de atracar a cualquier persona que se pusiera a su alcance. En este aspecto, la interpretación que de ellos hacen los funcionarios que conocieron el evento sub lite y a la cual no escapa el ad-quem, falló al demostrar poco conocimiento ya que se deduce simplemente, que por encontrarse mi defendido con unos amigos era con el fin de cometer un atraco. En este sentido existe un ánimo preconcebido de dar por establecida la finalidad o móvil: cometer un delito sin tener en cuenta que fue una simple coincidencia la que permitió encontrarse al señor Ramírez Trujillo con otras personas; y obviamente, al haber estado presente en el lugar de los hechos, lo cual no pudo ocultar porque fue verdad, no son óbice para que se predique su responsabilidad; y aquí, démonos cuenta como el testigo presencial Ricardo Javier Méndez, en manera alguna de sus declaraciones manifiesta haber visto a mi mandante, mucho menos reconocerlo".

El dictamen médico legal indica que el arma con la que se produjeron las heridas tenía filo por un lado, y no habla de otra característica especial que permita corroborar lo afirmado por Moreno Cubillos cuando dijo que Ramírez Trujillo portaba un cuchillo estilo "rambo" con "sierra" en uno de sus bordes, luego no era posible que dejara las heridas con borde fino descritas por el legista, lo que descarta lo afirmado por el testigo. "Faltó aquí un poco más de análisis detenido, hecho sin apasionamiento y prevenciones, pues lo importante era encontrar similitud por lo menos aproximada entre las heridas y el objeto que las causó, pero no especular, ni mucho menos deducir hipotéticamente. Esta eventualidad, al ser realizada por los juzgadores de instancia, violó el principio del debido proceso y por ende quebrantó el derecho de defensa al inferirle responsabilidad por dicho motivo en la comisión del punible de homicidio, agravándolo por tal sentido".

Después de reiterar que el dictamen señala que las heridas fueron causadas con arma cortopunzante con filo en uno de sus bordes, y que en ninguna parte le da otra característica, dice que la prueba técnica tiene plena validez pero fue apreciada erróneamente por los funcionarios, siendo un elemento de juicio de gran importancia porque permite deducir con qué instrumento se causaron las

heridas. Con estos errores de los juzgadores se violaron los derechos de Ramírez Trujillo.

En cuanto al testimonio de Henry Moreno Cubillos critica que el Tribunal le hubiera dado credibilidad a pesar de las contradicciones existentes y el ánimo que tuvo para rendirlo, pues lo que pretendía era perjudicar a otras personas para salvarse él no importándole los resultados de tal actitud.

En la apreciación del testimonio no se tuvieron en cuenta las indicaciones señaladas en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, y se limitaron a encontrar todo lo que fuera desfavorable a los intereses del procesado, desconociendo los principios de igualdad y el que ordena investigar tanto lo favorable como los desfavorable.

Termina sosteniendo que respecto a la responsabilidad de su cliente no existe certeza, y en cambio se da la duda que debe ser resuelta en favor del acusado, razón por la cual solicita que se dicte sentencia absolutoria para Ramírez Trujillo.

PETICIÓN SUBSIDIARIA

Al amparo de la misma causal acusa el fallo por "falta de aplicación del artículo 323 del Código Penal modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, al existir en la sentencia objeto del recurso extraordinario una errónea apreciación de las pruebas recaudadas, pues de ellas se llegó a la falsa consideración de que existió un homicidio agravado y un hurto calificado y agravado, cuando realmente lo que existió fue un homicidio simple, y así solicito se declare, excluyendo de la condena, el concurso con el punible de Hurto".

La hipótesis de la coautoría porque existió un designio criminal planeado de antemano peca contra la realidad, pues si Méndez Jiménez ice que eran ocho o diez los atacantes, por qué no lo mataron a él también, máxime que pudo reconocer a uno de los atracadores.

Luego de especular sobre la forma como ocurrieron los hechos, reitera que no existió acuerdo previo así hubiera sido tácito, lo cual es inaceptable, porque ello permitiría preguntarse para cuál delito?; cuál era el punible que iban a realizar primero?.

Si los agredidos no hubieran portado armas la superioridad numérica de los agresores hubiera bastado para dominarlos y obtener lo que buscaban, y no se hubiera presentado enfrentamiento, de manera que mal pueden los juzgadores concluir que la finalidad era cometer el homicidio y consumar el hurto. El propósito

era inmovilizarlos y tal vez quitarles algunas prendas, aspecto que tampoco fue aclarado totalmente, porque no se sabe si efectivamente se le hurtaron bienes al occiso.

No puede aceptarse la tesis de la división del trabajo criminal, pues habría que preguntase si éste fue para el homicidio o para el hurto. La reacción de las víctimas fue una eventualidad no prevista por los agresores, de modo que al aparecer muerto Tito Danilo Méndez Peña sin que se sepa quién fue el autor, no puede acudirse a la tesis de la coautoría para llenar ese vacío y responsabilizar a todos los intervinientes.

En el supuesto de aceptarse que William Antonio Ramírez participó en los hechos, y aún admitiendo que hubiera intervenido en la muerte, al no presentarse la coautoría debe responder por homicidio simple, que fue la norma que se dejó de aplicar por haber apreciado erróneamente las pruebas, ya que de la declaración de Ricardo Javier Méndez se desprende que el móvil no fue producir el homicidio para consumar el hurto, y que la muerte debía ocurrir en una sola de las víctimas, porque es extraño que no se le quitara la vida al hijo del occiso.

Para Ramírez Trujillo se podría aplicar el artículo 24 del Código Penal, pues no hay certeza de que hubiera sido el autor de la muerte, y no puede hablarse de autoría en el hurto, pues esa investigación quedó huérfana.

Termina planteando hipótesis sobre la forma como él cree que sucedieron los hechos, y reiterando las preguntas que a su modo de ver surgen de la tesis de la división del trabajo.

Causal Tercera

Acusa la sentencia del Tribunal, "por cuanto apreció erróneamente las declaraciones recepcionadas, la prueba pericial del arma supuestamente utilizada, y por ello incurrió en un error in procedendo que lo llevó a quebrantar los derechos del condenado Ramírez Trujillo establecidos en el artículo 2o. de la Constitución Política; y 2o. del Código de Procedimiento Penal; y 1o. del Código Penal, al tergiversar gravemente la sentencia expresando que mi defendido, entre otros, cometió el homicidio y las lesiones para perpetrar el hurto, habiendo establecido un acuerdo previo, así hubiera sido tácito, como pretende hacerlo ver, al igual que el juzgador de primera instancia, para realizar estas dos conductas y con la finalidad de perpetrar el hurto".

Por el contrario, el juzgador de primera instanciadijo que el acuerdo fue para cometer primero el hurto y posteriormente el homicidio y las lesiones. Esta contradicción quebranta el debido proceso y el derecho de defensa, pues no puede

admitirse que se condene a Ramírez Trujillo acudiendo a tesis opuestas en su interpretación y aplicación, desconociendo la prueba recaudada y acudiendo a suposiciones y conjeturas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El objetivo que se debe perseguir con la sustentación del recurso de casación es demostrar que la sentencia de segunda instancia está viciada de ilegalidad por un error in iudicando o in procedendo, el cual se enmarca dentro de alguna de las causales taxativamente previstas en la ley (art. 220, C. de P. P.).

Esto significa que por ser un medio de impugnación extraordinario, viable solo cuando se han agotado las instancias, entre los requisitos formales está el deber del demandante de precisar la causal que aduce, el cargo o cargos que formula contra la sentencia, su respectiva fundamentación, y las normas que estima violadas, (art. 225 numeral 3o. C. de P. P.), sin que sean de recibo alegaciones generales, o argumentaciones con las cuales se cuestiona el criterio del fallador sin orientarse a demostrar un error trascendente.

En la demanda a nombre de Henry Moreno Cubillos estos son precisamente los aspectos en que se equivoca el defensor, como pasa a verse:

Según se dejó reseñado en el capítulo pertinente, el cargo principal es por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho debido a un falso juicio de identidad en la apreciación de la indagatoria y la declaración de Ricardo Javier Méndez.

Así las cosas, la fundamentación debía apuntar a la demostración de que las pruebas mencionadas fueron tergiversadas en su contenido material, pero el censor en lugar de ocuparse de esa tarea, lo que hizo fue transcribir algunos párrafos de la indagatoria y de la ampliación, y a renglón seguido aseverar que lo dicho por su cliente está amparado por la presunción de veracidad, y que por lo tanto su versión debe ser tomada en su integridad habida consideración de que en el proceso no hay prueba que la desvirtúe.

Y en cuanto al testimonio, simplemente sostiene que no es creíble porque el deponente manifestó que antes había tenido un problema con el acusado, lo que indica que su dicho está bajo el manto de la venganza.

En forma inmediata se advierte que la sustentación no tiene ninguna relación con el cargo presentado, pues el hecho de que el libelista no comparta el criterio del Tribunal respecto a la valoración probatoria no significa que la prueba fue

distorsionada, ni tampoco que exista alguna otra clase de error. El señalamiento de la causal y la formulación del cargo no son simples adornos de la demanda sino parte esencial de ella, ya que estos requisitos determinan cuál debe ser el sentido y el contenido de la fundamentación, de manera que si entre los dos aspectos existe un divorcio, como ocurre en el caso en estudio, para la Corte resulta imposible un pronunciamiento de fondo.

2. El cargo subsidiario se caracteriza por una total confusión del libelista respecto de la rebaja de pena por colaboración con la justicia, y la rebaja de pena por confesión.

En lo que debería ser la demostración del reproche, nuevamente se limita a transcribir parte de la indagatoria de Henry Moreno, y a renglón seguido concluye que esa versión fue base fundamental de la sentencia contra los otros procesados. De manera inexplicable cambia de tema, y a continuación mezcla la manifestación de extrañeza por no haberse vinculado a otro probable interviniente en el crimen, con el señalamiento de los artículos 333, 334 y 445 como normas violadas, lo cual entraña una contradicción muy clara con la censura formulada, con la que dice perseguir una rebaja de pena.

En la parte que titula "resumen" alude a la rebaja de pena por confesión, pero no hace el más mínimo intento de demostrar por qué era procedente la rebaja, ni cuál fue el error del Tribunal, y mucho menos en qué radica.

Ante la situación que se acaba de reseñar es muy claro que en éste cargo tampoco se da cumplimiento a los requisitos de ley, de manera que el escrito será rechazado in límine.

3. Demanda a nombre de William Antonio Ramírez Trujillo

Primer cargo: fue formulado por la causal primera, cuerpo segundo, por apreciación errónea de tres pruebas, a saber: los indicios, el dictamen sobre las heridas y el tipo de arma empleada, y la declaración de Henry Moreno Cubillos.

Las observaciones formuladas a la demanda anterior son predicables de ésta, pues el desarrollo del reparo es un alegato típico de instancia, en donde no se precisa la comisión de ningún error demandable en casación, y simplemente el libelista enfrenta su criterio al del sentenciador respecto a la valoración probatoria, desconociendo que esa clase de críticas no producen ningún efecto en esta fase extraordinaria del proceso.

El cuestionamiento sobre los indicios se reduce a que el defensor no comparte la inferencia del juez sobre la responsabilidad de Ramírez Trujillo, porque estima que el encuentro de su representado con los otros implicados fue puramente accidental, y además porque asegura que hay otras dudas en materia probatoria, pero de ningún modo concreta que el juzgador haya incurrido en un error en la construcción de ese medio de prueba.

Sobre el dictamen rendido por el médico legista respecto a las heridas que recibió el occiso, y particularmente de la afirmación de que se empleó un cuchillo "con filo en uno de sus bordes", el impugnante hace una extensa especulación con el fin de aseverar que de allí ha debido inferir el Tribunal que el arma no tenía sierra en el otro borde, como lo afirmó Moreno Cubillos, y que por lo tanto no fue su poderdante el autor de la muerte, conclusión que tambien utiliza para criticar el mérito probatorio que se le reconoció a esa versión.

El punto de vista que expone el letrado no es otra cosa que su manera de interpretar el acervo probatorio, lo cual no pasa de ser una opinión respetable, pero absolutamente inocua en casación, pues con ello lo que pretende es prolongar el debate ya clausurado en las instancias, propósito ajeno por completo a los objetivos que, como ya se explicó en el inicio de las consideraciones, debe tener el demandante en casación.

Su confusión respecto a lo que pretende es de tal modo evidente, que no tiene inconveniente para mezclar en la argumentación la aseveración de que se violó el principio del debido proceso y el derecho a la defensa, planteamientos absolutamente contradictorios con la causal aducida.

Más adelante, dentro del ataque que lanza a la credibilidad dada al testimonio del coacusado Henry Moreno, que no es más que otra alegación inaceptable en la que pretende imponer su criterio sobre el del fallador, resuelve introducir el argumento de que se violaron los principios de igualdad, buena fe, e investigación integral, temas que tampoco tienen relación con lo inicialmente propuesto, esto es, error en la apreciación probatoria.

Segundo cargo. La censura subsidiaria contiene las mismas fallas anotadas en precedencia, pues se utiliza la expreción genérica "errónea apreciación de las pruebas", y luego se le da un desarrollo que no tiene ninguna precisión ni coherencia con la violación indirecta invocada.

El actor insiste en exponer su punto de vista sobre la sentencia, con apreciaciones subjetivas que a ninguna demostración conducen, y en este punto controvirtiendo simultáneamente el hecho de que el homicidio se hubiera calificado como agravado, y que su cliente se hubiera tenido como coautor y no como cómplice.

Formula preguntas, hace múltiples afirmaciones, introduce hipótesis fácticas de su propia creación, y en general divaga respecto a lo sucedido con un escrito sin ninguna técnica como si tratara de una tercera instancia, alejado por completo del requisito previsto en el numeral 3o. del artículo 225 del estatuto procesal, pues no hay claridad ni en lo que le censura al fallo ni en su fundamentación.

Tercero cargo: invocando la causal tercera de casación ataca la sentencia por nulidad, y partiendo de las mismas afirmaciones expuestas en los otros reproches respecto a la apreciación de las pruebas, llega a sostener sin ningún fundamento que hubo violación del derecho a la defensa.

La sustentación se asume tan a la ligera, que no solo no se intenta siquiera demostrar algún error in procedendo, sino que se da como razón para la nulidad una tesis francamente absurda, pues se aduce una supuesta contradicción, (que no puede existir por la jerarquía funcional), entre lo expuesto por el juez y lo aseverado por el Tribunal, consistente en que el primero dijo que el acuerdo era para cometer el hurto y luego surgió la finalidad del homicidio, mientras que el segundo dice que el homicidio fue para poder cometer el hurto.

Es una falla insalvable pretender fundamentar un cargo presentado al amparo de la causal tercera de casación, con afirmaciones sobre la apreciación probatoria, pues son dos temas excluyentes, de modo que de esa manera lo que se crea es una contradicción que impide cualquier pronunciamiento de fondo.

Lo dicho es suficiente para concluir que la demanda debe ser rechazada in límine por no reunir los requisitos formales.

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

RESUELVE

Rechazar las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Henry Moreno Cubillos y William Antonio Ramírez Trujillo, y en consecuencia declarar desierto el recurso de casación interpuesto.

En virtud de lo ordenado por el artículo 197 del Código de procedimiento Penal, contra este auto no procede recurso alguno.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DELITO CULPOSO/ PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION

La circunstancia de que hubieran sido dos los vehículos involucrados en el suceso investigado, en manera alguna puede significar que ambos conductores sean culpables, como lo entiende el recurrente, pues como se sabe el análisis de la responsabilidad debe efectuarse individual y autónomanente frente a cada uno de ellos, pudiendo entonces correr distinta suerte.

En cuanto al segundo cargo, baste decir que habida consideración a que el mismo, exclusivamente, tiene que ver con la condena en perjuicios decretada en la sentencia condenatoria, el recurso está sujeto a los requerimientos que en su fundamento y cuantía están previstos para la casación civil.

De acuerdo con ello y con lo previsto en los artículos 366 del C.P.C (modificado por el Decreto 2282/89 aparte # 182) y 2°, 3°, Y 4°. Del Decreto 522 de 1988, el interés para recurrir, por factor cuantía, era para 1994 de $27'440.000 M/L., suma superior en mucho al de la condena impuesta, como que ella no supera los 12 millones de pesos (850 gramos oro) y éste es el monto de la resolución desfavorable al recurrente.

La Sala en éste punto, ha venido señalando que dicha sujeción suele producirse en dos hipótesis a saber:

a) Cuando el objeto de la demanda es impugnar exclusivamente, lo referente a la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia de segunda instancia, caso en el cual no se considera, para nada, el requisito de la pena correspondiente al punible, siempre que el fallo emane de Tribunal Superior, Nacional o Penal Militar, y

b) Cuando los cargos que se formulan son de índole penal uno o unos y sobre la indemnización el restante o restantes, evento en el cual respecto de cada uno de los puntos a cuestionar, se deben reunir los respectivos requisitos de los ordenamientos procesales penal y civil .

Ello a fin de mantener la diferente naturaleza de ambas acciones, sus fines, sus titulares y su vigencia, y de salvaguardar los principios de igualdad y lealtad entre las partes, e impedir la formulación de cargos penales infundados pretextando el recurso por esa vía, para obtener acceso a la impugnación de la condena en perjuicios quebrantando el límite de la cuantía del interés para recurrir en casación.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 38

Proceso 9307

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Abdala Rumierk Henao* contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, fechada 11 de noviembre de 1993, mediante la cual confirmó parcialmente el fallo proferido por el Juzgado Cuarenta y Siete Penal del Circuito, en el que fue condenado a las penas principales de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de un mil pesos ($1.000), como autor responsable del homicidio culposo perpetrado en la persona de Lucía Palacios Salamanca.

El recurso lo concedió el Tribunal y la correspondiente demanda de casación fue declarada por esta Corporación como ajustada a las formalidades.

HECHOS

El Tribunal los relató así:

"Se sabe del expediente que el 5 de marzo de 1990, hacia las 7:30 a.m., colisionaron en el cruce de la carrera 20 con calle 71A de esta capital los vehículos Renault 12 de placas EW-5059 y Renault 4 de placas JK-9203; el primero era conducido por Abdala Rumierk Henao *quien había confluido a la intersección en cita proveniente de la diagonal 71A, en tanto que el segundo era manejado por Antonio José Parra Niño quien a su vez se desplazaba por la carrera en sentido sur a norte".*

"Como consecuencia del impacto, el Renault 12 siguió hacia el oriente pero haciendo un giro de 180 grados, hasta estrellarse contra la verja de la edificación ubicada en la esquina nor-oriental y arrollando a la transeunte Lucía Palacios Salamanca, causándole graves heridas a consecuencia de las cuales falleció cinco días más tarde. El Renault 4, por su parte, también alcanzó a desplazarse algunos metros más hacia el norte desprendiéndose su puerta delantera izquierda para finalmente quedar detenido sobre el andén nor-oriental y con su parte frontal hacia el occidente. Los dos conductores sufrieron heridas que ameritaron para Rumierk Henao incapacidad provisional de 8 días y a Parra Niño una de 25 días como definitiva".

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado 109 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió la investigación el 23 de marzo de 1990. Ambos conductores fueron vinculados mediante injurada y afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva. Cerrada la instrucción, el 5 de diciembre de 1991 se calificó el mérito sumarial profiriéndose resolución acusatoria contra ambos procesados. Apelada esta decisión el Tribunal, en providencia de 15 de junio de 1992, la confirmó respecto de Rumierk Henao y en cuanto a Parra Niño la revocó ordenando en su lugar reabrir la investigación.

El juicio corrió a cargo del Juzgado 47 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que luego de llevar a cabo la audiencia pública profirió sentencia de primer grado el 20 de agosto de 1993, condenando al encausado Rumierk Henao como responsable del hecho delictuoso a 24 meses de prisión, multa de un mil pesos, suspensión de la licencia para conducir automotores por 1 año e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad; igualmente le concedió la condena de ejecución condicional y le impuso la obligación de indemnizar los perjuicios causados con el delito, tasados en la suma de $32.855.760,oo.

Apelado dicho fallo hubo de ser revisado por el Tribunal quien lo confirmó excepto en lo relativo a la indemnización de perjuicios la que fijó en 350 gramos de oro para los materiales y 500 para los morales.

Inconforme con la decisión de segunda instancia, el defensor la impugnó por vía del recurso extraordinario de casación que actualmente se resuelve.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, el actor formula dos cargos, contra la sentencia del Tribunal, los cuales enuncia de la siguiente manera:

Cargo Primero. La sentencia de segundo grado es violatoria de normas de derecho sustancial, por aplicación indebida de los artículos 35, 37, 39, 323, 329 del C.P. y 247 del C. de P.P., y por falta de aplicación de los artículos 254 y 445 del C. de P.P. y 29, inciso 4o., de la Constitución Nacional.

Cargo Segundo. De manera subsidiaria, acusa el fallo proferido por el ad-quem de ser violatorio de normas de derecho sustancial, por falta de aplicación de los artículos 1614, 1617 y 2341 del C.C. y 174, 183, 187, 233 y 237 del C. de P.C.; y por aplicación indebida de los artículos 103, 104, 106 y 107 del C.P. y 246, 247 y 334, numeral 6o., del C. de P.P..

En desarrollo del *primer cargo* el recurrente señala que al desatar el recurso de apelación que se interpuso contra la resolución acusatoria, el Tribunal sembró una duda que aún después de proferida la sentencia persiste y dice relación con la responsabilidad que pudiera deducírsele a Parra Niño en el proceso que contra él adelanta la Fiscalía por los mismos hechos que se condenó a Rumierk Henao.

Expresa que en el presente caso "no se podía abrir la investigación porque fue necesaria la concurrencia de los dos vehículos y el accionar de sus conductores para que se produjera el choque y como consecuencia el homicidio de la señora Lucila Palacios Salamanca. Se presenta una anomalía de carácter supralegal, constitucional, declarable de oficio, por falta del debido proceso, que no se alega como causal, precisamente por ser declarable de oficio".

Agrega que durante el juicio se practicaron algunas pruebas que no arrojaron luz en favor de Parra Niño ni en contra de Rumierk Henao; razón por la cual aún subsiste la duda que al momento del calificatorio determinó que se rompiera la unidad procesal para encausar a Rumierk Henao y reabrir la investigación respecto de Parra Niño. Y siendo ello así, ha debido absolverse al sentenciado en aplicación de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 445 del C. de P.P., cuya base constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta Magna.

Señala que dicha duda, en vez de resolverse, se robusteció en la audiencia pública donde el acusado demostró que el renault 4 rodaba a más de 60 km/hora, velocidad máxima permitida por el Código Nacional de Transporte (art. 148) y, además, que su conductor Parra Niño no accionó los frenos al momento del choque, circunstancias que comprometen la responsabilidad de éste y permiten afirmar que el resultado no obedeció a culpa exclusiva de Abdala Rumierk Henao, con lo cual se pone de manifiesto la indebida aplicación del artículo 247 del C. de P.P. pues evidentemente no existía prueba que condujera a la certeza de que el sentenciado fue el único responsable del homicidio investigado.

Seguidamente anota el casacionista que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá incurrió en protuberante error de hecho al tener por demostrada la responsabilidad del acusado sin que existiese dentro del proceso prueba suficiente que produjera certeza sobre la culpabilidad de Rumierk Henao y la inocencia de Parra Niño.

Finalmente critica la valoración dada por el fallador al testimonio de Carlos Julio Vargas Rojas y al informe que sobre el accidente rindieron las autoridades de tránsito levantando el respectivo croquis, pruebas estas claramente demostrativas del exceso de velocidad y la ausencia de frenado del renault 4 involucrado.

Por todo lo anterior solicita a la Corte casar el fallo impugnado y en su lugar absolver a su representado.

En desarrollo del *segundo cargo* -que presenta como subsidiario- recordó el recurrente cómo en la sentencia impugnada se condenó a su representado a indemnizar los perjuicios materiales y morales causados con la infracción, los cuales fueron tasados por el ad-quem en 350 y 500 gramos oro, respectivamente.

Expresa que la facultad concedida por el artículo 149 del C. de P.P. a quienes se crean perjudicados con una infracción penal para presentar demanda de constitución de parte civil, no los exonera de la obligación de demostrar los perjuicios, en su naturaleza, calidad y cuantía.

Agrega que el artículo 107 del C.P. tiene carácter subsidiario y sólo puede aplicarse como solución extrema cuando no haya sido posible obtener pericialmente la comprobación concreta de los daños.

Cita una jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 20 de septiembre de 1982) conforme con la cual existiendo parte civil reconocida en el proceso a ella corresponde demostrar la existencia de los perjuicios y su monto; de suerte que si habiendo contado con los medios para hacerlo ese sujeto procesal dejó de cumplir dicha obligación, no puede suplirse su inactividad mediante la aplicación del artículo 107 del C.P.

Señala que el padre de la víctima fue reconocido como parte civil en el proceso y, por tanto, a él le correspondía probar la naturaleza, calidad y monto de los perjuicios sufridos, o por lo menos aportar las pruebas necesarias que sirvieran de soporte a los peritos para calcular la indemnización correspondiente. Pero como no lo hizo impidió que se rindiera un dictamen detallado, científico y fundamentado a términos de los artículos 267 del C. de P.P. ó 237 del C. de P.C., numeral 6o.

Concluye que en las circunstancias anotadas, el sentenciador no debía aplicar el artículo 107 del C.P., y al hacerlo dejó de aplicar aquellas normas del procedimiento penal y civil que regulan la prueba pericial y la necesaria fundamentación de toda decisión judicial de condena, desconociendo los artículos 1614 y 2341 del C.C., toda vez que no se tuvieron en cuenta para determinar la clase de perjuicios, así como también los artículos 103 a 107 del C.P., puesto que sólo se puede condenar al pago de perjuicios cuando hay prueba de ellos.

Afirma que sólo puede decidirse sobre lo probado y que el sistema de verdad sabida y buena fé guardada está proscrito del procedimiento penal. Anota que la sentencia atacada no da razón alguna para abandonar el incipiente, incompleto e inútil material probatorio existente en torno de los perjuicios y en cambio, echa mano del pluricitado artículo 107 para suplir tales deficiencias. Concluye enfatizando que habiendo parte civil reconocida en el proceso debió cumplirse con rigor la exigencia probatoria acerca de los perjuicios, como si se hubiese ejercitado la acción indemnizatoria independientemente ante la jurisdicción civil.

Por lo anterior solicita a la Corte casar parcialmante el fallo impugnado para revocar el numeral segundo de la parte resolutiva, y en su lugar, declarar que por no haber probado la Parte Civil los perjuicios causados resulta imposible condenar al sentenciado a indemnizarlos.

RÉPLICA DEL NO RECURRENTE

Dentro del término del respectivo traslado se admitió memorial del apoderado de Antonio José Parra Niño quien presentó un escrito solicitando a la Corte mantener incólume la sentencia impugnada por considerar que se ajusta a la realidad que emerge de las pruebas legalmente recaudadas a lo largo del proceso y controvertidas en su oportunidad, amén de otras consideraciones que no es del caso referir ya que desde la calificación del proceso se rompió la unidad procesal y por tanto Antonio José Parra Niño no fue sujeto procesal de juicio ni la sentencia lo cobija por ende, no está legitimado para intervenir en el trámite del recurso y mal hizo el Tribunal Superior en correrle traslado y enviarle telegrama, irregularidad ésta que sin embargo se subsana, a términos del art. 13 del C.P.P., absteniéndose la Sala de considerar el "acto de parte" por él producido a través de apoderado.

Por su lado, el apoderado de la parte civil también se hizo presente en el trámite del recurso extraordinario, así:

1. Defiende los fundamentos sustanciales y probatorios del fallo proferido en ambas instancias, haciendo un resumen de los hechos con referencia a los medios de prueba de donde se extrajeron y a las disposiciones del Código Penal y del

código Nacional de Tránsito infringidas por el condenado. Así mismo destaca como maniobra tendiente a esconder la verdad de lo acontecido, la versión rendida en la indagatoria por parte del señor Rumierk Henao y enumera los medios de prueba de inspección, pericia testimonio y confesión sobre los cuales descansan las sentencias.

2. Que tales fallos se enmarcan dentro de los artículos 249 del C.P.P., 35, 39 y 329 y sobre la aplicación de las reglas de la sana crítica y que ni el condenado ni defensor aportaron pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos, como sí lo hizo la parte civil, son también argumentos expuestos por el no recurrente.

3. En lo que tiene que ver con la presunción de inocencia, estima que hay claridad en "cuanto al buen desarrollo de todas las etapas y estancias procesales y en ningún momento se desconoció" amén de que "todo el proceso se enmarcó dentro de lo establecido por el artículo 29 de la Constitución Nacional, por eso este argumento carente de convincencia (sic) lógica jurídica no está llamado a prosperar..." y en cuanto a la cuestión de la unidad procesal señala que en materia penal no hay compensación de culpas y que el fallo que se produzca frente a Parra Niño deviene intranscendente.

4. Por último y de cara al ataque contra la condena a perjuicios, afirma que ella derivó de declaraciones extrajuicio aportadas, constancia de salario y estudio de la víctima , y que además ella se apoya en el mandato del artículo 56 del C.P.P. en consonancia con el 55 ibídem.

Concepto del Ministerio Público

Para el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la demanda en examen es confusa, inconcreta y sin el más mínimo acatamiento a los básicos requisitos exigibles en sede casacional, razón por la cual de entrada advierte el completo fracaso de la censura.

En relación con el primer cargo expresa la completa oscuridad y confusión de la impugnación, pues si bien comienza aludiendo a la violación de normas sustanciales por aplicación indebida y falta de aplicación, hace un giro para sostener la existencia de la duda en la decisión del ad-quem, pasando por el error de hecho, para terminar en últimas controvirtiendo el valor probatorio concedido al testimonio de Carlos Julio Vargas Rojas.

Semejante desazón impide que se entre en un estudio de fondo de la demanda, pues la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo no puede ponerse en entredicho con simples divagaciones como las que hace el censor.

Recuerda que la responsabilidad penal es individual y, por consiguiente, el juzgamiento de Rumierk Henao no puede supeditarse al resultado de la investigación adelantada por los mismos hechos contra Parra Niño.

La afirmación del demandante según la cual el otro vehículo colisionante rodaba a velocidad superior de 100 Km/h, no es más que la formulación de su propia tesis acerca de lo acontecido y de la responsabilidad de los partícipes, olvidando que esos aspectos ya fueron debatidos ampliamente en las instancias y no es procedente replantearlos en sede de casación.

Respecto a la supuesta nulidad por rompimiento de la unidad procesal, señala el Procurador que la no comprensión de todos los procesados en la resolución acusatoria no genera irregularidad alguna, toda vez que el mismo legislador consagró tal permisión en el numeral segundo del artículo 85 del Decreto 050 de 1987, reproducido en idéntica forma por el artículo 90 del actual estatuto procedimental penal.

En cuanto al segundo cargo, propuesto de manera subsidiaria, resalta el Ministerio Público la incuestionable irrealidad conceptual que muestra el casacionista al sostener que la demostración de los perjuicios corre exclusivamente a cargo de la parte civil, apreciación carente de fundamento jurídico y que deja sin piso la alegación, pues bien sabido es que el Juez debe proveer al restablecimiento del derecho quebrantado y en ese propósito no puede estar limitado por la actividad que despliegue la parte civil para cuantificar la correspondiente indemnización.

Además de lo equívoco del postulado, resulta imposible determinar el verdadero sentido de la censura ya que el demandante deambula por los senderos de la violación directa de la ley sustancial, mientras que en su desarrollo termina cuestionando el valor que se le ha debido otorgar a la versión "científica" que prestó el procesado en su injurada.

Concluye el Procurador advirtiendo que no merece reparo alguno el que el Tribunal hubiese aplicado los parámetros señalados en los artículos 106 y 107 del C.P., toda vez que descartándose el dictamen rendido por el perito designado para tal efecto y atendiendo el momento procesal en que se encontraba, se hacía imposible utilizar cualquier otro mecanismo para fijar el monto de la indemnización por los perjuicios evidentemente causados.

Corolario de todo lo dicho, el Ministerio Público solicita a la Corte NO CASAR la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A. En lo que respecta al primer cargo, la Sala encuentra válidas las críticas de orden técnico y conceptual que el Ministerio Público le hace a la demanda, pues de un lado el censor, lejos de demostrar la violación de las normas sustanciales acusadas en los sentidos que señaló, se dedicó a criticar la valoración probatoria partiendo de su propia hipótesis sobre la causa de la ocurrencia del suceso, lo que pone en evidencia su desacuerdo con la realidad fáctica acreditada en los autos, circunstancia que de suyo resta toda posibilidad de éxito al cargo, pues como es bien sabido la formulación del mismo por el sendero de la violación directa presupone la aceptación de los hechos y la valoración probatoria efectuada por el juzgador.

Además, la circunstancia de que hubieran sido dos los vehículos involucrados en el suceso investigado, en manera alguna puede significar que ambos conductores sean culpables, como lo entiende el recurrente, pues como se sabe el análisis de la responsabilidad debe efectuarse individual y autónomanente frente a cada uno de ellos, pudiendo entonces correr distinta suerte.

De ahí que no entrañe nulidad alguna el hecho de que se hubiera roto la unidad procesal como consecuencia del diverso modo en que se calificó el mérito sumarial frente a los dos procesados, esto es, acusándose a Rumierk Henao y reabriéndose la investigación frente a Parra Niño, pues en situación semejante no quedaba más remedio que dividir el proceso tal como lo autoriza el numeral 2o. del artículo 90 del C. de P.P.

Por otra parte, carece de fundamento la aseveración del censor según la cual no se absolvieron durante el juicio las dudas plasmadas por el ad-quem en el calificatorio en torno a la responsabilidad de Parra Niño en el hecho y, por ende, ha debido absolverse al acusado en virtud de la presunción de inocencia. Lo anterior porque en el fallo atacado se dejó en claro que independientemente de la resolución que sobre la culpabilidad pudiera tomarse frente a Parra Niño por supuesto exceso de velocidad, es un hecho demostrado que el enjuiciado Rumierk Henao infringió el artículo 127 del Código Nacional de Tránsito que obliga detener la marcha a todo vehículo que se desplace por vía sin preferencia cuando pretenda abordar una que sí la tenga y reiniciarla sólo hasta encontrase seguro de no obstaculizar el tránsito de quienes rueden por ésta. De suerte que aunque no existiese señal de parada por la diagonal 71A, como lo ha sostenido su defensor, Henao estaba en la obligación de detener completamente su vehículo antes de abordar la carrera 20 por la que se desplazaba el Renault 4 de Parra Niño, pero no lo hizo y esa omisión compromete su responsabilidad en el trágico suceso.

Además el Tribunal precisó en su sentencia que aunque el automotor conducido por Parra fue el que colisionó al de Henao, el choque ocurrió porque este último

se atravesó imprudentemente sobre la carrera 20 por donde rodaba el primero, quitándole la vía que le pertenecía en ese instante no sólo por la prelación que tienen las carreras sobre las calles sino principalmente porque el renault 4 de Parra ya había traspasado la línea media imaginaria de la intersección, circunstancia que reafirma la responsabilidad de Henao como generador del accidente y de la consiguiente muerte de la transeunte.

En conclusión, tanto por las fallas de técnica como por la carencia de fundamento real y serio, este primer cargo no puede prosperar.

B. En cuanto al segundo cargo, baste decir que habida consideración a que el mismo, exclusivamente, tiene que ver con la condena en perjuicios decretada en la sentencia condenatoria, el recurso está sujeto a los requerimientos que en su fundamento y cuantía están previstos para la casación civil.

De acuerdo con ello y con lo previsto en los artículos 366 del C.P.C (modificado por el Decreto 2282/89 aparte # 182) y 2°, 3°, y 4°. Del Decreto 522 de 1988, el interés para recurrir, por factor cuantía, era para 1994 de $27'440.000 M/L., suma superior en mucho al de la condena impuesta, como que ella no supera los 12 millones de pesos (850 gramos oro) y éste es el monto de la resolución desfavorable al recurrente.

La Sala en éste punto, ha venido señalando que dicha sujeción suele producirse en dos hipótesis a saber:

a) Cuando el objeto de la demanda es impugnar exclusivamente, lo referente a la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia de segunda instancia, caso en el cual no se considera, para nada, el requisito de la pena correspondiente al punible, siempre que el fallo emane de Tribunal Superior, Nacional o Penal Militar, y

b) Cuando los cargos que se formulan son de índole penal uno o unos y sobre la indemnización el restante o restantes, evento en el cual respecto de cada uno de los puntos a cuestionar, se deben reunir los respectivos requisitos de los ordenamientos procesales penal y civil.

Ello a fin de mantener la diferente naturaleza de ambas acciones, sus fines, sus titulares y su vigencia, y de salvaguardar los principios de igualdad y lealtad entre las partes, e impedir la formulación de cargos penales infundados pretextando el recurso por esa vía, para obtener acceso a la impugnación de la condena en perjuicios quebrantando el límite de la cuantía del interés para recurrir en casación.

No se precisa entonces abordar de fondo el cargo, pues de entrada debe desestimarse por ausencia de interés en el recurrente.

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

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada, de naturaleza, fecha y orígen señalados en la parte motiva.

Cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla (no firmó), Juan M. Torres Fresneda, Alvaro Eslava Ayala, Conjuez (no firmó).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante pronunciamiento del 1° de marzo de 1996, reiteró los requisitos formales que debe cumplir el escrito con el que se pretende la admisión del recurso de casación discrecional. Tales son:

"1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a seis años; o no privativa de la libertad; y si lo fue por el circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

"2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P.P.).

"3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, el Procurador o su Delegado (art. 218 ibídem, subrogado por la ley 81 de 1993, art. 35).

"4. Que se sustente en debida forma, a saber, que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para determinar el alcance interpretativo de alguna disposición o aclarar algún aspecto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado; o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art. 218 inciso 3° del C.P.P.)". (subraya fuera del texto).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado acta N° 35

Proceso 12943

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el defensor del procesado *William de Jesús Morales Henao*, en contra de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la cual le impartió confirmación al fallo emitido en primera instancia por el Juzgado 36 Penal del Circuito de la misma ciudad, por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal.

ANTECEDENTES

El Juzgado 36 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia anticipada dictada el 3 de septiembre de 1996, condenó a Willian de Jesús Morales Henao a la pena principal de 10 meses de prisión, como autor responsable del delito de porte ilegal de armas de defensa personal. Así mismo, se le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Apelada la anterior decisión por el defensor del procesado, por cuanto estimó que su prohijado era acreedor a la suspensión de la ejecución de la sentencia, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al desatar el recurso, concluyó con la confirmación integral del fallo mediante el suyo que lleva fecha del 5 de noviembre del citado año.

LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El defensor del sindicado considera que la sentencia proferida en contra del éste vulnera "parcialmente" los derechos fundamentales de éste, en razón a que se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional con fundamento en el factor subjetivo.

Sostiene que la afirmación del sentenciador, según la cual la personalidad del sindicado "'se halla afectada por la presencia de dos sentencias anteriores' lo cual lo llevó a concluir que 'tiene una personalidad proclive al delito' y que 'requiere tratamiento penitenciario' ", no tuvo en cuenta otras circunstancias tales como que aquél "purgó su pena, pagó su deuda con la sociedad y no se le puede estigmatizar de por vida", lo que condujo, según su criterio, a que se le vulneraran las garantías judiciales.

Advierte que el delito por el cual se condenó al procesado no guarda relación con las condenas de que fue objeto, pues son punibles que atentan contra la propiedad.

Siguiendo por el mismo sendero, asevera que los establecimientos carcelarios no rehabilitan al delincuente, todo lo contrario, empeoran la calidad de vida del interno, "por lo que debe constituir un remedio reservado para aquellos comportamientos en los que sólo cabe devolver mal por mal".

Señala que al negarse el subrogado penal, también se condena a la familia, "pues los hijos, la esposa del condenado para quienes trabaja mi defendido y con quienes convive y dependen moral y materialmente, se ven privados del pan,...".

Por lo expuesto, considera sustentado el recurso extraordinario de casación que por vía excepcional interpusiera.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante pronunciamiento del 1° de marzo de 1996, reiteró los requisitos formales que debe cumplir el escrito con el que se pretende la admisión del recurso de casación discrecional. Tales son:

"1. Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el tribunal debe ser por delito *que tenga pena privativa de la libertad inferior a seis años; o no privativa de la libertad; y si lo fue por el circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.*

"2. Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P.P.).

"3. Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, el Procurador o su Delegado (art. 218 ibidem, subrogado por la ley 81 de 1993, art. 35).

"4. Que se sustente en debida forma, a saber, que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para determinar el alcance interpretativo de alguna disposición o aclarar algún aspecto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado; o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art. 218 inciso 3° del C.P.P.)". (subraya fuera del texto).

Resulta evidente que el escrito presentado por el defensor del procesado no reúne las condiciones necesarias para que pueda admitirse el recurso impetrado.

En efecto, si bien es cierto que el recurrente en forma abstracta afirma que al procesado se le vulneró una garantía fundamental, también lo es que ninguno de los argumentos que esboza lleven a esa conclusión.

En efecto, la labor sustentatoria consistió en sostener que el juzgador ha debido sacar de los soportes probatorios conclusiones diferentes sobre la personalidad del procesado, para que le hubiera concedido el subrogado de la condena de ejecución condicional, pero en modo alguno apuntó a presentar cómo y por qué, en su criterio, esa negativa implicó la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales.

Es así como a lo largo de su escrito no hace más que lanzar una serie de comentarios en torno a la realidad carcelaria de nuestro país y a sostener que las sentencias condenatorias también se hacen extensivas a los familiares del condenado, argumentos éstos que se alejan de la hipótesis planteada y que apartan la posibilidad de acceder al recurso extraordinario de casación por vía excepcional.

Así, entonces, se debe reiterar que no por el hecho de que se alegue la violación de una garantía o derecho fundamental, o se recalque sobre la presunta injusticia de la decisión judicial acusada, se dá cabal cumplimiento a la ley, por lo cual la inadmisión será la decisión a tomar.

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

RESUELVE

Declarar inadmisible el recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el defensor del procesado William de Jesús Morales Henao.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO

En cuanto a los motivos o causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación promovido por la defensa, conviene recordar que el primero de ellos se estructura cuando la sentencia viola una norma de derecho sustancial, lo que puede ocurrir en forma inmediata o directa o, por el contrario, de manera indirecta, esto es, a través de algún error en la apreciación de determinada prueba.

De acuerdo con los desarrollos efectuados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, los errores en la apreciación de la prueba pueden asumir una de dos clases: la primera, referida al proceso de contemplación material de los elementos de convicción, frente al cual se asume una de tres posiciones: la de suponer la existencia del que no consta en el proceso; la de omitir la evaluación del que sí se ha recaudado; o la de distorsionar el contenido probatorio que él arroja. Estos son los denominados errores de hecho.

La segunda clase comprende dos hipótesis: una, cuando se le niega al medio probatorio el valor que la ley le asigna o cuando se le concede uno que la ley no le otorga. La otra, cuando las toma como base de sus enjuiciamientos, a pesar de que han sido practicadas o incorporadas al proceso, con vulneración de las normas que condicionan su validez. Estos aspectos dan lugar a los denominados errores de derecho, por falso juicio de convicción y por falso juicio de legalidad, respectivamente.

Estos conocimientos que se encuentran en la base de la técnica que rige el recurso extraordinario, no son del dominio del actor.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Doctor Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta Nº. 38

Proceso: 9740

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 5 de mayo de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, haciendo una aclaración sobre el valor de los perjuicios morales causados, confirmó la condena irrogada por el Juzgado Penal del Circuito de Acacías contra Henry Hernán Rodríguez Agudelo, como autor del delito de Homicidio en José Valentín Estrada Villar.

HECHOS

Aproximadamente a las cinco de la mañana del 30 de abril de 1989, cuando se hallaba en el marco de la plaza de mercado del municipio de Acacías, el ciudadano José Valentín Estrada Villar fue objeto de múltiples impactos de bala, provenientes de una pistola calibre 9 mm. disparada por el Teniente de la Policía Henry Hernán Rodríguez Agudelo, quien por esa época disfrutaba de vacaciones.

SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN

Con base en el acta de levantamiento del cadáver, practicado por la Inspección Tercera de Policía y las diligencias preliminares realizadas por la Policía Judicial, el Juzgado Treinta de Instrucción Criminal, radicado en Acacías, por auto del 3 de mayo de 1989, ordenó abrir la investigación penal.

Dos días después, por solicitud suya, se escuchó en indagatoria al Teniente de la Policía Henry Hernán Rodríguez Agudelo quien admitió que había disparado su arma porque se sintió en peligro de muerte, ante la agresión que dirigió contra él un sujeto acuerpado y desconocido que se encontraba embriagado.

En auto del 12 de mayo de 1989, se admitió la constitución de parte civil, en cabeza de Lucrecia Villar de García y María Enid López de Estrada, madre y esposa del occiso, respectivamente.

En la misma fecha, al decidir la situación jurídica del sindicado, el Juzgado 30 de Instrucción Criminal de Acacías optó por abstenerse de someterlo a alguna medida de aseguramiento. Esta decisión fue apelada por el Ministerio Público y por el representante de la parte civil.

El 30 de junio siguiente, el Juzgado instructor denegó la petición de la parte civil para que profiriera medida de aseguramiento contra el procesado, determinación que aquel sujeto procesal igualmente impugnó.

El 13 de octubre de la anualidad citada, al resolver los recursos interpuestos contra las dos decisiones judiciales, el Tribunal las revocó y, en su lugar, ordenó la detención preventiva de Henry Hernán Rodríguez Agudelo, como autor del delito de Homicidio.

En desarrollo de la investigación se recaudaron múltiples pruebas, tanto testimoniales como documentales y periciales.

El 1o. de septiembre de1989, el Juez 30 de Instrucción Criminal de Acacías clausuró la investigación y al calificarla, mediante pronunciamiento del 8 de noviembre siguiente, ordenó su reapertura por el lapso de tres meses. El representante de la parte civil apeló tal proveído.

El Tribunal Superior de Villavicencio decidió la impugnación, el 16 de agosto de 1990, revocando la calificación de reapertura y profiriendo resolución acusatoria contra el implicado Henry Hernán Rodríguez Agudelo, como presunto responsable del delito de Homicidio.

Ejecutoriada la resolución acusatoria, el Juzgado Primero Superior de Villavicencio asumió el conocimiento del proceso, por lo que le dió curso a la causa, cumpliendo con la etapa probatoria y celebrando la audiencia pública, el 17 de septiembre de 1992.

El 4 de noviembre de 1992, el Juzgado Penal del Circuito de Acacías (Meta), condenó a Henry Hernán Rodríguez Agudelo a ciento veinte (120) meses de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por ese mismo término, al pago de cuatro millones de pesos ($4.000.000), como indemnización por el lucro cesante ocasionado con la muerte de José Valentín Estrada Villar, y al equivalente a cien (100) gramos oro por los perjuicios morales, no obstante que en la parte considerativa de la sentencia se había anunciado la condena por este concepto en suma equivalente a mil (1.000) gramos oro.

Al resolver la apelación que contra la comentada sentencia interpusieron la defensa y la parte civil, el Tribunal Superior de Villavicencio, en la providencia del 5 de mayo de 1994, que hoy se ataca por la vía extraordinaria, rechazó una nulidad y la concurrencia de la causal de justificación del numeral 4o. del artículo 29 del Código Penal, planteadas por el defensor. De otra parte, accedió a rectificar la cuantía del valor de la condena irrogada como reparación de perjuicios morales para dejarla en suma equivalente a 1.000 gramos oro, puesto que el a quo, en la parte resolutiva, equivocadamente, la fijó en 100 gramos.

LA DEMANDA

Para sustentar el recurso interpuesto, el actor invoca como causal única, la establecida en el cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusando el fallo de segundo grado de estar incurso en errores de hecho que han configurado una violación indirecta de la ley sustancial.

El impugnante plantea la causal anunciando que hubo error de hecho al apreciar las "pruebas", pero enseguida manifiesta que se propone demostrar una errada apreciación de los "hechos", como elementos que modifican la responsabilidad, porque a ellos se les negó el valor probatorio que tienen. Entonces, concreta su crítica en que el Tribunal negó la existencia de circunstancias que estructuraban la causal de justificación y aseguró que la vida del implicado no estuvo en peligro.

Para el casacionista, la incorrección del Tribunal radica en que la posición que asumió no está de acuerdo con los testimonios de Israel Bolívar Calderón, Flor María León Laguna y Luz Marina Guzmán, que para él merecen entera credibilidad, y a través de los cuales se establece que el Teniente Rodríguez fue el blanco de agresiones verbales, de puñetazos y puntapiés de parte de un individuo más alto y vigoroso que bien habría podido desarmarlo y causarle la muerte.

Agrega que en su errada apreciación de los hechos, el Tribunal no contempló la circunstancia de que aunque el oficial portaba arma y el otro no, el ataque obstinado podía llevar a su desarme, pues el otro era más fuerte. Además, tampoco tuvo en cuenta que el disparo al aire y los restantes, producidos para detener al agresor, fueron el medio proporcionado para impedir el peligro que estaba corriendo.

Al decir del recurrente, la sentencia violó el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal porque no reconoció eficacia probatoria a las declaraciones rendidas en favor del acusado, las cuales demostraban una circunstancia eximente de responsabilidad.

Por el contrario, en sentir del demandante, los testimonios rendidos por Ramiro Gutiérrez Vera, Luis Alfredo Sepúlveda y Jorge Adelmo Rey ofrecen serias tachas, habida cuenta del interés en incriminar al sindicado y favorecer al occiso, por razones de afecto y amistad. Comenta que éste presentaba evidente prueba de intoxicación etílica, agresividad y grosería, además de manifestar enemistad hacia los foráneos, como lo testificó Darío Gutiérrez Vera.

No haber apreciado la clara objetivización de la agresividad del ebrio, significó la violación del artículo 294 del C. de P. P., ya que se omitieron las reglas de valoración testimonial.

Lo que realmente ocurrió fue relatado por los testigos presenciales y por ello podía sostenerse la eximente de la legítima defensa objetiva, cuyos elementos se presentaron. Así, la violencia actual, injusta, el inminente peligro y la proporción racional entre el ataque y la defensa. De ahí que negar "a dichos testimonios el valor probatorio que tienen, dándole el que no tienen", viola el precepto que anteriormente citó.

De otra parte, el censor aduce que el fallo del ad quem es igualmente irregular en cuanto niega valor probatorio a la confesión verosímil, consciente y libre de Henry Hernán Rodríguez que contribuye a la configuración de la legítima defensa, porque es unitaria o indivisible. Además, que el instructor pudo constatar los resultados del ataque del occiso al observar la lesión ocasionada en la pierna izquierda del sindicado y el daño en el tablero de su reloj de pulso. Hubo, por lo tanto, una apreciación incompleta del acervo probatorio.

Por otra parte, el libelista aclara que un puño o un puntapié son medios naturales aptos para vulnerar la integridad personal, con lo que busca rebatir el argumento del Tribunal cuando aseguró que no se había probado que el occiso hubiera agredido con arma al victimario.

En consecuencia impetra que se invalide la sentencia atacada para que el procesado sea absuelto, por haber actuado en legítima defensa; o que se reconozca en su favor haber actuado en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación y se le redosifique la pena de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 323 y 60 del Código Penal.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

El representante del Ministerio Público pone de presente las imprecisiones que surgen de la lectura de la demanda, tales como que el censor anuncia que el yerro del fallo impugnado recayó sobre los hechos y no, como corresponde, sobre los medios de convicción que los demuestran. Así mismo resalta que el actor postula un error de

derecho por falso juicio de convicción porque a las pruebas se les atribuyó un valor probatorio que no tienen, pero después acusa al sentenciador de cometer errores de hecho. No obstante, aclara que del desarrollo de los reproches resulta nítido que el demandante está orientado hacia el error de derecho por falso juicio de convicción.

Considera que el impugnante condensa sus pretensiones en la credibilidad que merecen la indagatoria del procesado y los testimonios que ratificaron su versión, en tanto que cuestiona las declaraciones que sirvieron de sustento al fallador para rechazar la legítima defensa, todo con la pretensión de que se tenga por demostrada tal justificante.

Sin embargo, le reprocha que hubiera omitido demostrar cómo del acervo probatorio se evidenciaba el reconocimiento de la justificante, limitando su análisis a unas pruebas que hablan de la actitud agresiva de la víctima.

En criterio del conceptuante, tal agresividad, que no fue negada por el juzgador ni puede tenerse por inexistente, "era insuficiente para generar la necesidad de defensa de un bien jurídico que estuviera realmente en peligro de verse afectado, porque el así reconocido agresor no solamente se encontraba en estado de embriaguez, sino que además estaba desarmado y carecía de cualquier condición –salvo su aparente fortaleza corporal– que creara un potencial detrimento al bien jurídico de la vida del procesado".

De esta manera, opina el Delegado, las razones por las cuales el sentenciador estimó que no existió la necesidad de la defensa, quedaron incólumes.

El Procurador critica al recurrente porque "desatendiendo los razonamientos del fallo que ataca, intenta poner en tela de juicio el hecho de la superioridad física de José Valentín Estrada con relación a Rodríguez de tal manera que imagina lo que habría sido el final de la actuación de haberlo permitido el incriminado; pero en esta porción tampoco presenta un ataque a la sentencia sino que persiste en la crítica a la valoración del fallador respecto de las pruebas y más aún, pretende ignorar los presupuestos de la causal de justificación, agravado ésto con el hecho de que en el proceso puede verificarse que no existía una ostensible diferencia corporal que hiciera suponer mayor fortaleza en el hoy occiso, aunado a que el propio sindicado en la diligencia de injurada reconoció el elevado estado de ebriedad de su supuesto contrincante".

El funcionario ve en la demanda un alegato de instancia que busca imponer el criterio personal del recurrente sobre las conclusiones del fallador. Por todo ello, el agente del Ministerio Público pide a la Sala no casar la sentencia materia de impugnación.

LA SALA CONSIDERA

En cuanto a los motivos o causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación promovido por la defensa, conviene recordar que el primero de ellos se estructura cuando la sentencia viola una norma de derecho sustancial, lo que puede ocurrir en forma inmediata o directa o, por el contrario, de manera indirecta, esto es, a través de algún error en la apreciación de determinada prueba.

De acuerdo con los desarrollos efectuados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, los errores en la apreciación de la prueba pueden asumir una de dos clases: la primera, referida al proceso de contemplación material de los elementos de convicción, frente al cual se asume una de tres posiciones: la de suponer la existencia del que no consta en el proceso; la de omitir la evaluación del que sí se ha recaudado; o la de distorsionar el contenido probatorio que él arroja. Estos son los denominados errores de hecho.

La segunda clase comprende dos hipótesis: una, cuando se le niega al medio probatorio el valor que la ley le asigna o cuando se le concede uno que la ley no le otorga. La otra, cuando las toma como base de sus enjuiciamientos, a pesar de que han sido practicadas o incorporadas al proceso, con vulneración de las normas que condicionan su validez. Estos aspectos dan lugar a los denominados errores de derecho, por falso juicio de convicción y por falso juicio de legalidad, respectivamente.

Estos conocimientos que se encuentran en la base de la técnica que rige el recurso extraordinario, no son del dominio del actor.

El libelo no traduce la comprensión de la mencionada diferencia que existe entre los errores de hecho con los de derecho. Por ello, solamente el proceso de eliminación permite dilucidar la modalidad de error que pretende hacer valer el impugnante. Así, no menciona la suposición, pretermisión o distorsión de pruebas, y aunque denuncia la violación del artículo 294 del C. de P.P., ninguna demostración trae en cuanto a que se hubieren desconocido los principios de la lógica, la experiencia, la psicología o la racionalidad, para pensar en errores de hecho. Lo único rescatable es la censura que hace al fallador por no haberle dado credibilidad a la versión del acusado y los testimonios que la corroboran, para de allí deducir la existencia de la legítima defensa, lo que sitúa la crítica en el plano del error de derecho por falso juicio de convicción, que tampoco procede por tratarse de medios no sometidos a la tarifa legal.

Adviértase que el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal no tarifa el valor de la prueba testimonial, sino que, simplemente, le señala al juez los parámetros que de acuerdo con los principios de la sana crítica debe observar, cuando tenga que estimarla.

Esa libertad de apreciación es el factor que impide deducir y, por ende probar, una violación a la ley basada en la simple discrepancia de criterios entre el fallador y el censor.

En la demanda, el actor denunció errores en la apreciación probatoria, pero olvidó desarrollar el punto básico del cargo, cual era la demostración de la ilegalidad imputable al fallador. El fundamento de la censura quedó reducida a una sola afirmación: la de que debió darse credibilidad a la confesión del sindicado y a las versiones juramentadas que lo apoyaron y habérsela negado a los testimonios que tomó el juzgador para no reconocer la concurrencia de una legítima defensa de la vida.

Si en vía de hipótesis se preguntara cuál fue la ilegalidad en que incurrió el sentenciador al darle credibilidad a unas declaraciones y negársela a otras, la respuesta, indudablemente, tendría que ser negativa, porque ese resultado no es otra cosa que el ejercicio de un poder discrecional a él conferido por la propia ley, sólo limitado por las reglas de la sana crítica.

De esa manera, un criterio opuesto o distinto al del fallador, elaborado por el defensor o por cualquiera de los sujetos procesales, carece de entidad para estructurar un error sobre el cual se pueda edificar el cargo en casación.

Así las cosas, la Sala carece de potestad para realizar otra valoración probatoria que sustituya la ya efectuada en este proceso por los jueces de instancia, dirigida al reconocimiento de una causal de justificación, porque ella ya fue objeto de pronunciamiento judicial dentro del marco trazado por la ley.

Finalmente, el casacionista desconoce el principio lógico de no contradicción, pues al interior del mismo cargo plantea posiciones incompatibles, como son la inocencia del procesado, por haber actuado en legítima defensa, y su responsabilidad, atenuada por la ira. Olvidó que aunque es permitido formular cargos excluyentes, ello debe hacerse separadamente y de manera subsidiaria.

Tan protuberante yerro, independientemente de los demás anotados, por sí sólo, haría inane la censura.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y devuélvase a la oficina de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

El recurso extraordinario de casación en la modalidad discrecional que fija el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal -inciso tercero-, procede contra los fallos de segunda instancia proferidos o bien por los Tribunales Superiores de Distrito, Militar o de Orden Público, cuando el delito por el cual se procede no alcanza normativamente una pena privativa de la libertad siquiera de seis (6) años, o bien por los Juzgados Penales del Circuito, aún se trate en este caso, de infracciones que superen ese tope de sanción.

A lo anterior se añade la necesidad de que el recurrente, hallándose legitimado para recurrir y obrando en tiempo, le habilite a la Sala el ejercicio de su discrecionalidad mediante la indicación suscinta pero clara, precisa y referida a cualquiera de los taxativos motivos que admite esta modalidad excepcional, de las razones que a su juicio harían necesario el pronunciamiento de la Corte, ora para lograr un pertinente desarrollo de la jurisprudencia, bien para garantizar la efectividad de un derecho fundamental que hubiese sido conculcado.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C., veintidos (22) de abril de mil novecientos noventa y siete (1977).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.40

Proceso 12916

VISTOS

Decide la Sala si el recurso extraordinario de casación que intenta el defensor del procesado Marciano Ruiz Arboleda por la vía excepcional del inciso 3o. del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, resulta admisible contra el fallo

de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali –Sala Penal– de fecha enero 22 de 1997 (fols. 205 a 212), el cual confirma el del Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali que lo condenó por los delitos de acceso carnal violento e incesto.

ANTECEDENTES

1. Marciano Ruiz Arboleda fue denunciado por la señora Marilin Luna Segura, porque ésta le escuchó a la madrastra de la menor Ana Leonor Rodríguez, que en las primeras semanas del mes de diciembre de 1995, la niña, hija del procesado y de apenas once años de edad, había sido accedida carnalmente por su progenitor, mediante su sometimiento por amenazas y violencia física, hechos sucedidos en la zona urbana de la ciudad de Cali.

2. Abierta la investigación por la Fiscalía Seccional Ciento Diecisiete de la Ciudad de Cali, luego de comprobar la materialidad del hecho, se procedió a disponer la captura del imputado, y superada su vinculación formal mediante injurada, su situación provisional se definió por auto de febrero 8 de 1996, decretando la detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por los delitos de acceso carnal violento e incesto.

Perfeccionada la instrucción, el 30 de mayo del mismo año se profirió resolución de acusación en contra del procesado por las dos infracciones antedichas, mas, cuando la causa avanzaba ante el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali, Ruiz Arboleda optó por solicitar que se dictase sentencia anticipada, lo que vino a ocurrir el 30 de julio de 1996, luego de verificar la diligencia de aceptación de cargos con asistencia del defensor del acusado. La pena principal se fijó en 36 meses y 10 días de prisión por los punibles de acceso carnal violento e incesto, y las penas accesorias de interdicción de derechos de funciones públicas y suspensión de la patria potestad en el mismo tiempo de la duración de la pena de prisión (fols. 163 a 172).

Como ha quedado dicho, el Tribunal Superior de Cali ratificó el fallo de condena mediante el suyo del 22 de enero último.

LA IMPUGNACIÓN

El señor defensor del procesado impugna el fallo de segundo grado, precisando que lo hace por la vía del recurso extraordinario y discrecional de casación, a la vez que renuncia a la notificación y ejecutoria del auto favorable, así como al término que aún quedaba para interposición de ese recurso, impetrando –dice–, se le de "aplicación en el trámite de este recurso a la

prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones de la Administración de Justicia señalado en el artículo 28 de la C.N., el derecho de acceder a la Administración de Justicia (artículo 229 C.N.), los principios constitucionales establecidos en los artículos 1, 2 y 4 de la Carta Política y el derecho fundamental a la defensa y al debido proceso" (sic).

A continuación añade que "En el momento procesal oportuno" formulará la respectiva demanda de casación, en la que invocará y sustentará la causal, conforme a las exigencias legales.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El recurso extraordinario de casación en la modalidad discrecional que fija el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal –inciso tercero–, procede contra los fallos de segunda instancia proferidos o bien por los Tribunales Superiores de Distrito, Militar o de Orden Público, cuando el delito por el cual se procede no alcanza normativamente una pena privativa de la libertad siquiera de seis (6) años, o bien por los Juzgados Penales del Circuito, aún se trate en este caso, de infracciones que superen ese tope de sanción.

A lo anterior se añade la necesidad de que el recurrente, hallándose legitimado para recurrir y obrando en tiempo, le habilite a la Sala el ejercicio de su discrecionalidad mediante la indicación suscinta pero clara, precisa y referida a cualquiera de los taxativos motivos que admite esta modalidad excepcional, de las razones que a su juicio harían necesario el pronunciamiento de la Corte, ora para lograr un pertinente desarrollo de la jurisprudencia, bien para garantizar la efectividad de un derecho fundamental que hubiese sido conculcado.

Para el caso presente, en el que no se le discute el interés al recurrente, es evidente que agregado a la falta de motivación del recurso interpuesto, ha incurrido en una inconsistencia suma que hace imposible la admisibilidad de su impugnación excepcional, y ella deriva del hecho evidente de comprender el fallo el delito de acceso carnal violento previsto en el artículo 289 del Código Penal, pues si la pena prevista para esta infracción de acuerdo al texto vigente a la fecha de su ocurrencia (2 a 8 años de prisión, hoy muy superior de conformidad con la Ley 360 de 1997, artículo 2o.), es claramente superior a los seis (6) años, y a la par se tiene que el fallo recurrido procede en segundo grado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, se hace evidente la reunión de las exigencias indicadas en el inciso primero del ya citado artículo 218 de la ley de procedimiento penal, para que la casación proceda por la vía regular y no por la excepcional que se invoca.

La anterior conclusión no se mortifica porque al lado del delito de violación se hubiese perseguido el de incesto, pues ya el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal había indicado que el recurso extraordinario "se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para estos, sea inferior a la señalada en el inciso anterior".

De este modo, la indiscutible improcedencia de la casación discrecional propuesta es base para la inadmisión del recurso extraordinario que solo bajo esa alternativa se intenta, motivo por el cual, y sin otras innecesarias consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Inadmitir el recurso extraordinario de casación propuesto por vía excepcional de parte del defensor del acusado Marciano Ruiz Arboleda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA

Por constituir la concreción de las consecuencias jurídicas aflictivas que para el acusado se derivan de la demostración de su responsabilidad, el proceso de individualización judicial de la pena reviste trascendental importancia, y su ejercicio demanda una racional, metódica e integral valoración de los factores concurrentes tanto en el hecho punible como en el sujeto agente (art. 61 del C. P.).

En tratándose de un concurso de hechos punibles, las circunstancias de agravación o de atenuación concurrentes no son los únicos factores a tener en cuenta por el juzgador al momento de dosificar la pena para efectos de establecer el guarismo base del cual partir y efectuar el incremento previsto por el artículo 26 del Código Penal, pues si bien el artículo 67 establece que "Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo cuando concurran exclusivamente de atenuación", tales hipótesis punitivas deben ser aplicadas, según la misma norma, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61".

El proceso de dosificación de la pena, por ende, no puede limitarse a un mero ejercicio de constatación de las circunstancias de atenuación -para imponer el mínimo punitivo previsto en el tipo-, o de agravación -para imponer el máximo-, pues tales extremos sólo podrían ser aplicados luego de la racional e ineludible ponderación de los restantes criterios para fijar la pena, expresamente establecidos por el legislador en el citado artículo 61 del Código Penal, como son la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente, la aproximación al momento consumativo en la tentativa, la eficacia de la contribución en la complicidad, y el número de hechos punibles en el concurso.

Y en verdad que reviste gravedad la destrucción de documentos que dan fe de actuaciones tan trascendentales, desplegadas no por cualquier organismo, ni en función de poca monta, sino por un Juez de la República en ejercicio de la jurisdicción de que se hallaba investido, como son la indagatoria -pieza procesal demostrativa de la vinculación del sindicado y máxima expresión de su defensa-; o una boleta de encarcelación, que como se sabe, constituye el medio a través del cual se legaliza la reclusión de quien se halla privado de la libertad.

Igual predicamento ha de hacerse de la trascendencia que ostenta la destrucción de un informe policivo, el cual, al expresar las razones y circunstancias temporo-espaciales y modales en que se produce la captura de una persona, se erige en pieza fundamental no sólo para una ulterior valoración probatoria acerca de la responsabilidad del imputado, sino también para evidenciar la legitimidad de la aprehensión.

Merece igualmente especial consideración la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 66.11 del Código Penal, cual es la "posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio", *pues la dignidad del cargo desempeñado por el sujeto agente –quien ostentó la función de administrar justicia–, le hacen merecedor de una mayor drasticidad en la sanción, impidiendo así que en el proceso de individualización judicial de la pena a imponer, se parta del mínimo establecido en el artículo 223 ejusdem, como erróneamente lo hizo el Tribunal de instancia.*

La "acumulación jurídica de penas" *a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el art. 60 de la Ley 81/93–, por contraposición a la aritmética, tiene por finalidad efectuar por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -o quien haga sus veces– una redosificación punitiva menos gravosa, regida por los parámetros establecidos para el concurso de hechos punibles, en los casos de sentencias proferidas contra un mismo condenado en diferentes procesos.*

Este instituto sólo opera si se cumplen las siguientes exigencias derivadas de la sistemática interpretación de la normatividad establecida al respecto:

1. Que se trate de penas de igual naturaleza, pues resulta imposible "acumular" factores heterogéneos –como la multa y la prisión–.

2. Que las penas a acumular hayan sido impuestas mediante sentencias en firme. Lo anterior por cuanto antes de la ejecutoria del fallo no existe

seguridad jurídica sobre la declaratoria de responsabilidad del procesado, aspecto que, por virtud de los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, podría ser revocado, desapareciendo, por sustracción de materia, el objeto de acumulación.

3. Que su ejecución no se haya cumplido en su totalidad, o no hayan sido suspendidas parcial o totalmente por virtud del otorgamiento de los subrogados penales previstos en los artículos 68 y 72 del Código Penal.

No habría objeto de acumulación cuando el procesado ha purgado la totalidad de la pena que le fue impuesta en cualquiera de los procesos. Y carecería de sentido frente a una pena cuya ejecución fue suspendida, pues tal proceder resultaría gravoso para los intereses del procesado al entrañar de hecho la revocatoria de un beneficio legalmente concedido.

4. Que los hechos por los que se emitió condena no hayan sido cometidos con posterioridad al proferimiento de cualquiera de las sentencias -de primera o única instancia-, cuya acumulación se pretende.

Razones de política criminal vinculadas con las finalidades de la pena inspiran esta prohibición, pues con ella se pretende impedir que personas condenadas puedan seguir delinquiendo al amparo de un benévolo tratamiento punitivo que excluiría la ejecución sucesiva de las condenas.

5. Que las penas no hayan sido impuestas "por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de su libertad". Aquí el legislador, por idénticas razones a las señaladas en el párrafo inmediatamente anterior, excluyó como destinatarios de la institución analizada a quienes delincan estando en cualquiera de las hipótesis de privación física de libertad, bien sea por haber sido capturado en flagrancia, o por orden de autoridad competente, o porque en su contra se haya proferido medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, o esté purgando una pena.

Así como la ejecutoria de la resolución de acusación otorga competencia al Juez para rituar la causa, sólo la firmeza de la sentencia faculta al Juez para la ejecución de la pena. Es esa la razón, entre otras, por la cual el legislador radicó en los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la competencia para conocer "De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona" (art. 75-3° del Código de Procedimiento Penal).

No obstante, la anterior previsión normativa no tiene alcance absoluto. En criterio de esta Sala, ella debe relacionarse con la institución del fuero, de allí que haya dejado sentado que en estos eventos, "la competencia del fallador se mantiene inalterable, pues mal podría entenderse que la garantía del fuero termina con el proferimiento de la sentencia, como quiera que en la etapa posterior a ella, esto es, durante su ejecución, hay decisiones de trascendental importancia, respecto de las cuales obran las mismas razones que fundamentan el fuero para la investigación y/o el juzgamiento" (auto abril 24 de 1996, Mag. Pon. Dr. Calvete Rangel).

La redosificación de las penas para efectos de su acumulación jurídica, debe regirse por los parámetros que gobiernan la tasación punitiva para los casos de **concurso de hechos punibles**, *según la expresa remisión que a esta figura hace el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, debiéndose partir entonces de "la pena más grave" y aumentarla "hasta en otro tanto", según el número de sentencias a acumular y la duración de cada una, -y no "restar" una pena a la otra.*

La acumulación jurídica de penas, como quedó visto, si bien por sus efectos se contrapone a la "acumulación aritmética", exige para su procedencia, el cumplimiento de todos los requisitos antes señalados, los cuales no pueden ser desconocidos por el sólo hecho de que "las causas fueron separadas y falladas individualmente... por hechos cometidos en conexidad o concurso de hechos punibles", como lo sostiene el Tribunal de instancia en una fragmentaria y errática concepción de la figura.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 38 (17 de abril/97)

Proceso: 10367

Procede la Corte a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Agente del Ministerio Público contra la sentencia proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué –Tolima–, mediante la cual condenó al doctor *Argemiro Contreras Molina* a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión por hallarlo responsable de los delitos de concusión y falsedad en documentos, cometidos cuando se desempeñaba como Juez Penal Municipal de Ataco –Tolima–.

I. Hechos y actuación procesal

El doctor *Argemiro Contreras Molina*, en su condición de Juez Penal Municipal de Ataco –Tolima–, tramitó a fines de 1988 y comienzos de 1989, entre otros, los procesos radicados bajo los números 4.045 y 4.109.

El primero por el delito de lesiones personales, en contra de Ramiro Hernández Yara, a quien visitó en la Cárcel y allí le exigió la suma de cincuenta mil pesos a cambio de su liberación, por lo que aquél, luego de buscar infructuosamente dinero prestado, tuvo que vender un "becerro" para poder cumplir la exigencia del referido funcionario, quien el 27 de enero de 1989 lo condenó a la pena principal de 27 meses de prisión, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El segundo, iniciado el 25 de abril de 1989 por los punibles de daño en bien ajeno y otros, en cuyo trámite el juez procesado ordenó la conducción de "todas aquellas personas que se encuentren dentro del bien denominado 'Potrerito', ejerciendo la profesión (sic) de explotación ilícita de yacimiento minero", lo que motivó el 4 de mayo de 1989, por parte de la Policía, la aprehensión en situación de flagrancia de 24 personas, quienes fueron recluidas en la Cárcel del lugar, y la mayoría indagada en el mismo centro de reclusión. Esas personas fueron liberadas al día siguiente, a causa de las protestas y disturbios ocasionados por la aprehensión.

Para ocultar lo sucedido, se mutiló el libro de guardia de la Cárcel, concretamente el folio donde se había registrado el ingreso de los 24 retenidos, y se destruyó el informe policivo que daba cuenta de las circunstancias temporoespaciales y modales en que se produjo la aprehensión, al igual que las boletas de encarcelación y las diligencias de indagatoria de los mineros capturados.

La investigación de estos hechos fue dispuesta por el Tribunal del Distrito, quien ordenó compulsar las copias respectivas en el proceso que por otros delitos contra la Administración de Justicia allí se seguía (fl. 44 c.o. #1). La Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué –Tolima–, profirió resolución acusatoria en contra del prenombrado "como presunto autor del delito de concusión en concurso con falsedad en documentos en la modalidad de destrucción, supresión y ocultamiento de documento público, y, el tipo básico de detención arbitraria" (fls. 116 y ss.).

Evacuada la diligencia de audiencia pública, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Ibagué lo condenó "1°. (...) a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión, como responsable de los delitos de concusión y falsedad en documentos"; "2°. (...) a la pena accesoria de interdicción de derechos y

funciones por un período igual a la fijada como pena principal"; "3°. (...) al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el delito, en el equivalente en moneda nacional de veinte (20) gramos oro, a favor del señor Ramiro Hernández Yara"; y en el ordinal 6° le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional mediante caución prendaria de diez mil pesos ($10.000,oo) y suscripción de diligencia compromisoria. Finalmente, en el ordinal 7° resolvió absolverlo por el delito de detención arbitraria (privación ilegal de la libertad), al considerar legal la captura de los mineros sindicados, por haberse producido en situación de flagrancia (fls. 385 y ss.).

2. Fundamentos de la sentencia

Luego de sopesar en conjunto el acervo probatorio, el a-quo dedujo la responsabilidad del acusado en los delitos de concusión (art. 140 del C. P.) y falsedad en la modalidad de destrucción, supresión y ocultamiento de documentos públicos (art. 223 *ejusdem*).

La dosificación de la pena la efectuó en el acápite denominado "consecuencias penológicas", partiendo de la pena mínima señalada para el delito de falsedad –art. 223 del C. P., considerado "el más grave"–, es decir, 36 meses de prisión, "por no darse circunstancias específicas de agravación", guarismo que aumentó en otro tanto por virtud del artículo 26 del C. P., para un total de 72 meses de prisión, pena "de la que obviamente debe descontarse cuarenta (40) meses que purgó anteriormente, quedando para imponer definitivamente treinta y dos (32) meses de prisión".

La anterior deducción, con fundamento en la "acumulación jurídica de penas" decretada en la misma sentencia:

"(...) al haberse condenado al enjuiciado Argemiro Contreras Molina *, como consta con las copias de primera y segunda instancia que obran en el plenario, a la pena de cuarenta (40) meses de prisión (fls. 242 a 281 cuad. 4), por los punibles de concusión y privación ilegal de la libertad, en hechos cometidos en concurso heterogéneo con los aquí tratados, se impone dar aplicación al artículo 60 de la Ley 81 de 1993, reformatoria del artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, que dispone la acumulación jurídica de penas".*

"(...) el procesado tiene derecho a que se le acumulen la pena a imponer en esta sentencia, con la impuesta anteriormente, ya que las causas fueron separadas y falladas individualmente, pero lo repetimos, por hechos cometidos en conexidad o concurso de hechos punibles".

"La competencia para conocer de la acumulación jurídica de penas, en el caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra una misma persona, si bien la da el artículo 75-3 del Código de Procedimiento Penal, a los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, con el atinente del ya citado artículo 60 de la Ley 81, en el sentido de que no podrán acumularse penas cuando una de ellas ya estuviere ejecutada. Evento éste que se presenta en el caso a estudio, por cuanto que el procesado Argemiro Contreras Molina *ya cumplió la pena que se le impuso en el proceso anterior. Mas sería injusto e iría contra el principio que prohíbe la acumulación aritmética de penas, al no darse aplicación a la norma citada; es por ello que considera la mayoría, teniendo el proceso para resolver en definitiva con sentencia condenatoria, le asiste también la competencia para hacer la correspondiente acumulación jurídica de las penas, con miras a morigerar la sanción por tratarse de un comportamiento múltiple con varias conductas de ejecución (concurso heterogéneo), que por factores de trámite se concluyeron en forma separada. Por tal el legislador la consiente para atemperar las penas, consultando así el principio de acumulación jurídica, y no el de cúmulo aritmético de las mismas".*

Al amparo de dicha dosificación punitiva, y considerando reunidas las exigencias subjetivas del artículo 68 del Código Penal, le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Uno de los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión, si bien estuvo conforme con la demostración de la responsabilidad del procesado por los delitos de concusión, destrucción, supresión y ocultamiento de documento público y la absolución proferida por el delito de detención arbitraria, salvó el voto en lo atinente a la acumulación jurídica de penas decretada, al considerar que "El juez natural o común, como en este caso el tribunal y sus respectivas salas de decisión penal, adolecen de competencia (sic) para hacer cualquier tipo de 'acumulación jurídica de penas', por estar esta materia y su procedimiento reservados al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad" (fl. 406).

3. La apelación

La agente del Ministerio Público se mostró acorde con la naturaleza de los fallos –condenatorio y absolutorio– dictados, y precisó que su inconformidad se refiere a la pena, concretamente a "la forma como se tasó y las decisiones que se desprendieron de la misma", pues, coincidiendo con la tesis expuesta en el salvamento de voto, y con fundamento en el mandato del artículo 75-3° del C. de P. P., afirmó la incompetencia del Tribunal para realizar la acumulación jurídica de penas.

Con relación a la dosimetría penal, sostuvo:

"La pena base seleccionada por la Sala mayoritaria del H. Tribunal, obedeció a un sólo criterio, de los varios señalados por el legislador en el art. 61 del C. Penal, pues si bien es dable afirmar que no existen circunstancias genéricas de mayor punibilidad, tampoco encontramos elementos para reconocer las de menor, y por el contrario "la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad y la personalidad del agente" demandaban una mayor pena, básica, para sobre ella (atendiendo la existencia de varios delitos) dar aplicación a las normas que regulan la punibilidad del concurso".

En los siguientes términos cuestionó la pena accesoria:

"Finalmente, debemos plasmar nuestra inconformidad, por la condena a la interdicción de derechos y funciones públicas, como pena accesoria, porque el art. 140 del C. Penal la ha previsto como principal (...). Solicitamos la corrección de la decisión, para que corresponda al mandato legal".

El procesado descorrió el traslado previsto para los no recurrentes, oponiéndose a las pretensiones de la impugnante, al considerar que el Tribunal Superior sí era competente para decretar la acumulación jurídica de penas por cuanto se trata de delitos conexos y los factores que la originaron se dieron desde antes de crearse los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Adujo la existencia de criterios jurídicos para partir del mínimo de la pena señalada para el delito de falsedad en documentos, como su buena conducta anterior, haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto y haberse presentado voluntariamente ante la autoridad que lo requería. Adicionalmente consideró acertada la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, toda vez que la pena no supera los tres años de prisión y según él, no requiere tratamiento penitenciario (fl. 428).

4. Consideraciones de la Corte

La inconformidad de la impugnante dice relación con el proceso de dosificación de la pena impuesta, la acumulación jurídica de penas decretada por el fallador de instancia, el señalamiento de la pena de "interdicción de derechos y funciones públicas" como accesoria y no principal, y el otorgamiento del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Tal como se demostró en el pliego de cargos y se reiteró en la sentencia de primer grado –en conclusiones que no fueron objeto de controversia por la impugnante–, las conductas cometidas por el juez procesado son constitutivas de varios punibles de falsedad por "destrucción, supresión y ocultamiento de

documento público" (art. 223 del C. P.) en concurso material homogéneo sucesivo, por cuanto fue mutilado el libro de guardia de la Cárcel, concretamente el folio donde se había registrado el ingreso de 24 personas retenidas, y se destruyó el informe policivo donde se precisaban las circunstancias en que se produjo la captura, al igual que las boletas de encarcelación y las diligencias de indagatoria de varios de los mineros capturados.

Al anterior concurso homogéneo de punibles de falsedad documental se suma el agravio a la administración pública constitutivo del delito de concusión (art. 140 del C. P.) materializado en la indebida exigencia de dinero al detenido Hernández Yara como presupuesto para su liberación, dinero que en cuantía de $50.000,oo fue entregado personalmente por la víctima al funcionario procesado.

La dosificación de la pena privativa de la libertad por parte del Tribunal a-quo no resulta acorde con los criterios que a tales propósitos establecen los artículos 61 y 67 del Código Penal.

En efecto, sin mayores consideraciones, y sólo haciendo referencia a la ausencia de "circunstancias específicas de agravación", el sentenciador parte del mínimo del delito base –falsedad documental, sancionado con pena de prisión de 3 a 10 años–. Y en igual omisión de fundamentación incurre a renglón seguido cuando, sin consideración alguna a los factores que para tasar la pena en caso de concurso trae el artículo 26 del Código Penal, aumenta la pena anterior "en otro tanto", para obtener un total de 72 meses de prisión.

Por constituir la concreción de las consecuencias jurídicas aflictivas que para el acusado se derivan de la demostración de su responsabilidad, el proceso de individualización judicial de la pena reviste trascendental importancia, y su ejercicio demanda una racional, metódica e integral valoración de los factores concurrentes tanto en el hecho punible como en el sujeto agente (art. 61 del C. P.).

En tratándose de un concurso de hechos punibles, las circunstancias de agravación o de atenuación concurrentes no son los únicos factores a tener en cuenta por el juzgador al momento de dosificar la pena para efectos de establecer el guarismo base del cual partir y efectuar el incremento previsto por el artículo 26 del Código Penal, pues si bien el artículo 67 establece que "Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo cuando concurran exclusivamente de atenuación", tales hipótesis punitivas deben ser aplicadas, según la misma norma, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61".

El proceso de dosificación de la pena, por ende, no puede limitarse a un mero ejercicio de constatación de las circunstancias de atenuación –para imponer el mínimo punitivo previsto en el tipo–, o de agravación –para imponer el máximo–, pues tales extremos sólo podrían ser aplicados luego de la racional e ineludible ponderación de los restantes criterios para fijar la pena, expresamente establecidos por el legislador en el citado artículo 61 del Código Penal, como son la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente, la aproximación al momento consumativo en la tentativa, la eficacia de la contribución en la complicidad, y el número de hechos punibles en el concurso.

Y en verdad que reviste gravedad la destrucción de documentos que dan fe de actuaciones tan trascendentales, desplegadas no por cualquier organismo, ni en función de poca monta, sino por un Juez de la República en ejercicio de la jurisdicción de que se hallaba investido, como son la indagatoria –pieza procesal demostrativa de la vinculación del sindicado y máxima expresión de su defensa–; o una boleta de encarcelación, que como se sabe, constituye el medio a través del cual se legaliza la reclusión de quien se halla privado de la libertad.

Igual predicamento ha de hacerse de la trascendencia que ostenta la destrucción de un informe policivo, el cual, al expresar las razones y circunstancias temporo-espaciales y modales en que se produce la captura de una persona, se erige en pieza fundamental no sólo para una ulterior valoración probatoria acerca de la responsabilidad del imputado, sino también para evidenciar la legitimidad de la aprehensión.

Merece igualmente especial consideración la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 66.11 del Código Penal, cual es la "posi*ción distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio*", pues la dignidad del cargo desempeñado por el sujeto agente –quien ostentó la función de administrar justicia–, le hacen merecedor de una mayor drasticidad en la sanción, impidiendo así que en el proceso de individualización judicial de la pena a imponer, se parta del mínimo establecido en el artículo 223 ejusdem, como erróneamente lo hizo el Tribunal de instancia.

Lo anterior por cuanto los comportamientos desplegados por el ex-juez Penal Municipal de Ataco –Tolima– no sólo comprometen la dignidad de su investidura, sino que además afectan considerablemente la credibilidad de los asociados en la Administración de Justicia, generando mayor desconcierto, zozobra y alarma social, factores éstos que demeritan un generoso tratamiento punitivo como el exhibido por el Tribunal *a-quo*.

En este orden de ideas, acorde con las previsiones de los artículos 61, 66 y 67 del Código Penal, ha debido fijarse 48 meses de prisión como pena base, a partir de la cual efectuar un incremento no inferior a 30 meses por razón del concurso material homogéneo y heterogéneo sucesivo a que se ha hecho referencia, habida cuenta del considerable número de documentos falsificados y la exigencia indebida de dinero a un sindicado privado de la libertad, obteniéndose así un total de 78 meses de prisión, pena finalmente imponible.

Se modificará en este sentido la tasación efectuada por la primera instancia, resultando imperiosa –en atención al *quantum punitivo*–, la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C. P.), por lo que se revocará el ordinal sexto de la parte resolutiva del fallo revisado, y se librará la respectiva orden de captura.

Ahora bien, con el fin de establecer la juridicidad de la decisión adoptada por el juzgador de primer grado en relación con la "acumulación jurídica de penas", es oportuno señalar las características y requisitos previstos en la Ley para la aplicación de esta figura.

La "*acumulación jurídica de penas*" a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal -modificado por el art. 60 de la Ley 81/93-, por contraposición a la artimética, tiene por finalidad efectuar por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad –o quien haga sus veces– una redosificación punitiva menos gravosa, regida por los parámetros establecidos para el concurso de hechos punibles, en los casos de sentencias proferidas contra un mismo condenado en diferentes procesos.

Este instituto sólo opera si se cumplen las siguientes exigencias derivadas de la sistemática interpretación de la normatividad establecida al respecto:

1. Que se trate de penas de igual naturaleza, pues resulta imposible "acumular" factores heterogéneos –como la multa y la prisión–.

2. Que las penas a acumular hayan sido impuestas mediante sentencias en firme. Lo anterior por cuanto antes de la ejecutoria del fallo no existe seguridad jurídica sobre la declaratoria de responsabilidad del procesado, aspecto que, por virtud de los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, podría ser revocado, desapareciendo, por sustracción de materia, el objeto de acumulación.

3. Que su ejecución no se haya cumplido en su totalidad, o no hayan sido suspendidas parcial o totalmente por virtud del otorgamiento de los subrogados penales previstos en los artículos 68 y 72 del Código Penal.

No habría objeto de acumulación cuando el procesado ha purgado la totalidad de la pena que le fue impuesta en cualquiera de los procesos. Y carecería de sentido frente a una pena cuya ejecución fue suspendida, pues tal proceder resultaría gravoso para los intereses del procesado al entrañar de hecho la revocatoria de un beneficio legalmente concedido.

4. Que los hechos por los que se emitió condena no hayan sido cometidos con posterioridad al proferimiento de cualquiera de las sentencias –de primera o única instancia–, cuya acumulación se pretende.

Razones de política criminal vinculadas con las finalidades de la pena inspiran esta prohibición, pues con ella se pretende impedir que personas condenadas puedan seguir delinquiendo al amparo de un benévolo tratamiento punitivo que excluiría la ejecución sucesiva de las condenas.

5. Que las penas no hayan sido impuestas "por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de su libertad". Aquí el legislador, por idénticas razones a las señaladas en el párrafo inmediatamente anterior, excluyó como destinatarios de la institución analizada a quienes delincan estando en cualquiera de las hipótesis de *privación física de libertad*, bien sea por haber sido capturado en flagrancia, o por orden de autoridad competente, o porque en su contra se haya proferido medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, o esté purgando una pena.

Así como la ejecutoria de la resolución de acusación otorga competencia al Juez para rituar la causa, sólo la firmeza de la sentencia faculta al Juez para la ejecución de la pena. Es esa la razón, entre otras, por la cual el legislador radicó en los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la competencia para conocer "De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona" (art. 75-3° del Código de Procedimiento Penal).

No obstante, la anterior previsión normativa no tiene alcance absoluto. En criterio de esta Sala, ella debe relacionarse con la institución del fuero, de allí que haya dejado sentado que en estos eventos, "la competencia del fallador se mantiene inalterable, pues mal podría entenderse que la garantía del fuero termina con el proferimiento de la sentencia, como quiera que en la etapa posterior a ella, esto es, durante su ejecución, hay decisiones de trascendental importancia, respecto de las cuales obran las mismas razones que fundamentan el fuero para la investigación y/o el juzgamiento" (auto abril 24 de 1996, Mag. Pon. Dr. Calvete Rangel).

A la luz de los razonamientos anteriores, deviene desacertado el criterio del Tribunal al acumular a la presente condena, la pena de 40 meses de prisión impuesta al mismo procesado por otra Sala de Decisión Penal en fallo anterior (fls. 242 y ss.), pues pretextando eludir una aplicación aritmética de penas, y contrariando el expreso mandato del artículo 505 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el artículo 60 de la Ley 81 de 1993 , acumuló una sentencia no ejecutoriada –la cual fue objeto de la alzada que ocupa ahora la atención de la Corte– a otra que ya había sido cumplida en su totalidad.

Al margen de la indebida aplicación de la acumulación jurídica de penas por el a-quo, éste incurrió en adicional desacierto relacionado con la metodología utilizada para graduar la pena, pues efectuó una deducción aritmética que contraría abiertamente el mandato del citado artículo 505 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el art. 60 de la Ley 81 de 1993–, el cual establece que "Las normas que regulan la *dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles*, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos" (resaltó la Sala).

Significa lo anterior, que la redosificación de las penas para efectos de su acumulación jurídica, debe regirse por los parámetros que gobiernan la tasación punitiva para los casos de *concurso de hechos punibles*, según la expresa remisión que a esta figura hace el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, debiéndose partir entonces de "la pena más grave" y aumentarla "hasta en otro tanto", según el número de sentencias a acumular y la duración de cada una, –y no "restar" una pena a la otra, como erróneamente lo hizo el juzgador de instancia–.

La acumulación jurídica de penas, como quedó visto, si bien por sus efectos se contrapone a la "acumulación aritmética", exige para su procedencia, el cumplimiento de todos los requisitos antes señalados, los cuales no pueden ser desconocidos por el sólo hecho de que "las causas fueron separadas y falladas individualmente... por hechos cometidos en conexidad o concurso de hechos punibles", como lo sostiene el Tribunal de instancia en una fragmentaria y errática concepción de la figura.

Pareciera que el procesado planteara un fenómeno de sucesión de la ley con efectos de derecho, al afirmar que el Tribunal a-quo era competente para decretar la acumulación jurídica de penas por cuanto los factores que la originaron se dieron desde antes de crearse los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Tal situación es aparente, como quiera que, del contexto de esta providencia surge diáfana la "improcedencia" de esa acumulación -por no concurrencia de los presupuestos para ello señalados tanto en la anterior como en la actual normatividad-, y no la "incompetencia" del Tribunal *a-quo* para ordenarla, pues ya ha quedado establecido que en tratándose de condenados con fuero, el Juzgador de instancia es el competente para ejecutar la sentencia.

El cuestionamiento formulado por la recurrente a la decisión de imponer la "interdicción de derechos y funciones publicas" como pena accesoria, deviene certero, pues el legislador tiene señalado que dicha sanción es accesoria siempre y cuando "no se establezca como pena principal" (art. 42-3 del C. P.); y ello es lo que sucede en la previsión punitiva del artículo 140 anterior –aplicable por favorabilidad, frente a la modificación introducida por el art. 21 de la Ley 190/ 95–, donde se señala una duración de 1 a 5 años.

Acorde con los parámetros de dosificación punitiva atrás referidos, e incrementándola en la misma proporción, se fija en veintiséis (26) meses la duración de la interdicción de derechos y funciones públicas como pena principal.

En consecuencia, se modificará en tal sentido la sentencia impugnada, no sin antes precisar que no se revisa la absolución proferida por el delito de detención arbitraria –privación ilegal de la libertad–, por cuanto la recurrente expresó su conformidad con dicha determinación.

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

RESUELVE

1°) Modificar los ordinales primero (1°) y segundo (2°) de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en el sentido de condenar al doctor *Argemiro Contreras Molina* a las penas principales de setenta y ocho (78) meses de prisión y veintiséis (26) meses de interdicción de derechos y funciones públicas, como autor penalmente responsable del concurso material homogéneo-heterogéneo sucesivo de falsedad por destrucción, supresión y ocultamiento de documento público y concusión.

2°) Revocar el ordinal sexto (6°) de la sentencia ameritada para en su lugar negar al doctor *Argemiro Contreras Molina* el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

3°) Librar la correspondiente orden de captura, para efectos de la ejecución de la presente sentencia en el establecimiento penitenciario que designe la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, a quien se comunicará esta determinación de conformidad con el artículo 501 del C. de P. P.

4°) Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIGENCIA DE LA LEY/ DEMANDA DE CASACION

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, establece que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Con vista en esta norma, cuya sabiduría se mantiene un siglo después, resulta claro concluir que la concesión del recurso de Casación en este caso ha debido hacerse utilizando como fuente formal el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, con la reforma que le introdujo el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, esto es ha debido exigirse como requisito de procedibilidad que el delito por el que se adelantó el proceso "tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años".

En pretérita ocasión, la Sala tuvo oportunidad de referirse a una situación similar a la que aquí se presenta, afirmándose entonces:

"El punto fundamental y que es preciso definir, es el relacionado con el momento en el cual surge el derecho para impugnar una sentencia.

"Ya la Sala, en una de las providencias que cita el recurrente, había expresado su inclinación por la tésis pregonada por el tratadista Jiménez de Asúa, quien brevemente la consigna en estos términos:

"La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella oposición, apelación, reforma, recurso de casación, etc. De este principio se deriva la consecuencia de que una ley posterior no puede suprimir a la parte el ejercicio de pedir y lograr remedio o Casación de las sentencias, cuando este derecho estaba reconocido por la ley vigente en el

tiempo en que el fallo fue dictado"(Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S.A., 1964, Tomo II, pág: 671).

"Para la Sala, ésta es la tesis que debe ser acogida, porque de un lado afirma la aplicación inmediata de las normas de procedimiento, que es la tendencia mayoritaria de la doctrina, y de otro, protege los derechos ya adquiridos por los sujetos procesales, dándole una aplicación ultraactiva a la norma que los consagraba"[*].

En conclusión, el artículo 218 del Decreto 2700 de 1991 nunca tuvo vida jurídica dentro de este proceso, pues el supuesto de hecho que el mismo exigía no existió durante su vigencia. De una norma de procedimiento que establece los requisitos de procedencia de un recurso, el supuesto de hecho es la existencia del acto procesal sobre el que puede ejercerse la impugnación, de donde resulta que las partes no pueden reclamar derecho alguno que se derive de una norma cuyo juicio de pertinencia y validez resulta negativo dentro del proceso concreto en que la pretenden hacer valer.

Determinada con claridad la fuente formal de derecho sobre la que debe fundarse la decisión de la procedencia del recurso extraordinario de Casación, corresponde analizar si el delito por el que fue condenado tiene o no una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.–Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 43

Proceso 10239

VISTOS

Resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho corresponda respecto del recurso extraordinario de Casación concedido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga

---

[*] *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 12 de julio de 1994, Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruiz. Recurso de Hecho. Radicación No. 9337.*

(Santander), contra su fallo del 5 de septiembre de 1994 por medio del cual confirmó el de primera instancia que condenó al sindicado *Marco Fidel Plata Tovar* como autor responsable del delito de Tentativa de Homicidio en estado de Ira e Intenso Dolor, modificando la pena en el sentido de reducirla a 20 meses de prisión en lugar de los 25 que le habían sido dosificados por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Hechos

Fueron enunciados así por el Tribunal de origen:

"En el barrio la Castellana del municipio de Piedecuesta, el día primero de febrero de 1991, por diferencias intrascendentes entre vecinos se presentó un enfrentamiento entre las señoras Mariela Prada e Isolina Niño Mendoza, mujer que al encontrarse embarazada, fue necesario que su esposo la trasladara en las horas de la noche a una de las clínicas de esta ciudad al presentar síntomas de aborto.

"Al regreso, Marco Fidel compartió unos tragos en una residencia vecina y en la madrugada, alicorado, procedió a accionar repetidamente una escopeta en contra del domicilio de Alfonso Guate y Mariela Prada de Guate, lesionando de esa manera a la mujer en el rostro y en el cuello, no sin causar daños a la residencia por el impacto de los perdigones. Por la presencia armada de Plata Tovar, la familia Guate Prada no tuvo alternativa diferente que huir por el solar a una casa vecina sin poder trasladar a doña Mariela a una (sic) Centro Médico, hasta en el momento que en el lugar de los hechos se hizo presente la Policía Nacional, ante lo cual el sujeto agente se refugio en su residencia".

Actuación procesal

1. Por denuncia que formulara el señor Alfonso Guate Prada, el Juzgado Penal Municipal de Piedecuesta (Santander) abrio investigación el 5 de febrero de 1991, a la que ordenó vincular mediante indagatoria al señor Marco (sic) Fidel Plata.

2. Recopilados algunos testimonios, practicada inspección judicial y aportado el dictamen pericial sobre las heridas sufridas por la señora Mariela Prada Jiménez, el sindicado fue escuchado en indagatoria el 10 de abril de 1991.

3. El 25 de octubre de 1991 se definió la situación jurídica del indagado Marco Fidel Plata Tovar, dictándole medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto responsable de los delitos de tentativa de homicidio y daño en bien ajeno, ordenándose simultáneamente la remisión de la actuación al Juzgado de Instrucción Criminal de Bucaramanga.

4. El 11 de febrero de 1992, el Juzgado 4° de Instrucción Criminal de Bucaramanga, profirió resolución de acusación por el delito de tentativa de homicidio, resolución que fue recurrida por el defensor del acusado Platar Tovar.

5. El 6 de abril de 1992, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, como consecuencia de la calificación incompleta de los hechos, al haberse indagado y resuelto la situación jurídica del sindicado también por el delito de daño en bien ajeno, ilícito sobre el que no se hizo pronunciamiento en la resolución cuya nulidad se ordenó.

6. El 20 de mayo de 1992, el Juzgado 4° de Instrucción Criminal rehace el proceso a partir de la resolución de acusación, profiriéndola por el delito de tentativa de homicidio y ordenando la preclusión del reato de daño en bien ajeno.

7. Apelada la anterior decisión, la Fiscalía 1ª Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resolvió el 24 de agosto de 1992 el recurso confirmándola con el reconocimiento de que el acusado obró en Estado de Ira o de Intenso Dolor Causado por Comportamiento Ajeno, Grave e Injusto.

8. El 7 de junio de 1994, previa tramitación de la audiencia pública, el Juzgado 12 Penal del Circuito de Bucaramanga profirió sentencia mediante la cual condenó al señor Marco Fidel Plata Tovar a la pena de 25 meses de prisión como responsable del delito de tentativa de homicidio cometido bajo circunstancias de ira e intenso dolor causada por grave e injusta provocación.

9. El 5 de septiembre de 1994, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga resolvió el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado y el Procurador 54 en Asuntos Penales, confirmando la sentencia de primera instancia pero modificando la pena impuesta, en el sentido de reducirla al mínimo imponible para concluir en una sanción privativa de la libertad de 20 meses y no de 25 como había determinado el Juzgado.

10. Por memorial del 16 de septiembre de 1994, el Procurador 54 en lo Penal de Bucaramanga interpuso recurso extraordinario de Casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

11. Por decisión del 6 de octubre siguiente, el Magistrado Ponente declaró que no procedía el recurso extraordinario interpuesto, por cuanto la pena imponible no es ni excede de seis años de prisión y por tanto no se reune el requisito señalado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993.

12. Contra el auto anterior interpuso recurso de reposición el Procurador 54 en lo Penal, quien al efecto alegó que la pena máxima imponible al condenado Plata Tovar era de 5 años, 7 meses y 15 días, cantidad que se adecúa perfectamente a la redacción del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, que considera debe aplicarse sin la reforma de la Ley 81 de 1993, por ser la legislación con la que "estamos trabajando".

13. Por auto del 25 de octubre de 1994, el Magistrado Ponente repuso la decisión que había negado el recurso y en su lugar lo concedió, argumentando que "es aplicable el artículo 218 del C. de P.P., que establece la procedencia del recurso cuando la pena privativa de la libertad sea o exceda de este límite de tiempo (5 años); norma procesal aplicable en razón al principio de favorabilidad que consagra el artículo 10 del C. de P.P.".

14. Presentada en término la demanda de Casación y encontrándose ajustada a los requisitos formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, se declaró ajustada y se corrió el traslado al Agente del Ministerio Público quien rindió concepto solicitando no casar la sentencia recurrida.

Consideraciones de la Corte

1. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, establece que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Con vista en esta norma, cuya sabiduría se mantiene un siglo después, resulta claro concluir que la concesión del recurso de Casación en este caso ha debido hacerse utilizando como fuente formal el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, con la reforma que le introdujo el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, esto es ha debido exigirse como requisito de procedibilidad que el delito por el que se adelantó el proceso "tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años".

Incurrió en error el Magistrado Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, al esgrimir como argumento el principio de favorabilidad para sustentar la aplicación ultraactiva del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal en la forma de su redacción anterior a la reforma de la ley 81 de 1993, pues tal norma nunca tuvo la aptitud jurídica para regir dentro de esta actuación, ya que para el momento de la sentencia de segundo grado, cuya impugnación se pretende, ya había sido derogada.

En efecto, la sentencia de la Sala Penal del Tribunal de Bucaramanga fue proferida el 5 de septiembre de 1994, mientras que la reforma del artículo citado se promulgó el 2 de noviembre de 1993 (Diario Oficial No. 41.098), por lo que la ley procesal aplicable para definir la procedencia del recurso era la contenida en el artículo 35 de la Ley 81 de 1993.

Ni siquiera entendiendo las sentencias de primera y segunda instancia como unidad jurídica inescindible, tenía cabida la tésis del Magistrado Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, pues la del Juzgado 12 Penal del Circuito fue proferida el 7 de junio de 1994.

2. En preterita ocasión, la Sala tuvo oportunidad de referirse a una situación similar a la que aquí se presenta, afirmándose entonces:

"El punto fundamental y que es preciso definir, es el relacionado con el momento en el cual surge el derecho para impugnar una sentencia.

"Ya la Sala, en una de las providencias que cita el recurrente, había expresado su inclinación por la tésis pregonada por el tratadista Jiménez de Asúa, quien brevemente la consigna en estos términos:

"La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella oposición, apelación, reforma, recurso de casación, etc. De este principio se deriva la consecuencia de que una ley posterior no puede suprimir a la parte el ejercicio de pedir y lograr remedio o Casación de las sentencias, cuando este derecho estaba reconocido por la ley vigente en el tiempo en que el fallo fue dictado"(Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S.A., 1964, Tomo II, pág: 671).

" Para la Sala, ésta es la tesis que debe ser acogida, porque de un lado afirma la aplicación inmediata de las normas de procedimiento, que es la tendencia mayoritaria de la doctrina, y de otro, protege los derechos ya adquiridos por los sujetos procesales, dándole una aplicación ultraactiva a la norma que los consagraba[1]"

3. En conclusión, el artículo 218 del Decreto 2700 de 1991 nunca tuvo vida jurídica dentro de este proceso, pues el supuesto de hecho que el mismo exigía no existió

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 12 de julio de 1994. Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruiz. Recurso de Hecho. Radicación No. 9337.

durante su vigencia. De una norma de procedimiento que establece los requisitos de procedencia de un recurso, el supuesto de hecho es la existencia del acto procesal sobre el que puede ejercerse la impugnación, de donde resulta que las partes no pueden reclamar derecho alguno que se derive de una norma cuyo juicio de pertinencia y validez resulta negativo dentro del proceso concreto en que la pretenden hacer valer.

4. Determinada con claridad la fuente formal de derecho sobre la que debe fundarse la decisión de la procedencia del recurso extraordinario de Casación, corresponde analizar si el delito por el que fue condenado tiene o no una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años.

El señor Marco Fidel Plata Tovar fue acusado por la Fiscalía General de la Nación y condenado por el Juzgado 12 Penal del Circuito de Bucaramanga, por el delito de homicidio tentado, con reconocimiento del atenuante del estado de ira e intenso dolor.

Como quiera que los hechos ocurrieron el 1 de febrero de 1991, resulta evidente que le era aplicable el artículo 323 del Código Penal, conforme a la punibilidad anterior a la reforma introducida por la Ley 40 de 1993, esto es una pena mínima de 10 años y una máxima de 15 de prisión.

Ahora bien, como se trató de un delito imperfecto, la pena entonces, por mandato del artículo 22 del mismo Código no podrá ser menor de la mitad (½) del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes (3½) de la pena máxima señalada para el delito consumado, lo que significan entonces unos extremos punitivos de 5 años como mínimo, a 11 años y 3 meses como máximo.

Pero como al procesado se le reconoció la circunstancia atenuante de la ira e intenso dolor, debe entonces reducirse la pena en la forma señalada por el artículo 60 del Código Penal, que indica que la pena imponible no será mayor de la mitad del máximo, ni menor de la tercera parte del mínimo.

Hechas las reducciones ordenadas por la ley, resulta entonces que el delito de tentativa de homicidio cometido bajo el influjo de la ira o el intenso dolor tenía señalada una pena mínima de 20 meses de prisión y una máxima de 5 años, 7 meses y 15 días.

Como la pena máxima señalada para el delito es inferior a la de seis (6) años que exige el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, reformado por el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, como requisito de procedencia del recurso extraordinario de Casación, debe concluirse entonces que tal impugnación no es admisible en este caso.

5. Habida cuenta que el recurso fue concedido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y esta Corporación declaró ajustada la demanda y ordenó correr traslado a la Procuraduría General de la Nación, debe declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 25 de octubre de 1994, proferido por el Magistrado Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (folio 44, cuaderno del Tribunal). Así mismo y como consecuencia de la improcedencia del recurso extraordinario de Casación por cuanto el delito por el que se procede tiene señalada pena privativa de la libertad inferior a 6 años, se inadmitirá el mismo.

Como la natural consecuencia de la anulación que aquí se ordena, es la firmeza del fallo, así se declarará.

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

RESUELVE

1°. Declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 25 de octubre de 1994, inclusive, proferido por el Magistrado Ponente de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

2°. En consecuencia se declara en firme el fallo mediante el cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, confirmó el de primera instancia que condenó a Marco Fidel Plata Tovarpor el delito de tentativa de homicidio con la circunstancia atenuante de la ira e intenso dolor.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL – Titulares

El inciso tercero del citado artículo 218, es muy claro al señalar que el recurso de casación excepcional sólo tiene como titulares al Procurador General, su Delegado, o el defensor, de manera que el apoderado de la parte civil está excluido de esa posibilidad, motivo adicional, e igualmente definitivo, para que en éste caso la determinación a tomar sea la inadmisión de la impugnación.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,abril veintinueve de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobada Acta No. 43

Proceso: 12791

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación, que por vía excepcional interpone el apoderado de la parte civil, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, mediante la cual condenó al procesado *Orlando Fernández Mejía* a la pena principal de tres años de prisión por el delito de homicidio culposo.

Antecedentes

El Tribunal de Cali en sentencia de fecha noviembre veintinueve de mil novecientos noventa y seis, confirmó la dictada por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de dicha ciudad, mediante la cual condenó a *Orlando Fernández Mejía* a la pena principal de tres años de prisión por homicidio culposo.

Contra dicha decisión el apoderado de la parte civil interpuso recuso de casación con fundamento en lo normado en el artículo 218 del Código de

Procedimiento Penal, modificado por la ley 81 de 1993, artículo 35, inciso tercero " a fin de someter de paso la norma de excepción respecto de la discrecionalidad de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en virtud a que considera la parte civil la defensa necesaria la garantía de los sagrados derechos fundamentales".

El Tribunal remitió las diligencias a esta Corporación teniendo en cuenta que tratándose de la impugnación por vía descrecional, corresponde a la Corte decidir su admisibilidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso extraordinario de casación excepcional interpuesto se inadmitirá por las siguientes razones:

1º. Los hechos investigados culminaron con sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cali, por el delito de homicidio culposo cuya pena máxima puede llegar a seis años .

En estas condiciones se ha debido interponer el recurso de casación común, esto es, el previsto en el inciso primero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto se reúnen los requisitos allí señalados, circunstancia que a su vez, excluye la procedencia del recurso por vía excepcional y si el aspecto a cuestionar era la condena en perjuicios, esa materia se rige por lo dispuesto en el artículo 221 del estatuto procesal, y respecto de ello no hay excepción ninguna. .

2º. El inciso tercero del citado artículo 218, es muy claro al señalar que el recurso de casación excepcional sólo tiene como titulares al Procurador General, su Delegado, o el defensor, de manera que el apoderado de la parte civil está excluido de esa posibilidad, motivo adicional, e igualmente definitivo, para que en éste caso la determinación a tomar sea la inadmisión de la impugnación.

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

RESUELVE

Inadmitir el recurso de casación excepcional interpuesto por el apoderado de la parte civil, dentro del proceso seguido contra *Orlando Fernández Mejía* por el delito de homicidio culposo.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase,

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA

Las sentencias judiciales se dictan con fundamento en la verdad formal, esto es, la que aparece en el proceso. La aspiración es que esa verdad coincida con la verdad real, o dicho de otra manera, que lo recogido por la investigación revele exactamente lo que sucedió.

Sin embargo, por diversas razones puede suceder que el proceso no haya llegado al conocimiento de lo que verdaderamente ocurrió, por ejemplo, porque las pruebas no fueron conocidas por los juzgadores al tiempo de los debates, hipótesis que consagra la causal tercera de revisión, que fue la invocada por el demandante.

Pero como es lógico, no basta la simple aducción de pruebas nuevas, es necesario que ellas tengan la capacidad suficiente para determinar la remoción del principio de cosa juzgada que cobija al fallo atacado, de modo que sea procedente que se ordene la revisión de la actuación por un funcionario diferente al que intervino en la instancia.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., abril veintinueve de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No: 43

Proceso: 10180

VISTOS

Procede la Corte –Sala de Casación Penal– a resolver la acción de revisión interpuesta por el apoderado del condenado Luis Anfbal Flórez González, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual confirmó en todas sus partes la proferida en Primera Instancia por el Juzgado Cuarto Penal del

Circuito de Palmira (Valle), en la que le impuso al acusado veinticinco (25) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de diez (10) años), como autor del delito de homicidio.

ANTECEDENTES

En las primeras horas de la mañana del día 16 de marzo de 1993, en el barrio Simón Bolivar de la ciudad de Palmira, frente a la residencia de la señora Nubia Montes, se presentó una riña en desarrollo de la cual perdió la vida en forma violenta Javier Ramírez Blandón, luego de recibir una herida en el cuello con arma blanca.

Por los anteriores hechos fueron vinculados como presuntos responsables Alexander Zapata Flórez y Luis Aníbal Flórez González, el primero mediante indagatoria y el segundo declarándolo persona ausente. Al evaluar el mérito de la investigación la Fiscalía 137 de Palmira precluyó la instrucción respecto de Zapata Flórez, y dictó resolución de acusación contra Flórez González por el delito de homicidio.

En la audiencia pública la Fiscalía solicitó sentencia condenatoria para el procesado, mientras que su defensora pidió que fuera absuelto por haber actuado en "defensa de su honor y dignidad", y en forma subsidiaria que se le reconociera la atenuante de la ira e intenso dolor prevista en el artículo 60 ibídem.

El Juez Cuarto Penal del Circuito llegó a la conclusión de que había mérito para condenar al acusado, y el Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria la confirmó íntegramente.

LA DEMANDA DE REVISIÓN

El libelista invoca la causal tercera de revisión prevista en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, y aduce que después de la sentencia aparecieron pruebas nuevas no conocidas por los juzgadores, que se dirigen a establecer la legítima defensa con que actuó el procesado.

La pruebas nuevas a que se refiere son las declaraciones extraprocesales rendidas ante la Inspección Tercera de Policía de Palmira por Jairo Tovar y Ferney Quintero, así como las de Alexander Zapata y Luciano Castañeda recibidas en la Notaría Cuarta de la misma ciudad.

Al escrito de demanda se anexan las declaraciones, y se afirma que con ellas se demuestra claramente que el procesado obró bajo la justificación de la legítima

defensa de un derecho propio, contemplada en el artículo 29 numeral 5o. del Código Penal.

PRUEBAS

Dentro del período probatorio correspondiente se ordenó recepcionar los testimonios de Jairo Tovar Arias, Ferney Quintero Patiño, Alexander Zapata y Luciano Castañeda. No obstante las citaciones hechas por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira, comisionado para recaudar los testimonios, solo se logró que comparecieran Jairo Tovar Arias, y Luciano Castañeda García, en cuyas versiones afirmaron lo siguiente:

1. Jairo Tovar Arias tiene 55 años de edad, trabaja en construcción y conoce a Aníbal Flórez hace 10 años. Sobre los hechos expone:

"Pues de lo que yo sé es que en mayo diecisiete o dieciséis del noventa y tres, de que él no es el culpable de la muerte de ese muchacho, Aníbal Flórez, porque yo no le vi ninguna clase de arma a él, cuando el otro cayó al suelo yo no le vi ninguna arma a él. Había una riña entre tres y en esas llego Aníbal a intervenir en la pelea, en ese momento hirieron a ese señor "cachetes", no sé quién porque había tres con arma, que era "Cachete", Alexander y "Socio". A Aníbal no lo vi con arma... Preguntado. *¿Cómo hizo para darse cuenta de que había una riña con tres personas armadas?* Contestó: *Porque yo me asomé a la ventana y ví la riña entonces yo salí y miré.* Preguntado: *¿Quiénes eran las tres personas que estaban armadas?* Contestó: *Uno le dicen Alexander Zapata, el otro le dicen el "socio" y no le sé el nombre y el finadito "cachete", que tampoco le sé el nombre.* Preguntado: *¿Usted vió que clase de armas tenían?* Contestó: *Cuchillo.* Preguntado: *Cuando usted los vió ¿qué estaban haciendo?* Contestó: *Ellos estaban forcejeando entre ellos tres. Ellos se estaban tirando puñaladas, pero como estaban abiertos no se cogían...* Preguntado: *¿Usted vió quién hirió a "cachete"?* Contestó: *No ví quien hirió a "cachete".* Preguntado: *¿Por qué razón usted no declaró dentro del proceso seguido contra el señor Luis Aníbal Flórez González?* Contestó: *No, pues como a mí no me habían citado, yo voy donde me citan. Los familiares de Aníbal me preguntaron a mí que si yo había visto.* Preguntado: *¿Usted vió que Alexander hiriera a alguien?* Contestó: *No, yo no ví que hiriera allí a ninguno".*

Refiere que no vió que Javier Ramírez Blandón le haya pegado una cachetada a Luis Aníbal Flórez González, sólo observó cómo lo empujó con las manos, como abriéndolo porque el alegato era entre ellos tres, el "finadito", "socio" y Alexander".

Agrega que Javier Ramírez Blandón le gustaban las riñas, era peleador y neurasténico, además era "fijero", palabra que significa coger a otro a la fija con arma.

2. Luciano Castañeda García manifiesta que tiene 32 años, no cursó estudios, sabe firmar pero leer muy poco, de profesión maestro de construcción, conoce al condenado hace cuatro años y trabajó con él como ayudante de construcción.

Sobre los hechos expuso lo siguiente:

"Yo me encontraba la noche esa tomando trago en los alrededores de Simón Bolívar, yo estaba con una caneca de aguardiente cuando ví que estaban peleando, entonces yo me acerqué aunque de lejos porque estaban alegando ahí y manotiándose, entonces habían dos personas desapartándolos allí, cuando uno de ellos se mando la mano al pantalón, cuando el otro sacó una almarada (?), cuando yo vi que le mando la mano así, como a herirlo, cuando la gente dijo "hay lo hirió, lo hirió, entonces la gente lo alzó y se lo llevaron dizque para el hospital... Preguntado: *Cuando usted dice que vio la pelea dígale al juzgado ¿qué fue exactamente lo que vio?* Contestó: *Lo que yo alcancé a ver fue cuando Javier Blandón, según dice usted el nombre, ví que él se mandó la mano como a sacar algo y entonces el otro se mandó y sacó un arma, yo no ví que lo hirió, ví que él mandó la mano y la gente dijo "lo hirió, lo hirió". Yo me abrí porque eso por allá es muy peligroso y cuando hay así peleas es mejor abrirse".*

Refiere que vio cuando Luis Aníbal Flórez le mandó la mano a Javier como para herirlo pero no vió si lo hirió, solo se dió cuenta que la gente dijo "lo hirió".

Ante la contradicción con lo manifestado en la Notaría respecto a que vió que Javier Ramírez le pegó una bofetada a Luis Aníbal Flórez, dice que tiene miedo de declarar porque no quiere tener ningún problema con esas dos familias porque lo pudieran matar o herir.

ALEGATOS DEL DEFENSOR

Luego de afirmar que las pruebas recaudadas en este proceso son de carácter testimonial y que deben acogerse con beneficio de inventario porque unos mienten y otros dicen la verdad parcialmente, propone un análisis comparativo entre cada uno de ellos para llegar a la conclusión de en qué son congruentes e incongruentes.

Sostiene que están plenamente probados los siguientes hechos: que hubo una riña entre "el socio" (Osverto Quiñones Mosquera) y "chorizo" (Alexander Zapata); que Javier Ramírez intervino en la pelea; que Aníbal Flórez se metió a separar a los contrincantes; que Ramírez Blandón le dió una bofetada a Luis Aníbal Flórez; que Ramírez empuñaba un arma; y, que Aníbal Flórez después de ser agredido físicamente por Ramírez y que éste sacó su arma, reaccionó asestando un golpe mortal en la garaganta de su agresor.

Asevera que cada uno de los elementos que constituyen la legítima defensa están debidamente probados, para lo cual acomoda a cada uno de ellos su apreciación personal sobre los hechos. Acto seguido critica la declaración de Gildardo Valenzuela, de la cual dice que sirvió de base para la sentencia condenatoria.

Solicita que si luego del análisis que hace de los testimonios la Corporación tiene dudas sobre la presencia de la legítima defensa en el caso analizado, se amplíe oficiosamente el término probatorio para recibir las declaraciones de Alexander Zapata y Ferney Quintero.

Concluye afirmando que está plenamente demostrada la legítima defensa, por lo tanto solicita que se declaren sin valor las sentencias de primera y segunda instancia y se dicte el fallo que corresponda en el que se debe ordenar la libertad inmediata del sindicado.

Consideraciones de la Corte

1. Las sentencias judiciales se dictan con fundamento en la verdad formal, esto es, la que aparece en el proceso. La aspiración es que esa verdad coincida con la verdad real, o dicho de otra manera, que lo recogido por la investigación revele exactamente lo que sucedió.

Sin embargo, por diversas razones puede suceder que el proceso no haya llegado al conocimiento de lo que verdaderamente ocurrió, por ejemplo, porque las pruebas no fueron conocidas por los juzgadores al tiempo de los debates, hipótesis que consagra la causal tercera de revisión, que fue la invocada por el demandante.

Pero como es lógico, no basta la simple aducción de pruebas nuevas, es necesario que ellas tengan la capacidad suficiente para determinar la remoción del principio de cosa juzgada que cobija al fallo atacado, de modo que sea procedente que se ordene la revisión de la actuación por un funcionario diferente al que intervino en la instancia.

2. En el caso en estudio la prueba nueva allegada por el demandante consiste en dos testimonios que no fueron conocidos al tiempo de los debates, cuyo mérito se analizará a continuación.

Según se dejó reseñado, el libelista advierte que las declaraciones se orientan a establecer que su poderdante obró en legítima defensa de la vida. Pues bien, según la versión de Jairo Tovar Arias aparece muy claro que a él nada le consta sobre ese particular, ya que no observó que el procesado tuviera algún arma en sus manos, no vió quién hirió a la víctima, ni tampoco que éste agrediera a Luis Aníbal Flórez, simplemente dice que lo apartó con las manos porque el alegato era con "el socio" y Alexander.

Pero además de intrascendente, las pruebas existentes en el proceso indican que las afirmaciones sobre la riña y las armas que dice que tenían Alexánder, "el socio" y "el muerto", no corresponden a la verdad, de manera que puede estar incurso en la comisión de un delito que debe investigarse, y para lo cual se compulsarán copias.

En cuanto al testimonio de Luciano Castañeda García, lo primero que llama la atención es que omitió contar que convive con una hermana del acriminado, detalle sobre el cual el anterior declarante asevera: "Lo he visto en la casa de los suegros de él, que son los padres de Aníbal, él vive con una hermana de Aníbal".

De otra parte, no obstante que dice haber estado en el lugar de los hechos en el momento en que ocurrieron, lo cierto es que nadie lo vió, ni fue mencionado por los testigos, y la explicación que da sobre su presencia en el sitio es inaceptable, pues pretende que se le crea que esa madrugada, sin ningún motivo, llevaba una hora parado en la esquina, solo, tomando aguardiente, y que una vez sucedido el problema se retiró porque allá es muy peligroso.

En el inicio de la declaración sostiene que únicamente vió a Luis Aníbal y a Javier Ramírez, a nadie más, ni siquiera a las otras personas que participaron en la riña. Posteriormente, ante las preguntas de la Juez comisionada, resuelve afirmar, en abierta contradicción con lo ya expuesto, que esa noche estaban Gildardo de Jesús Valenzuela y Alexander Zapata, pero no les vio armas, y estaban separando a los que peleaban junto con otro tipo.

Dada la indecisión y las respuestas inseguras, se le preguntó qué fue exactamente lo que vió, y dijo que Javier Blandon (sic) mandó la mano como a sacar algo y entonces el otro sacó un arma, pero no vió que lo hirió, solo que la gente dijo "lo hirió". Más adelante dice que no se dio cuenta que el occiso golpeara en la cara a Luis Aníbal, afirmación que lleva a que la funcionaria le

recuerde que en la declaración rendida en la notaría dijo que Javier Ramírez le pegó una bofetada a Luis Aníbal Flórez y luego esgrimió un cuchillo, ante lo cual Flórez hizo lo mismo y lo hirió en la garganta, confontación que lo obliga a aceptar que sí dijo eso.

La simple lectura del expediente pone en evidencia que la versión de éste deponente es una mentira que no tiene cabida dentro de lo acreditado en el proceso, pues se probó plenamente que la víctima no portaba arma alguna, aspecto sobre el cual todos los testigos presenciales coinciden. Si bien admiten que hubo un breve altercado verbal entre Javier y Luis Aníbal, reconocen que éste inmediatamente le propinó una puñalada a la altura de la clavícula, después de lo cual huyó del lugar y prueba de ello es que fue juzgado como persona ausente, viniendo a efectuarse su captura días después de celebrada la audiencia pública.

La no agresión física por parte del occiso es un hecho tan claro, que la defensora optó en la audiencia pública por plantear la legítima defensa del "honor y la dignidad", aduciendo que la experiencia enseña que cuando dos personas alegan se ofenden en su dignidad humana.

Basta lo analizado para que la Sala concluya que el testimonio no merece la más mínima credibilidad, y por lo tanto no incide sobre la decisión tomada en el fallo, de modo que la condena se mantendrá incólume. Para lo que sí surge mérito es para que respecto de este testigo también se ordene compulsar copias con destimo a la Fiscalía, a fin de que adelante la investigación correspondiente.

3. El defensor en su alegato acoge como verdad indiscutible los relatos de los dos testigos, de modo que no tiene inconveniente en poner en manos del occiso un arma y afirmar que es un hecho debidamente probado que la esgrimió para atacar a su representado, apreciación que la Corte no comparte.

La conclusión del libelista es de tal manera errónea, que cuando relaciona las pruebas de la supuesta agresión física de Javier Ramírez contra su defendido, menciona a Javier Quintero, quien dice que la víctima "alegaba y manoteaba"; a Gildardo Valenzuela que sostiene que su primo Javier empujó a Aníbal; y a María Dignora, quien niega cualquier agresión, de modo que no le queda sino Luciano Castañeda que es el único que se atreve a inventar situación tan ajena a lo sucedido, y quien como ya se dijo, afirma que estaba presente pero nadie lo vio, y según se puede constatar en las diligencias, los hechos que el dice haber visto no fueron apreciados por quienes sí está plenamente probado que estaban en el lugar del suceso.

Si el demandante hubiera hecho un análisis probatorio objetivo, sin lugar a dudas habría concluido que no tenía sentido promover la acción de revisión con fundamento en los dos testimonios mencionados.

Por último, independientemente de que Javier Ramírez tuviera comportamientos propios de los sujetos que llaman "fijeros", lo cierto es que el día que lo mataron no realizó ninguna acción que de lugar a que se acepte que su homicida actuó en legítima defensa.

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

RESUELVE:

1. Negar la revisión del procesó que por el delito de homicidio se adelantó contra Luis Aníbal Flórez González.

2. Compulsar con destino a la Unidad de Fiscales de Palmira copias de lo pertinente, para efectos de que si lo estima procedente investigue a los testigos Jairo Tovar Arias y Luciano Castañeda García.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricio Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION DE NACIONALES

Si está definido por el Ministerio de Relaciones Exteriores que en este caso debe procederse con apego a las reglas del Código de Procedimiento Penal, ha de saberse que, tanto el trámite judicial previsto en el artículo 556 de dicho estatuto como el concepto regulado en el artículo 558 idem, *están diseñados sobre el presupuesto lógico de la posibilidad jurídica de llegar a conceder la extradición, no porque absurdamente se piense que de manera fatal el procedimiento siempre atraerá conceptos y decisiones positivas sobre la materia (también suele negarse en la práctica por múltiples razones), sino en virtud de que más irracional resultaría desplegar simbólicamente un trâmite referido a un objeto que* ab initio *está prohibido por la Constitución y la Ley (extradición de nacionales colombianos por nacimiento). Es decir, a la hora de ahora, por obra de los artículos 35 de la Carta Fundamental y 546 del Código de Procedimiento Penal, la mera constatación de la nacionalidad colombiana por nacimiento en cabeza del ciudadano requerido, hecho que ocurre de entrada con la formalización de la solicitud de extradición, se constituye en un apriori que impide el aprontamiento de otras diligencias.*

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., Santafé de Bogotá, D. C., abril veintinueve de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 43

Proceso: 13096

VISTOS

Tras invocar la disposición del artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia y del Derecho envía a la Sala toda la documentación

presentada por la Embajada de los Estados Unidos de América para formalizar la solicitud de extradición del ciudadano colombiano *Helmer Herrera Buitrago*.

Como el Gobierno Nacional pretende de la Corte el *trámite* y el *concepto judicial* que ordinariamente preceden la decisión gubernativa final sobre la *extradición pasiva*, de conformidad con los artículos 555 a 558 del Código de Procedimiento Penal, la Corporación hará previamente algunas precisiones.

SE CONSIDERA

1. De conformidad con el numeral 2° del artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde a la Rama Ejecutiva la dirección de las relaciones internacionales. Como quiera que la extradición es un acto de asistencia jurídica internacional, y así la concibe el Estatuto Procesal Penal cuando la califica como "*relación con autoridades extranjeras*" (Libro V, artículos 538 y siguientes), no hay duda de que en esta precisa materia, aunque también se tocan ámbitos del derecho penal y del derecho procesal, el liderazgo le concierne al Gobierno Nacional, obviamente con la pertinente colaboración de la Rama Judicial, concretamente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, cuando se trata de *extradición pasiva*. Con razón se afirma que la ley procesal penal colombiana ha adoptado un *sistema mixto gubernativo-judicial*.

2. En armonía con dicha responsabilidad preeminente que le otorga la Carta Fundamental al Ejecutivo, el artículo 547 del Código de Procedimiento Penal dispone que le corresponde al Gobierno, por medio del Ministerio de Justicia y del Derecho, ofrecer o conceder la extradición de una persona procesada o condenada en el exterior, "*salvo en los casos contemplados en el artículo anterior*" (colombianos por nacimiento y extranjeros por delitos políticos o de opinión). Y a tono con ese mismo protagónico deber especial del Gobierno, la ley dice que la respectiva solicitud deberá ventilarse por la vía diplomática, razón por la cual primeramente interviene el Ministerio de Relaciones Exteriores, órgano que no sólo debe pasar la documentación completa al Ministerio de Justicia y del Derecho, sino que también preliminarmente rendirá un *concepto* en el que "*exprese si es del caso proceder con sujeción a convenciones o usos internacionales o si se debe obrar de acuerdo con las normas de este código*" (artículo 552 *idem*. Se ha subrayado).

3. El Ministerio de Relaciones Exteriores, atento a la soberanía que le dispensa el último precepto citado, le envía al Ministerio de Justicia y del Derecho el oficio número O.J.E. 171, fechado el 19 de julio de 1996, por medio del cual le comunica que se ha formalizado por parte de la Embajada de los Estados Unidos de América el pedido de extradición del ciudadano *Helmer Herrera Buitrago*, de acuerdo con la nota verbal número 461 del 2 de julio de 1996, y conceptúa que el 14 de

septiembre de 1979 se firmó en la ciudad norteamericana de Washington un convenio de extradición entre los gobiernos del país requirente y de Colombia, el cual fue aprobado por la ley 27 de 1980 y se realizó el canje de instrumentos de ratificación el 4 de marzo de 1982 en Santafé de Bogotá, fecha a partir de la cual entró en vigor el tratado, de acuerdo con el artículo 21 (2) de su contenido. La ley aprobatoria de la convención fue declarada inexequible por sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de diciembre de 1986, y, repetido el paso de la sanción por el entonces Presidente de la República, que dio lugar a la ley 68 de 1986 (14 de diciembre), nuevamente la Corte halló inconstitucional dicha formalización interna del tratado, según lo dijo en fallo del 25 de junio de 1987.

4. De modo que, con la invocación de la autoridad del pronunciamiento del 23 de marzo de 1988, obra del Consejo de Estado, el Ministerio estima que el mencionado tratado de extradición "está vigente a nivel internacional, pero no puede ser aplicado en nuestro país por faltarle el requisito de su aprobación parlamentaria" (fs. 3 y 4, actuación de la Corte).

5. En el oficio Nº M/OJ 0002029, fechado el 30 de octubre de 1996, el Ministerio hace más explícita la facultad exclusiva de selección del ordenamiento conforme con el cual debe sustanciarse la extradición del señor Herrera *Buitrago*, en atención al artículo 552 citado, y dice que, en relación con este ciudadano y otros que menciona expresamente, "*por no existir convenio aplicable al caso toda vez que el Tratado de Extradición suscrito en 1979 entre Colombia y los Estados Unidos de América, se encuentra internacionalmente vigente, pero es inaplicable, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal...*" (Se ha resaltado). Para llegar a esta conclusión vuelve sobre las reflexiones consignadas en el concepto anterior y refuerza con el texto de las reservas hechas por Colombia y Estados Unidos a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 30 de diciembre de 1988 (fs. 1 y 2).

6. En la evidencia D, escrito que aparece en la documentación aportada por el país solicitante, se dice que *Helmer Herrera Buitrago* nació en Colombia el 24 de agosto de 1951 y es ciudadano colombiano.

7. Si está definido por el Ministerio de Relaciones Exteriores que en este caso debe procederse con apego a las reglas del Código de Procedimiento Penal, ha de saberse que, tanto el trámite judicial previsto en el artículo 556 de dicho estatuto como el concepto regulado en el artículo 558 ídem, están diseñados sobre el presupuesto lógico de la posibilidad jurídica de llegar a conceder la extradición, no porque absurdamente se piense que de manera fatal el procedimiento siempre atraerá conceptos y decisiones positivas sobre

la materia (también suele negarse en la práctica por múltiples razones), sino en virtud de que más irracional resultaría desplegar simbólicamente un trámite referido a un objeto que *ab initio* está prohibido por la Constitución y la Ley (extradición de nacionales colombianos por nacimiento). Es decir, a la hora de ahora, por obra de los artículos 35 de la Carta Fundamental y 546 del Código de Procedimiento Penal, la mera constatación de la nacionalidad colombiana por nacimiento en cabeza del ciudadano requerido, hecho que ocurre de entrada con la formalización de la solicitud de extradición, se constituye en un apriori que impide el aprontamiento de otras diligencias.

8. Como el objeto del procedimiento de extradición es la acreditación de los requisitos y condiciones para ofrecerla o concederla, sobre todo en su fase judicial, inútil resulta una materialización de formas y pruebas que a nada conducen, porque el resultado de antemano está definido ope *legis* y no por gracia de demostración alguna.

9. En efecto, repárese cómo es de restringido el objeto del concepto que se espera de la Corte, de acuerdo con el artículo 558 del Código Procedimiento Penal, para ver de comprobar que resultaría inocente y contrario a la lógica, en relación con un nacional colombiano por nacimiento, explorar la validez formal de la documentación presentada; o tratar de identificar plenamente al requerido, con el fin de evitar la sanción de inocentes; o examinar las acusaciones para evitar la doble incriminación; o verificar la equivalencia de la decisión adoptada en el extranjero en relación con nuestro ordenamiento jurídico; y, si fuere el caso, establecer el cumplimiento de las cláusulas de los tratados públicos. Todas estas constataciones, en sana lógica, presuponen que el solicitado, por lo menos, puede llegar a ser extraditado, de otra manera no se justificaría la implementación de todo un procedimiento, así la decisión conclusiva sea diversa por razones formales, materiales o de conveniencia nacional (en el caso del Gobierno).

En este orden de ideas, ante un requisito de procedibilidad que afecta el objeto mismo del debate incidental, y habida cuenta que los servidores públicos en Colombia ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Const. Pol., arts. 6° y 123), la Corte se abstendrá de darle trámite a la documentación que el Gobierno ni siquiera debió remitir a esta Sala, consciente como era de que mientras prevalezcan aquellos ordenamientos, resultaba imposible excitar el trámite de extradición pasiva de nacionales colombianos por nacimiento, y por las mismas razones dispondrá su devolución al Ministerio de Justicia y del Derecho para que se ciña a la Constitución y a la ley.

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

RESUELVE

Abstenerse de *dar trámite* a la documentación recibida para concepto en relación con la solicitud de extradición del señor *Helmer Herrera Buitrago*, nacional colombiano por nacimiento, de conformidad con la motivación expuesta.

Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/CUERPO COLEGIADO

Como el impedimento se resuelve mediante un auto interlocutorio, éste solo puede ser proferido por la Sala, en ningún caso por uno de sus magistrados. Además, el citado artículo 106 es muy claro al señalar que "del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la Sala respectiva", es decir, que cuando ella es dual, como ocurre en éste caso, se debe convocar un conjuez para dirimir el impedimento, y no proceder de manera individual como se hizo.

En el mismo sentido está la regla del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, especialmente del último inciso, ya que se establece que si por impedimento, recusación, u otra causa legal de separación del cargo se disminuye el mínimo necesario para decidir, se debe acudir a la designación de conjueces.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,abril veintinueve de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 43

Proceso: 12928

VISTOS

Se procede a resolver lo que corresponda en relación con el impedimento manifestado por el Conjuez de la Sala Penal del Tribunal de Quibdó, doctor Eladio Mosquera Borja.

ANTECEDENTES

1. La Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Quibdó, dictó resolución de acusación contra el ex-Fiscal Doce de Bahía Solano, Damián Herazo Hurtado.

2. Llegado el expediente a la Sala Penal del Tribunal, el Magistrado Carlos Alberto Coutin Padilla se declaró impedido para conocer del proceso invocando la causal 5a. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

3. El otro integrante de la Sala, Magistrado Luis Armando Vásquez García, en auto unipersonal aceptó el impedimento y dispuso que se sorteara un conjuez para continuar con el trámite.

4. Fue sorteado como conjuez el doctor Eladio Mosquera Borja, quien una vez posesionado manifestó estar impedido para actuar en razón del grado de amistad que lo une con el acusado y toda su familia.

5. Su compañero de Sala, doctor Víctor Manuel Chaparro, en providencia unipersonal declaró infundado el impedimento, y ordenó remitir el cuaderno de copias a la Sala de Casación Penal para lo de su cargo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo indicado sería entrar a resolver sobre la procedencia o no del impedimento manifestado por el Conjuez, pero ello no es posible en virtud de que se observa que la decisión tomada por el Magistrado que integra la Sala es violatoria de los artículos 106 y 182 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 54 de la Ley 270 de 1996.

Como el impedimento se resuelve mediante un auto interlocutorio, éste solo puede ser proferido por la Sala, en ningún caso por uno de sus magistrados. Además, el citado artículo 106 es muy claro al señalar que "del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la Sala respectiva", es decir, que cuando ella es dual, como ocurre en éste caso, se debe convocar un conjuez para dirimir el impedimento, y no proceder de manera individual como se hizo.

En el mismo sentido está la regla del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, especialmente del último inciso, ya que se establece que si por impedimento, recusación, u otra causa legal de separación del cargo se disminuye el mínimo necesario para decidir, se debe acudir a la designación de conjueces.

Atendiendo a lo anterior, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre el impedimento, y ordenará que se devuelvan las diligencias al Tribunal de origen para que se rehaga la actuación conforme a las disposiciones legales mencionadas.

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

RESUELVE

Abstenerse de resolver sobre el impedimento manifestado por el Conjuez del Tribunal Superior de Quibdó, doctor Eladio Mosquera Borja

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ ERROR IN PROCEDENDO/ ERROR IN JUDICANDO/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS

Los presupuestos procesales son los requisitos necesarios para que el proceso se inicie y se desarrolle válidamente; así por ejemplo, no se podrá comenzar el juzgamiento sin que previamente exista una resolución acusatoria ejecutoriada, y de igual manera, en casos como el subjudice, la sentencia (condenatoria o absolutoria) necesariamente debe estar precedida de la audiencia pública. Actuar en contravía de este principio lógico denominado antecedente-consecuente, ciertamente lastima el debido proceso, porque afecta la regularidad del procedimiento (error in procedendo*) y ello impide que el proceso finalice con fallo de mérito. Mas no fue ésta la reclamación que hizo el impugnante.*

Los presupuestos sustanciales o materiales, en cambio, son las condiciones que señalan el sentido y el alcance de la decisión, porque atañen a cuestiones de fondo o mérito. Así por ejemplo, el recaudo mental de la certeza sobre el hecho punible y la responsabilidad del procesado, fruto del examen conjunto de la prueba válidamente practicada, daría lugar a una sentencia condenatoria; mientras que la duda sobre la configuración de uno u otro extremo de la relación jurídico-procesal llevaría a la sentencia absolutoria. De esta clase son los requisitos plasmados en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual las falencias en su determinación, por depender finalmente de la estimación del juez, se tienen como errores de juicio o in iudicando.

La legislación procesal penal colombiana regula el reconocimiento en fila de personas como una actividad de investigación de autores y partícipes del delito, que en todo caso no es más que una manifestación de la prueba testimonial (art. 367), pero que por sus particularidades tiene una reglamentación específica de imperativo acatamiento (art. 368). Así entonces, si estamos frente a una expresión testimonial, orientada a que el funcionario judicial verifique que en realidad el testigo identifica al

individuo que incrimina, lo importante es que aquéllos realmente intervengan en la diligencia, con el cuidado fundamental de que a la misma también asista el defensor del sindicado, quien podrá dejar constancia de lo ocurrido en el acto, precisamente porque en esta clase de procedimientos el procesado funge más de objeto de la prueba que de protagonista de ella.

Bien puede argüirse ab initio *que los vicios en la formación de la prueba son errores de actividad o* in procedendo, *pero resulta que la anomalía no culmina allí sino que trasciende cuando el fallador estima el medio probatorio anómalo o lo pone como fundamento de la sentencia, a pesar de su ilegalidad, momento en el cual se produce un error de juicio o* in iudicando, *precisamente porque se admite y se le otorga valor persuasivo a un medio de prueba que debió desestimarse por ilegal. Por cuanto las equivocaciones resaltadas obedecen a dos estadios secuenciales de distinto grado dentro del iter lógico del proceso penal (formación y valoración de la prueba), necesariamente el reproche debe hacerse porque el sentenciador apreció un medio de convicción que legalmente era inestimable, razón por la cual el censor debió ampararse en la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de un error de derecho traducido en un falso juicio de legalidad, y no atacar el fallo, como se hace en la demanda, a la luz de una causal de nulidad.*

Aunque la Corte ha aceptado que finalmente los errores protuberantes en el grado de convicción que tributan las pruebas se pueden rituar por el falso juicio de identidad, porque trátase en verdad de disimuladas formas de tergiversación de hechos, también se ha insistido en que debe demostrarse una seria y grave anomalía en el proceso de valoración probatoria, de tal manera que, en lugar de sana crítica, el juez haya incurrido en un abierto y absurdo desconocimiento de las mínimas reglas de la experiencia, la lógica, el sentido común y la ciencia.

No es un mero formalismo exigir precisión y claridad en los cargos, así como la demostración cabal de los mismos, porque está en juego el principio constitucional de la independencia judicial (art. 230), de acuerdo con el cual los jueces sólo están sometidos al imperio del derecho, y si bien sus decisiones son suceptibles del error, las mismas sólo pueden ser revocadas o modificadas por un superior funcional que se sujete a ciertos requisitos de procedencia, entre los que cuenta la debida motivación del pedimento, en virtud de la presunción de legalidad y de acierto que arroja esa manifestación de soberanía judicial, con más veras si lo que se encara es un recurso de naturaleza extraordinaria.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 43

Proceso: 9624

VISTOS

Se ha interpuesto el recurso de casación en contra de la sentencia de segundo grado fechada el 25 de enero de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Penal, declaró que el ciudadano Fernando Quintero Díaz era penalmente responsable de los delitos de homicidio y hurto y dispuso las sanciones y las consecuencias que estimó legalmente procedentes. Surtido el traslado para el concepto que incumbe al Procurador Delegado en lo Penal, se ocupa la Sala de decidir la impugnación extraordinaria.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Eran aproximadamente las 12:16 horas de la tarde del 23 de marzo de 1993, cuando Arturo Martínez llegó a su residencia en la motocicleta de su propiedad, morada que se sitúa en la urbanización Sierra Morena, grupo 66, casa número 9, de esta ciudad, con el ánimo de recoger a sus pequeños hijos y conducirlos al colegio. Como el señor Martínez había dejado entreabierta la puerta de entrada, muy pronto ingresaron detrás de él dos (2) individuos, uno de ellos saludó y a continuación se escucharon varias detonaciones de arma de fuego y don Arturo cayó mortalmente herido en su propia habitación. Los agresores cerraron la puerta, uno de ellos, posteriormente identificado como Fernando Quintero Díaz, además de golpear a la señora María Berenice Mellizo, esposa del occiso, se apoderó del revólver de la víctima y con él amenazó a la dama para frenar su reacción; mientras que el otro sujeto se apropiaba de las llaves del motovehículo del finado y huía del lugar en él.

El agredido señor Martínez recibió tres heridas de bala, una sobre la línea media del labio superior, otra en la comisura labial derecha, y la tercera en el borde anteroexterno del brazo izquierdo, la segunda de las cuales comprometió en su recorrido la faringe y la médula espinal y se convirtió así en la causa eficiente de su fallecimiento.

Como quiera que *Martínez y Quintero Díaz* se habían enfrentado violentamente el 10 de enero anterior, oportunidad en la cual el primero lesionó con arma de fuego al segundo, además de que éste, por intermedio de su cuñada María Mélida

Arias –esposa de *Félix Eduardo*–, recurrentemente le reclamó compensaciones en dinero por las consecuencias dañinas que sufrió, la investigación se orientó de una vez en relación con el sospechoso *Quintero Díaz*, quien fue privado de la libertad esa misma tarde de los hechos.

Las primeras actuaciones de investigación las cumplió el Fiscal 23, adscrito a la Unidad Primera de Investigación Previa y Permanente de la Seccional de Santafé de Bogotá, funcionario que, el mismo día de los episodios sangrientos, recibió testimonio a las señoras *María Berenice Mellizo y Marlin Tejada Guapacha*, personas que a esa hora se hallaban presentes en el inmueble, y con ellas también se realizaron sendas diligencias de reconocimiento en fila de personas (fs. 7 a 18, cuaderno 1).

En calidad de imputados fueron vinculados con indagatoria a la investigación los hermanos *Fernando y Félix Eduardo Quintero Díaz*, a quienes posteriormente, por medio de resolución fechada el 30 de marzo de 1993, se les definió la situación jurídica con la adopción de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva –sin derecho a libertad provisional–, como presuntos coautores de los delitos de homicidio y hurto calificado que afectaron la vida y el patrimonio económico del señor *Arturo Martínez* (fs. 37 a 49 y 56 a 63, cuaderno 1).

Por medio de resolución fechada el 6 de mayo de 1993, el Fiscal 109 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, en atención a la solicitud formulada por el defensor de los procesados, revocó la medida de aseguramiento en relación con Félix *Eduardo* y reafirmó la que igualmente afectaba a *Fernando* (fs. 154 a 158, cuaderno 1).

Clausurada la fase investigativa del proceso, el mismo funcionario judicial, por resolución fechada el 2 de julio de 1993, calificó el mérito del sumario, dictó resolución acusatoria en contra del procesado *Fernando Quintero Díaz* y ordenó la preclusión de la instrucción en favor del coprocesado *Félix Eduardo Quintero Díaz* (fs. 189, cuaderno 1, y fs. 9 a 22, cuaderno 2).

Evacuada la audiencia pública por el competente Juzgado Cuarto Penal del Circuito (fs. 66 a 82, 87 a 91, 101 a 110 y 113 a 130), el mismo despacho profirió la sentencia de fecha 12 de noviembre de 1993, por medio de la cual se condenó a *Fernando Quintero Díaz* a la pena principal de veintiocho (28) años de prisión, a título de coautor responsable de un concurso de hechos punibles de homicidio y hurto calificado-agravado, cometidos en detrimento de la vida y el patrimonio económico del señor *Arturo Martínez*. Como sanción accesoria, el juzgado de primera instancia optó por la inhabilitación del condenado en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un período igual al de la pena principal. De

igual manera, el juzgado le impuso al sentenciado la obligación de pagar los daños materiales y morales irrogados con los delitos, en cuantía de 700 y 300 gramos-oro, respectivamente; le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenó la compulsación de copias para investigar el otro interviniente en los hechos criminales que aún no había sido identificado (fs. 146 a 160).

En virtud del recurso de apelación interpuesto tanto por el procesado como por su defensor, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá proveyó en segunda instancia, por medio de sentencia fechada el 25 de enero de 1994, de acuerdo con la cual se confirma la decisión condenatoria de primer grado, pero se modifica en el sentido de que la pena principal por descontar será de veintisiete (27) años y seis (6) meses de prisión; y que la sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el término máximo legal de diez (10) años. El revisor de instancia adiciona el fallo para ordenar la expedición de copias con el fin de investigar el posible falso testimonio cometido por los deponentes Efraín *Melo Hermida, Henry Ignacio y Edgar Ricardo Melo Oliveros*; asimismo, se revoca el término de 120 días impuesto para el pago de los perjuicios (fs. 10 a 23, cuaderno 3).

Es en relación con el reseñado fallo de segunda instancia que se propone el recurso de casación que ahora se resuelve.

LA DEMANDA

El accionante ataca la sentencia desde la óptica de dos causales de casación distintas y ensaya entonces los siguientes fundamentos:

1. Señala violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de los dichos de los testigos Efraín *Melo Hermida, Henry Ignacio y Edgar Ricardo Melo Oliveros*, razón por la cual solicita se infirme la sentencia de segunda instancia y se provea a la absolución del condenado *Fernando Quintero Díaz*.

1.1 Expone que el Tribunal ha desconocido el crédito que llevan en sí las mencionadas declaraciones juradas, porque no existe razón para que los testigos hubiesen mentido, máxime que era breve el tiempo de conocimiento de éstos con el procesado *Quintero Díaz*. De este modo, según el censor, el sentenciador le ha dado un alcance diferente a dichas pruebas, ha desfigurado el contenido de las mismas y ha trastornado lo que verdaderamente ellas indican.

1.2 Insiste el impugnante en que el juzgador distorsionó el sentido objetivo de dichas pruebas, lo cual constituye un error de hecho, y que tal distorsión se advierte al cotejar el alcance que les dio el fallador con lo que ellas objetivamente demuestran, con la verdad real y aún con la verdad procesal.

1.3 Dice el inconforme que el yerro imputado a la sentencia es manifiesto y trascedente, pues resulta incierto para él "que unas personas que no conocen a otra puedan encubrirlo de esa manera, diciendo cosas que no son reales, mintiendo, faltando a la verdad" (fs. 68).

2. Con fundamento en la causal tercera de casación, el recurrente afirma que se ha dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, razón por la cual solicita que la Corte la invalide, que "declare el estado en que queda el proceso, y disponga su reposición enviando para tal efecto al Juzgado de origen para que se proceda de acuerdo a (sic) lo resuelto por la Honorable Corporación".

2.1 Alega el impugnante que la nulidad es de orden constitucional, supuesto que se ha violado el debido proceso pergeñado en el artículo 29 de la Carta Fundamental, norma que a continuación transcribe in extenso, en el sentido de que es obligación para el juez observar la plenitud de las formas propias del juicio; que son formas propias del juicio penal los requisitos sustanciales para dictar sentencia condenatoria que prevé el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, precepto según el cual en el proceso ha de obrar prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del procesado; que en este caso no existen "pruebas válidas" que señalen la autoría y la responsabilidad de *Fernando Quintero Díaz* en el homicidio que se le imputa, porque los reconocimientos en fila de personas que aparecen a folios 17 y 18 no sólo son irregulares sino ilegales, pues ni siquiera fueron firmados por el imputado, lo cual evidencia el afán de la Fiscalía General de la Nación para "buscar un culpable y no el culpable".

2.2 El abogado invita a observar la injusta vinculación y detención que sufrió Félix *Eduardo Quintero Díaz*, a quien se le hacían imputaciones en el informe policial y en los testimonios de cargo, si se quiere más graves que las atribuidas al condenado, con lo cual tácitamente insinúa para éste el mismo tratamiento de favor que se le tributó a aquél desde la calificación sumarial. Recaba que a su asistido se le condena "por violación al debido proceso, por indicios no demostrados, por una venganza injustificada de la cónyuge del occiso, por simple mala suerte".

El defensor recurrente, finalmente, advierte que estos últimos cargos no excluyen los que se plantearon al amparo de la causal primera.

El concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal cree que no es posible encarar un análisis de fondo de la demanda presentada por el defensor del procesado Quintero *Díaz*, advertidas las notorias deficiencias técnicas que exhibe el escrito, razón por

la cual propone a la Sala que no case el fallo impugnado. Las faltas de pedimento que nota el Ministerio Público, las consigna en su concepto del siguiente modo:

En relación con la pretendida violación a la ley sustancial, no se hace en el escrito de impugnación ningún esfuerzo demostrativo, pues todo se circunscribe a señalamientos genéricos, que ni siquiera contienen la cita de la norma fundamental que se estima violada.

Ahora bien, en lo que atañe a los testimonios de los hermanos Melo *Oliveros* y de su padre *Efraín*, "el libelista enuncia un error de hecho por falso juicio existencia (sic) pero desarrolla deficientemente uno por falso juicio de convicción con aserciones igualmente generales reclamando sean creídas tales versiones...", equívoco que por su magnitud descalifica el escrito de impugnación "para derrumbar la presunción de acierto y legalidad de que viene acompañada la sentencia".

La empecinada pretensión de que sean creídos los mencionados testigos de descargo, máxime cuando no se suministra razón alguna para hacerlo así, no es más que rebelarse inmotivadamente contra la facultad discrecional que se le confiere al juez en la evaluación del mérito de las pruebas, forma de actuar que no es admisible en sede de casación, precisamente por el potísimo argumento de que hoy en día se imponen las reglas de la sana crítica sobre la superada tarifación probatoria.

Similar proceder precario adopta el impugnante en el segundo ataque, dice el Procurador, pues no demuestra en qué consistió la duda que arrojaban las pruebas, si es que en realidad el fallo se adoptó sin que existiera la certeza del hecho o de la responsabilidad del sindicado, como presupuesto del debido proceso que aquél invoca.

La censura relacionada con los reconocimientos en fila de personas, agrega el conceptuante, es de igual manera insuficiente, porque de uno de ellos sólo destaca la irregularidad de la ausencia de la firma del sindicado, mientras que del otro simplemente aduce que adolece de inexistencia. Y si existe nulidad, no dice el censor cuáles fueron los actos afectados con el vicio ni cuál es el momento procesal a partir del cual debe reponerse la actuación procesal.

No obstante lo anterior, el Delegado señala que se podría discutir una eventual inexistencia de los mencionados reconocimientos, tanto por la ausencia de firma del sindicado en ambas actas como por no haberse observado la plenitud de las ritualidades en su práctica. Advera que si bien el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal no exige literalmente la firma del imputado en el acta de reconocimiento, no es menos cierto que el artículo 157 idem, en su inciso segundo, sí ordena que las actuaciones procesales deberán contener las firmas de quienes en ellas intervienen.

Con todo, aclara también el Ministerio Público, la ausencia de la firma del sindicado no constituye irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, dado que la ley no conmina tal omisión con la sanción de nulidad, ni tampoco se ha trastornado con ello el ejercicio del derecho de defensa, supuesto que en la diligencia participó el defensor técnico y, si de la materialidad defensiva se trata, tampoco hubo limitación alguna porque al sindicado se le permitió escoger libremente el lugar que quisiera en la fila de personas por reconocer.

Tampoco se erige tal anomalía en causal de inexistencia de la prueba, reconoce el Procurador, dado que en el vigente Estatuto Procesal Penal sólo se sitúa como motivo de procedencia de dicha figura la práctica de la probanza con la "asistencia e intervención del imputado sin la de su defensor", hecho que no es el debatido en este caso.

A manera de colofón, el Procurador Delegado señala que el demandante no hizo cosa distinta que criticar el fallo, pero sin determinar los errores presuntamente cometidos por el sentenciador y la trascendencia de los mismos en la decisión final, actitud que no basta para los fines por él perseguidos, amén de que subsisten en el proceso otras pruebas de fundamento de la sentencia condenatoria que no fueron cuestionadas por el censor.

En consecuencia, de acuerdo con las motivaciones del Colaborador Fiscal, la demanda debe desestimarse.

Consideraciones de la Sala

Visto que el recurrente ha fundamentado la demanda en dos motivos diferentes y separados, el primero relacionado con la violación indirecta de la ley sustancial supuestamente producida por la errónea apreciación de cierta prueba testimonial, y el segundo referido a una causal de nulidad por presunta pretermisión del debido proceso, cargos cuyas consecuencias en la culminación del proceso serían notoriamente diferentes, la Sala se ocupará primero del reparo que atañe a la anulación de la actuación procesal, pues, si mentalmente se supone su prosperidad, ya no tendría sentido abordar el estudio de la primera censura porque, antes de definir el contenido condenatorio o absolutorio de la sentencia, sería preciso sanear la relación jurídico-procesal.

A. La nulidad

1. *Presentación formal.* No en vano el Procurador Delegado se queja de la ausencia de mínimos requisitos formales para pedir en la demanda de casación, pues de verdad que el recurrente hace el enunciado general y abstracto de la causal

de casación por vicio de nulidad, reproduce la norma del numeral 3° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que la consagra, y lo acompaña de una transcripción completa e innecesaria del artículo 29 de la Constitución Política, con el definido propósito de reivindicar el debido proceso en las actuaciones judiciales, pero absolutamente ningún esfuerzo se despliega para demostrar que la prueba de cargo tenida en cuenta por el fallador no conducía a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado, de conformidad con el artículo 247 del Estatuto Procesal Penal, que es el primer yerro resaltado por el demandante como presunta afrenta a la legalidad del proceso.

Pero es que además el memorialista, si partimos de su forma de pedir, necesariamente confunde los presupuestos procesales de la sentencia de fondo con los presupuestos sustanciales del fallo condenatorio, y por esa misma vía equivocada desconoce la distinción entre el error *in procedendo* y el error *in iudicando* y las diversas repercusiones de los mismos en el proceso penal.

En efecto, los presupuestos procesales son los requisitos necesarios para que el proceso se inicie y se desarrolle válidamente; así por ejemplo, no se podrá comenzar el juzgamiento sin que previamente exista una resolución acusatoria ejecutoriada, y de igual manera, en casos como el *subjudice*, la sentencia (condenatoria o absolutoria) necesariamente debe estar precedida de la audiencia pública. Actuar en contravía de este principio lógico denominado antecedente-consecuente, ciertamente lastima el debido proceso, porque afecta la regularidad del procedimiento (error *in procedendo*) y ello impide que el proceso finalice con fallo de mérito. Mas no fue ésta la reclamación que hizo el impugnante.

Los presupuestos sustanciales o materiales, en cambio, son las condiciones que señalan el sentido y el alcance de la decisión, porque atañen a cuestiones de fondo o mérito. Así por ejemplo, el recaudo mental de la certeza sobre el hecho punible y la responsabilidad del procesado, fruto del examen conjunto de la prueba válidamente practicada, daría lugar a una sentencia condenatoria; mientras que la duda sobre la configuración de uno u otro extremo de la relación jurídico-procesal llevaría a la sentencia absolutoria. De esta clase son los requisitos plasmados en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual las falencias en su determinación, por depender finalmente de la estimación del juez, se tienen como errores de juicio o in iu*dicando*.

Así entonces, si el demandante se proponía capitalizar la duda, porque definitivamente no se reunían las exigencias materiales presupuestadas en el artículo 247 del C. de P. P., pues el ataque debió dirigirlo por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial (no por el camino de la nulidad), por medio de un análisis ponderado de la prueba, para demostrar concretamente los errores de

hecho o de derecho en que pudo haber incurrido el fallador, pero además con el señalamiento de que tales yerros impidieron al juzgador la aplicación del artículo 445 del Estatuto Procesal Penal, que atañe a la duda razonable, y que correlativamente lo condujeron a la indebida aplicación del artículo 247 citado. Mas tampoco fue esto lo que hizo el recurrente.

2. *Reconocimiento en fila de personas*. La ausencia de la firma del imputado reconocido en el acta de la respectiva diligencia no afecta ni la existencia ni la validez de la misma. En efecto, la legislación procesal penal colombiana regula el reconocimiento en fila de personas como una actividad de investigación de autores y partícipes del delito, que en todo caso no es más que una manifestación de la prueba testimonial (art. 367), pero que por sus particularidades tiene una reglamentación específica de imperativo acatamiento (art. 368). Así entonces, si estamos frente a una expresión testimonial, orientada a que el funcionario judicial verifique que en realidad el testigo identifica al individuo que incrimina, lo importante es que aquéllos realmente intervengan en la diligencia, con el cuidado fundamental de que a la misma también asista el defensor del sindicado, quien podrá dejar constancia de lo ocurrido en el acto, precisamente porque en esta clase de procedimientos el procesado funge más de objeto de la prueba que de protagonista de ella. Resulta más importante aún, como lo relieva el Ministerio Público, que tanto la defensa técnica como la material se hayan garantizado en la diligencia, pues existe la constancia de la asistencia del abogado contractual y también del otorgamiento de un ámbito de libertad al sindicado para que eligiera el lugar que quería ocupar en la fila de personas, antes del respectivo reconocimiento.

Pero así se le diera pábulo a una presunta irregularidad sustancial en las diligencias de reconocimiento, una vez más se aprecia la equivocación del demandante en la selección de la causal de casación. Bien puede argüirse *ab initio* que los vicios en la formación de la prueba son errores de actividad o *in procedendo*, pero resulta que la anomalía no culmina allí sino que trasciende cuando el fallador estima el medio probatorio anómalo o lo pone como fundamento de la sentencia, a pesar de su ilegalidad, momento en el cual se produce un error de juicio o *in iudicando*, precisamente porque se admite y se le otorga valor persuasivo a un medio de prueba que debió desestimarse por ilegal. Por cuanto las equivocaciones resaltadas obedecen a dos estadios secuenciales de distinto grado dentro del iter lógico del proceso penal (formación y valoración de la prueba), necesariamente el reproche debe hacerse porque el sentenciador apreció un medio de convicción que legalmente era inestimable, razón por la cual el censor debió ampararse en la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de un error de derecho traducido en un falso juicio de legalidad, y no atacar el fallo, como se hace en la demanda, a la luz de una causal de nulidad.

B. La violación indirecta de la ley sustancial

Aquí también el equívoco de la demanda es evidente. El impugnante enuncia que el fallador distorsionó el sentido y el alcance objetivos de los testimonios del señor Efraín *Melo Hermida* y de sus hijos *Henry Ignacio* y *Edgar Ricardo Melo Oliveros*, lo cual genera la expectativa de un error de hecho por falso juicio de identidad, pero el desarrollo nada involucra sobre el presunto falseamiento de la expresión fáctica de dichas pruebas. No se afirma ni se desmuestra en parte alguna del escrito que el juzgador haya imaginado manifestaciones de estos testimoniantes o que los haya puesto a decir cosas que estaban por fuera del contexto de sus versiones juradas. Sencillamente el impugnante se lamenta de que el tribunal no les haya otorgado credibilidad a estos testigos, a sabiendas de que existían elementos de juicio para creer que decían la verdad, y esto no constituye ni mucho menos una desfiguración del contenido objetivo de los testimonios, como él lo pretende, sino una distinta perspectiva de valoración de los mismos.

Aunque la Corte ha aceptado que finalmente los errores protuberantes en el grado de convicción que tributan las pruebas se pueden situar por el falso juicio de identidad, porque trátase en verdad de disimuladas formas de tergiversación de hechos, también se ha insistido en que debe demostrarse una seria y grave anomalía en el proceso de valoración probatoria, de tal manera que, en lugar de sana crítica, el juez haya incurrido en un abierto y absurdo desconocimiento de las mínimas reglas de la experiencia, la lógica, el sentido común y la ciencia. Pero tampoco se aplicó el demandante seriamente a la consecución de este objetivo.

En relación con uno y otro cargo, la Sala debe recabar, una vez más, que no es un mero formalismo exigir precisión y claridad en los cargos, así como la demostración cabal de los mismos, porque está en juego el principio constitucional de la independencia judicial (art. 230), de acuerdo con el cual los jueces sólo están sometidos al imperio del derecho, y si bien sus decisiones son suceptibles del error, las mismas sólo pueden ser revocadas o modificadas por un superior funcional que se sujete a ciertos requisitos de procedencia, entre los que cuenta la debida motivación del pedimento, en virtud de la presunción de legalidad y de acierto que arroja esa manifestación de soberanía judicial, con más veras si lo que se encara es un recurso de naturaleza extraordinaria.

De modo que, acorde con el Procurador Delegado, bastan las anteriores razones para desestimar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fernando *Quintero Díaz*.

Sin embargo, como quiera que, aunque de manera perfunctoria y fuera de contexto, el demandante ha exteriorizado preocupación por la veracidad de los

reconocimientos en fila de personas, la Sala debe aclararle que particularmente en la intervención de la testigo *Marlin Tejada Guapacha* no ha habido vacilación en el señalamiento de *Fernando Quintero Díaz*, como la persona que apareció en la puerta de ingreso a la residencia y saludó, después de que momentos antes había entrado la víctima, señalamiento que se produjo el mismo día de los hechos en la respectiva rueda de personas por reconocer. Esta testigo, por cuanto apenas *Fernando* había aparecido y no se había desplegado aún ninguna actitud violenta, fue la que más desprevenidamente observó al procesado.

Ahora bien, pensar en una definitiva contaminación de la prueba de reconocimiento, por la precedente observación que la testigo hizo de una foto del imputado que se decomisó en la residencia de éste, sería desconocer alegremente el otro cúmulo de indicios graves que el tribunal resaltó como refuerzo de la prueba testimonial. Sería ignorar, además, que la testimoniante fue tan enfática y segura en el señalamiento que, no obstante que en la fotografía el procesado lucía bigote, aquélla categóricamente advirtió que el día de los hechos no lo tenía, manifestación que corrobora su propio hermano *Félix Eduardo*, quien afirma que hacía dos meses *Fernando* se había quitado el mostacho.

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, naturaleza y origen indicados en la introducción de este fallo.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ CAUSAL DE JUSTIFICACION

Pero además de este yerro técnico, incurre el demandante en otro de carácter sustancial, realmente inusitado, frente a la exigencia de conocimientos básicos de derecho penal que se supone existen en quien pretende demandar en casación ante la Corte, al pretender que se reconozcan al mismo tiempo la causal de justificación de legítima defensa de que trata el num. 4 del art. 29 en cita, y el exceso en la legítima defensa regulado en el art. 30 del mismo estatuto, pues es claro que mientras la causal excluyente de antijuridicidad elimina la responsabilidad del autor de una conducta punible, el exceso en ella exige la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, atenuada punitivamente.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,veintinueve de abril de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 43

Proceso: 9551

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Milton García, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 10 de agosto de 1.993, por medio de la cual, al modificar la de primer grado dictada por el Juzgado 45 Penal del Circuito de esta ciudad, le impuso a este procesado la pena principal de 10 años y 6 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor de los delitos de homicidio simple cometido en la persona de Nohemy Gómez Cabrera y porte ilegal de armas de defensa personal.

HECHOS

Sucedieron a eso de las nueve y treinta minutos de la noche del día 18 de julio de 1992, cuando Luis Milton García llegó a la casa ubicada en la Carrera 18-H No. 69-27 Sur-Este de la ciudad capital, en donde residía con sus tres menores hijos, Luz Helena, Julian Jair y Alcibiades García Gómez y su compañera Nohemy Gómez Cabrera, con quien después de discutir y manifestarle sus deseos de marcharse del hogar, le disparó en seis oportunidades el revólver que portaba sin amparo legal, ocasionándole graves heridas que determinaron su deceso.

ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantadas las averiguaciones preliminares por la Fiscalía 11 de la Unidad de Investigación Previa y Permanente, una vez practicada la diligencia de inspección del cadáver y recepcionadas en el mismo acto las declaraciones de la joven de 12 años Luz Helena García Gómez, testigo de los hechos y la del agente de la Policía Nacional Oscar Mauricio Vanegas González, quien intervino en la aprehensión del sindicado, por resolución del 22 de julio de 1992 se declaró abierta la investigación (fl. 19).

Escuchado en indagatoria Luis Milton García y una vez allegada nueva prueba testimonial, la Fiscalía 108 de la Unidad Tercera de Vida resolvió su situación jurídica el día 28 del mismo mes, afectándolo con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas (fl. 55), respecto de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por el defensor del procesado, siendo finalmente confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal al desatarse el subsidiario de apelación.

Aportadas a la investigación fotocopias del registro civil de defunción, del protocolo de necropsia, del album fotográfico de la occisa y del dictamen de balística, la Fiscalía 108 clausuró la etapa instructiva, procediendo a calificar el mérito de las pruebas el 11 de noviembre de 1992, profiriendo resolución acusatoria contra Luis Milton García, por el delitos de homicidio agravado por las circunstancias previstas en los numerales 1o. y 7o. del art. 324 del C.P. y el de porte ilegal de armas de defensa personal, la cual al ser apelada por el apoderado del acusado recibió confirmación por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

Pasadas las diligencias al Juzgado 45 Penal del Circuito y negada la solicitud de nulidad que del trámite dado al dictamen psiquiátrico que se practicara al procesado, la cual fue impetrada por su defensor dentro del término del artículo 446 del C. de P.P., se dispuso la práctica de algunas de las pruebas solicitadas por

el mismo sujeto procesal y otras de oficio,poniéndosele fin a la instancia el 10 de agosto de 1993, con sentencia condenatoria por los cargos formulados en la acusación.

Apelada esta decisión por el defensor, fue modificada por el Tribunal en cuanto a los agravantes, reduciendo la pena principal a 10 años y 6 meses de prisión, ordenando de otra parte, la compulsación de copias con destino a la Justicia Penal Militar para que se investigara la conducta de los policiales que conocieron de los hechos y específicamente en relación con la pérdida del revólver que afirmara el incriminado les entregó cuando fue aprehendido.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera del art. 220 del C. de P.P., y por considerar que la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial, dos cargos formula en su contra el defensor de Luis Milton García.

El *primero* lo hace por falta de aplicación del art. 299 del C. de P.P., que dice debió ser aplicado por favorabilidad y que el Tribunal no lo hizo, desconociendo que el procesado no fue sorprendido en flagrancia y que confesó la autoría del hecho imputado.

Para demostrar el ataque, y con fundamento en los testimonios rendidos por los agentes de policía Oscar Mauricio Vanegas González y Guillermo León Garzón, quienes conocieron del caso, procede a reclamar plena credibilidad de sus afirmaciones, para de ahí deducir que la aprehensión del procesado no fue resultado de pesquisas adelantadas por ellos, sino por la presentación voluntaria que hizo Luis Milton García ante las dependencias policales, lo cual obvia cualquier atribución de flagrancia que se pudiese predicar respecto a su captura.

Igualmente y continuando con la valoración probatoria que hace de estas declaraciones, solicita una apreciación sistemática con la versión en que el incriminado fue enfático en afirmar que una vez disparó el revólver contra su compañera resolvió entregarse a las autoridades policivas, conforme lo ratifican los demás testimonios obrantes en el proceso, pues cuando se produjo la captura, los policías "hasta ahora salían con destino al lugar de los hechos".

La *segunda censura*, la dirige por aplicación indebida sin especificar la norma objeto del reproche, limitándose a afirmar que el Tribunal no aplicó los arts. 29.4 y 30 del C.P., pues debió reconocer en favor de su defendido la legítima defensa y en forma concomitante, el exceso de la misma causal justificativa.

Debe admitirse, sostiene el censor, que el procesado actuó justificadamente porque reaccionó en forma proporcionada, es decir, no se excedió en el acto, y por consiguiente su conducta estaba encaminada a proteger el sagrado derecho a la vida, como se demuestra con las pruebas aportadas al proceso, pues no se comprobó "que las circunstancias que el alega no hayan sido las que el esgrimió en su defensa".

No obstante esta afirmación, acto seguido "insiste en la aplicación de la legítima defensa en exceso" porque los seis disparos que recibió Nohemy Gómez Cabrera fueron producto de la reacción de su defendido cuando ésta intentó primeramente disparar sobre él, forcejeando entonces con ella y tirándola a un lado, razón por la cual, debe reconocérsele, pues además, nunca el Fiscal se preocupó por interrogar a Luis Milton García sobre el por qué aparecían seis disparos de bala sobre la humanidad de la hoy interfecta, cuando es la verdad que, éste los propinó bajo el miedo y la rabia ante la intimidación de su esposa, no teniendo tiempo de razonar respecto a cuantos disparos hizo.

Continuando con este ataque probatorio, afirma que ningún testigo apreció directamente lo acontecido, pues de ello solo se supo minutos después del deceso de la víctima, tornándose así, creíble la explicación suministrada por el procesado.

De otra parte, y dentro del mismo cargo, acusa también la aplicación indebida de la ley respecto del porte ilegal de armas, ya que como lo solicitó el agente del Ministerio Público en la instancia, se han debido expedir copias con destino a la oficina de Asignaciones de la Fiscalía General de la Nación, para que se investigara por separado ese hecho punible, pues no fue motivo de averiguación por la Fiscalía instructora.

Termina el actor solicitando, en consecuencia, que se dicte sentencia reconociendo a su defendido la legítima defensa en exceso y la diminuente por

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO:

En relación con el *primer cargo*, para el Ministerio Público, el artículo 299 del C.P. no procede para los casos de flagrancia, la cual no debe entenderse únicamente como la vinculada con la captura, sino también respecto a aquellos eventos en que el imputado "sea visto o sorprendido al consumar el acto que quebranta la ley penal o se le encuentre con huellas o instrumentos que delatan su participación en el delitos".

Por tanto, acertó el Tribunal al no reconocer en favor de Luis Milton García la rebaja por confesión reclamada, pues ejecutó la conducta punible en presencia de su menor hija Luz Helena García Gómez, quien a las pocas horas de los hechos relató bajo la gravedad del juramento lo ocurrido y con las previsiones de ley en

cuanto a la excepción que para hacerlo le asistía. Además, para que se reconozca esta diminuente punitiva, la confesión debe ser trascendente, es decir, que si la investigación es capaz por sí misma de suministrar los elementos de juicio necesarios para desentrañar el suceso criminoso, los datos aportados por el encartado resultan innecesarios, como sucede en este caso, toda vez que las pruebas aportadas al proceso, desde un principio señalan al procesado como el autor del delito y las circunstancias en que lo cometió.

Respecto al *segundo cargo,* destaca el Delegado que el censor omitió mencionar la norma que fue indebidamente aplicada (art. 323 del C.P.), y además al desarrolar el cargo lo enruta hacia un sentido diferente, esto es, la falta de aplicación de los arts. 29.4 y 30 del C.P., reclamando la rebaja de pena por haber actuado el procesado en exceso de legítima defensa.

Precisa entonces, que la legítima defensa consiste en esencia en repeler un ataque actual e injusto para poner a salvo un interés legítimamente protegido que se halla en peligro, por lo que si ese estado de necesidad de protección es provocado por el mismo que se defiende, desaparece la injusticia de la violencia actual y el sujeto que hiere o mata al agresor no puede invocarla a menos que haya una notoria desprotección entre la primitiva ofensa y el ataque subsiguiente de la víctima.

Y como para afirmar el exceso en esta justificante se requiere que la legítima defensa esté dada ab initio, esto es, que existiendo un verdadero peligro inminente, una violencia que amenaza, de ella se defienda la presunta víctima pero excediendo los límites de lo necesario, sin guardar proporcionalidad entre la violencia y la agresión, es ostensible la contradicción en que incurre el demandate.

De otra parte, observa, que el actor se dedica a expresar cuál es su criterio apreciativo de la prueba existente y a contraponerlo al del Tribunal, lo que resulta inadmisible por la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo, equivoca la vía enunciada como objeto de ataque con la escogida para la demostración de la misma.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la inconformidad del demandante respecto al delito de porte ilegal de armas, ninguna objeción frente al fallo encuentra el Ministerio Público, no solo porque para su imputación los juzgadores se basaron en la propia confesión del procesado, sino porque al no existir tarifa legal, nada impedía que la condena se sustentara en dicha prueba.

En consecuencia, solicita a la Corte, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. La vía escogida por el demandante para atacar la sentencia objeto de impugnación, es la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del art. 299 del C. de P.P., y por indebida aplicación de norma que no cita, habiéndose debido aplicar, en su lugar, los arts. 29.4 y 30 del C.P., lo cual le exige respetar la valoración probatoria a que llegó el Tribunal en el fallo recurrido y con fundamento en ella, proponer el análisis jurídico demostrativo de cada uno de los sentidos casacionales objeto de la censura.

2. No obstante, el actor desconoce que el Tribunal luego de valorar la prueba testimonial allegada al proceso, concluyó que Luis Milton García "fue capturado en flagrancia al tenor del art. 370 del C. de P.P." (fl.27 C.T.), y con base en su propia apreciación probatoria de los testimonios rendidos por los agentes de policía que aprehendieron al procesado, trata de demostrar que en este caso no concurrió tal situación, sino que todo se debió a la entrega voluntaria del incriminado a las autoridades policiales.

3. En estas condiciones, es evidente que el demandante acude a demostrar este *primer cargo*, formulado por el cuerpo primero de la causal primera de casación por la vía del cuerpo segundo de la misma causal, lo cual impone de suyo la improsperidad del ataque, mas aún cuando lejos de aproximarse al análisis jurídico que le exige la causal invocada, pues ninguna argumentación propone respecto al fenómeno procesal de la flagrancia, termina invitando a la Corte a que al momento de decidir se le suministre plena credibilidad a las explicaciones expuestas por su defendido en la diligencia de indagatoria, no dejando duda así, de que su inconformidad con el fallo es probatoria y que, por tanto, equivocó la vía objeto de la censura.

4. Igual crítica debe formular la Sala al *segundo cargo* de la demanda, pues además de que el censor omite señalar la norma sustancial indebidamente aplicada por el Tribunal, mencionando únicamente las que en su criterio debió aplicar, esto es, los arts. 29.4 y 30 del C.P., dedica toda la argumentación a cuestionar la prueba para demostrar que Luis Milton García actuó en estado de legítima defensa, al disparar la totalidad de la carga del revólver que portaba contra su compañera permanente Nohemy Gómez Cabrera, equivocando nuevamente la vía escogida, ya que por ser esta una modalidad de la violación directa de la ley sustancial, le impone partir de la apreciación probatoria hecha por el ad quem en el fallo recurrido.

5. Pero además de este yerro técnico, incurre el demandante en otro de carácter sustancial, realmente inusitado, frente a la exigencia de conocimientos básicos de derecho penal que se supone existen en quien pretende demandar

en casación ante la Corte, al pretender que se reconozcan al mismo tiempo la causal de justificación de legítima defensa de que trata el num. 4 del art. 29 en cita, y el exceso en la legítima defensa regulado en el art. 30 del mismo estatuto, pues es claro que mientras la causal excluyente de antijuridicidad elimina la responsabilidad del autor de una conducta punible, el exceso en ella exige la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, atenuada punitivamente.

Con todo, quiere la Corte agregar que la legítima defensa aducida por el defensor no se configura, porque ninguno de los requisitos que le dan existencia jurídica se demostró. Así, por parte alguna aparece probada la "injusta agresión actual e inminente" de Nohemy Gómez Cabrera exigida por el art. 29.4 del C.P., de ahí lo inútil de pensar en la necesidad de una respuesta de parte de Luis Milton García.

Todo indica que éste, ebrio como todos los fines de semana, le disparó a la víctima, sin que por parte de ella se presentara ataque de ninguna naturaleza, siendo entonces imposible predicar que su extrema actitud violenta obedeció a que buscaba poner a salvo la vida o su integridad personal, injustamente amenazada.

6. De otra parte, y como en el mismo cargo de "aplicación indebida de la ley sustancial", el demandante afirma que se debieron expedir copias para la averiguación del delito de porte ilegal de armas al no haber sido objeto de investigación por parte de la Fiscalía, es claro que un tal ataque no cabe por la vía escogida y que debió formularse independientemente, pues correspondería a la causal tercera de casación en orden a buscar el respeto al derecho de defensa, lo que aún en estas condiciones resultaría inane, ya que los sentenciadores se atuvieron a lo aceptado por el mismo condenado en el sentido de que el arma con la que dio muerte a su compañera era de su propiedad y la tenía sin salvoconducto, amén a que a esta confesión ningún elemento probatorio se opuso, por lo que bien hizo el juzgador al condenar por tal hecho punible.

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ IMPOSIBILIDAD DE COMETER EL DELITO

La Corte, interpretando el sentido y alcance de dicha causal de revisión, ha expuesto al respecto:

"Este motivo de revisión es aplicable cuando entre lo demostrado y lo resuelto existe una contradicción, pues no obstante que según el hecho y las circunstancias probadas el delito solo pudo ser cometido por una persona, o por dos, tres o cuatro, etc., la sentencia comprende a más, haciéndose ostensible su injusticia respecto de los que siendo inocentes fueron condenados.

A la hipótesis prevista en la causal puede llegarse por la naturaleza del hecho o por lo probado. Lo primero cuando de lo materialmente ejecutado se infiere que únicamente pudo intervenir un número determinado de personas y sin embargo se condenó a más. Lo segundo cuando en el proceso está acreditado que participaron menos personas de las que fueron condenadas.

La sustentación no puede ser una alegación respecto a las diversas teorías sobre las formas de autoría y participación, ni un enfrentamiento con el criterio que tuvo el fallador para apreciar las pruebas, pues esta acción no es una prolongación del juicio ni una tercera instancia" (providencia de 2 de agosto de 1995, M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel).

Temas como la atipicidad del hecho o la errónea adecuación de la conducta, no pueden ser ventilados o debatidos a través de la acción de revisión, particularmente bajo la égida de la causal invocada, que se fundamenta en el error judicial de penar o imponer medida de seguridad a un número mayor de personas del que realmente podía haber concurrido a la ejecución del delito.

Sobre este mismo tópico dijo la Corte en providencia de 8 de febrero de 1990, con ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel:

"Es claro que esta causal sólo opera en los eventos en que empíricamente están demostradas las condiciones que obligan a afirmar que el delito fue cometido por una sola persona, o por un número inferior a las sentenciadas, como lo dice la norma. Tal sería el caso en que probatoriamente se establece que en el sitio de los acontecimientos solo estaban el agresor y su víctima, y se condenan dos personas como autores materiales del homicidio de ésta. Pero esta causal no se refiere a los eventos en que por interpretación de las normas o de los hechos, el recurrente considera, disintiendo del razonamiento del juez que profirió la sentencia, que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría, pues este debate se tiene que dar en las distintas etapas del proceso, o en la Corte, pero solo en sede de casación y como violación directa o indirecta de la ley sustancial, según el caso".

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., abril veintinueve (29) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No.42 (abril 28/97).

Proceso: 8528

VISTOS

Superadas las incidencias surgidas con ocasión de los impedimentos expresados en este asunto, es del caso calificar la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el apoderado del doctor Iván Alberto Puyo Vasco, sentenciado por el delito de peculado por apropiación, por extensión.

ANTECEDENTES

1°). Durante los meses de septiembre y octubre de 1982, funcionarios de la División de Investigaciones de la Contraloría General de la República, practicaron visita fiscal a la empresa "Promover Ltda" patrocinadora del concurso futbolero "Supergol", verificando que no había entregado a las beneficencias departamentales y al Distrito Especial de Bogotá la suma de $22.666.700.30 recaudados hasta el 13 de octubre de 1981, fecha de suspensión del concurso, por concepto de impuestos que debía girar dentro de los treinta días siguientes a cada juego, conforme a obligación impuesta por

la ley 78 de 1966, aduciéndose que no había dinero para cancelar lo recaudado, porque la sociedad había cesado en sus funciones por problemas de orden económico.

Las irregularidades encontradas fueron puestas en conocimiento de la justicia penal, dando lugar a la correspondiente investigación.

2°). Por los anteriores hechos fueron vinculados en calidad de sindicados, entre otros, los señores Ernesto Obregón Torres, Jorge Eduardo Estrada Villegas, Iván Alberto Puyo Vasco, Ivan Obregón Sanín, Alberto Peñaranda Canal y Gonzalo Mesa Obando. Contra los nombrados se profirió el 10 de julio de 1984 auto de proceder por el delito de peculado por extensión, por aplicación oficial diferente; parte ésta de la calificación que el Tribunal Superior de este Distrito cambió a peculado por apropiación.

El Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá puso fin a la instancia, condenando a los enjuiciados el 19 de febrero de 1987, a la pena principal de 24 meses de prisión y veinte mil pesos de multa, cada uno, como responsables del delito de peculado por apropiación, por extensión; fallo apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá mediante el suyo de 9 de junio de 1988.

3°). Inconformes los procesados con esta sentencia, la recurrieron en casación. A nombre de Iván Alberto Puyo Vasco se adujo violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de pruebas como la escritura de constitución de la sociedad "Promover Ltda", actas de la Junta de Socios, varias declaraciones, informes y comunicaciones; yerros que en opinión del recurrente llevaron al sentenciador a dar por demostrado, sin estarlo, que el impugnante Puyo Vasco, miembro de la Junta de Socios de dicha compañía, concurrió con el gerente de la misma, Ernesto Obregón Torres, a la apropiación dolosa de dineros recaudados como impuestos en favor de las distintas beneficencias del país y del Distrito Especial; aplicándose en forma indebida los artículos 36, 133, 138 y 139 del Código Penal y dejando de aplicarse el 40, numeral 4° de la misma codificación.

Por decisión mayoritaria de fecha 6 de junio de 1991, la Corte no casó la sentencia impugnada, por ambigüedad y contradicción del cargo formulado y no corresponder el reproche a la realidad procesal.

CAUSAL INVOCADA

Es la primera del artículo 232 del decreto 2700 de 1991, por haber sido condenado un número mayor de personas de las que realizaron el hecho juzgado; norma que en opinión del impugnante resulta aplicable al caso por razones de favorabilidad, no obstante haberse perpetrado el hecho punible bajo el ámbito del estatuto procedimental penal de 1971 (Decreto 409); favorabilidad que deviene de la nueva

concepción legal de considerar la revisión como acción y no como recurso extraordinario, y suprimirle la coexistencia de fallos encontrados como requisito previo para demostrar la causal.

Recordando la tradicional delimitación predicada por la Corte respecto de casación y revisión, expresa que frente a la normatividad procedimental vigente "es posible proponer en sede de acción de revisión situaciones debatidas y decididas en casación, sin limitación distinta a la de tener que aducir y demostrar una de las causales de procedencia contempladas en la nueva ley".

Consecuente con dicho razonamiento afirma que "a Iván Puyo Vasco se le atribuyó una autoría en apropiación de bienes del Estado calificada jurídico-penalmente como peculado, sin que ésta calificación corresponda a la realidad por no poseer él, al momento del hecho, la calificación legal propia del sujeto activo de la modalidad de peculado que específicamente se le ha endilgado".

También acude a la "contundencia, claridad y justicia" de los argumentos expuestos en el salvamento de voto, sobre el comportamiento observado por los miembros de la Junta Directiva de "Promover Ltda":

"*Dos aspectos del salvamento de voto demuestran de modo fehaciente que en este asunto se condenaron más personas de las que pudieron cometer el hecho punible juzgado, evento constitutivo de la causal bajo cuyo amparo ha sido propuesta aquí la revisión de los fallos. El primero, consistente en el marco que para resolver la responsabilidad penal en el caso de incumplimiento para las consignaciones de las sumas retenidas por concepto de impuestos fija el artículo 10 de la ley 38 de 1969, y, el segundo, en particular para el caso de Puyo Vasco, la no consideración por parte de los sentenciadores y, aún de los mismos recurrentes en casación, de aspectos recogidos en las actas de junta de socios, fundamento probatorio de la declaración de responsabilidad en su contra, revelan que la información por él obtenida sobre la situación de los impuestos era parcial o distorsionada y, en todo caso, cómo su comportamiento siempre estuvo orientado a lograr la mejor de las soluciones en la situación del no pago de los impuestos por parte de 'Promover'.*"

Respecto al primer punto, asevera que "En la medida en que los fallos condenatorios cuya revisión se demanda trascienden o desbordan el ámbito funcional del gerente o representante legal en la omisión de pagar los valores por concepto de impuestos, para incluir en él a los miembros de la junta que, por otra parte, tampoco habían recibido ni aceptado el específico encargo de pagar tales impuestos; se desconoce la disposición antes transcrita y se condena forzosamente a más personas de las que legalmente debían y podían resultar jurídico-penalmente responsables por el no pago".

Y en cuanto al segundo de tales aspectos expresa que "Sin duda, como lo destaca el salvamento de voto ampliamente reseñado, las apreciaciones de los sentenciadores y aún de la misma Corte al resolver la casación, sobre las actas mencionadas y la situación de Puyo que ellas reflejan, es parcial. Se dejan por fuera de consideración aspectos que de haber sido estimados habrían determinado que la sentencia, en cuanto a aquél respecta, tuviera que haber sido absolutoria...".

Luego agrega:

"*En materia del pago de los impuestos, no había relación de dependencia jurídica obligatoria entre el gerente y la Junta, pues la facultad y la obligación de pagarlos venía impuesta para el primero directamente por la ley y por el estatuto social,... De* esta manera el doctor Puyo no sólo no participó en la producción del evento antijurídico de que tratan los fallos, sino que ni siquiera pudo haber participado porque no tenía el deber ni la posibilidad jurídica de hacerlo ni de impedirlo" *(Resaltado del texto).*

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1°) De acuerdo con jurisprudencia de la Sala en el sentido de que la norma instrumental aplicable al caso, en tema relacionado con la viabilidad de las causales de revisión invocadas, es la vigente al momento de interponer la acción respectiva, porque es cuando se materializa el derecho del accionante para impugnar un fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada (sentencia de revisión de 19 de diciembre de 1995, M.P. doctor Nilson Pinilla Pinilla), correspondía al demandante acogerse, como lo hizo, a la causal de revisión contemplada en el numeral primero del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal vigente, que se funda en el supuesto de haberse condenado o impuesto medida de seguridad a un número mayor de personas que las que podían concurrir a la realización del hecho punible.

2°) La Corte, interpretando el sentido y alcance de dicha causal de revisión, ha expuesto al respecto:

"*Este motivo de revisión es aplicable cuando entre lo demostrado y lo resuelto existe una contradicción, pues no obstante que según el hecho y las circunstancias probadas el delito solo pudo ser cometido por una persona, o por dos, tres o cuatro, etc., la sentencia comprende a más, haciéndose ostensible su injusticia respecto de los que siendo inocentes fueron condenados.*

A la hipótesis prevista en la causal puede llegarse por la naturaleza del hecho o por lo probado. Lo primero cuando de lo materialmente ejecutado se infiere que únicamente pudo intervenir un número determinado de personas y sin embargo

se condenó a más. Lo segundo cuando en el proceso está acreditado que participaron menos personas de las que fueron condenadas.

La sustentación no puede ser una alegación respecto a las diversas teorías sobre las formas de autoría y participación, ni un enfrentamiento con el criterio que tuvo el fallador para apreciar las pruebas, pues esta acción no es una prolongación del juicio ni una tercera instancia" (providencia de 2 de agosto de 1995, M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel).

3°) Según se desprende de lo expuesto por el accionante, frente a las copias autenticadas de las sentencias de primera y segunda instancias y de casación, acompañadas a la demanda de revisión con la correspondiente constancia de ejecutoria, el impugnante Iván Aberto Puyo Vasco fue juzgado y condenado como *coautor* del delito de peculado por apropiación, por extensión, consistente en haber concurrido con el gerente de la empresa "Promover Ltda", Ernesto Obregón Torres, y los demás condenados a la apropiación dolosa de dineros recaudados como impuestos causados en favor del Distrito Especial y las distintas beneficencias del país.

No precisa, sin embargo, la razón por la cual, en cuanto a la descripción genérica del tipo, o por la naturaleza misma del hecho, o por sus particularidades específicas en el presente caso, sólo una determinada cantidad de personas pudo coparticipar en la realización del hecho punible, menos que quienes resultaron condenados a la misma pena principal (24 meses de prisión y multa de veinte mil pesos, cada uno) y favorecidos todos con el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Significa lo anterior que en la demanda no se establece que exista alguna imposibilidad, contradicción o ilogismo en la motivación ni en lo resuelto en la sentencia, en cuanto el delito fue cometido por seis personas, cuando bien pudo haberlo sido por más, y seis fueron los condenados, sin que se vislumbre de dónde puede derivarse una limitación acerca de la cantidad de partícipes.

4°) El impugnante, excediendo el ámbito de aplicación de la causal invocada y sustentándola con consideraciones que no le son acoplables, pretende la revisión del proceso que culminó con sentencia ejecutoriada, apoyándose en buena parte en el salvamento de voto a la sentencia de la Corte que negó la casación del fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que consigna el pensamiento jurídico, ajeno a limitación en la cantidad de autores, de un Magistrado y un Conjuez que se apartaron de la decisión mayoritaria, sobre temas que fueron objeto de debate y decisión.

Se pretende una vez más que el doctor Puyo Vasco es inocente, pero no realmente por la imposibilidad de que todo ese número de condenados hubiera podido concurrir

a cometer el hecho punible, sino porque su conducta resulta atípica, por no ostentar el sentenciado Puyo Vasco "al momento del hecho, la calificación legal propia del sujeto activo de la modalidad de peculado que específicamente se le ha endilgado"; conclusión a la que llega luego de un intenso examen del tipo penal configurado y de las pruebas recaudadas, particularmente de las actas contentivas de los debates en las juntas de socios, repitiendo la que sigue calificando de errónea apreciación, –tema que, por lo demás, no es propio de esta acción, sino del recurso extraordinario de casación, ya agotado–, por la cual arguye que se le dedujo al doctor Puyo Vasco una responsabilidad por conducta ajena, pero sin determinar porqué esa conducta sólo pudo ser cometida por una cantidad menor de personas que las condenadas, que es la inabordada esencia de su postulación

Atina sí a pregonar que si en "los fallos hubieran acatado estos principios normativos y considerado autores sólo a los 'intraneus', entonces sí la condena hubiera recaído sobre el número preciso de los participantes reales y nada más que sobre éllos", pero no indica cuál es ese número preciso y de paso olvida que ninguno de los condenados era "intraneus" y que precisamente el peculado fue deducido por extensión.

No desconoce el libelista que su patrocinado, siendo socio de la empresa "Promover Ltda.", de la cual también había sido fundador, continuó asistiendo a las reuniones de la Junta haciéndose partícipe de las decisiones adoptadas, pero no comparte que los juzgadores le hubiesen deducido responsabilidad penal a título de coautor; inconformidad ampliamente discutida en el proceso y sobre la cual infundadamente se pretende volver a través de la acción revisora, por supuesta causa de haberse desbordado la hipotética cantidad admisible de autores por el número de condenados.

De otra parte, temas como la atipicidad del hecho o la errónea adecuación de la conducta, no pueden ser ventilados o debatidos a través de la acción de revisión, particularmente bajo la égida de la causal invocada, que se fundamenta en el error judicial de penar o imponer medida de seguridad a un número mayor de personas del que realmente podía haber concurrido a la ejecución del delito.

5°). Sobre este mismo tópico dijo la Corte en providencia de 8 de febrero de 1990, con ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel:

"Es claro que esta causal solo opera en los eventos en que empíricamente están demostradas las condiciones que obligan a afirmar que el delito fue cometido por una sola persona, o por un número inferior a las sentenciadas, como lo dice la norma. Tal sería el caso en que probatoriamente se establece que en el sitio de los acontecimientos solo estaban el agresor y su víctima, y se condenan dos

personas como autores materiales del homicidio de ésta. Pero esta causal no se refiere a los eventos en que por interpretación de las normas o de los hechos, el recurrente considera, disintiendo del razonamiento del juez que profirió la sentencia, que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría, pues este debate se tiene que dar en las distintas etapas del proceso, o en la Corte, pero solo en sede de casación y como violación directa o indirecta de la ley sustancial, según el caso".

6°). Se ha determinado, con las consideraciones precedentes, que existe desconexión entre la causal argüida para tratar de remover la res judicata y las argumentaciones del accionante, en cuanto éstas no son conducentes ni corresponden a los aspectos básicos del factor primero de revisión al cual se acudió; en otras palabras, los fundamentos de hecho y de derecho en que pretendió el actor apoyar su solicitud, que debían guardar estricta relación con la causal invocada, no resultan apropiados ni compatibles con el objetivo propuesto.

En estas condiciones, se ha incumplido con lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, imponiéndose, en conclusión, el rechazo in límine de la demanda de revisión que formalmente ha sido analizada.

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

RESUELVE

1°). Reconocer al doctor Juan Fernández Carrasquilla como apoderado del sentenciado Iván Alberto Puyo Vasco, en los términos y para los efectos determinados en el poder a él conferido.

2°). No admitir la demanda de revisión presentada en nombre del sentenciado Iván Alberto Puyo Vasco.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, José I. Talero Losada, Conjuez, Julio Rozo, Conjuez (no firmó), Jorge E. Córdoba Poveda, Jorge A. Gómez Gallego, Alvaro Eslava Ayala, Conjuez, Rafael Osorio Rodríguez, Conjuez; Nilson Pinilla Pinilla, Luis Bernardo Alzate Gómez, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CASACION/PRESCRIPCION/ RECEPTACION

Habiéndose condenado a los procesados por el delito de receptación, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.P., tiene señalada una pena de prisión cuyo máximo es de 5 años, resulta incuestionable que no procedía el recurso extraordinario de casación, comoquiera que el artículo 218 del C.P.P., impone como requisito de procedibilidad de este excepcional medio impugnatorio, que esté dirigido contra sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial, Nacional o Penal Militar, por delitos que tengan fijada pena prisión, cuyo máximo, sea o exceda de 6 años.

Y, aunque se quisiera entender que el Tribunal de Valledupar concedió el recurso teniendo en cuenta criterios de favorabilidad, en el sentido de que para la fecha en que se profirió e impugnó extraordinariamente, se encontraba ya en vigencia la ley 190 de 1995, en cuyo artículo 31 se introdujeron modificaciones al delito de receptación incrementando la pena a 8 y 12 años de prisión, necesariamente fuerza recordar que no es admisible una tal interpretación porque ello, ha sido criterio de la Sala, implicaría la inadmisible creación de una lex tertia al aplicarse una ley al caso concreto para imponer la pena, y otra para determinar la procedencia del recurso.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.43 (04-29-97)

Proceso: 11243

VISTOS

Decide la Corte la petición de nulidad del trámite del recurso de casación elevada por el Procurador Segundo Delegado en lo penal.

CONSIDERACIONES

1°. Contra la sentencia del 31 de julio de 1995, del Tribunal superior del Distrito Judicial de Valledupar, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 6°. Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual se condenó, entre otros procesados a Omaira Esther Herrera Miranda y a Carlos Daza Torres a la pena principal de 12 meses de prisión y multa de $50.000,oo como autores del delito de receptación, la defensora común de éstos interpuso el recurso de casación que le fue concedido.

Presentada la demanda sustentatoria a nombre de la señora Herrera Miranda, se declaró ajustada, enviándose el proceso al Procurador Delegado en lo penal, quien se abstuvo de conceptuar por considerar que, en este caso, no procede el recurso de casación por tratarse de un delito cuya pena es inferior a 6 años.

2°. En efecto, habiéndose condenado a los procesados por el delito de receptación, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.P., tiene señalada una pena de prisión cuyo máximo es de 5 años, resulta incuestionable que no procedía el recurso extraordinario de casación, comoquiera que el artículo 218 del C.P.P., impone como requisito de procedibilidad de este excepcional medio impugnatorio, que esté dirigido contra sentencias de segunda isntancia proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial, Nacional o Penal Militar, por delitos que tengan fijada pena prisión, cuyo máximo, sea o exceda de 6 años.

3°. Y, aunque se quisiera entender que el Tribunal de Valledupar concedió el recurso teniendo en cuenta criterios de favorabilidad, en el sentido de que para la fecha en que se profirió e impugnó extraordinariamente, se encontraba ya en vigencia la ley 190 de 1995, en cuyo artículo 31 se introdujeron modificaciones al delito de receptación incrementando la pena a 8 y 12 años de prisión, necesariamente fuerza recordar que no es admisible una tal interpretación porque ello, ha sido criterio de la Sala, implicaría la inadmisible creación de una lex tertia al aplicarse una ley al caso concreto para imponer la pena, y otra para determinar la procedencia del recurso.

Por lo anterior, forzoso resulta en este caso, declarar la nulidad todo lo actuado a partir del auto del 5 de septiembre de 1995, por medio del cual el Tribunal de Valledupar, concedió a los procesados el recurso extraordinario de casación.

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

RESUELVE

Declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto proferido el 5 de septiembre de 1996, por medio del cual el tribunal Superior de Valledupar concedió el recurso extraordinario de casación.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FISCAL GENERAL DE LA NACION/ FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en mayoritaria posición ha considerado que a partir de la declaratoria de inexequibilidad de la parte del numeral 1° del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 17 de la Ley 81 de 1993, que autorizaba al Fiscal General de la Nación a ejercer sus funciones de investigación, calificación y acusación de los funcionarios con fuero Constitucional por "conducto de sus delegados de la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia", tales funcionarios no pueden actuar sino como consecuencia de una comisión específica para un acto procesal determinado y siempre y cuando este no contemple discrecionalidad alguna por parte del comisionado, pues "(. . .) a contrario de la delegación, la figura jurídica de la comisión *se caracteriza por su limitación en torno al* objeto *–por ejemplo, "comisiónase para abrir investigación penal", mas no para que "profiera las decisiones a que haya lugar"–; al* destinatario *–por lo que mal podría comisionarse genéricamente a los "Fiscales Delegados ante la Corte, sino a un funcionario determinado, debidamente individualizado; y a su* duración *– ya que no pueden existir comisiones indefinidas en el tiempo–. A estas características se suma la imposibilidad para el comitente de desprenderse de su responsabilidad, conocimiento, dirección y potestad decisoria en cada caso particular"*[*].

Sin embargo, las circunstancias fácticas que plantea el presente asunto no pueden enmarcarse dentro de la anterior situación, por cuanto en este caso, las decisiones adoptadas por el Fiscal Delegado, lo fueron con respaldo en la ley, como quiera que para la época de su proferimiento aun no había sido excluído del ordenamiento nacional la parte de la norma legal en la que se fundaba la competencia de tal funcionario.

---

* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de control de legalidad, 28 de agosto de 1996. Única Instancia. Radicación N° 11.674. Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll.

"Corresponde al Fiscal General de la Nación:

"1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conductode sus delegadosde la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución".

*No obsta para la anterior conclusión la declaratoria de inexequibilidad que hizo la Corte Constitucional el 20 de octubre de 1994 mediante su sentencia C-472, pues los efectos de los fallos de constitucionalidad son ex nunc** a menos que el propio Tribunal que tiene asignada la guarda de la Constitución diga lo contrario.*

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. –Santafé de Bogotá D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No 46

Rad. 11779

VISTOS

Vencido el término de traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, resuelve la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia acerca de la nulidad impetrada por el defensor del doctor *Gabino Ruiz Galeano* y la petición de pruebas del defensor del doctor Ezequiel Antonio Jiménez Padilla.

I. LA PETICIÓN DE NULIDAD

El señor defensor del sindicado doctor *Gabino Ruiz Galeano*, solicita la declaratoria de nulidad de lo actuado a partir de la resolución de cierre de investigación, por haber sido dispuesto por el Fiscal Delegado y no por el Fiscal General de la Nación, lo que encuentra violatorio del debido proceso.

** "de ahora en adelante, sin efectos retroactivos". Diccionario de Expresiones y frases latinas. HERRERO LLORENTE Víctor José. Editorial Gredos, 3ª Edición. Madrid 1992.

Anuncia como fundamento de su petición el numeral 1º del artículo 251 de la Constitución Política.

II. La petición de pruebas

El defensor del sindicado doctor Ezequiel Antonio Jiménez Padilla, solicita que se decreten todas las pruebas que había solicitado su defendido en memorial del 20 de febrero de 1995, las que considera necesarias para probar la inocencia de su poderdante.

Las pruebas que en tal fecha el sindicado había solicitado y sobre cuya procedencia no se ha decidido aun, por cuanto en la oportunidad procesal correspondiente se decretó la nulidad de lo actuado, son las siguientes:

1. Que se oficie a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, para que aporte los siguientes documentos:

a. Constancia del recibo o entrega por parte del sindicado *Jiménez Padilla* del proyecto de fallo a la Secretaría de la Sala Penal en agosto de 1988.

b. Constancia sobre la fecha de recibo del expediente con el proyecto de fallo por parte del sindicado Ruiz Galeano y acerca de la fecha en que éste devolvió el expediente a la Secretaría de la Sala.

c. Constancia sobre la fecha de recibo del expediente con el proyecto de fallo por parte del Conjuez Abisambra Pupo y acerca de la fecha en que lo devolvió a la Secretaría de la Sala y entregó el salvamento de voto.

d. Constancia sobre la fecha en que se "ordenó y sacó en limpio el proyecto de fallo, ya con la firma del doctor Ruiz G. , y el salvamento de voto por aparte y la constancia si el proyecto sacado en limpio es identico al proyecto que yo elaboré en agosto de 1988".

e. Que se expidan copias de las manifestaciones de impedimento de los Magistrados y de los Fiscales y copias de las actas por medio de las cuales se designaron los Conjueces que reemplazaron a aquellos y de los autos que aceptaron los impedimentos de los Fiscales.

f. Que se expidan copias de las actas o providencias por medio de las cuales se solicitó a la Fiscalía General de la Nación la designación de Fiscal para el proceso y del acta de posesión del Procurador Regional para intervenir en el proceso.

2. Que se oficie al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá, donde fue radicado el proceso que originó la acción penal en su contra, para que se expida copia de las siguientes piezas procesales:

a. De la providencia que no concedió el recurso de reposición propuesto por el Procurador Regional de Montería, contra la providencia de segunda instancia.

b. "De la falta de notificación personal –por muchas veces– según constancias del empleado de la Sala Penal –de la Secretaría de la misma– al Procurador por haber salido el anterior procurador y no haberse designado en propiedad nuevo procurador".

c. De la renuncia del conjuez Gabino Ruiz por su nombramiento en un cargo público; del auto que acepta la renuncia; del nombramiento de su reemplazo; de la cosntancia de no aceptación de éste y de la designación de quien lo reemplazó.

d. De la información acerca del fallecimiento del Conjuez Abisambra Pupo y de su reemplazo como tal.

e. De las posesiones de los dos últimos Conjueces.

f. Adicionalmente solicita que el Funcionario que expida las copiascertifique el tiempo que la Sala de Conjueces permaneció desintegrada en su quórum, por contar únicamente con el ponente.

3. Se oficie a la Procuraduría General de la Nación para que expida copias de la totalidad de la actuación adelantada en la investigación disciplinaria que se les siguió a los doctores Jiménez Padilla y Ruiz Galeano, por queja presentada en su contra por el doctor Hoyos Usta, ex-Contralor del departamento de Córdoba.

El peticionario finaliza su escrito reiterando las mismas exculpaciones que ha venido planteando a través de la instrucción, esto es: que elaboró el proyecto de fallo desde agosto de 1988; que le fue devuelto el expediente con posterioridad a la llegada del oficio con el que se le comunicó la resolución de cambio de radicación; que con la firma de los dos Conjueces aquí sindicados ya el proyecto era una providencia legalmente adoptada; que tuvo que resolver un recurso improcedente del Ministerio Público y que ya fue investigado y absuelto disciplinariamente por estos mismos hechos, por lo que considera que "hay que examinar el debido proceso, se nos está investigando por los mismos hechos ya

fallados y esto no es posible jurídica y procesalmente y la segunda investigación de nuestra (sic) como Conjueces implica nulidad".

CONSIDERACIONES

1. Atendiendo al principio lógico de la prevalencia, se resolverá primero lo relativo a las nulidades impetradas y luego sobre las pruebas, pues la eventual prosperidad de la primera de las peticiones hace innecesario el análisis de la segunda.

2. De la Nulidad por Falta de Competencia del Fiscal Delegado de la Unidad ante la Corte Suprema de Justicia, para clausurar la investigación:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en mayoritaria posición ha considerado que a partir de la declaratoria de inexequibilidad de la parte del numeral 1° del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 17 de la Ley 81 de 1993, que autorizaba al Fiscal General de la Nación a ejercer sus funciones de investigación, calificación y acusación de los funcionarios con fuero Constitucional por "conducto de sus delegados de la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia", tales funcionarios no pueden actuar sino como consecuencia de una comisión específica para un acto procesal determinado y siempre y cuando este no contemple discrecionalidad alguna por parte del comisionado, pues "(. . .) a contrario de la delegación, la figura jurídica de la *comisión* se caracteriza por su limitación en torno al *objeto* –por ejemplo, "comisiónase para *abrir* investigación penal", mas no para que "profiera las decisiones a que haya lugar"–; al *destinatario* –por lo que mal podría comisionarse genéricamente a los "Fiscales Delegados ante la Corte", sino a un funcionario determinado, debidamente individualizado-; y a su *duración* –ya que no pueden existir comisiones indefinidas en el tiempo-. A estas características se suma la imposibilidad para el comitente de desprenderse de su responsabilidad, conocimiento, dirección y potestad decisoria en cada caso particular"[1].

Sin embargo, las circunstancias fácticas que plantea el presente asunto no pueden enmarcarse dentro de la anterior situación, por cuanto en este caso, las decisiones adoptadas por el Fiscal Delegado, lo fueron con respaldo en la ley, como quiera que para la época de su proferimiento aun no había sido excluído del ordenamiento nacional la parte de la norma legal en la que se fundaba la competencia de tal funcionario.

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. auto de control de legalidad, 28 de agosto de 1996. Unica Instancia, Radicación N° 11.674, Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll.

El cierre de la investigación, acto procesal señalado por el defensor del sindicado Ruiz Galeano como determinante de la nulidad cuya declaración solicita, fue efectivamente proferido por un Fiscal Delegado de la Unidad ante la Corte Suprema de Justicia, pero ello ocurrió el 15 de febrero de 1994 (folio 200, cuaderno original), fecha para la cual ese Funcionario Judicial estaba perfectamente habilitado por la ley para actuar en tal sentido, pues el numeral 1° del artículo 121 de la Ley 81 de 1993 señalaba:

"Corresponde al Fiscal General de la Nación:

"1. Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conductode sus delegadosde la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución".

No obsta para la anterior conclusión la declaratoria de inexequibilidad que hizo la Corte Constitucional el 20 de octubre de 1994 mediante su sentencia C-472, pues los efectos de los fallos de constitucionalidad son ex nunc[2] a menos que el propio Tribunal que tiene asignada la guarda de la Constitución diga lo contrario.

No escapa a la Sala la circunstancia de que para la época de la sentencia aludida no se había expedido aun la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia[3], en cuyo artículo 46 se resolvió plenamente el asunto de los efectos de las sentencias dictadas en ejercicio del control judicial de constitucionalidad, pero ello no obsta por que la regla atrás aludida estaba ya consagrada en el artículo 21 del decreto 2067 de 1991, con la precisión y alcance que le señaló la sentencia No. C-113 del 25 de marzo de 1993 adoptada por la Corte Constitucional.

Ahora bien, esta misma argumentación tiene cabida aun en el supuesto de considerar que como el cierre de la investigación solo vino a quedar en firme el 19 de agosto de 1994, es en tal fecha en la que debe analizarse si el Fiscal Delegado que la profirió tenía o no competencia, pues, como se anotó, la sentencia de inexequibilidad de la parte de la norma que le atribuía tal facultad excluyó de la normatividad nacional, el fundamento legal de la competencia del Delegado a partir del 20 de octubre de 1994, no antes.

---

2 "de ahora en adelante, sin efectos retroactivos". Diccionario de Expresiones y frases latinas. HERRERO LLORENTE Víctor-José. Editorial Gredos, 3ª Edición, Madrid 1992.

3 Ley 270 de 1996, marzo 7 de 1996.

Suficientes las anteriores razones para negar la nulidad impetrada.

3. De la nulidad por la existencia de la investigación penal a pesar de la absolución por parte de la Procuraduría.

Esta solicitud de nulidad, que ni siquiera es presentada por el petente con arreglo a la ley, pues omite señalar cuál es la causal que aduce como generadora de la anulación del proceso en los precisos términos del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, ya ha sido presentada por el sindicado Jiménez Padilla en dos ocasiones y le ha sido resuelta en las mismas oportunidades, aunque no la ha nominado como nulidad.

En efecto, ha sido reiterado argumento exculpativo del acusado Jiménez Padilla la investigación y absolución que disciplinariamente produjo la Procuraduría General de la Nación, tésis que la Fiscalía en la etapa instructiva respondió en la resolución que definió el recurso de reposición interpuesto contra la definición de la situación jurídica advirtiendo: "que la Procuraduría haya determinado la absolución a nivel disciplinario es un aspecto que, aunque probado, no limita la actividad de la Fiscalía en punto al juicio de reproche que quepa a quienes desempeñaban en ese momento una función púbica, cuyo eventual abuso es objeto de un proceso penal".

Posteriormente, en la resolución de acusación, el Fiscal General de la Nación señaló al respecto que: "es cierto que la Procuraduría absolvió a quienes desempeñaban su función como Magistrados, pero, independientemente de su certeza, tal decisión disciplinaria no limita la actividad de la Fiscalía en punto al juicio de reproche penal que quepa a quienes abusando de su cargo, desempeñaron funciones públicas diversas de las que legalmente les corresponden". Además así lo dispuso el artículo 20 de la ley 200 de 1995 cuando señala que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal.

Suficientes entonces las anteriores razones para tener como ya alegada y resuelta en la etapa de instrucción esta solicitud de nulidad, lo que impone a la Corte declarar su improcedencia en esta etapa procesal.

4. La Petición de Pruebas:

El doctor Jiménez Padilla en su escrito de petición de pruebas se limita a presentar una larga enumeración de las pruebas cuya práctica pretende por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la etapa del juicio, pero no entrega ni una sola razón para demostrar la pertinencia o conducencia de las mismas, fundando la solicitud únicamente en una especie

de alegato de conclusión puesto al final del memorial, en el que simplemente hace una cita de las exculpaciones que a través del proceso ha venido presentando respecto de la conducta que le ha sido reprochada como abuso de función pública.

Tampoco contribuye en nada su abogado, pues al solicitar que se tenga en cuenta el memorial de su poderdante, limita su razonamiento a señalar que las pruebas solicitadas por éste son necesarias para "probar su inocencia", argumento que por general resulta inutil para que la Corte deduzca que es lo que los sujetos procesales quieren probar con los medios probatorios cuya evacuación impetran.

No obstante que la falta de especificidad de las razones de conducencia y pertinencia de las pruebas solicitadas es razón suficiente para negar su práctica, por petición de las partes, observa la Corte que las mismas resultan manifiestamente superfluas.

Las constancias sobre las fechas de entrega y recibo del expediente a los demás Conjueces, luego del proyecto de fallo, están perfectamente acreditadas con la inspección judicial que aparece a folio 40 y con los documentos que se recaudaron en la misma que son legibles de los folios 42 al 50; igualmente aparecen de los folios 53 a 64 las actas de sorteo y las diligencias de posesión de los Conjueces sindicados y de los doctores Abisambra Pupo, Benitez Martínez, Padrón Herrera, Mercado Vergara, Alemán Camargo y Petro Sierra; así mismo aparece la anterior documentación en original, pues el cuaderno anexo No. 2 contiene toda la actuación adelantada en el Tribunal de Montería desde el 2 de julio de 1987 hasta el 22 de abril de 1993 que aparece la constancia de remisión del proceso al Juez competente en Santa Fe de Bogotá D. C., razón por demás suficiente para negar la práctica de las pruebas solicitadas por el sindicado.

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

RESUELVE

Primero: *Negar las nulidades* solicitadasporeldefensor del sindicado Gabino Ruiz Galeano y el sindicado Ezequiel Jiménez Padilla.

Segundo: Negar, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia, las pruebas solicitadas por el doctor Ezequiel Jimenez Padilla y coadyuvadas por su defensor.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ APELACION

Proferida la sentencia de primera instancia sobre la base de la diligencia para aceptación de cargos, o del acuerdo realizado con miras a la sentencia anticipada, el Juez está en condiciones de efectuar el juicio de valor sobre la viabilidad del recurso de apelación que comporta su interposición por cualquiera de los sujetos habilitados para ello, y determinar su procedencia, conforme a las claras pautas que ofrece el artículo 37-B del C. de P. P. en su numeral 4o.

Si encuentra que las razones del recurso sobrepasan la facultad impugnadora de la defensa o del acusado, es su deber así declararlo y no dar paso a una impugnación inoficiosa; hacerlo atenta contra el principio de la economía procesal demorando las expectativas de los involucrados y desgastando inútilmente el aparato de la administración de justicia, amén de contrariar la propia filosofía que inspiró la institución del fallo anticipado.

Ahora bien, si por gracia de un equivocado criterio concede el recurso, obviamente al superior compete remediar el entuerto y declarar la improcedencia; mas no es éste, como equivocadamente lo entendió el Tribunal de origen, el único funcionario llamado a dar aplicación al artículo 37-B-4o. del C. de P. P. .

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D. C. , seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 46

Proceso: 11524

Decide la Corte sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la *sentencia anticipada* expedida el23 de octubre de 1995por el Tribunal Superior del DistritoJudicial de Cali, en la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena a *Jair Quintero Toro* en calidad de *coautor* del concurso de delitos de hurto calificado y agravado y homicidioagravado, en los bienes y la persona de *Prudencio Millán*, previa la verificación ordenada por el artículo 226 del C. de P. P. , delaspecto formal de la demanda con la que se sustenta la impugnación.

ANTECEDENTES

1. En espectacular acción delictiva, como que indignada la comunidad se alzó gritando y tratando de impedir la huida de los atracadores, los sujetos Marco Tulio Sierra Polanía y Jair Quintero Toro, quienes se movilizaban en una motocicletapor inmediaciones de la carrera 11 con calle 74, barrio 'Andrés Sanín de la ciudad de Cali pasadas las cinco de la tarde del 17 de marzo de 1995,agredieron al también motociclista, *Prudencio Millán Suelto*, hiriéndolo con armas cortopunzante y de fuego ante la resistencia que les opuso, a causa de lo cual falleció minutos después, arrebatándole el arma de fuego que portaba y usaba para su trabajo de vigilante.

2. En el decurso de la investigación, una vez oídos en indagatoria los sindicados, se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por considerarlos a ambos, coautores de los delitos de hurtocalificado y agravado y homicidio agravado (fls. 59-65 cd. ppl. 1).

3. En el término de ejecutoria del auto de cierre de la investigación el procesado *Quintero Toro*, con la coadyuvancia de su defensor, solicitó que se dictara sentencia anticipada conforme al artículo 37 del C. de P. P. (fl. 172), aunque el profesional formuló anexa solicitud de práctica de algunas pruebas(fl. 180), que la Fiscalía desatendió con las razones que registró en el acta de la correspondiente diligencia, que se llevó a cabo el 14 de junio de 1995 *(fls. 1822-1184v.)*, en la cual el ente acusador reiteró las imputaciones en los mismos términos del autodefinitorio de la situación jurídica y el procesado los aceptóen presencia de su defensor, dando así paso a la referida sentencia anticipada, que profirió el Juzgado 19 Penal del Circuito de Cali(fls. 191-204).

4. Del fallo de primera instancia, *apeló la defensa*, sustentando el recurso con un extenso memorial en el que discute las bases de la sentencia, que dice es "altoparlante" de la resolución definitoria de la situación jurídica, afirmando que no fue el hurto el móvil del delito de homicidio y que al así considerarlo el Juzgado, formuló una imputación objetiva; también protesta por no haberse realizado un "justo análisis" de la indagatoria de su representado, quien dice, desde el comienzo

se declaró inocente de los hechos. Añade que aunque éste *expresó aceptar* los cargos, esa aceptación no se refirió a la coparticipación delictiva, sino a ser espectador de los hechos, que protagonizaron el otro coprocesado y el occiso; de tal manera, el fallo emitido "contraría las voces del art. 247 del C. de P. Penal, en relación a la certeza de la responsabilidad". Tras explicar la razón de ser del artículo 37 del C. de P. P., añade que no está demostrada la autoría del homicidio en cabeza de su patrocinado;y buscando *cuestionar la punibilidad*, agrega que tampoco existe prueba de que éste hubiera participado en el hurto investigado.terminando por solicitar la revocación del fallo (fls. 209-212).

5. Considerando el Juzgado que al accederse a la petición de sentencia anticipada ya el proceso contaba con suficientes elementos de juicio para condenar y, que la parte apelante carecía de interés para impugnar el fallo de conformidad con la limitación establecida en el artículo 37 del C. de P. P. ,denegó la apelación (fl. 216), pero el Tribunal Superior del Distrito la concedió al resolver el *recurso de hecho* impetrado. Argumentó el Tribunal que el Juez rebasó su facultad para calificar el interés del recurrente, pues ella solo es operante para el a quo cuando no ha habido sustentación. (fls. 62-63 cd. rec. hecho).

6. Sin embargo, al desatar la apelación tomó para sí todas las razones del Juez al denegarla, e impartió confirmación plena a la sentencia a quo. (fls. 235 y ss. cd. ppl. 1). Contra su decisión la defensa ha recurrido extraordinariamente.

La demanda

Bajo el título de "Motivos de la impugnación" consigna un glosario indiscriminado de objeciones a la sentencia, que involucra irregularidades sustanciales por desconocimiento de las garantías del debido proceso, aplicación indebida de las normas que tipifican los delitos de homicidio agravado y hurto; omisión de pruebas por inobservancia del deber de investigación integral: falta de aplicación de los artículos 333 y 334 del C. Penal; inobservancia de lo previsto en el artículo 362 del C. de P. P. sobre deber de verificar las citas del procesado en su indagatoriay del artículo 368 del mismo estatuto por no haberse practicado reconocimiento en fila de personas. Como conclusión de esta primera parte sostiene:

"En el presente caso hubo violación del derecho sustancial,porerror manifiesto que generó la falta de aplicacióndelartículo 247 del C, de P. Penal, sobre la certeza de imputabilidad,de responsabilidad del sindicado, irrogando sentencia condenatoria contra Jair Quintero Toro, art. 220, ordinal 3°".

Luego relaciona cinco cargos, así:

Primero. Se recibió un testimonio incriminatorio pero no se practicó reconocimiento en fila de personas, es decir, que "con prueba inexistente" se imputaron a su patrocinado los dos ilícitos, luego hubo "violación directa de la ley".

Segundo. Con "multiplicidad de irregulares en perjuicio del sindicado", dice, por la no verificación de las citas de su injurada, ni ampliación de esta diligencia se hicieron las imputaciones en los fallos de las instancias y, así se incurrió en violación "del debido proceso, de las formas propias del juicio.".

Tercero. Se vulneró el debido proceso porque no se recepcionaron los testimonios delos agentes de la policía que practicaron las capturas, lo que era necesario para la controversia de la prueba.

Cuarto. Pese a haber solicitado la defensa las pruebas referidas en el cargo precedente no se practicaron, con lo cual se incurrió en:

"violación del debido proceso y para el aporte de pruebas necesarias para el conocimiento del fallador de nuestra Carta Fundamental, Hubo violación directa sustancial art. 333 del C. de Procedimiento Penal, irregularidad que va en perjuicio del sindicado[...]".

Quinto. Esta acusación es una condensación de las anteriores y cuestiona indistintamente y en forma incoherente la sentencia por irregularidades procesales que conllevarían la nulidad y por violación directa de la ley sustancial, pero a la vez porque sin la existencia de prueba suficiente para condenar se condenó a su cliente, de quien insiste, manifestó aceptación para sentencia anticipada, pero no de los cargos, sino de haber sido espectador de los hechos delictivos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dos razones de inviabilidad se ciernen sobre la demanda en examen, la primera, por virtud de la falta de interés para recurrir en casación; y la segunda, por la total falta de claridad y de precisión en la exposición de los motivos de casación aducidos, de donde fluye, que deberá ser rechazada y a la vez, el recurso declarado desierto.

El contenido del proceso deja claro que en la resolución que les definió la situación jurídica a los dos procesados, se les imputaron los delitos de hurto calificado y agravado y homicidio agravado, por las circunstancias probadas de todo orden que caracterizaron el punible acontecer.

A pedido del acusado Quintero y su defensor, la fiscalía practicó diligencia para la formulación de cargos conforme al artículo 37 del C. de P. P., y efectivamente, con las mismas circunstancias le hizo la acusación como coautor de ambos hechos punibles, siendo ésta la imputación que el interesado aceptó expresamente en presencia de su defensor –el mismo profesional que ahora recurre en casación–.

Obtenida la sentencia de primera instancia con la rebaja punitiva autorizada por la ley, el defensor decidió proclamar la inocencia de su cliente cuestionando, *mediante apelación*, la autoría y la responsabilidad en cabeza suya, con elsofístico argumento de que la aceptación que había exteriorizado ante la Fiscalía era simplemente la de ser testigo presencial de los hechos, cuyo protagonismo transfirió en integridad al coprocesado que no solicitó sentencia anticipada, y en últimas, que no había prueba de la participación de su cliente en el hurto.

Con sobrada razón el Juzgado 19 Penal del Circuito de Cali denegó la concesión del recurso, atendiendo el precepto contenido en el numeral 4o. del artículo 37-B del C. de P. P.; pero infortunadamente el Tribunal, *en un exceso de celo de su condición de superior jerárquico* optó por abrir paso a la alzada accediendo a ella a través del recurso de hecho, sin tener en cuenta que la viabilidad del recurso de que habla el artículo 205 del C. de P. P. no solo la confieren los artículos 202 y 203 del mismo estatutoque cita al resolver el recurso de hecho, sino, de manera especial y por tanto imperativa, el numeral 4o. del artículo 37-B,concebido para la regulación específica del mecanismo de economía procesal de la sentencia anticipada.

Es que, proferida la sentencia de primera instancia sobre la base de la diligencia para aceptación de cargos, o del acuerdo realizado con miras a la sentencia anticipada, el Juez está en condiciones de efectuar el juicio de valor sobre la viabilidad del recurso de apelación que comporta su interposición por cualquiera de los sujetos habilitados para ello, y determinar su procedencia, conforme a las claras pautas que ofrece el artículo 37-B del C. de P. P. en su numeral 4o.

Si encuentra que las razones del recurso sobrepasan la facultad impugnadora de la defensa o del acusado, es su deber así declararlo y no dar paso a una impugnación inoficiosa; hacerlo atenta contra el principio de la economía procesal demorando las expectativas de los involucrados y desgastando inútilmente el aparato de la administración de justicia, amén de contrariar la propia filosofía que inspiró la institución del fallo anticipado.

Ahora bien, si por gracia de un equivocado criterio concede el recurso, obviamente al superior compete remediar el entuerto y declarar la improcedencia;

mas no es éste, como equivocadamente lo entendió el Tribunal de origen, el único funcionario llamado a dar aplicación al artículo 37-B-4o. del C. de P. P.

Tiénese pues, que el recurso de apelación,sustentado como lo estaba, no para poner al descubierto errores de cuantificación punitiva, ni ningún otro de los aspectos que podía discutir la parte apelante, sino para cuestionar extremos esenciales del delito como lo son autoría y responsabilidad. que el procesado había aceptado expresamente en presencia de su defensor, era a todas luces improcedente por falta de interés; y si éste no existía para apelar, *tampoco puede aceptarse que exista para recurrir en casación.*

Pero, si en gracia de discusión y extremada guarda de toda garantía para el procesado se aceptara ese interés, la demanda, en la forma en que está confeccionada, se encargaría por sí sola de marcar la inviabilidad del recurso, en efecto.

Las varias censuras, de las cuales se desconoce cuál es la principal, contienen un indiscriminado cuestionamiento, básicamente afirmativo, pues que la demostración brilla en gran parte por su ausencia, tanto de orden probatorio, como de índoleprocedimental, tendientes éstas a denunciar la transgresión de las garantías del debido proceso y de las formas propias del juicio, con la añadidura de la precisión de quehubo *violación directa* de la ley sustancial, todo ello sin especificar la clase de errores aducibles en casación que pudo haber cometido el Tribunal en su apreciación probatoria; sin precisar de qué manera se vulneraron las garantías constitucionales que menciona, ni menos, demostrarla clase de error en la selección o aplicación, o intelección de las normas sustantivas atinentes al caso.

Tan confusa formulación de los reparos impide a la Corte –sujeta por el principio de limitación según el artículo 228 del C. de P. P.–, seleccionar cualquiera de las alternativas propuestas, y conduce a afirmar sin vacilación, la total omisión por el casacionista, de las exigencias previstas en los numerales 3° y 4° del artículo 225 del C. de P. P. , de indicar y demostrar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada, conlas normas que se estimen infringidas por el sentenciador de las instancias, y, de presentar por separado los cargos. si son excluyentes, como ocurre en el caso en examen.

En definitiva, resulta imperativo, declarar la inviabilidad del recurso extraordinario y, de contera, desierto el recurso.

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

RESUELVE

Rechazar in limine la demanda de casación presentada en este proceso; por consiguiente, declarar desierto el recurso de casación interpuesto por el coprocesado Jair Quintero Toro, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali,que lo condena por el concurso de delitos de hurto calificado y agravado y homicidio agravado en los bienes y la persona de *Prudencio Millán.*

Esta decisión de conformidad con el artículo 197 del C. de P. P. , no admite recurso.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION DE NACIONALES

La intervención de la Corte Suprema de Justicia dentro del trámite de la extradición pasiva tiene como punto de partida la reunión de tres supuestos que claramente indica el Capítulo III del Título 1o., Libro Quinto del Código de Procedimiento Penal a saber:

1. Que la solicitud se haya tramitado por la vía diplomática (excepcionalmente la consular o de gobierno a gobierno), allegando la documentación que indica el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal y emitiendo por el Ministerio de Relaciones Exteriores el concepto que exprese si el caso se sujeta a convenciones o usos internacionales, o si procede obrar de acuerdo con la legislación procesal penal colombiana.

2. Que el requerido en extradición se halle en el territorio nacional, posibilitándose su entrega al Estado que lo solicita, como en tal sentido lo hace expreso el Tratado de recíproca extradición de reos que para este caso se aplica, y de manera reiterada lo requiere esta Sala de la Corte en providencias de octubre 21 de 1986, junio 16 de 1987 y diciembre 12 de 1995, y

3. Que no se trate de un colombiano por nacimiento, pues el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal la veda, en concordancia con el artículo 35 Constitucional para esta clase de personas, en cuyo caso y cuando ella apunte a infracciones cometidas en el exterior, consideradas tales en la legislación nacional, serán juzgados en Colombia.

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. – Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No. 46

Proceso:13097

VISTOS

El Ministerio de Justicia y del Derecho remite a esta Sala de la Corte la documentación recaudado dentro de la solicitud de extradición que el Gobierno del Canadá dirige respecto del nacional colombiano Miguel Angel Rodríguez Orejuela, por lo que se hace necesario el previo examen de los requisitos que su trámite impone.

ANTECEDENTES

1. Mediante Nota verbal suscrita el día 14 de enero de 1997, la Embajada de Canadá en esta ciudad cursó ante el Ministerio de Relaciones Exteriores una solicitud de extradición respecto del "ciudadano colombiano" Miguel Rodríguez Orejuela, nacido el 23 de noviembre de 1943, quien se halla acusado en la Provincia de Quebec por cuatro cargos de conspiración, importación, posesión con intención de traficar y tráfico de cocaína, infracciones previstas como delito en la Ley para el Control de Drogas de Canadá y sancionadas con pena máxima de cadena perpetua.

2. Al impulsar el trámite que le concernía, tres días después la Cancillería remitió al Ministerio de Justicia y del Derecho la anterior solicitud, y copia de ella al Señor Fiscal General de la Nación, haciendo ver a uno y otro que la Embajada invoca el Tratado existente entre Colombia y Gran Bretaña, y que la petición apunta a un "ciudadano colombiano", por lo que informa que para el caso los convenios aplicables son:

"1. Tratado de Extradición de Reos entre la República de Colombia y la República de Gran Bretaña, firmado en Bogotá el 27 de octubre de 1888, aprobado por Ley 148 de 1888. Entró en vigor el 21 de agosto de 1889.

Canadá así como los demás dominios británicos, heredaron todos los derechos y obligaciones derivados de los tratados de aplicación general del Reino Unido y a sus dominios. Al convertirse en un Estado soberano independiente, Canadá asumió el Tratado del 27 de octubre de 1888 entre Colombia y Gran Bretaña para la mutua entrega de criminales fugitivos.

2. De otra parte, es necesario tener en cuenta la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscrita en Viena el 30 de diciembre de 1988.

Vale la pena señalar que en esta Convención Colombia formuló, entre otras, la siguiente reserva:

"Colombia no se obliga por el artículo 3o., párrafos 6o. y 9o., y el artículo 6o. de la Convención, por ser contrarios al artículo 35 de su Constitución Política en cuanto a la prohibición de extraditar colombianos por nacimiento".

3. Las comunicaciones precedentes merecieron el siguiente trámite en las Oficinas de destino:

3. 1. El Fiscal General de la Nación se pronunció el 28 de enero de 1997, y luego de resaltar que dentro de la Nota Verbal se prevenía que "el señor Rodríguez Orejuela es un ciudadano colombiano. . ." concluyó absteniéndose de decretar orden de captura con fines de extradición en contra del requerido "hasta tanto se conozca el pronunciamiento del Gobierno Nacional, dentro del procedimiento legal previsto para este trámite".

3. 2. El Ministerio de Justicia y del Derecho por intermedio del Jefe de la Oficina Jurídica resolvió mandar el 17 de abril las diligencias a esta Sala "dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal", motivo que suscita el pronunciamiento de la Corte.

Consideraciones de la Sala

La intervención de la Corte Suprema de Justicia dentro del trámite de la extradición pasiva tiene como punto de partida la reunión de tres supuestos que claramente indica el Capítulo III del Título 1o., Libro Quinto del Código de Procedimiento Penal a saber:

1. Que la solicitud se haya tramitado por la vía diplomática (excepcionalmente la consular o de gobierno a gobierno), allegando la documentación que indica el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal y emitiendo por el Ministerio de Relaciones Exteriores el concepto que exprese si el caso se sujeta a convenciones o usos internacionales, o si procede obrar de acuerdo con la legislación procesal penal colombiana.

2. Que el requerido en extradición se halle en el territorio nacional, posibilitándose su entrega al Estado que lo solicita, como en tal sentido lo hace expreso el Tratado de recíproca extradición de reos que para este caso se aplica, y de manera reiterada lo requiere esta Sala de la Corte en providencias de octubre 21 de 1986, junio 16 de 1987 y diciembre 12 de 1995, y

3. Que no se trate de un colombiano por nacimiento, pues el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal la veda, en concordancia con el artículo 35 Constitucional para esta clase de personas, en cuyo caso y cuando ella apunte a

infracciones cometidas en el exterior, consideradas tales en la legislación nacional, serán juzgados en Colombia.

Para el caso que se examina y como queda dicho, a la solicitud se le imprimió el trámite diplomático que corresponde, acompañándose la información del Ministerio de Relaciones Exteriores, que identifica como último de los tratados aplicables, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1988, aprobada mediante la ley 67 de 1993, a su vez analizada por la Corte Constitucional por sentencia C-176 de abril 1o. de 1994, y promulgada finalmente mediante Decreto 671 de 1995, en cuyo artículo 2o. se formuló, entre otras reservas, la de que Colombia no se obliga por el artículo 3o, párrafos 6o. y 9o. y el artículo 6o. de la convención, por ser contrarios a la Constitución Política en cuanto a la prohibición de extraditar colombianos por nacimiento.

Ahora bien, la presencia del requerido en el territorio nacional se afirma por su reclusión en un centro carcelario del país, si bien la Fiscalía se abstuvo de detenerle hasta no conocer el pronunciamiento del Gobierno Nacional relacionado con la solicitud en curso.

Y en lo que atañe con la nacionalidad del requerido se tiene desde el pedido de entrega y sin contradicción de las autoridades nacionales, la advertencia de que el señor Miguel Angel Rodríguez Orejuela es un ciudadano colombiano nacido el 23 de noviembre de 1943, lo que conduce a recordar con un reciente pronunciamiento de la Sala, que:

"... tanto el trámite judicial previsto en el artículo 556 de dicho estatuto (se refiere al Código de Procedimiento Penal) como el concepto regulado en el artículo 558 idem, están diseñados sobre el presupuesto lógico de la posibilidad jurídica de llegar a conceder la extradición, no porqueabsurdamente se piense que de manera fatal el procedimiento siempre atraerá conceptos y decisiones positivas sobre la materia (también suele negarse en la práctica por múltiples razones), sino en virtud de que más irracional resultaría desplegar simbólicamente un trámite referido a un objeto que ab initio está prohibido por la Constitución y la Ley (extradición de nacionales colombianos por nacimiento). Es decir, a la hora de ahora, por obra de los artículos 35 de la Carta Fundamental y 546 del Código de Procedimiento Penal, la mera constatación de la nacionalidad colombiana por nacimientoen cabeza del ciudadano requerido, hecho que ocurre de entrada con la formalización de la solicitud de extradición, se constituye en un apriori que impide el aprontamiento de otras diligencias."(auto de abril 29 de 1997).

Podría pensarse que lo transcrito opera con exclusividad a falta de tratados, mientras que en el presente caso son éstos y no la ley colombiana interna los que sujetan la eventual entrega de la persona requerida, por cuanto así lo indica el artículo 17 del Código Penal. Ello, sin embargo, no es así, porque obligada la Corte a proceder de acuerdo con la Constitución Política y la legislación interna por los artículos 4o, 6o y 230 de la Carta, está impuesta a acatar el pronunciamiento de la Corte Constitucional del 26 de febrero de 1997, que en ejercicio del control constitucional que le compete declaró la exequibilidad del citado precepto, pero condicionándola a una salvedad expresa en cuanto advirtió que dicha norma se ajustaba a la Constitución Política, "pero bajo la condición de que sus disposiciones no se pueden aplicar a los colombianos por nacimiento, como tampoco a los extranjeros por delitos políticos o de opinión...", decisión que en su parte considerativa se hizo extensiva al caso de los tratados suscritos por Colombia antes de la vigencia de la actual Carta Constitucional, como seguidamente puede verse:

"... la Corte Constitucional encuentra que en lo que corresponde a la constitucionalidad de los dos incisos acusados del artículo 17 del Código Penal no existe reparo alguno de constitucionalidad, salvo dos precisiones de orden correctivo relacionadas con los nacionales colombianos sujetos de la extradición de una parte y de otra con los extranjeros, en razón de la especial protección constitucional del perseguido político, como quiera que la Carta de 1991, como se vio, prohibió la extradición de nacionales colombianos por nacimiento y la de los extranjeros por delitos políticos y de opinión.

En efecto, en principio, podría pensarse en que la Carta de 1991 proscribió de plano del ordenamiento nacional la posibilidad de contraer compromisos o de cumplir los ya adquiridos en materia de extradición en todos los casos y para todas las personas; empero, esto no es absolutamente cierto, pues el citado artículo 35 únicamente prohíbe la extradición de nacionales por nacimiento y la de los extranjeros por delitos políticos o de opinión, lo que significa que en todo caso las autoridades nacionales no encuentran límite directo y expreso alguno en la Carta Política para cumplir y hacer cumplir los tratados públicos internacionales en materia de extradición de nacionales por adopción y de nacionales que hayan renunciado a su nacionalidad. Además, no existe fundamento constitucional alguno para dejar de cumplir los tratados internacionales en materia de extradición de extranjeros, salvo, como se vio, en el caso de los delitos políticos o de opinión.

En este orden de ideas, para la Corte Constitucional es claro que la regulación legal que es objeto de acusación en esta oportunidad y que se refiere al trámite de las extradiciones en nuestro ordenamiento penal, encuentra fundamento

constitucional en los casos no prohibidos por la constitución como se dejó definido, y que, por ello será declarada su exequibilidad por esta Corporación, claro está, condicionada a que se entienda que a partir de la Carta Política de 1991, ninguna autoridad pública del orden nacional puede proceder a ofrecer, conceder o solicitar la extradición de colombianos por nacimiento ni de los extranjeros en el caso de delitos políticos y de opinión. "

Condicionamiento sobre el cual más adelante se reitera, insistiendo en que

"*. . . los dos incisos acusados del artículo 17 hallan fundamento constitucional en los artículos 224, 226, 189 num. 2o. y 150 num 16, pero las autoridades de la República de Colombia en el orden interno y dentro de sus competencias nacionales, no pueden proceder a conceder, ofrecer ni a solicitar la extradición de colombianos por nacimiento ni la de los extranjeros por delitos políticos o de opinión, por ser ello inexequible como inequívocamente lo determina el artículo 35 de la Carta Política.*" *(subrayas fuera de texto).*

Así las cosas, cobra actualidad para este caso lo dicho también en el ya citado pronunciamiento de la Sala de abril 29 de 1997 respecto de la inocuidad de impulsar un trámite o rendir el concepto previsto en el artículo 577 del Código de Procedimiento Penal, cuando de antemano se sabe que la entrega del colombiano por nacimiento jamás será posible por prohibirla de modo expreso la Carta Constitucional.

"*Como el objeto del procedimiento de extradición –dijo entonces la Sala con ponencia del Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego– es la acreditación de los requisitos y condiciones para ofrecerla o concederla, sobre todo en su fase judicial, inútil resulta una materialización de formas y pruebas que a nada conducen, porque el resultado de antemano está definido ope legis y no por gracia de demostración alguna.*

9. En efecto, repárese cómo es de restringido el objeto del concepto que se espera de la Corte, de acuerdo con el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, para ver de comprobar que resultaría inocente y contrario a la lógica, en relación con un nacional colombiano por nacimiento, explorar la validez formal de la documentación presentada; o tratar de identificar plenamente al requerido, con el fin de evitar la sanción de inocentes; o examinar las acusaciones para evitar la doble incriminación; o verificar la equivalencia de la decisión adoptada en el extranjero en relación con nuestro ordenamiento jurídico; y, si fuere el caso, establecer el cumplimiento de las cláusulas de los tratados públicos. Todas estas constataciones, en sana lógica, presuponen que el solicitado, por lo menos, pueda llegar a ser extraditado, de otra manera no se justificaría la implementación de

todo un procedimiento, así la decisión conclusiva sea diversa por razones formales, materiales o de conveniencia nacional (en el caso del gobierno). "

Queda en claro, entonces, que la Corte procede, como le corresponde, con indeclinable sometimiento a la Constitución Política y a las leyes vigentes, con mayor razón cuando sobre una y otras dentro del tema propuesto ha mediado ya el pronunciamiento vinculante de la Corte Constitucional, particularmente referente al alcance del artículo 35 de la Carta Política, e independientemente de lo que le concierne definir al Presidente de la República en la dirección de las relaciones internacionales (artículo 189-2 de la Constitución).

Implica lo anterior que ante la inexistencia de un requisito-condición para el impulso del trámite incidental que le atribuyen los artículos 555 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, tendrá la Sala que inhibirse de impulsar su curso, optando por la devolución del expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de su cargo.

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

RESUELVE

Abstenerse de tramitar el incidente de extradición del nacional colombiano Miguel Angel Rodríguez Orejuela disponiendo en su lugar sea devuelto el expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de su cargo.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ DEMANDA DE CASACION

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993, señala dos hipótesis sobre las cuales el recurso de casación puede ser admitido:

En el inciso primero prevé la vía directa u ordinaria, la cual procede contra los fallos de segunda instancia proferidos por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que señalen pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

De la preceptiva que viene de señalarse, se establece que tres son los requisitos exigidos por el legislador, los cuales deben cumplirse en su integridad para que este excepcional instrumento resulte procedente: el primero relacionado con la naturaleza de la decisión recurrible que indefectiblemente ha de corresponder a una sentencia de segunda instancia, sea que a ese estadio haya llegado por vía de apelación o en cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta; el segundo relacionado con el órgano que la produjo, esto es que haya sido proferida por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar; y, el tercero, relativo al quántum máximo de pena privativa de la libertad previsto como sanción en el tipo por el cual fue proferida la sentencia, que debe ser igual o superior a seis (6) años de prisión, independientemente de la impuesta por el juzgador.

Si estos presupuestos de procedencia no resultan satisfechos, fatalmente ha de concluirse que el recurso extraordinario resulta inadmisible, siendo obligatorio así declararlo mediante decisión judicial.

La vía excepcional o discrecional fue establecida por el legislador en el inciso tercero de la disposición que se analiza, mediante la cual amplió las posibilidades de interposición del recurso extraordinario respecto de

aquellas sentencias de segundo grado que, habiendo sido proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, fueron dictadas por delitos que prevén pena privativa de la libertad cuyo máximo es inferior a seis (6) años de prisión. También, cuando los fallos tengan origen en los juzgados penales del circuito, caso en el cual, independientemente de la pena prevista para el delito por el cual se procede; igualmente es indispensable que la decisión sea de segundo grado.

Respecto de esta modalidad excepcional de casación, lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, el recurrente –quien no puede ser distinto al Procurador, su delegado, el procesado o el defensor, únicos sujetos legitimados para ello–, debe interponer el recurso dentro de los quince días siguientes a la última notificación, como igual se exige para la vía ordinaria, pero a diferencia de ella cuando se invoca esta especial modalidad, se tiene la obligación de precisar, dentro de ese mismo lapso, si el fundamento se encuentra en la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre determinado tema que por lo oscuro merezca ser aclarado, o en garantía de los derechos fundamentales vulnerados con el proferimiento de la decisión recurrida. En todo caso subsiste la carga de efectuar una sustentación lógica y jurídica acorde con uno de esos dos motivos o de ambos, a fin de que la Corte, en ejercicio de su discrecionalidad, tenga elementos de juicio suficientes que le permitan decidir si lo acepta o rechaza.

En el evento que el recurso excepcional sea admitido, el expediente retornará al Tribunal o Juzgado de origen, a fin de que allí se dé cumplimiento al trámite previsto para la casación ordinaria de que tratan los artículos 224 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, dentro del cual la demanda que se presente, necesariamente debe guardar relación con el motivo por el cual se concedió el recurso, y desarrollada como lo exige el artículo 225 ejusdem.

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. – Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado acta No. 46

Rad. 12458

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de la procesada *Luz Marina Monsalve Pulgarín*, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín,

confirmatoria de la emitida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Ebéjico (Ant.), mediante la cual la condenó a la pena de sesenta (60) meses de prisión, al hallarla responsable del concurso de delitos de extorsión, uno de ellos en el grado de tentativa.

ANTECEDENTES

En la Vereda el Zarzal del Municipio de Ebéjico, durante el mes de marzo de mil novecientos noventa y cinco, José Antonio Maya Restrepo y su hijo Jesús Alberto Maya Caro, fueron víctimas de amenazas de muerte las que se llevarían a efecto a menos que hicieran entrega a los extorsionistas de la suma de quinientos mil pesos, razón por la cual procedieron a despojarse de ese dinero en las circunstancias en las cuales les fue exigido.

Posteriormente, el 26 de mayo del mismo año, se reanudaron las exigencias ilícitas bajo la misma clase de amenazas, pero esta vez en cuantía de un millón quinientos mil pesos, lo cual motivó que los afectados pusieran el hecho en conocimiento de la autoridad policial del lugar, adelantándose un operativo que dio como resultado la captura de *Luz Marina Monsalve Pulgarín*, quien fue puesta a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal en donde se la vinculó mediante indagatoria (fl. 31), y definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso de delitos de extorsión, uno de ellos imperfecto.

Las diligencias pasaron al conocimiento de la Fiscalía Unica Delegada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de la localidad, quien, luego de clausurar el ciclo instructivo (fl. 207), calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra la procesada, por el concurso de delitos extorsión.

El juicio correspondió conocerlo al Juzgado Promiscuo Municipal en donde, luego de realizado el debate público, el veintidós de enero de mil novecientos noventa y cinco se condenó a la procesada a la pena de sesenta meses de prisión (fls. 422 y ss.), al encontrarla penalmente responsable del concurso de delitos deducido en el pliego enjuiciatorio, sentencia que confirmó en lo sustancial el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín (fls. 482 y ss.) al conocer del recurso de apelación interpuesto por el defensor.

Contra el fallo de segundo grado, el defensor interpuso "recurso extraordinario de casación", al considerar satisfecho el requisito del quántum punitivo previsto en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, en razón a procederse por un delito que en su máximo supera los seis años de prisión (fls. 518).

El Juzgado declaró admisible la impugnación extraordinaria mediante proveído de catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis (fl. 520), y dispuso,

igualmente, correr los traslados de que trata el artículo 224 del C. de P. P. para presentar la demanda y alegar, respectivamente.

Previa solicitud de prórroga del término, la que fue concedida por el ad quem en proveído de cuatro de julio (fl. 526), el seis de agosto del mismo año, el defensor presentó "demanda de casación" contra la providencia de segundo grado, en la cual, luego de hacer unrecuento de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesalmente surtida, dice apoyar la censura en las previsiones de la causal tercera de casación al afirmar que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa y del debido proceso, por ausencia de defensa técnica en la diligencia de indagatoria, inactividad del defensor oficioso dentro del proceso y la ruptura de la unidad procesal.

"Finalmente, el titular del recurso extraordinario de casación, hace un llamado a la honorable sal (sic), para qué efectúe la revisión exhaustiva de la actuación producida antes de la calificación sumarial, ya que en lo relacionado con el tema del cierre de la investigación su notificación y otorgameinto (sic) del traslado correspondiente para presentar argumentos precalificatorios, para este sujeto procesal resultan inexistentes en el proceso, quebrantándose de esta forma el principio antecedente-consecuente en un tema que involucra la materialización del derecho de defensa mediante la presentación de argumentos precalificatorios" (fls. 527 y ss.).

Por auto de dieciséis de octubre de ese mismo año, el Juzgado concedió el recurso y dispuso la remisión del diligenciamiento a esta Corporación (fls. 585 vto.).

SE CONSIDERA

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el35 de la Ley 81 de 1993, señala dos hipótesis sobre las cuales el recurso de casación puede ser admitido:

En el inciso primero prevé la vía directa u ordinaria, la cual procede contra los fallos de segunda instancia proferidos por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que señalen pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

De la preceptiva que viene de señalarse, se establece que tres son los requisitos exigidos por el legislador, los cuales deben cumplirse en su integridad para que este excepcional instrumento resulte procedente: el primero relacionado con la naturaleza de la decisión recurrible que indefectiblemente ha de corresponder a una sentencia de segunda instancia, sea que a ese estadio haya llegado por vía de apelación o en

cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta; el segundo relacionado con el órgano que la produjo, esto es que haya sido proferida por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar; y, el tercero, relativo al quántum máximo de pena privativa de la libertad previsto como sanción en el tipo por el cual fue proferida la sentencia, que debe ser igual o superior a seis (6) años de prisión, independientemente de la impuesta por el juzgador.

Si estos presupuestos de procedencia no resultan satisfechos, fatalmente ha de concluirse que el recurso extraordinario resulta inadmisible, siendo obligatorio así declararlo mediante decisión judicial.

La vía excepcional o discrecional fue establecida por el legislador en el inciso tercero de la disposición que se analiza, mediante la cual amplió las posibilidades de interposición del recurso extraordinario respecto de aquellas sentencias de segundo grado que, habiendo sido proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, fueron dictadas por delitos que prevén pena privativa de la libertad cuyo máximo es inferior a seis (6) años de prisión. También, cuando los fallos tengan origen en los juzgados penales del circuito, caso en el cual, independientemente de la pena prevista para el delito por el cual se procede; igualmente es indispensable que la decisión sea de segundo grado.

Respecto de esta modalidad excepcional de casación, lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, el recurrente –quien no puede ser distinto al Procurador, su delegado, el procesado o el defensor, únicos sujetos legitimados para ello-, debe interponer el recurso dentro de los quince días siguientes a la última notificación, como igual se exige para la vía ordinaria, pero a diferencia de ella cuando se invoca esta especial modalidad, se tiene la obligación de precisar, dentro de ese mismo lapso, si el fundamento se encuentra en la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre determinado tema que por lo oscuro merezca ser aclarado, o en garantía de los derechos fundamentales vulnerados con el proferimiento de la decisión recurrida. En todo caso subsiste la carga de efectuar una sustentación lógica y jurídica acorde con uno de esos dos motivos o de ambos, a fin de que la Corte, en ejercicio de su discrecionalidad, tenga elementos de juicio suficientes que le permitan decidir si lo acepta o rechaza.

En el evento que el recurso excepcional sea admitido, el expediente retornará al Tribunal o Juzgado de origen, a fin de que allí se dé cumplimiento al trámite previsto para la casación ordinaria de que tratan los artículos 224 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, dentro del cual la demanda que se presente, necesariamente debe guardar relación con el motivo por el cual se concedió el recurso, y desarrollada como lo exige el artículo 225 ejusdem.

Para el caso que ahora le ocupa, observa la Sala que el recurrente erróneamente escogió la vía directa del recurso de casación cuando ella no era procedente, por cuanto habiendo sido proferida la sentencia de segundo grado por un juzgado penal del circuito, independientemente de la pena señalada en la ley para el delito por el cual fue dictada, la única alternativa posible de impugnación extraordinaria era la discrecional, como se dejó visto.

En igual desacierto incurrió el juzgador al declarar admisible el recurso y disponer el traslado para la presentación de la demanda, pervirtiendo de esta manera el rito establecido, pues, al hacerlo, amplió indebidamente el término de ejecutoria de la sentencia de segundo grado.

Otro habría sido el trámite a seguir si el recurrente hubiera optado por la vía prevista en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal que regula la casación discrecional y presentado la sustentación acorde con este instituto. sin embargo como no hizo manifestación expresa de este camino, y tampoco fundamentó oportunamente el recurso frente a los dos únicos motivos por los cuales resultaba procedente, ha de concluirse que esa no fue su intención pese a que en el escrito de "demanda" haga referencia a la causal tercera de casación por haberse violado el derecho de defensa y el debido proceso, garantías fundamentales susceptibles de ser invocadas mediante la interposición del recurso excepcional.

Así las cosas, como el impugnante escogió la ruta equivocada y el Juzgado erró al concederla, a la Sala no le queda alternativa distinta que decretar la nulidad de lo actuado por el Juzgado de instancia, a partir del proveído que declaró admisible el recurso, y subsanar el yerro declarando improcedente el recurso extraordinario indebidamente concedido.

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

RESUELVE

Primero. Decretar la nulidad de lo actuado, a partir e inclusive del auto proferido el catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín (fls. 520 y ss.), mediante el cual admitió el recurso extraordinario de casación.

Segundo. Inadmitir el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Luz Marina Monsalve Pulgarín.*

Tercero. Devolver el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ AUDIENCIA ESPECIAL/ APELACION

Con el surgimiento de la audiencia especial y de la sentencia anticipada, por vez primera se produce en la legislación procesal y en la práctica judicial colombiana el hecho de que puedan dictarse sentencias basadas en el acuerdo o en la aceptación de unos cargos por parte del procesado, acostumbrados como estamos a los fallos unilateralmente concebidos por el juzgador, aunque obviamente siempre expuestos a los recursos ordinarios y extraordinarios. Esta es una dinámica aproximada a la estructura del proceso de partes, conforme con el principio constitucional de que los ciudadanos tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan (art. 2°), pero que correlativamente exige de los partícipes que no se puedan retractar sin límites temporales o de cualquier manera. A la luz de estas nuevas realidades jurídico-positivas, resulta necesario hacer una reinterpretación y una aplicación matizada del recurso de casación.

Por ello resulta razonable que el legislador prescriba que, en tratándose de estas ***sentencias de conformidad****, sólo es admisible la apelación del procesado y su defensor cuando el recurso se refiere exclusivamente a los temas de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la obligación del pago de perjuicios y la extinción de dominio sobre bienes (C. P. P., art. 37B, num. 4°). Implícitamente advierte esta norma que no se tolera la discusión de otros temas, porque ello comportaría una retractación inoportuna, sin perjuicio obviamente del control de legalidad que siempre concierne al fiscal y al juez. Para guardar la coherencia en la aplicación del derecho en el curso de todo el proceso, la Corte ha sostenido y reitera que tal restricción en los asuntos de debate también impera en el ejercicio del recurso de casación, pues alimentar la controversia de otras materias en esta sede sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas prematuras de terminación del proceso.*

Corte Suprema de Justicia. – Sala de Casación Penal. – Santafé de Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 46

Proceso: 12964

VISTOS

En punto a determinar la admisibilidad, de conformidad con los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, se examina el cumplimiento de los requisitos formales en la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Luis Gonzaga Restrepo Giraldo*, aducida para sustentar el recurso de la misma especie, interpuesto en relación con la sentencia fechada el 18 de octubre de 1996, que dictó en segunda instancia una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, en razón de la cual se declara que el acusado es responsable de un concurso de hechos punibles de ***violación al artículo 33, inciso 1° de la Ley 30 de 1986 y cohecho por dar u ofrecer (art. 143 C. P.)***, y se le imponen las respectivas sanciones.

DE LOS HECHOS Y EL CURSO PROCESAL

La Unidad Seccional de Fiscalía radicada en el municipio antioqueño de Envigado, en atención a la solicitud motivada que le hiciera el comandante de la estación de policía de la misma localidad, ordenó el registro y allanamiento del establecimiento abierto al público denominado "Discoteca Olafo", situado en la calle 38 sur N° 43-40 de la nomenclatura urbana de dicha población, pues, de acuerdo con la información telefónica que se había recibido en las instalaciones policiales, dicho local se había convertido en un expendio de sustancias estupefacientes.

Se practicó la diligencia el día 4 de junio de 1996, a partir de las 4:40 horas de la tarde, y se incautó una bolsa de polietileno de color negro, que contenía cincuenta y dos (52) papeletas de cocaína, sustancia cuyo peso era de cuarenta y tres (43) gramos y estaba disimulada en la bomba o flotador de uno de los sanitarios del establecimiento. Al solicitar los documentos que portaban tanto del propietario como del administrador del negocio, se determinó que el primero, identificado como *Luis Gonzaga Restrepo Giraldo*, también poseía el taxi de placas TIL-549, afiliado a la empresa Tax Andaluz, y merced a la actitud sospechosa asumida por éste en relación con el paradero del vehículo, el comandante del operativo ordenó

buscarlo en los lugares aledaños y fue detectado en el parque de la localidad, al frente del conocido "Club Bingo". El señor *Restrepo Giraldo* fue informado en su establecimiento del hallazgo del automotor y a la vez fue requerido para que lo abriera, pero camino al cumplimiento de este fin, aquél le dijo al capitán Luis Eduardo Anzola Colmenares, comandante del operativo, que admitía que todo había quedado al descubierto, que el resto del alcaloide se hallaba en el interior del carro, mas le ofreció la suma de seiscientos mil pesos ($ 600. 000. oo) que allí llevaba consigo para que no lo perjudicara. Efectivamente, inspeccionado el automotor, se halló un kilogramo de la sustancia prohibida.

Además del sorprendido *Restrepo Giraldo*, los operadores policiales privaron de la libertad al ciudadano Elkin Antonio Betancur Granda, quien fungía de administrador del establecimiento.

En razón de estos hechos, el día 5 de junio de 1996 se recibió en indagatoria a los ciudadanos *Elkin Antonio Betancur Granda* y *Luis Gonzaga Restrepo Giraldo*, los dos imputados, a quienes posteriormente se les definió la situación jurídica, según providencia fechada el 11 de junio siguiente, el segundo de los cuales quedó afectado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como autor de los delitos de violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30/86) y cohecho por dar u ofrecer; mientras que el primero fue favorecido con la libertad condicionada a eventuales presentaciones ante la autoridad judicial (fs. 16 a 23, 37 a 39 y 40 a 48).

Por medio de solicitud presentada el 13 de junio a la Unidad de Fiscalía, que suscriben tanto el procesado como su defensor, se solicita la sentencia anticipada, y a ello se accede en la resolución del 16 de junio siguiente (fs. 52 y 68). La audiencia de sentencia anticipada se lleva a cabo el 26 de junio, ante el Fiscal Segundo Delegado de la mencionada Unidad, acto en el cual el procesado acepta los cargos por los dos delitos ya señalados, con indicación de los mínimos y máximos de penas consagrados en las respectivas disposiciones, y además sin objeción alguna de parte de su defensor técnico (fs. 71 a 73).

Correspondió dictar el fallo anticipado al señor Juez Penal del Circuito de Envigado, el cual data del 30 de agosto de 1996, funcionario que declara que *Luis Gonzaga Restrepo Giraldo* es autor responsable del delito de violación a la Ley 30 de 1986, por conservar y transportar cocaína clorhidrato con fines de distribución y venta (art. 33, inc. 1°), en concurso con el injusto de cohecho por dar u ofrecer (art. 143 C. P.), ilícitos cometidos en contra de la Salubridad y la Administración Públicas. En consecuencia, le impone al sentenciado la pena principal de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión y multa por valor de un millón quinientos dieciséis mil pesos ($ 1. 516. 000. oo); lo declara en interdicción de derechos y funciones

públicas, por igual tiempo al de la pena aflictiva, a título de sanción accesoria; y también ordena el comiso del 50% del vehículo tipo automóvil, marca Chevrolet Chevette, color amarillo, de servicio público y de placas TIL-549 (fs. 112 a 123).

Por obra del recurso de apelación interpuesto por el procesado y sustentado por su defensor, el Tribunal Superior de Medellín profirió el fallo de segundo grado que confirma integralmente el apelado, sentencia respecto de la cual se intentó el recurso extraordinario de casación cuya demanda ahora se revisa en su presentación formal (fs. 145 a 149).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El censor ampara la impugnación extraordinaria en las causales primera y tercera de casación previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y las presenta de la siguiente manera:

Estima, en primer lugar, que la sentencia del Tribunal es directamente violatoria de los artículos 26 y siguientes y 61 y siguientes del Estatuto Penal sustantivo, por interpretación errónea de los dichos preceptos, en la medida en que no resulta adecuado al espíritu de las agravantes y atenuantes un incremento de seis (6) meses de pena por la cantidad de sustancia decomisada, dado que el procesado es persona de buena conducta anterior, no se trata de un narcotraficante dedicado exclusivamente a esa macabra industria y que apenas se vio envuelto en una situación excepcional y esporádica. Tampoco comparte el aumento de doce (12) meses que las instancias hicieron por el concurso del delito de cohecho, habida cuenta que es uno sólo el injusto concurrente.

Argumenta el demandante, en segundo lugar, que la sentencia anticipada se dictó en juicio afectado de nulidad, pues ni el fiscal ni el juez podían avalar un mecanismo de terminación excepcional del proceso en el cual se advierten vicios en el consentimiento del procesado o se divisan señales de inculpabilidad, en desarrollo de su condición de inocencia, concretamente en lo que tiene que con el delito de cohecho por dar u ofrecer.

La imputación por el delito de cohecho, dice el demandante, apareció tardíamente en el proceso, pues no figuraba en el acta de la diligencia de registro y allanamiento, tampoco se le puso de presente en la primera exposición injurada del procesado, y apenas si se hizo ver en la ampliación posterior, cuando ya éste había asumido la decisión irrevocable de acogerse a la sentencia anticipada. Mas en dicho acto de intensificación del interrogatorio de la indagatoria, sostiene el impugnante, el sindicado negó la oferta de dinero al oficial de la policía, o por lo menos no lo reconoció explícitamente.

Ahora bien, ya en la audiencia de sentencia anticipada, el acusado aceptó que era el autor de ambas infracciones, pero con la creencia errónea de que de tal manera accedería pronto a la libertad, sin importarle su inocencia en el delito de cohecho, salida que no podían admitir los funcionarios judiciales, ya que se afectaba gravemente el postulado de la presunción de inocencia.

EXAMEN FORMAL DE LA DEMANDA

Tanto por la prioridad del cargo de nulidad, habida cuenta de las consecuenciasde su eventual prosperidad si se pudiera llegar al fondo del asunto, como por la naturaleza del proceso que nos ocupa, la Corte despuntará por dicha censura la revisión formal de la demanda. Posteriormente, la Sala se ocupará de la violación directa de la ley sustancial.

Pues bien, con el surgimiento de la audiencia especial y de la sentencia anticipada, por vez primera se produce en la legislación procesal y en la práctica judicial colombiana el hecho de que puedan dictarse sentencias basadas en el acuerdo o en la aceptación de unos cargos por parte del procesado, acostumbrados como estamos a los fallos unilateralmente concebidos por el juzgador, aunque obviamente siempre expuestos a los recursos ordinarios y extraordinarios. Esta es una dinámica aproximada a la estructura del proceso de partes, conforme con el principio constitucional de que los ciudadanos tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan (art. 2°), pero que correlativamente exige de los partícipes que no se puedan retractar sin límites temporales o de cualquier manera. A la luz de estas nuevas realidades jurídico-positivas, resulta necesario hacer una reinterpretación y una aplicación matizada del recurso de casación.

Por ello resulta razonable que el legislador prescriba que, en tratándose de estas ***sentencias de conformidad***, sólo es admisible la apelación del procesado y su defensor cuando el recurso se refiere exclusivamente a los temas de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la obligación del pago de perjuicios y la extinción de dominio sobre bienes (C. P. P. , art. 37B, num. 4°). Implícitamente advierte esta norma que no se tolerará la discusión de otros temas, porque ello comportaría una retractación inoportuna, sin perjuicio obviamente del control de legalidad que siempre concierne al fiscal y al juez. Para guardar la coherencia en la aplicación del derecho en el curso de todo el proceso, la Corte ha sostenido y reitera que tal restricción en los asuntos de debate también impera en el ejercicio del recurso de casación, pues alimentar la controversia de otras materias en esta sede sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas prematuras de terminación del proceso.

Vale este preámbulo para decir que, en relación con el segundo cargo, en principio, no es propio del recurso de casación un nuevo planteamiento del tema de la comisión del delito de cohecho por dar u ofrecer, porque de entrada ello apuntaría a una retractación de la responsabilidad que explícitamente se aceptó en la audiencia de sentencia anticipada. Es que la naturaleza misma de la figura de la sentencia anticipada, el sentido del pacto original –sin llegar aún a los recursos–, evidencia una renuncia voluntaria del procesado a refutar la acusación y la prueba de cargos. Y a pesar de la valoración jurídica que se involucra en esta interpretación, es ésta la oportunidad para hacerla, dado que la presencia o la ausencia del interés para recurrir aparece como un precedente lógico inexorable a cualquier análisis formal o material de la demanda.

Es verdad que estas formas de terminación anticipada del proceso no pueden evacuarse obsesivamente, con el resultado punitivo como único fin en la mente del funcionario judicial, pues claramente advierte el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, en relación con la sentencia anticipada, que el juez aprobará lo convenido o aceptado "siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales". Pero poco o nada agrega a esta declaración negativa del interés para recurrir la queja sobre el presunto vicio del consentimiento, porque el actor no ha demostrado *en forma clara y precisa*, como lo exige el artículo 225-3 del C. P. P., cuáles fueron las actitudes de la Fiscalía que produjeron la errónea creencia en el procesado de que obtendría rápidamente la libertad. No se ha dicho, menos se ha probado, que el fiscal encargado del caso haya ofrecido promesas vanas en tal sentido, o que le haya ocultado los límites de pena a los cuales estaba expuesto con su aceptación de responsabilidad. Por el demandante tampoco se han exteriorizado argumentos sobre el tratamiento que se le dio a la condena de ejecución condicional o la libertad en la audiencia de sentencia anticipada, si el procesado o su defensor hicieron o sugirieron condicionamientos de la responsabilidad al reconocimiento de dicho favor o si la situación quedó librada a las determinaciones de punibilidad propias del juez. No se olvide, además, que en cuanto a las anomalías generadoras de nulidad, si es que se le diera pábulo a lo que no ha sido demostrado por el actor, rige en Colombia el *principio de protección*, según el cual dicho remedio cabe siempre que quien lo alega no haya contribuido a la realización del acto irregular, excepción hecha de las faltas a la defensa técnica que son constitucional y legalmente insuperables (C. P. P., art. 308-3).

Y en relación con el argumento de que el procesado negó la comisión del delito de cohecho por dar u ofrecer o no lo reconoció abiertamente, antes de la diligencia de sentencia anticipada, recuérdese que esta institución comporta una suerte de concentración procesal, es decir, se produce un cambio sustancial de procedimiento en el que se actualizan las oportunidades de contradicción y defensa, razón por la cual el procesado voluntariamente puede aceptar o rechazar los cargos

formulados por el fiscal. Pretextar meras divergencias entre la postura de la audiencia de sentencia anticipada y las anteriores a ella, es desconocer la prevalencia de la voluntad manifiesta en aquélla, por la mutación de procedimiento que se produjo merced a la propia petición insistente del procesado, y no al capricho o a la arbitrariedad de la Fiscalía, máxime cuando se ha contado con la presencia garantizadora de la defensa técnica en dicha diligencia. Es fácil enunciar genéricamente que se ha violentado o se ha dejado de reconocer *ex officio* la presunción de inocencia, pero, se repite, el actor tampoco se cuidó por lo menos de citar el análisis del fiscal y del juez de primera instancia en torno a la convicción sobre la existencia del hecho punible cuestionado, para ofrecer así un planteamiento dialéctico de las cosas que legítimamente ponga en duda las sentencias de grado. ¿O será, si se sigue la misma línea aparentemente lógica del pensamiento del demandante, que el procesado ya no podría aspirar a la sentencia anticipada después de haber negado inicialmente la realización del cohecho por dar u ofrecer?.

En relación con el primer cargo de violación directa de las normas sobre medición judicial de la pena (arts. 26 y 61 del C. P., entre otros), igualmente se echa de menos una demostración clara y precisa de la censura, que de una vez y en principio muestre como plausible la idea de remover fallos forjados en las notas de legalidad y acierto. Véase lo siguiente:

Los ataques en esta materia tampoco pueden ser indiscriminados o al garete. Es preciso partir de la premisa de que la medición judicial de la pena es una operación de discrecionalidad reglada que se ha confiado al juez, de tal manera que la ley le ofrece a éste unos mínimos y máximos de la pena básica, los incrementos y las disminuciones procedentes que aquél no puede transgredir, y que sólo activará motivadamente en presencia de un estímulo objetivo.

El censor simplemente ha dicho que no está de acuerdo con los dos aumentos de 6 y 12 meses de prisión que se hicieron en los fallos de instancia. Mas no ha demostrado el completo desarraigo de la operación judicial, porque no ha dicho que una y otra intensificación punitiva hayan nacido en el mero capricho de los funcionarios, sino que no las comparte en su monto, pues, francamente lo ha revelado, su aspiración era la de que se ventilaran cifras que no superaran el límite del subrogado de la condena de ejecución condicional.

En esta materia, propia de un actuar discrecional y reglado de la judicatura, no se puede ensayar la casación simplemente como instrumento ciego para confrontar los criterios del juez de instancia, en relación con los que presenta el demandante, los cuales obviamente estima de mejor abolengo. Se lastimaría anómalamente, sin sujeción a los canales regulares, la independencia de los jueces en sus fallos. Sería necesario para el actor demostrar que el funcionario abandonó la legalidad cuando se salió de los marcos punitivos que le fija la ley, o que se inventó una causal de agravación sin la más mínima controversia existencial, o que incrementó la pena sin ningún dato fenomenológico de respaldo, nada de lo cual se le ocurre al demandante en este caso, pues todo lo que pretende es que se ajuste la sanción a su interés particular de obtener la excarcelación de su defendido.

En resumen, por cuanto se carece de interés jurídico para recurrir en casación, en el primer caso, o no se ha ofrecido la fundamentación seria y precisa para poner en vilo la motivación de los decisorios de instancia, en ambos eventos, se inadmitirá de plano demanda de casación examinada y, consecuentemente, se declara desierto el respectivo recurso.

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

RESUELVE

Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Gonzaga Restrepo Giraldo. En consecuencia, se declara desierto el recurso extraordinario interpuesto.

De conformidad con los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, no proceden recursos en relación con este auto.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que la demanda de casación debe sujetarse a una serie de requisitos técnicos formales cuya pretermisión acarrea inexorablemente la declaratoria de ineptitud del libelo.

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos formales de la demanda, entre los cuales se encuentra el deber de señalar la causal que se aduzca para solicitar la infirmación del fallo, indicando "en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas".

También es un postulado de ineludible cumplimiento que la competencia de la Corte, de acuerdo al artículo 228 ibídem, está claramente determinada por las vertientes que le trace el actor con nitidez y precisión, razón por la cual los cargos deben formularse dentro del ámbito preciso señalado por la ley, esto es, al interior de las causales taxativamente contempladas en la legislación procedimental penal (art. 220 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado acta N°46

Proceso: 12312

VISTOS

Resuelve la Corte la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado Carlos Mario Ramírez Araque.

ANTECEDENTES

1. El juzgador de segunda instancia sintetizó los hechos así:

"En las últimas horas de la tarde del 2 de mayo pasado el señor Guillermo Alfonso Cifuentes Zárate, vendedor ambulante de joyas, se hallaba en el Restaurante 'La Bohemia', situado en las cercanías del Comando de la Policía Metropolitana, donde tiene la mayor parte de su clientela, cuando un individuo provisto de revólver lo obligó a despojarse del maletín donde llevaba la mercancía, valorada por él en $15. 000. 000. oo

"Cifuentes emprendió la persecución del antisocial pero fue repelido por él mediante dos tiros de revólver que impactaron en su rostro y en un hombro, a resultas de lo cual sufrió 35 días de incapacidad.

"Alertada por la detonaciones intervino la policía, en momentos en que el delincuente había tomado asiento como parrillero en una motocicleta Suzuki Ax100 modelo 1991 que se hallaba estacionada en esos alrededores. Pero debido a que tomaron una vía en dirección prohibida chocaron con un vehículo y rodaron por el piso, a raíz de lo cual fue capturado el conductor, Carlos Mario Ramírez Araque, en tanto que el pasajero, de identidad desconocida en los autos, logró escapar con el botín y el arma utilizada...".

2. El Juzgado Veintidós Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 1° de marzo de 1995, condenó al procesado Carlos Mario Ramírez Araque a la pena principal de 48 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos de hurto calificado y agravado, lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Inconforme con la anterior decisión, el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación, el cual al ser desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad el 15 de mayo de 1996, la confirmó, fallo contra el cual se interpuso el recurso extraordinario de casación y dentro del término de ley se presentó la respectiva demanda.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor del procesado Ramírez Araque presenta un único cargo en contra de la sentencia de segunda instancia, cuyo enunciado textualmente reza así:

"Fundamentos de la impugnación al amparo de la causal número 2 del artículo 40 del C. P.".

Dice el libelista que quien obre bajo insuperable coacción ajena, no es culpable.

Sostiene que el funcionario judicial está en la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable para los intereses del acusado, de conformidad con lo reglado por los artículos 333 y 334 del Código de Procedimiento Penal.

Posteriormente afirma que lo anterior se soporta en dos principios: necesidad de prueba y prueba para condenar.

Luego de hacer una reseña sobre el "tema probatorio", asevera que "para dar cumplimiento a lo señalado por nuestra ley procesal penal en el artículo 247, deben existir unos elementos probatorios suficientes para ello, situación que no existe para la defensa".

Finaliza solicitándole a la Corte, de conformidad con el numeral 2° del artículo 40 del Código Penal, casar la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver al procesado de los cargos que le fueron formulados en la resolución de acusación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que la demanda de casación debe sujetarse a una serie de requisitos técnicos formales cuya pretermisión acarrea inexorablemente la declaratoria de ineptitud del libelo.

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos formales de la demanda, entre los cuales se encuentra el deber de señalar la causal que se aduzca para solicitar la infirmación del fallo, indicando "en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas".

También es un postulado de ineludible cumplimiento que la competencia de la Corte, de acuerdo al artículo 228 ibidem, está claramente determinada por las vertientes que le trace el actor con nitidez y precisión, razón por la cual los cargos deben formularse dentro del ámbito preciso señalado por la ley, esto es, al interior de las causales taxativamente contempladas en la legislación procedimental penal (art. 220 del C. de P. P.).

Así entonces fácil es concluir que la demanda de casación presentada a nombre del procesado Ramírez Araque no reúne los requisitos formales para su admisibilidad, lo que sin discusión impone su rechazo.

En efecto, del solo enunciado del escrito se advierte que el censor desconoce el manejo del recurso extraordinario, pues olvidó flagrantemente señalar la causal

de casación por medio de la cual pretende el quebrantamiento del fallo, yerro éste suficiente para predicar la ineptitud del libelo.

Tal omisión resulta insubsanable en la medida en que la Corte carece de potestad para pronunciar sentencia de mérito cuando desconoce la real y fundada pretensión del cargo formulado contra la sentencia, ya que, como en este caso, no se sabe si el reproche es porque la sentencia es violatoria directa o indirectamente de una norma de derecho sustancial, o fue dictada en desarmonía con los cargos formulados en la resolución de acusación, o en un juicio viciado de nulidad.-

De otra parte, se advierte que en últimas la inconformidad del recurrente es, al parecer, por el grado de estimación que el tribunal le otorgó al mérito probatorio. No obstante, sobre este aspecto, una vez más debe reiterar la Sala que no es posible demandar en esta sede el grado de valor positivo o negativo que los falladores le otorgaron a los elementos de juicio, toda vez que bien sabido es que en nuestro sistema procesal, como regla general, no opera la tarifa legal como sustento de la apreciación probatoria, sino la sana crítica.

En fin, en razón a que la demanda no reúne los requisitos legales para su admisibilidad, su rechazo se impone.

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

RESUELVE

Rechazar in limine la demanda de casación presentada a nombre del procesado Carlos Mario Ramírez Araque. En consecuencia, se declara desierto el recurso interpuesto.

Contra esta decisión no procede recurso alguno, conforme al artículo 197 del C. de P. P.

Devuélvase al Tribunal del origen.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JURAMENTO/ PENA/ FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO/ FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO/ NULIDAD

El hecho de que no se cumpla estrictamente con las formalidades del juramento tal como lo preceptua el artículo 357 del estatuto procesal penal, no es motivo suficiente para que se tenga por invalida la diligencia; lo importante es que el indagado sea enterado del deber decir la verdad so pena de la responsabilidad penal en que pueda incurrir.

El Juez goza, en materia de dosificación punitiva, de ciertos criterios que le permiten moverse entre los mínimos y máximos y en tanto no desborde esos límites no existe infracción al régimen de la sanción y por ende motivo alguno para efectuar una nueva tasación de la pena.

De un lado, la falsedad como tal, en cualquiera de sus modalidades, es genéricamente aquella conducta mediante la cual el agente pretende hacer aparecer como verdadero aquello que en realidad no lo es.

En tratándose de falsedad material, particularmente, esta consiste en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos genuidad (tenor), de modo que lo suscribe quien en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí.

La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido.

En el caso concreto de la conducta que describe el artículo 220 del Código Penal, que sanciona al particular que falsifique materialmente documento público, resulta plenamente viable que en el caso de confección total del mismo quien así actúa se haga acreedor a la sanción previstaen la mencionada norma.

La Sala no comparte la tesis de que un particular, por no tener función certificadora o documentadora, no incurra en esta conducta cuando crea totalmente un documento público y sí cuando lo altera parcialmente. Si de lo que se trata es de proteger la fe pública y por ende la confianza de los asociados, resulta menos que lógica una conclusión de esa naturaleza, porque, precisamente el agente se está aprovechando del crédito que su calidad "pública" genera en la comunidad para introducir al tráfico jurídico un documento con tal apariencia y de esa manera obtener su propósito a sabiendas de que sólo es posible mediante la utilización de un documento con esas características.

De modo que si se regresa al concepto genérico de falsedad - hacer aparecer como real algo que no lo es- no queda descartada la hipótesis de la que se viene hablando, porque precisamente se está haciendo aparecer como público, un documento que en realidad no lo es.

De ahí que también resulte absurdo que el reproche sea menor para quien crea totalmente un documento público falso que para quien lo altera parcialmente.

Los anteriores argumentos sirven a la vez de precedente, para que la sala manifieste su disentimiento con los falladores de instancia al condenar a los procesados por el delito de falsedad en documento privado sobre la base, se repite, de que no pueden ser sujetos activos de esta conducta por no estar investidos de la calidad de funcionarios públicos.

"La resolución de acusación ha de construirse con base en las previsiones legales, es decir, como decisión interlocutoria que es deberá contener: una narración de los hechos que son objeto de averiguación, "con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar": el señalamiento con el debido análisis de las pruebas allegadas a la investigación en legal forma o, la adecuación típica de la conducta, la cual se entenderá como provisional, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal"; y las razones por las cuales se comparte o no los alegatos de los sujetos procesales.

En lo que hace referencia a la calificación jurídica provisional de los hechos con la enunciación del capítulo dentro del título correspondiente del Código

Penal..., significa que la infracción penal imputada en el pliego acusatorio no es rígida, en el sentido de que el funcionario judicial que va a proferir el fallo quede atado a ella, sino que puede variarse en la sentencia el delito imputado siempre y cuando la modificación normativa –género– no contraríe el capítulo señalado en la resolución de acusación, por tal motivo, le es dable al juzgador hacer las variaciones correspondientes en cuanto a su especie se refiere, apoyándose en los medios de convicción". (Sentencia de Casación, Octubre 5 de 1995; Magistrado Ponente, Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No. 43 (29-04-97)

Proceso: 9478

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Gerardo Fierro Piñeres* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, que confirmó la de primer grado emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito que lo condenó a la pena de sesenta (60) meses de prisión, multa e interdicción de derechos y funciones públicas, por los delitos de Falsedad en documento privado y Estafa en concurso y agravados. Los demás procesados, Gerardo Ospina Tovar, Alvaro Bravo Ramírez y Gerardo Lozada Flórez también fueron condenados así: el primero, por los mismos delitos a la pena de prisión de 62 meses, en calidad de autor; el segundo, a la pena de 15 meses, como cómplice de un concurso sucesivo y homogéneo de estafas agravadas y para el tercero la misma pena como autor de un concurso sucesivo y homogéneo de dos falsedades en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el transcurso del año 1991 hasta el mes de febrero de 1992, los asesores de la Compañía de Seguros Bolívar con sede en la ciudad de Neiva, Gerardo Ospina Tovar y *Gerardo Fierro Piñeres* , en común acuerdo con particulares ajenos a la entidad, presentaron reclamaciones de indemnizaciones por daños corporales causados a personas en accidentes de tránsito, sin que en realidad hubiese ocurrido el siniestro por parte del tomador del seguro obligatorio de automóviles, pero cuyas pólizas se vieron afectadas, obteniendo por ello una suma de $19. 652. 400. oo pesos.

A efectos de presentar la documentación ante la Compañía Aseguradora para los fines anteriormente descritos, los asesores de la compañía procedieron a alterar el contenido de fotocopias de Registros Civiles de defunción, de nacimiento y matrimonio; crearon informes de croquis y accidentes tránsito provenientes del Instituto Nacional del Tránsito y Transporte de las oficinas de las ciudades de Neiva, Garzón y Pitalito y si era necesario, falsificaban también las historias clínicas o las certificaciones médicas. Además, conseguían facturas de pagos funerarios en empresas que no los habían prestado, falsificaban las firmas de algunos de los ficticios reclamantes elaboradas en el respectivo formulario y en algunos casos, en los cheques girados por las citada aseguradora a favor de éstos al final de la reclamación, para obtener su pago por parte del Banco girado.

La investigación fue iniciada por el entonces Juzgado Doce de Instrucción Criminal, despacho que vinculó mediante declaratoria de reo ausente a *Gerardo Fierro Piñeres* a quien le nombró el respectivo defensor de oficio. Más adelante, en proveído del 6 de abril de 1992 le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Llegado el momento procesal oportuno, el Juzgado Doce de Instrucción Criminal declaró cerrada la investigacióny calificó el mérito del sumario mediante proveído del 12 de junio de 1992, profiriendo Resolución Acusatoria en contra de *Gerardo Fierro Piñeres*, entre otros, por los delitos de concierto para delinquir, falsedad material de particular en documento público en concurso con estafa.

Avocado el conocimiento del asunto por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva, se llevó a cabo la correspondiente diligencia de audiencia pública, al cabo de la cual se dictó el fallo de primer grado el 13 de octubre de 1993 con resultados ya reseñados.

El Tribunal Superior de Neiva, al conocer de la apelación interpuesta contra esa decisión, le impartió plena confirmación en sentencia de enero 31 de 1994, la cual es objeto de este recurso extraordinario de casación.

La demanda de Casación

Primer cargo:

Acusa la sentencia de ser violatoria de las normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 356, 221, 23 y 26 del Código Penal, proveniente de error en la apreciación de las pruebas.

Concreta el fundamento de la censura en que para determinar el acuerdo de voluntades, esencia de la autoría, era necesaria una prueba que identificara la participación de los presuntos coautores del hecho. El error del Tribunal, se concretó en la "indebida apreciación del testimonio de Alvaro Bravo porque esta versión no está cobijada por la coacción sicológica y legal que intime al declarante a decir la verdad bajo la amenaza de castigo en caso de mentir, como es fácil establecerlo cuando se lee la primera indagatoria de dicho coprocesado...".

Considera el impugnante que como no se le tomó juramento sobre las afirmaciones hechas con respecto a Gerardo Ospina y Gerardo Fierro, sino que solo se le preguntó si se ratificaba, ello no se constituye en declaración bajo juramento como lo exige el artículo 357 del C de P.P., situación que se repitió en la ampliación de indagatoria.

De igual forma, cuando el procesado Gerardo Ospina en su injurada hizo cargos contra su representado, en ningún momento se le tomó juramento y por ello no quedaron amparados por la legalidad que exige el artículo 29 de la Carta Política y el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal, normas que resultaron violadas "al impartirse valor probatorio que ellas le niegan".

Según él, "si el H. Tribunal hubiera acatado el mandato del Art. 246 del C.P.P., y le hubiera restado todo valor probatorio a las mencionadas dos versiones de los coprocesados, forzosamente habría concluido en la absolución de Fierro Piñeres porque no habría encontrado entonces la prueba para fundamentar la sentencia de condena ni, por ende, la certeza que para ese efecto exige el art. 247 ibid".

Luego, hace referencia a algunos testimonios que el Procurador 140 en lo Judicial menciona en su concepto y a los cuáles se remitió el Tribunal al momento de dictar el fallo, bajo la referencia de "testimonios demostrativos de la plural participación de Ospina y Fierro" los cuales, a su modo de ver, ninguno hace concreta alusión a Gerardo Fierro en cuanto a los datos necesarios para identificarlo.

En lo que denomina "comprobación del cargo" afirma que los dichos de Ospina Tovar y Alvaro Bravo, no son válidos y lasdeclaraciones de los 4 testigos citados por el Procurador no contienen cargos y por lo tanto son inexistentes. Manifiesta el censor que no le ha quedado claro si los mismos fueron o no fundamento de la sentencia, por la imprecisión en la referencia al contenido probatorio de esos testigos.

Segundo Cargo (subsidiario).

En esta oportunidad acusa la sentencia de ser violatoria de la norma de derecho sustancial contenida en el artículo 26 del Código Penal, por indebida aplicación.

El motivo de inconformidad, lo hace consistir en que en la sentencia de primera instancia se hizo un doble incremento: la pena básica se fijó en 12 meses y un día teniendo en cuenta el delito más grave "(falsedad de documento privado– debió ser la estafa)" , quantum que se incrementó por la complicidad y por el numeral 9o del artículo 66; por razón del concurso de 19 falsedades se hizo un incremento de 24 meses de prisión, y hasta allí quedó la pena de 36 meses. Pero luego, por la estafa agravada incrementó hasta 60 meses, que fue la pena impuesta, acudiendo nuevamente al artículo 26, mediante una exposición matemática y jurídica confusa.

La indebida aplicación del artículo 26, trajo como consecuencia que se impusiera una pena exagerada por la naturaleza de los delitos, la personalidad del procesado y las circunstancias del hecho punible.

Para el casacionista, si se hubieran aplicado los criterios legales de los artículos 26 y 61 del Código Penal, la pena a imponer habría sido menor de 36 meses, lo que habría dejado la puerta abierta para que se le concediera el beneficio contenido en el artículo 68 del Código Penal.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El representante de la parte civil se opone al recurso de casación formulado a nombre del procesado Gerardo Fierro Piñeres, pues considera, de un lado, que presenta fallas de orden técnico en la formulación de los cargos principal y subsidiario y, de otro, que los argumentos no se sustentan en la realidad probatoria.

Sobre este último punto y en lo relativo al cargo primero, manifiesta que no es cierto que se omitiera la fórmula del juramento y para ello basta mirar las diligencias de indagatoria rendidas por los procesados Gerardo Ospina y Alvaro Bravo. En la ampliación de indagatoria de Gerado Ospina no hubo juramento, porque sencillamente no se hicieron cargos.

Estimó más adelante, que la coautoría de Fierro Piñeres está demostrada también por la admisión de responsabilidad que hizo ante el Auditor de la Compañía defraudada, Jorge Cabeza; por la firma de un documento en quedicho procesado propuso formas de pago por los reclamos fraudulentos por él realizados y por el indicio de capacidad física y moral para delinquir, por haberse desempeñado como consejero profesional de Seguros Bolívar.

En cuanto al segundo cargo, indicó que era imposible su estudio por lo contradictorio del mismo, pero en caso de estudiarse considera suficiente la sustentación hecha por las instancias en materia de dosimetría.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Respecto del primer Cargo, advierte en principio la Delegada, que el recurrente no especifica la clase de error probatorio que ataca. Pero, como en esencia la censura se dirige a objetar las acusaciones contenidas en las injuradas de dos de los procesados, considera que conforme a lo estipulado enla norma del procedimiento penal, en este caso faltó volver a formular el interrogatorio sobre los hechos ya referidos por el declarante en la misma diligencia momentos antes de la toma del juramento, que sí lo hubo, pues aparecen en las dos versiones atacadas por el recurrente.

De ello se desprende que no estaría conforme con la "legalidad" y por lo tanto suena absurdo que por ello diga que han perdido "credibilidad", cuando uno y otro concepto miran a puntos diferentes.

Agrega que el sistema probatorio es de libre persuasión judicial, sin tarifa legal probatoria, el cual lleva a admitir toda clase de pruebas que puedan suministrar al juez el conocimiento de los sucesos propios del proceso, de modo que pueda formar su propia certeza de manera libre. Así el artículo 248 de la misma normatividad, autoriza a recoger pruebas no previstasde acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes.

El formalismo citado por el impugnante no es la única manera racional de obtener la prueba y no es mandato imperativo, so pena de invalidar una actuación. Hay muchas reglas en la actuación procesal que no son condicionantes y ello significaría una vuelta a la prueba tasada y predeterminada desde la norma legal.

Sobre el segundo cargo, estima que además de las deficiencias del planteamiento, es claro que la dosificación penal está mal hecha, ya que al cuantificarse 36 meses por la falsedad y 32 por la estafa, ya iría en 68 meses, a lo que se afirma debe agregarse un quantum por la heterogeneidad del concurso y sin decir cómo, se termina imponiendo sesenta (60) meses de prisión.

El quantum si bien está dentro de la dosificación permitida por la ley, pues equivale a cinco (5) años, no llega al máximo de la punibilidad de la falsedad en documento privado, que se tomó como base de la cuantificación.

Pero, dicho error no puede ser corregido en cuanto se mantiene dentro de lo legal de la pena imponible que ya no es factible agravarla, en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus.

Además de todo lo anterior y a manera de inquietud indica el Procurador Delegado que el enjuiciamiento se hizo por falsedad material de particular en documento público, art. 220 del Código Penal, con lo cual la pena sería más alta; no obstante, el juzgador de las sentencias consideró que la falsificación de los registros civiles de defunción era falsedad en documento privado, con el argumento de que los particulares no pueden crear documentos públicos.

Agrega que es absolutamente claro que un documento público legítimo, no puede ser creado por un particular, lo que demuestra que la naturaleza del documento depende de la función de quien lo crea, pero en este caso no se trata de un legítimo documento público, sino de una apariencia de él, lo cual sí puede ser obra de un fabricante privado, pues lo espurio sí puede ser formado sin ligamen alguno con la legitimidad de la fuente de creación documental, pues lo que se hace es un "falsum que apenas se parece al legítimo como término de referencia no como objeto real".

Entonces, "el documento falso con la apariencia de público sí puede ser formado por un sujeto cualquiera, visto que el sistema de derecho no puede reglar la producción de documentos falsos sino penarla de acuerdo con su gravedad, y precisamente por fingir documentos aparentemente públicos".

Según el Procurador, con la tesis de los falladores de instancia, queda sin aplicación el artículo 220 del Código Penal, en los eventos de formación integral del documento, con la consecuencia de que quien falsifica parcialmente un documento público legítimo preexistente, recibirá una pena mayor al que se atreve ir más allá a confeccionarlo "ex novo o integralmente".

Esto de por sí mejoró la situación de los condenados.

Resalta como otro defecto incorregible, que se rompió la coherencia entre la acusación y la sentencia, pues se procesó por falsedad pública y se sentenció por falsedad privada.

Pese a ello, no es factible incrementar la punibilidad en virtud de lo normado en el artículo 29 de la Carta Política para corregir el error que favoreció al condenado; además el principio de no agravación del artículo 227 del C. P., impide que se pueda hacer cualquier enmienda en sede de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La demanda de casación que ahora ocupa la atención de la Sala, adolece de innumerables fallas de orden técnico que unidas a la falta de razón del libelista, conllevan inevitablemente a su desestimación.

Primer Cargo:

El reproche aducido por el libelista, lo hace consistir en la ausencia de un requisito formal consistente en que a los procesados Gerardo Ospina Tovar y Alvaro Bravo, no se les tomó juramento al momento en que efectuaron cargos contra su representado, con lo cual se incumplió el mandato contenido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal.

La situación puesta de presente ha debido ser planteada por el demandante al amparo de un error de derecho pero en su desarrollo mezcla el falso juicio de legalidad, y el falso juicio de convicción lo que torna el cargo en contradictorio

Ahora bien, elinterrogatorio efectuado a Ospina Tovar en el específico punto impugnado se desenvolvió así:

"Preguntado: ¿Se ratifica usted, bajo la gravedad del juramento, teniendo en cuenta el contenido del Art. 172 del Código Penal, previo juramento prestado de los señalamientos y cargos que hace en esta indagatoria a Gerardo Fierro, Alvaro Bravo y al que únicamente nombra como Luis? Contestó: Sí juro y ratifico que lo que he dicho es cierto..." (F 17 c. o No. 2).

En similar forma se procedió con el procesado Alvaro Bravo:

"Como quiera que en esta indagatoria quien la rinde señor Alvaro Bravo Ramírez, en todo momento hace cargos a Gerardo Ospina Tovar y Gerardo Fierro Piñeres, de ser los autores de los hechos que se están investigando, se procede a recibirle juramento con las formalidades del Código de P. Penal y se le dio a conocer el contenido del Art. 172 del Código Penal, por el cual prometió decir verdad e interrogado así: Bajo la gravedad del juramento que ha prestado, dígale al juzgado si se ratifica de todas y cada una de las afirmaciones que ha hecho en esta diligencia, concretamente respecto de Gerardo Ospina y Gerardo Fierro? Contestó: *Sí juro y me ratifico en todos y cada uno de los puntos a que he hecho mención en esta diligencia..." (f 124 vto y 125 C. O. No 2).*

Como se ve, la formalidad que reclama el impugnante no ha sido omitida y ello unido a la clara imputación que efectúan cada uno de los indagados, era suficiente para que las pruebas fuesen tenidas en cuenta y analizadas por los juzgadores de instancia.

Además en la ampliación de indagatoria el procesado Alvaro Bravo, no realizó ningún cargo contra Fierro Piñeres sino que a lo largo de ella se refirió a lo manifestado inicialmente en su indagatoria, reiterando que se ratificaba en lo dicho en aquella oportunidad y por lo tanto no había motivo para que se le tomara nuevamente el juramento. (fls 261 y ss c. o No 2).

El hecho de que no se cumpla estrictamente con las formalidades del juramento tal como lo preceptua el artículo 357 del estatuto procesal penal, no es motivo suficiente para que se tenga por invalida la diligencia; lo importante es que el indagado sea enterado del deber decir la verdad so pena de la responsabilidad penal en que pueda incurrir.

De otra parte pretende el censor, en el mismo cargo,restarle credibilidad a lo manifestado por los testigos que citara el Procurador 140 en lo judicial, al momento de emitir concepto ante el Tribunal Superior de Neiva, pues según él como no contienen cargos concretos contra Fierro Piñeres, son en consecuencia inexistentes.

Tal postura no solo le resta claridad a la demanda, sino que evidencia que el error inicialmente planteado queda sin demostración alguna, puesto que se desvía a desarrollar un error de derecho por falso juicio de convicción que resulta inaceptableplantear ante la ausencia de tarifa legal para la prueba en comento en nuestro sistema probatorio, el cual se rige únicamente por la sana crítica o persuasión racional.

Y aunque tampoco haría parte del ataque inicialmente propuesto, el hecho de que el libelista afirme que no le ha quedado claro el fundamento de la sentencia por la imprecisión en la referencia de esos testigos, de la lectura del fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, que con la del Tribunal conforma unidad jurídica completa, surge evidente que allí hace todo un análisis del material probatorio y que todos los testimonios mencionados por el casacionista son apenas algunos de los elementos de juicio que tuvo el fallador de primer grado para edificar el fallo de condena, pero sobre los cuales específicamente concreta el cargo por falsificación en documento privado, y por eso concluye que:

"*En resumen, conforme al análisis probatorio precedente se concluye la plena demostración de falsedades documentales en 11 de las reclamaciones fictas presentadas ante Seguros Bolívar S. A. , de las cuales, en 8 intervinieron*

conjuntamente Gerardo Fierro y Gerardo Ospina falsificando un total de 19 documentos privados, y las tres restantes fueron tramitadas básicamente por Gerardo Ospina, en las cuales se falsificaron cinco documentos privados, delitos estos contemplados en el art. 221 del C Penal". (Fol 214 c. o No 4).

Esta referencia probatoria es la que mantiene incólume el fallo atacado, por cuanto el censor, acudiendo a argumentos bastante confusos, sólo se ocupó de las declaraciones de María del Rosario Perdomo, Ismael Sánchez Cuellar, Tobías Barrero, Euclides Quinayas y Dolores Calderón, a fin de restarles valor probatorio, cuando numerosa es la prueba recaudada de la cual ni siquiera se ocupó.

Así las cosas, mirado en conjunto el reproche, resulta imposible determinar cuál era el últimas el propósito del censor, ya que en un principio no se encontraba de acuerdo con la autoría que le fue atribuída a su prohijado y que equivocadamente pretendió derrumbar planteando un supuesto error en la apreciación probatoria sobre los dichos de los procesados Gerardo Ospina y Alvaro Bravo, pero ni técnica ni jurídicamente atinó en su demostración. Y más adelante, mediante apreciaciones subjetivas, se ocupó de restarle valor probatorio a algunos de los testimonios obrantes en el proceso para concluir que tanto unos como otros eran inexistentes.

Con una postura como la señalada le agrega un yerro más a su libelo: desconocer el principio de no contradicción al formular en un mismo cargo un sentido de la violación y terminar desarrollándolo un otro, lo cual hace más evidente la ausencia de razonamientos claros y precisos que demostraran la real existencia del yerro inicialmente enunciado.

El cargo por lo tanto debe rechazarse.

Segundo Cargo:

Estima el libelista que se ha dado aplicación al artículo 26 del Código Penal en forma indebida, por cuanto se hizo un doble incremento al tasar la pena y ello generó que su representado no se hiciera acreedor al beneficio de la condena de ejecución condicional.

Veamos lo que ocurrió:

Estimó inicialmente el Juzgado, quese presentaba un concurso homogéneo y sucesivo de falsedad en documento privado y estafa.

Fue así como para determinar la pena imponible respecto de las 19 falsedades en documento privado, cuya pena va de uno (1) a seis (6) años, el fallador de primer grado tuvo en cuenta dos circunstancias de atenuación y por ello partió de doce (12) meses, a lo cual le incrementó veinticuatro (24) meses por dos (2) circunstancias de agravación y el número de delitos cometidos, para un total de treinta y seis (36) meses.

En cuanto a la Estafa, impuso una pena de treinta y dos (32) meses, teniendo en cuenta que, como en el anterior, concurrían las mismas circunstancias de atenuación y agravación y el incremento en razón a la cuantía y dio aplicación al artículo 26 del Código Penal, por el concurso homogéneo.

Frente a ello dedujo que se presentaba a un concurso heterogéneo de delitos y nuevamente acudió a la fórmula aplicable para el concurso respecto de las 19 falsedades y las 11 estafas;partió entonces de la pena más grave, o sea la Estafa, y como el artículo 26 autoriza que se incremente hasta en otro tanto, impuso un total de sesenta (60) meses.

Encuentra la Sala que la tasación así efectuada resultaría, en un momento dado, desajustada a las pautas legales, en la medida que se está aplicando doblemente la norma del concurso.

Lo viable era que el juzgador de esa instancia, conforme a los parámetros del artículo 26 del Código Penal en concordancia con el 61 ibídem, partiera del delito más grave, esto es la Estafa, pero no del mínimo, por cuanto concurren en la conducta del procesado circunstancias de agravación y,luego sí, hacer el incremento hasta en otro tanto tal como lo autoriza la norma que trata del concurso de hechos punibles. Sin embargo el Tribunal Superior corrigió el fundamento de la dosificación punitiva así:

"Para los concursos heterogéneos y sucesivos de estafas agravadas y falsedades en documento privado, como ambos delitos tienen igual pena mínima, aunque diferente castigo máximo, se toma como más grave el de mayor pena corporal máxima, tanto más cuanto que tiene como sanción adicional la pecuniaria. Las cadenas de estafas agravadas amerita cuarenta meses de prisión para el caso de Fierro Piñeres, y cuarenta y uno para el de Ospina Tovar, siendo dable adicionar veinte y veintiún meses, respectivamente, por las cadenas de actos falsarios".

El Juez goza, en materia de dosificación punitiva, de ciertos criterios que le permiten moverse entre los mínimos y máximos y en tanto no desborde esos límites no existe infracción al régimen de la sanción y por ende motivo alguno para efectuar una nueva tasación de la pena, porque como bien lo dijo el Ministerio

Público, el total de la pena impuesta a Fierro Piñeres, (cinco (5) años de prisión), no sobrepasa ni siquiera el máximo de punibilidad para el delito de falsedad en documento privado, conducta que por la sanción contenida en el tipo, resulta menos grave que la estafa. Sin embargo, como se acaba de resaltar, el ad quem corrigió los fundamentos del fallo, y si bien arribó a la misma pena, lo hizo ceñido a la ley sustancial por lo que el cargo fracasa.

De otra parte, independientemente de la suerte del recurso de casación, en cuanto a las inquietudes expuestas por el señor Procurador Delegado la Sala comparte su criterio de que efectivamente un particular pueda cometer falsedad en documento público, ya que además así lo tiene previsto la ley.

Los Juzgadores de instancia dieron por descartado que en el presente asunto se tipificara el delito de falsedad material de particular en documento público sobre estos razonamientos:

"... un particular no puede válidamente ser sujeto activo (sic) punible de falsedad en documento público, toda vez que de acuerdo a lo previsto en el art. 251 inc. 3o del C de P. Civil, documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención..." (f 199 c. o No 4).

Para aclarar el punto, ante todo es indispensable tener en cuenta algunos conceptos básicos que han sido ampliamente ilustrados por la doctrina y que para el caso específico, es necesario traer a colación.

De un lado, la falsedad como tal, en cualquiera de sus modalidades, es genéricamente aquella conducta mediante la cual el agente pretende hacer aparecer como verdadero aquello que en realidad no lo es.

En tratándose de falsedad material, particularmente, esta consiste en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos genuidad (tenor), de modo que lo suscribe quien en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí.

La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido.

En el caso concreto de la conducta que describe el artículo 220 del Código Penal, que sanciona al particular que falsifique materialmente documento público, resulta plenamente viable que en el caso de confección total del mismo quien así actúa se haga acreedor a la sanción previstaen la mencionada norma.

La Sala no comparte la tesis de que un particular, por no tener función certificadora o documentadora, no incurra en esta conducta cuando crea totalmente un documento público y sí cuando lo altera parcialmente. Si de lo que se trata es de proteger la fe pública y por ende la confianza de los asociados, resulta menos que lógica una conclusión de esa naturaleza, porque, precisamente el agente se está aprovechando del crédito que su calidad"pública" genera en la comunidad para introducir al tráfico jurídico un documento con tal apariencia y de esa manera obtener su propósito a sabiendas de que sólo es posible mediante la utilización de un documento con esas características.

De modo que si se regresa al concepto genérico de falsedad – hacer aparecer como real algo que no lo es – no queda descartada la hipótesis de la que se viene hablando, porque precisamente se está haciendo aparecer como público, un documento que en realidad no lo es.

De ahí que también resulte absurdo que el reproche sea menor para quien crea totalmente un documento público falso que para quien lo altera parcialmente.

Los anteriores argumentos sirven a la vez de precedente, para que la sala manifieste su disentimiento con los falladores de instancia al condenar a los procesados por el delito de falsedad en documento privado sobre la base, se repite, de que no pueden ser sujetos activos de esta conducta por no estar investidos de la calidad de funcionarios públicos.

Si se analiza de una manera global el material probatorio obrante en autos y sin hacer referencia a algún procesado en particular, allí aparece claro que se alteraron copias de registros de defunción que además luego eran autenticados; se elaboraron integralmente registros de matrimonio y bautismo, así como informes de accidentes de tránsito, documentos que fueron puestos en circulación por los sentenciados y con ello engañaron a la compañía para obtener el beneficio ya conocido. Ante estas circunstancias, indudablemente se encuentra tipificada la conducta descrita en el artículo 220 del Código Penal.

Pero como también lo advirtió la Delegada, cualquier consideración o corrección que se pretenda hacer en esta sede resulta a todas luces inadmisible porque ello empeoraría la situación de los sentenciados, lo cual estaría en contravía del principio de la reformatio in pejus.

Lo que sí no comparte la sala, es la afirmación de que se produjo una inconsonancia entre la resolución acusatoria y la sentencia por cuanto en la primera se acusó por el delito de falsedad de particular en documento público, y en la segunda se condenó por falsedad en documento privado.

Esta Corporación ha sentado su postura sobre el particular y ha dicho:

"La resolución de acusación ha de construirse con base en las previsiones legales, es decir, como decisión interlocutoria que es deberá contener: una narración de los hechos que son objeto de averiguación, "con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar"; el señalamiento con el debido análisis de las pruebas allegadas a la investigación en legal forma o, la adecuación típica de la conducta, la cual se entenderá como provisional, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal"; y las razones por las cuales se comparte o no los alegatos de los sujetos procesales.

En lo que hace referencia a la calificación jurídica provisional de los hechos con la enunciación del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal. ..., significa que la infracción penal imputada en el pliego acusatorio no es rígida, en el sentido de que el funcionario judicial que va a proferir el fallo quede atado a ella, sino que puede variarse en la sentencia el delito imputado siempre y cuando la modificación normativa –género– no contraríe el capítulo señalado en la resolución de acusación, por tal motivo, le es dable al juzgador hacer las variaciones correspondientes en cuanto a su especia se refiere, apoyándose en los medios de convicción". (Sentencia de Casación, Octubre 5 de 1995; Magistrado Ponente, Dr. Edgar Saavedra Rojas).

En este caso, que dicho sea de paso resulta verdaderamente beneficioso al acusado, estimó el sentenciador que su comportamiento no se adecuaba al tipificado en el artículo 220, sino al 221 del Código Penal, al considerar que la conducta realizada por los procesadosconsistió en alterar una serie de documentos que consideró privados, a efectos de obtener el pago de las reclamaciones de indemnizaciones por daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito. Siendo entonces que la norma por la que se condenó, se encuentra en el mismo capítulo de la conducta por la que se acusó, no se presenta la incongruencia predicada por el Señor Procurador Delegado.

Sea lo anterior suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA

No casar la sentencia impugnada, ya señalada en su fecha, origen y naturaleza.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ NULIDAD/ PRUEBA-Aducción/ SANA CRITICA/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

La Sala ha sostenido en jurisprudencia reiterada, que quien invoca una nulidad debe demostrar la irregularidad en que funda su acerto y la trascendencia de la misma, pues es completamente inocuo señalar una falla procesal sin acreditar que con ella se afectan garantías de los sujetos procesales, o se desconocen las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, principio que orienta la declaratoria de invalidación, y que recoge el numeral 2o. del artículo 308 del Procedimiento Penal.

La regla general es que la ilegalidad en la aducción de la prueba no afecta la validez del proceso, (excepción hecha de la indagatoria que es medio de prueba y presupuesto procesal de otras actuaciones), razón por la que el error consistente en apreciar pruebas ilegales es in iudicando o de juicio, en consecuencia no conduce a nulidad sino a que se case la sentencia y se dicte una de reemplazo en la que no se tengan en cuenta esos medios de convicción.

Reiteradamente ha dicho la Corte que la simple disparidad de criterios entre el juzgador y el demandante respecto a la valoración probatoria no es por sí misma demostración de un error, ni esa explicable situación puede llevar a que se considere ilegal el fallo, pues la ley es muy clara al otorgar al juez la facultad de apreciar las pruebas sin sujeción a tarifa alguna, enmarcando la apreciación dentro de las reglas de la sana crítica.

Cuando se acude a la violación indirecta de la ley sustancial se deben descalificar todas las pruebas que sirven de base a la decisión, pues es inocuo referirse a una sola de ellas si las demás siguen manteniendo la solidez del fallo.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel

Aprobado Acta No. 46

Rad. 12013

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentada por los defensores de los procesados Adalberto Medina Morales y Nelson Enrique Rincón Romero, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fé de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado doce Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual los condenó a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión por el delito de homicidio.

I. HECHOS

El dos (2) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1. 994), en las horas de la noche y luego de jugar un partido de futbol, fue muerto de 16 puñadas *Rubén Rodríguez Montejo* en momento en que estaba en compañía de su sobrino menor de edad Oscar Alberto Arroyo.

Por las informaciones recibidas, minutos después fue capturado por la Policía en su casa de habitación Nelson Enrique Rincón Romero, a quien le hallaron una camiseta de manga larga, color lila y verde, y unos zapatos azúles, artículos manchados de sangre. En seguida fue capturado Adalberto Medina Morales, en cuyo poder tenía una franela y una pantaloneta manchada con sangre.

II. LAS DEMANDAS

1. Demanda a nombre de Adalberto Medina Morales.

A. Al amparo de la causal tercera el impugnante formula dos cargos así:

Primero: "La sentencia fue dictada en un proceso viciado de nulidad supralegal por cuanto se negó una prueba fundamental para el ejercicio del derecho de defensa".

En el desarrollo de la censura advierte que durante la etapa instructiva la defensa solicitó la práctica de una inspección judicial al sitio donde se desarrollaron los hechos, la cual tenía como finalidad observar las condiciones de visibilidad, topográficas, la distancia existente entre la residencia de la declarante Claudia N.

y dicho sitio, establecer si es poblado o despoblado, y todas las demás circunstancias que surgieran en el momento de la diligencia. Dicha prueba, aun cuando fue decretada, no fue practicada por cuanto la Fiscal no concurrió a ella.

Durante la etapa del juicio solicitó nuevamente la práctica de la inspección, pero fue negada con el argumento de que era innecesaria. Apelada dicha decisión, el Tribunal la confirmó, sin tener en cuenta que con ese medio de prueba se hubiera podido desvirtuar otros, como es la afirmación del menor Oscar Alberto Montejo, quien desde un principio manifestó que no estuvo en el lugar de los hechos, para posteriormente terminar aseverando que sí los pudo apreciar desde una caseta metálica sin que pudiera ser observado. La realidad procesal revela que dicha caseta nunca existió, tal como se puede constatar en la inspección al cadáver y el plano fotográfico tomado.

Con la omisión en la práctica de la diligencia en referencia se violó el artículo 29 de la Constitución Nacional, en lo que tiene que ver con el derecho fundamental del debido proceso, como desarrollo del derecho a la defensa , lo cual genera una nulidad de pleno derecho.

Por otra parte, también se vulneraron los artículos 333 y 334 del Código de procedimiento Penal. , disposiciones que hacen referencia a la obligación del instructor de indagar tanto lo favorable como lo desfavorable al implicado, y el exámen del testigo en el sitio de los hechos.

Conforme a lo anterior, la nulidad debe decretarse desde el cierre de la investigación, "puesto que no resulta sana la circunstancia consistente en que trasladándola apenas a la causa se generen nuevas posibilidades de nulidad, como sería si se llegare a establecer que el testigo de cargo no podía refugiarse en ninguna caseta, dada su inexistencia, lo avanzado de la hora y las condiciones climáticas, de viabilidad y demás relacionadas".

Segundo: El fallo fue dictado en un proceso viciado de nulidad Constitucional, por cuanto se dio pleno valor a una prueba irregularmente aportada al proceso, con omisión de las formalidades que la Constitución exige para su decreto, práctica y asunción.

En la fundamentación manifiesta que no obstante haberse vencido los términos para solicitar pruebas señaladas por los artículos 446 y 447 del Código de Procedimiento Penal, la parte civil aportó las declaraciones extraproceso de Germán Andrés Vásquez Cubides y José William Parra Ruiz, rendidas ante el Juzgado 32 Penal Municipal de esta ciudad, funcionario que carecía de competencia, como quiera que los competentes para recibir esas exposiciones son los notarios,

testimonios que fueron incorporados al proceso, ordenándose la ratificación, diligencia que en efecto se cumplió.

En estas condiciones el ad-quem dictó la sentencia en un juicio viciado de nulidad, por cuanto no solo quebrantó el artículo 29 de la Constitución Nacional, sino que además los artículos 246, 247 y 248 del C. de P. P., lo mismo que los artículos 1o. y 8o., del Código Penal. La invalidación debe decretarse desde la celebración de la audiencia pública.

B. Invocando la causal primera, cuerpo segundo, también formula dos reparos a la sentencia en la siguiente forma:

Primero: la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial, por error de hecho en la apreciación del material probatorio.

A manera de fundamentación manifiesta que es una realidad procesal que el menor Oscar Alberto Montejo no estuvo en el lugar de los hechos, afirmación que se deduce de su primera declaración, versión que cambia posteriormente para asegurar que sí estuvo oculto en una caseta.

No obstante lo anterior el ad quem le otorgó plena credibilidad al testimonio reseñado, argumentando que está acorde con los demás medios de prueba, lo que no es cierto si se tiene en cuenta que la realidad procesal revela que la referida caseta no existe, circunstancia que hace tergiversar y distorsionar el sentido de la prueba.

En idéntico error incurrió en relación con los testimonios de Marco Antonio Merchán y Víctor Manuel Parra Silva, "como quiera que el ad quem partió de presupuestos inciertos o falsos para darle plena credibilidad a tales versiones, puesto que parten de la misma versión del sobrino Robayo Montejo y de una muchacha sin identificar, que habría afirmado la comisión del punible por parte de Alberto Medina Morales.

El fallador incurrió en error de hecho en la apreciación de tales testimonios, por cuanto no hizo un detenido análisis de los mismos y pasó por alto las contradicciones en que incurrió el menor, relacionadas con los nombres del homicida, a quien le atribuye condiciones físicas diferentes a las del imputado, y los nombres de Oscar y luego Alberto, reconociéndolo en definitiva a través de una fotografía tomada cinco años antes.

En esta forma el fallador quebrantó flagrantemente el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, en lo que hace referencia a la apreciación del testimonio

sobre los principios de la sana crítica, la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad, los sonidos con que se percibió el hecho etc.

Segundo: La sentencia es violatoria de manera indirecta de una norma de derecho sustancial, por error de derecho, por cuanto se allegaron pruebas a las diligencias sin tener en cuenta las formalidades legales.

En la demostración dice que las versiones extraproceso aportadas por la parte civil fueron presentadas, solicitadas y decretadas de manera extemporánea, como quiera que se habían vencido los términos señalados por los artículos 446 y 447 del estatuto procesal.

El Tribunal, no obstante la irregularidad advertida, les dio a esos medios de prueba pleno valor probatorio, especialmente al dicho de Vásquez Cubides.

2. Demanda a nombre de Nelson Enrique Rincon Romero.

Formula un único reproche al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, por cuanto la sentencia es violatoria de una norma de derecho sustancial, debido a que al apreciar algunos medios de prueba de acuerdo a la sana crítica, el Tribunal incurrióen un grave error de derecho.

En lo que denomina "Demostración del cargo" transcribe apartes del testimonio de Oscar Alberto Robayo Montero, para concluir que en su declaración "se nota una variedad de contradicciones con los nombres y el número de las personas que segun él entraron al 'potrero'".

Indica que en la diligencia de audiencia pública rindió testimonio el menor ymanifestó que "Fue El (sic) señalando al paisa Adalberto Medina", y más adelante agrega "El paisa salió por una callecita. "Lo mataron por haber perdido el partido". Dice además que estos hechos los presenció desde una caseta donde se encontraba oculto, pero en ese lugar no hay, no ha habido caseta de ninguna clase.

Bajo el título "Falso juicio de identidad de la prueba", sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta las graves contradicciones en que incurrió el declarante a que se refiere en el acápite que antecede, quien por ser un menor de edad no tiene la capacidad de discernimiento para explicar con claridad la forma como ocurrieron los hechos, máxime si se tiene en cuenta que no pudo presenciar el acontecer delictivo por cuanto no se encontraba en el teatro de los acontecimientos

Pese a lo anterior, el Juzgador de instancia "lo considera así de que estuvo presente. Que vio y observó todo lo ocurrido, sin que ninguna otra prueba

testimonial demuestre ni acredite que el menor estaba allí presente", error que constituye un falso juicio de identidad de la prueba que conduce a una clara violación de la ley sustancial, pues las pruebas deben analizarse "bajo los criterios de la lógica razonada".

De esta manera el juzgador de segunda instancia vulneró los postulados consagrados en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, en lo que se refiere a la apreciación del testimonio.

Asevera que tal como lo ha solicitado el agente del Ministerio Público, su patrocinado solo puede ser sancionado "por encubridor", por cuanto no ha cometido el delito de homicidio; es una realidad procesal que nunca aceptó el a quo y tampoco fue analizada por el ad-quem.

En síntesis, la sentencia objeto de impugnación adolece de graves errores "de derecho en la apreciación de los medios de prueba en conjunto tal y como debe efectuarse, con violación clara de los Arts. 353 y 394 del C. de P. Penal, en el sentido de haberse dado un alcance probatorio al medio de prueba como lo es el del menor Oscar Alberto Robayo, ya que se ha desconocido por parte del fallador de segunda instancia que las reglas o máximas de la sana crítica no son otras que las leyes de la sicología experimental, de la lógica que obligan a valorar un medio probatorio en cuanto a su eficacia teniendo en cuenta las características físico-somáticas del testigo así como el grado de madurez sicológica del mismo al igual que las circunstancias fácticas que han rodeado su percepción".

La petición es que se case la sentencia y se absuelva al imputado de los cargos formulados, "dictando la providencia sustitutiva que el conocimiento y la sabiduría de esa su H. Corporación les indique".

Consideraciones de la Sala

I. Demanda a nombre de Adalberto Medina Morales.

1. Sobre los cargos formulados por la causal tercera de casación son procedentes las siguientes observaciones:

a) La presunta violación del derecho a la defensa por no haberse practicado una diligencia de inspección judicial no pasa de ser una afirmación sin sustento, pues el mismo libelista cuenta que el juez de conocimiento negó la prueba por considerarla innecesaria.

La Sala ha sostenido en jurisprudencia reiterada, que quien invoca una nulidad debe demostrar la irregularidad en que funda su acerto y la trascendencia de la misma, pues es completamente inocuo señalar una falla procesal sin acreditar que con ella se afectan garantías de los sujetos procesales, o se desconocen las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, principio que orienta la declaratoria de invalidación, y que recoge el numeral 2o. del artículo 308 del Procedimiento Penal.

El defensor no comparte la respuesta negativa del juez respecto a la práctica de la prueba, pero no solo no aporta ningún argumento que tienda a demostrar su necesariedad, sino que con lo que dice le concede la razón al funcionario, ya que sobre la diligencia sostiene que habría servido para establecer que en el lugar de los hechos no existe la caseta a que se refiere el menor declarante, realidad procesal acreditada con la "inspección del cadáver y el plano fotográfico tomado en la misma", con lo cual no deja duda de que sobre el punto había prueba.

Pero la falta de fundamentación no para ahí, pues resulta que con la innecesaria inspección judicial pretendía encontrar un elemento para controvertir el testimonio de Oscar Alberto Robayo, con lo cual es evidente que no podía lograr nada, pues según se desprende de la misma demanda, el fallo condenatorio se basó en varias pruebas, e incluso el juez de primera instancia condenó sin apreciar el testimonio en mención.

En éste orden de ideas es evidente que el ataque es contradictorio e incompleto, lo primero porque en lugar de demostrar la existencia de una irregularidad con la no práctica de la prueba, da razones que indican que ella no se necesitaba, y lo segundo, porque se queda en el propósito de cuestionar un testimonio cuya trascendencia ni siquiera menciona. Esto es suficiente para concluir que la censura carece de los fundamentos claros y precisos a que se refiere el numeral 3o. del artículo 225 del Código de procedimiento Penal, sin los cuales la Sala no puede pronunciarse de fondo.

b) En el segundo reproche que presenta por la causal tercera la equivocación es ostensible, pues pretende que se declare la nulidad del proceso en razón a que el sentenciador apreció pruebas de las cuales dice que fueron ilegalmente aducidas, inconformidad que se tiene quecanalizar a través de la causal primera inciso segundo, como efectivamente lo hace en un cargo posterior.

La regla general es que la ilegalidad en la aducción de la prueba no afecta la validez del proceso, (excepción hecha de la indagatoria que es medio de prueba y presupuesto procesal de otras actuaciones), razón por la que el error consistente en apreciar pruebas ilegales es in iudicando o de juicio, en consecuencia no conduce

a nulidad sino a que se case la sentencia y se dicte una de reemplazo en la que no se tengan en cuenta esos medios de convicción.

2. Por la causal primera cuerpo segundo también formula dos reparos al fallo, cuyo examen individual se hace a continuación:

a) El primero lo denomina error de hecho por apreciación errónea del material probatorio, expresión genérica con la que realmente no precisa cuál es su inconformidad, pues esa denominación comprende tanto el falso juicio de existencia como el de identidad.

La sustentación no tiende a demostrar ningún error demandable en casación, simplemente contiene un conjunto de afirmaciones a saber: el menor Oscar Alberto Robayo no estuvo en el lugar de los hechos como lo afirmó en su primera versión; en la segunda declaración dijo que se ocultó en una caseta desde donde presenció los hechos, pero de acuerdo con los planos topográfico y fotográfico que obran en autos dicha caseta no existe; las declaraciones de los policiales Marco Antonio Merchán y Víctor Manuel Parra Silva parten de lo dicho por el sobrino del occiso y de una muchacha sin identificar; no obstante esto el Tribunal les reconoció credibilidad a estas pruebas, partiendo de presupuestos falsos o inciertos.

Como se puede apreciar, la alegación del recurrente no tiene relación con el error de hecho anunciado, pues lo que realmente hace es criticar el valor probatorio que se le otorgó a tres testimonios, planteamiento que no tiene cabida en este caso, pues de una parte ese medio de prueba no está sometido a tarifa legal, y de otra, la facultad otorgada al juez para valorar las pruebas recaudadas solo está condicionada por el respeto a las reglas de la sana crítica, tema al que el libelista no se refiere.

En las circunstancias anotadas la conclusión que se obtiene es que no existe claridad en la formulación del cargo, pues lo único que se entiende es que es por error de hecho; y en lo que debería ser la sustentación no solo no se subsana esa falla, sino que se elabora un alegato que no tiene relación con la censura, y lo único que indica es que el defensor tiene una opinión distinta a la del fallador respecto a la valoración de unas pruebas, inconformidad que en esos términos no es de recibo en casación.

b) En el segundo reparo por violación indirecta de la ley plantea nuevamente el tema de las pruebas ilegalmente aducidas, siendo correcta en esta oportunidad la presentación del cargo, pero no su desarrollo, ya que se limita a sostener que la petición, decreto y práctica de unas versiones solicitadas por la parte civil fue extemporánea porque ya se habían vencido los términos señalados en los artículos 446 y 447 del Código de Procedimiento Penal.

No le da ningún fundamento al tema de la extemporancidad, de modo que no se sabe por qué lo considera así. De otra parte, no precisa cuáles fueron las pruebas a las cuales se refiere, y únicamente dice que pese a las irregularidades advertidas el Tribunal les dio valor probatorio, "especialmente en lo atinente al de Vásquez Cubides".

Como era obvio, ha debido decir qué valor probatorio les reconoció el juzgador, y que trascendencia tuvo ese testimonio en cuanto a la decisión de condena, pues por el principio de limitación del recurso la Corte no puede corregir ni completar la demanda.

En este cargo el problema consiste en que el demandante se quedó en la sola formulación, y no se tuvo en cuenta que el mandato legal exige que el reproche se presente y se demuestre con argumentos claros y precisos, pues se trata de un recurso extraordinario en donde la iniciativa y responsabilidad de la sustentación es del impugnante, y la Corte solo puede pronunciarse si el libelo cumple con todos los requisitos formales.

Dadas las fallas que se han señalado en el anterior análisis, es ostensible que ninguno de los cargos podría ser abordado de fondo, en consecuencia se rechazará la demanda in límine.

II. Demanda a nombre de Nelson Enrique Rincón Romero

1. La mención de los sujetos procesales es incompleta, como quiera que se reduce a los procesados y la madre del occiso, dejando por fuera los demás intervinientes.

2. El relato de los hechos no se circunscribe a los que fueron objeto de la sentencia, sino que el defensor hace una composición en la que los acomoda a su particular punto de vista, variación que no se ajusta al requisito legal. (Art. 225 num. 2o. C. de P. P.).

3. Basta la lectura del cargo para advertir que está formulado de manera equivocada, pues la presunta infracción de las reglas de la sana crítica se debe demandar como error de hecho, y no de derecho como lo presenta el censor. De otra parte, el falso juicio de identidad no es error de derecho sino de hecho.

El empleo de esas denominaciones no es un requisito esencial de la demanda, pero si su autor opta por hacer uso de ellas debe utilizarlas correctamente, ya que de otra manera el ataque resultará ininteligible, y en casos como el que nos ocupa, contradictorio.

4. El desarrollo del error planteado se circunscribe a la expresión de inconformidad del libelista respecto de una de las consideraciones del Tribunal, atinente a que el testimonio del menor Robayo Montero podía ser apreciado en la sentencia, y no dejarlo de lado como lo hizo el a quo.

Reiteradamente ha dicho la Corte que la simple disparidad de criterios entre el juzgador y el demandante respecto a la valoración probatoria no es por sí misma demostración de un error, ni esa explicable situación puede llevar a que se considere ilegal el fallo, pues la ley es muy clara al otorgar al juez la facultad de apreciar las pruebas sin sujeción a tarifa alguna, enmarcando la apreciación dentro de las reglas de la sana crítica.

El recurrente sostiene que se violaron dichas reglas, pero no argumenta nada concreto, ni precisa a cuál se refiere, de manera que no basta afirmar que no se atendieron los postulados del artículo 294 del estatuto procesal, ni que el deponente incurrió en contradicciones, pues como se sabe, aún así el juzgador puede concederle mérito probatorio a un testimonio sin que por ello desconozca las reglas de la sana crítica, todo lo contrario, aplicándolas.

5. Otro punto que el actor no tiene en cuenta, es que cuando se acude a la violación indirecta de la ley sustancial se deben descalificar todas las pruebas que sirven de base a la decisión, pues es inocuo referirse a una sola de ellas si las demás siguen manteniendo la solidez del fallo.

Dicho de otra manera, el casacionista debe demostrar que el error que aduce es trascendente, esto es, que si no se hubiera cometido la sentencia habría sido otra.

En resúmen: la demanda es incompleta; el cargo está formulado por una vía que no corresponde, y carece de la fundamentación clara y precisa que exige el citado numeral 3° del artículo 225 del Procedimiento penal: además, contiene una mezcla indebida de temas, ya que dentro del mismo reparo aduce error en la denominación jurídica, cuya vía de ataque es la causal tercera. Así las cosas, no hay duda de que lo procedente es el rechazo in límine del libelo.

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

RESUELVE

Rechazar las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Adalberto Medina Morales y Nelson Enrique Rincón Romero. En consecuencia se declara desierto el recurso interpuesto.

En virtud de lo ordenado por el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, contra éste auto no procede ningún recurso.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO LEGAL

Independientemente de si éste a la sazón estaba legitimado como sujeto procesal, so pretexto de haberse presentado la demanda antes de ordenarse para el recurrente el traslado de que habla el artículo 224 del C. de P. P., no podía el ad quem prescindir del término señalado para el efecto, ni interpretar la prematura actuación del actor como una voluntaria renuncia al mismo, porque con tal proceder se desconoce la naturaleza de orden público que caracteriza a los términos legales y se contraría el principio de invariabilidad, en virtud del cual, por motivos de seguridad jurídica, éstos no pueden estar sujetos a las ampliaciones, restricciones o supresiones que caprichosamente dispongan los funcionarios o convengan las partes, salvo la renuncia expresa del sujeto en cuyo favor se han establecido.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo siete de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta No. 46 (Mayo 6 de 1997)

Proceso: 12878

VISTOS

Lo procedente en este caso sería examinar la demanda para ver si se ajusta a los requisitos formales del artículo 225 del C. de P. Penal, si no fuera porque el trámite dado a la impugnación se halla viciado de nulidad, como pasa a estudiarse:

ANTECEDENTES

1. Por auto del 5 de noviembre de 1996 la Corteadmitió el recurso extraordinario de casación que de manera excepcional interpuso el Fiscal Primero Delegado ante el Tribunal Superior Militar, contra la sentencia del 28 de agosto de 1996,

por medio de la cual esa Corporación condenó al soldado Bernardo Enrique Alfonso Manrique Duque a un año de arresto como autor del delito de Abandono del Puesto y dispuso, en consecuencia, la remisión del expediente a la oficina de origen para "que se surtan los traslados a que se refiere el artículo 224 del C. de P. P".

2. El proceso se recibió en el Tribunal el 25 de noviembre de 1996 y en la misma fecha el Fiscal Primero, Dr. Carlos Antonio Forero Padilla, presentó la correspondiente demanda de casación.

3. Dos días después, el 27 del mismo mes y año, se ordena proceder de conformidad con lo dispuesto por la Corte y, como el recurrente ya había presentado el libelo impugnatorio, dispuso el Tribunal *"correr traslado por quince días comunes a los demás sujetos procesales para alegar"*: auto que al día siguiente sólo se notificó al autor de la demanda.

4. El Procurador General de la Nación, con fundamento en los artículos 118 y 277, ordinales 1 y 7 de la Constitución Política,en concordancia con los artículos 8, 98, 99 y 100 de la Ley 201 de 1995, creó su representación directa ante el Tribunal Superior Militar y mediante Decretos Nos. 0816, 689, 690, 691, 0723 y0758 de 1996, designó a los Procuradores Judiciales II para que a partir del 22 de octubre ejercieran en forma permanente el Ministerio Público antedicha corporación, asumiendo de esta manera la función que otrora les fuera encomendada a los Fiscales Superiores Militares.

5. Esta decisión fue comunicada por oficio No. 3342 del 22 de octubre de 1996 al Presidente del Tribunalquien, por escrito 275 TSM-P del 5 de noviembre siguiente, la transmitió a los demás integrantes de la corporación y a los respectivos Fiscales.

La Corte considera

Dos son las actuaciones irregulares que deben resaltarse en el trámite del presente recurso de casación:

La primera tiene que ver con la inobservancia de los términos indicados en el artículo 224 del C. de P. P. , por parte del Tribunal Superior Militar.

En efecto,no empece haber dispuesto esta Sala al momento de admitir el recurso que se surtieran los traslados a que se refiere el artículo 224 de C. de P. Penal, mediante auto del 27 de noviembre de 1996 el Tribunal decidió correrlo únicamente a *"los demás sujetos procesales"*, con prescindencia del recurrente, respecto del cual se consideró satisfecha esta exigencia procesal con la anticipada presentación del libelo impugnatorio por parte del Fiscal 1° Superior Militar.

Independientemente de si éste a la sazón estaba legitimado como sujeto procesal, so pretexto de haberse presentado la demanda antes de ordenarse para el recurrente el traslado de que habla el artículo 224 del C. de P. P., no podía el *ad quem* prescindir del término señalado para el efecto, ni interpretar la prematura actuación del actor como una voluntaria renuncia al mismo, porque con tal proceder se desconoce la naturaleza de orden público que caracteriza a los términos legales y se contraría el principio de invariabilidad, en virtud del cual, por motivos de seguridad jurídica, éstos no pueden estar sujetos a las ampliaciones, restricciones o supresiones que caprichosamente dispongan los funcionarios o convengan las partes, salvo la renuncia expresa del sujeto en cuyo favor se han establecido.

Pero al margen de la anterior irregularidad, que es suficiente para invalidar el trámite del recurso, extraña también la ligereza con que el tribunal mantuvo para este caso la condición de sujeto procesal a quien un mes atrás había dejado de serlo, máxime cuando en el auto que dispuso el recortado traslado empieza por advertir el desplazamiento de los fiscales que antaño fungían como Ministerio Público.

Frente a la claridad de las comunicaciones que había recibido de quien constitucional y legalmente estaba facultado para señalar a sus agentes ante esa corporación, era demasiado obvio que el Fiscal 1° Superior a esa altura no tenía ninguna legitimidad para actuar como sujeto procesal y menos para sustentar el recurso de casación, cuya admisión excepcional ciertamente había logrado pero no a título personal sino como delegado del Ministerio Público, condición esta que a la sazón había perdido.

Así pues, al suprimir indebidamente el traslado al recurrente para aupar la demanda de quien carecía de legitimidad como sujeto procesal, se privó al auténtico representante del Ministerio Público de la facultad de sustentar el recurso extraordinario de casación que en forma excepcional le había sido concedido, violando de esta manera el debido proceso e incurriendo en la causal de nulidad que consagra el artículo 304 en su ordinal segundo, razón por la cual se hace necesario invalidar la actuación a partir del auto fechado el 27 de noviembre de 1996, mediante el cual el Tribunal Superior Militar dispuso correr traslado por quince días comunes a los demás sujetos procesales.

Así se declarará en este proveído, ordenando además reponer la actuación de acuerdo con lo resuelto por la Sala en auto de noviembre 5 de 1996.

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

RESUELVE

Decretaría nulidad de lo actuado a partir del auto calendado el 27 de Noviembre de 1996, obra del Tribunal Superior Militar, a que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se *ordena reponer* la actuación conforme a lo dispuesto por la Corte en auto del 5 del mismo mes y año.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPOSICION

El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión –en este caso la Corte– vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare, en forma total o parcial. Esta finalidad impone no solo que este recurso se interponga dentro de los términos previstos por la ley, sino que además, es requisito necesario para su viabilidad que se motive, esto es, que si se interpone por escrito o en audiencia o diligencia (ley 81/93, art. 28 y C. de P. C., art. 348 modificado art. 1°., num. 168 D. E. 2282/89), es imprescindible que se expongan las razones por las cuales el sujeto procesal considero errada la providencia, a fin de que proceda a modificarla o revocarla, pues si la impugnación no se sustenta, carece el funcionario judicial de conocimiento sobre los motivos de inconformidad que le permitan resolver.

No basta el simple deseo dela parte inconforme de recurrir determinada providencia, sino que debe indicar las razones de hecho y de derecho que apoyan su disentimiento. De no ser esto así, colocaría al juez en incertidumbre, pues en tal caso tendría que adivinar cuál fue el pensamiento del recurrente cuando interpuso la reposición.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor. *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 47.

Rad. 9967

VISTOS

Se pronunciala Corte en relación con el recurso de reposición interpuesto por el procesado *Fernando Oliverio Gutiérrez Cardona* contra la providencia de fecha 13 de marzo del año en curso, por medio de la cual la Sala se abstuvo de

pronunciarse sobre la nulidad e igualmente sobre la libertad inmediata propuesta por dicho implicado.

Surtidos los traslados de rigor, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El incriminado *Fernando Oliverio Gutiérrez Cardona* solicitó a la Corte que en razón a que en la diligencia de indagatoria no fue asistido por abogado, entre a decretar la nulidad de la actuación, y como consecuencia de ello, disponga su libertad inmediata.

En relación con la anterior solicitud, la Sala en auto de fecha 13 de marzo del corriente año, se abstuvo de pronunciarse, anotando lo siguiente:

"Debe responderse al implicado Gutiérrez Cardona que la Corte solopuede atender peticiones de libertad provisional apoyadas en el artículo 55. 2 de la ley 81 de 1993, esto es para efectos de acreditar el requisito cuantitativo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal o para el cumplimiento total de la sanción, pues reiteradamentehasostenido que carece decompetencia para atender en el trámite del recurso extraordinario de casación, peticiones o incidentes ajenos a él.

Entonces, la liberación que pretende el peticionario sobre los presupuestos que aduce en su solicitud, solo sería viable al momento de proferir el fallo definitivo y de prosperar el cargo propuesto en la demanda de casación".

3° Para la notificación de la providencia en mención fue librado despacho comisorio a la Penitenciaría Nacional "El Barne" de Tunja, que a través de la Asesoría Jurídica el 1° de abril (f. 57 cdno. de la Corte), enteró de ella en forma personal al implicado, quien en dicho acto manifestó "solicito copias de este proveído para interponer mi recurso de reposición". Las copias pedidas por el sindicado fueron expedidas por la Secretaría de la Corte (f. 59 ib.), y con fecha 3 de abril el mencionado incriminado presentó ante las autoridades carcelariasescrito dirigido al Juzgado 1° Penal del Circuito de Rionegro, Antioquia, que conoció de este asunto en primera instancia, memorial donde anota que en relación con la peticiónde nulidad, y su libertad inmediata, la Corte "el 1° de abril del año en curso (sic)..., se pronunció al respecto pidiendo se le presentara a su " despacho el recurso de reposición" (f. 62 ib.).

4° Ante todo, ha de precisarse que no es cierto que la Corte hubiera indicado que contra la providencia de fecha 13 de marzodel presente año, el implicado debía proponer y menos aún sustentar el recurso de reposición ante el juez de

primera instancia, pues lo que se dijo encomunicación dirigida al Asesor Jurídico de la Penitenciaria Nacional "El Barne" de Tunja, es que debíanotificarla personalmente al procesado, "informándole que contra ella procede el recurso de reposición" (f. 55 cdno. de la Corte).

Hecha la aclaración anterior, se tiene que en materia penal, salvo las excepciones legales, el recurso de reposición procede contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instanci (C. de P. P., art. 199).

El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión –en este caso la Corte– vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare, en forma total o parcial. Esta finalidad impone no sólo que este recurso se interponga dentro de los términos previstos por la ley, sino que además, es requisito necesario para su viabilidad que se motive, esto es, que si se interpone por escrito o en audiencia o diligencia (ley 81/93, art. 28 y C. de P. C., art. 348 modificado art. 1°., num. 168 D. E. 2282/89), es imprescindible que se expongan las razones por las cuales el sujeto procesal considera errada la providencia, a fin de que proceda a modificarla o revocarla, pues si la impugnación no se sustenta, carece el funcionario judicial de conocimiento sobre los motivos de inconformidad que le permitan resolver.

No basta el simple deseo de la parte inconforme de recurrir determinada providencia, sino que debe indicar las razones de hecho y de derecho que apoyan su disentimiento. De no ser esto así, colocaría al juez en incertidumbre, pues en tal caso tendría que adivinar cuál fue el pensamiento del recurrente cuando interpuso la reposición.

En este caso, lejos de proponer los motivos de disenso, el procesado Gutiérrez Cardona se limitó a interponer el recurso de reposición, pero incumplió con el deber procesal de sustentarlo, pues en el escrito que dirigió al juez de primera instancia nada dice sobre las razones que llevaron a la Corte a abstenerse de resolver sobre la nulidad e igualmente sobre la libertad inmediata propuesta por él, en el entendido que son temas que sólo serían viables al momento de proferir el fallo definitivo y de prosperar el cargo propuesto por su defensor en la demanda.

Por tanto, se declara desierto el recurso de reposición interpuesto pero no sustentado por el acusado Gutiérrez Cardona.

Por loexpuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

Declarar desierto el recurso de reposición que el sindicado Fernando Oliverio Gutiérrez Cardona interpuso contra el auto de fecha 13 de marzo del año en curso, por las razones anotadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

Estos elementos de convicción constituyen verdaderos medios de prueba, como lo ha reconocido reiteradamentela Corte, en uno de cuyos pronunciamientos anotó:

"La forma como el legislador, en definitiva, se ha referido en el Código de Procedimiento Penal a los indicios (Libro I, Título V, Pruebas; Capítulo I, Principios Generales; Capítulo II, Inspección; Cap. III, Prueba Pericial; Cap. IV, Documentos: Cap. V, Testimonio; Cap. VI, Confesión; y Capítulo VII, Indicios), obliga a estimar los mismos en esa su específica calidad de "prueba", de "medio de prueba", de "probanza", de "recaudo o acervo de certeza", etc. Pretender desconocer, con inclusión tal acompañada de un lineamiento de definición del concepto y de las formas más esenciales que deben considerarse en su producción y valoración, que ello no comporta la singularización de un idóneo y calificado medio probatorio, es negar lo evidente. Es imposible que desarrollando el legislador el instituto de las pruebas, se vaya a referir a algo, en este título,que no represente esa connotación y no cumpla con ese especial y propio cometido. De los indicios se puede decir, en contra, lo que se quiera y pocas de sus apreciaciones, cuando tienen un contenido de sensatez y de crítica jurídica, no suscitará enjundiosa controversia; pero no es dable iniciar ese cuestionamiento negando, al menos en nuestro Código de Procedimiento Penal, su legal carácter de medio de prueba.

"Tendrá alguna explicación distinta a la ya anotada, destacándose como se destaca esa específica y disiente ubicación y el previsor afán de fijar sus "elementos "–art. 300–; el indebido fraccionamiento de un hecho indicador para hacerlo servir como pluralidad de indicios –art. 301–; la exigencia de la válida demostración del hecho indicador –art. 302– y lo referente a la "apreciación de los indicios" –art. 303 . Posición contraria no pasa de ser una audacia argumentativa o una insensatez mental" (Sentencia, octubre 22 de 1993, M.P., Dr. Gustavo GómezVelásquez).

Pero no sólo es inconcusa la sistematización del indicio como medio de prueba autónomo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también su consagración expresa como elemento de convicción suficiente para sustentar importantes decisiones en los distintos estadios del proceso. Es así como el artículo 388 del C. de P. P. impone la aplicación de medida de aseguramiento "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un **indicio** *grave de responsabilidad..."; y dentro de los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, además de la demostración de la ocurrencia del hecho, el artículo 441 idem presupone la existencia de "confesión, testimonio que ofrezca seRios motivos de credibilidad,* **indicios** *graves, documento, peritación o cualquier* **otro medio probatorio** *que comprometa la responsabilidad del imputado".*

La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de **grave o vehemente** *al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de* **leve**, *cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de* **levísimo** *cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado.*

En materia de casación fundada en la violación indirecta de la ley sustancial, en virtud de errónea apreciación de la prueba indiciaria, también rige el principio lógico de la razón suficiente, según el cual la verdad posible del demandante sólo se perfila si enuncia correctamente la realidad objetiva de sus juicios; es decir, si identifica cuál es el tramo lógico del indicio al cual dirige sus críticas y la clase de error que le imputa, porque, se repite, resulta asaz diferente la censura en tratándose de vicios objetivos en la estimación de la prueba directa soportadora del hecho indicador, o de vacíos protuberantes en la consideración de la experiencia, la lógica o las ciencias al momento de abordar la "inferencia lógica", o de las falencias en el examen del mérito individual y después en conjunto de los indicios.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., Santafé de Bogotá, D.C., mayo ocho de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gómez

Aprobado Acta No. 47

Rad. 9858

VISTOS

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por ladefensora del procesado Héctor Chacón Macías, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo halló responsable, a título de determinador, del delito de hurto calificado y agravado, condenándolo a la pena principal de 2 años y 10 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período.

HECHOS

Los narró así el Tribunal :

"El 30 de Julio de 1987 los esposos Héctor Chacón Macías y Socorro Jiménez de Chacón suscribieron un pagaré por la suma de $ 6.512.337 con la Corporación de Ahorro y Vivienda "Davivienda". Para garantizar el pago de las obligaciones contraídas, la señora Socorro Jiménezconstituyó hipoteca de primer grado en favor de la Corporación sobre un inmueble de su propiedad, casa de habitación ubicada en la carrera 33 número 54-19 del perímetro urbano de esta ciudad (Bucaramanga).

Como quiera que los deudores cesaron en el pago de algunas cuotas mensuales y se constituyeron en mora, la Corporación Davivienda exigió de inmediato el pago de la obligación y por intermedio de su apoderada, la doctora Marta Inés López Bautista, presentó demanda ejecutiva con título hipotecario, solicitando el embargo del inmueble, proceso que tramitó el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la ciudad y que concluyó con la aprobación del remate y la consiguiente entrega del dinero.

Comisionada la Inspección Segunda Municipal de Policía para llevar a cabo la respectiva entrega, el 18 de abril de 1991 se presentaron en el inmueble los funcionarios en compañía de la apoderada de la Corporación, pero ante la oposición presentada por Chacón Macías por intermedio de apoderado, la diligencia no pudo concluirse y se aplazó para el 29 de mayo siguiente. En la fecha mencionada se reinició la diligencia y una vez negada la oposición formulada

se ordenó la desocupación del inmueble, la que se cumplió en parte en los pisos segundo y tercero, suspendiéndose la diligencia por lo avanzado de la hora para el 11 de junio siguiente.

Continuada la diligencia en la memorada fecha, al llegar los funcionarios al lugar se encontraron con que el inmueble estaba deshabitado y sus puertas cerradas, razón por la cual hubo de decretarse el allanamiento, acudiendo a los servicios de un cerrajero, quien procedió a abrir la cerradura de la puerta principal. Una vez en el interior del inmueble, verificado que este se encontraba totalmente desocupado, la apoderada de Davivienda dejó constancia de que el edificio se encontraba parcialmente destruido, ya que los baños, las chapas de las puertas, los interruptores de la luz, las divisiones que antes fueron descritas no se encontraban en su sitio, los sanitoRíos y lavamanos fueros sustraídos, aspecto que según reza la diligencia fue certificado por el inspector, procediendo seguidamente a la entrega real y material del inmueble a la doctora Marta Inés López Bautista, como apoderada de la Corporación.

Posteriormente y ante el desmantelamiento del inmueble al haber sido retirados de él gran cantidad de objetos que le accedían, el gerente seccional de Davivienda formuló el respectivo denuncio penal en contra de Héctor Chacón Macías, señalándolo como el presunto autor de los delitos de sustracción de bien propio agravado con prenda y hurto". (fl. 4-5, C – 5).

ACTUACIÓN PROCESAL

El 15 de julio de 1991, el Juzgado 9 de Instrucción Criminal con sede en Bucaramanga inició la correspondiente investigación y, una vez escuchó en indagatoria a Héctor Chacón Macías, le resolvió la situación jurídica profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación, por el delito de hurto calificado.

Perfeccionado y clausurado el ciclo sumarial, se procedió a su calificación disponiendo la reapertura de la investigación por un período de seis meses, decisión que al ser apelada por el apoderado de la parte civil, fue revocada por la Fiscalía 2ª Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el 22 de julio de 1992, profiriendo en su lugar resolución de acusación contra Héctor Chacón Macías como determinador del delito de hurto calificado y agravado, conforme a los artículos 349, 350-1 y 372 del C. P., pero le concedió la libertad provisional.

Rituada la etapa de la causa y realizada la audiencia pública, el Juzgado 12 Penal del Circuito de Bucaramanga, el 11 de marzo de 1994, condenó a Chacón

Macías por el hecho punible imputado en la resolución acusatoria, imponiéndole como pena principal 2 años y 10 meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y la obligación de pagar los perjuicios materiales derivados de la infracción. No obstante, lo benefició con el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en sede de apelación, el 14 de junio de 1994, confirmó integralmente el fallo de primera instancia.

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:

"La sentencia recurrida dictada por el H. Tribunal Superior de Bucaramanga en este proceso es Violatoria de la Ley Sustancial por Violación Indirecta. A dicha transgresión de la ley sustancial se llegó por Error de hecho, pues el sentenciador de segunda instancia tergiversó el sentido de la prueba y dió aplicación indebida a los artículos 349, 350 y 372 del Código Penal, cuando debía habérsele dado aplicación al artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, es decir, absolver al Dr. Héctor Chacón Macías. por existir duda sobre su responsabilidad penal".

En lo que titula "demostración del cargo", comienza por pregonar la censora que "por parte del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. – Sala Penal al tergiversar el sentido de la prueba conllevó un falso juicio de identidad".

A renglón seguido asegura que el ad-quem desestimó el valor probatorio que tenían en el proceso tantolaindagatoria del acusado, cuyo contenido transcribe en parte, como los testimonios de Olga Chacón Macías, José David Monsalve Maldonado y Luz Smith Rangel Bermúdez, los cuales se habrían encargado del trasteo y consiguieron obreros para que les ayudaran, pues el acusado estaba en otra ciudad.

Más adelante y luego de reproducir un acápite de la sentencia de segunda instancia, aborda el tema del in dubio pro reo *y advierte que el Tribunal "ha vacilado" y que cuando afirma que Chacón Macías fue "quien ordenó a terceras personas,* probablemente sus dependientes, *que despojaran el inmueble que tenía que abandonar", está consolidando la responsabilidad sobre una duda, "y con los avances del derecho criminal la duda se constituye*

en un principio universal a favor del incriminado y así lo estableció el legislador en el artículo 445".

Se ocupa luego la demandante de la prueba indiciaria que tuvo en cuenta el ad quem para formar su convencimiento, en orden a cuestionar su credibilidad en la siguiente forma :

1. De acuerdo con el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal vigente, los indicios no son medios de prueba, sino simples juicios de valor que utilizados por el juzgador de segundo grado le permitieron llegar a una conclusión errónea de responsabilidad.

2. No se le puede endilgar el indicio de oportunidad a Héctor Chacón Macías, por cuanto el día del supuesto apoderamiento ilícito de los bienes se encontraba fuera de la ciudad de Bucaramanga y sus empleados nunca llegaron a manifestar que hubieran recibido orden de él para retirarlos o trasladarlos a lugar diferente.

De otro lado, el calificativo de grave que le dió el sentenciador a este indicio, corresponde a una añeja concepción propia del sistema de la tarifa legal ya superada por el artículo 254 del C. de P. P.

3. En relación con el indicio delmóvil, indica que no se puede dar por probado únicamente por ser el procesado el propietario del inmueble y por haber instaurado una acción litigiosa con el fin de evitar el desalojo.

4. Plantea la demandante que tanto el indicio del móvil como el de la oportunidad para delinquir, no se pueden deducir como elemento probatorio porque "es una inferencia equivocada que conlleva a falsos resultados haciéndole producir efectos jurídicos diferentes alos esperados por la justicia".

5. Sobre el indicio de la mala justificación, también tenido en cuenta por el ad-quem, asegura que no es posible deducirlo tan solo de la declaración del celador que permaneció siempre en custodia y conservación del inmueble hasta el momento de la entrega definitiva por parte del funcionario de policía, porque "hipotéticamente no permaneció aunque lo hubieran dejado cuidando y en ese lapso de ausencia ocurrió la pérdida de los elementos que se han echado de menos".

La impugnante concluye su libelo insistiendo en el *in dubio pro reo*, porque "la duda salta a la vista en el cuerpo de la providencia cuestionada cuando sostiene que no existe en el informativo procesal una prueba directa sobre la participación

del sentenciado en la comisión del hecho punible", termina por solicitarse case la sentencia y se disponga la absolución del procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo penal le solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, con argumentos de la siguiente guisa:

La duda planteada por la casacionista carece de relevancia jurídica, porque el sentenciador en ningún momento la ha considerado con relación a la responsabilidad de Héctor Chacón Macías a título dedeterminador del hecho punible imputado, sino frente a quienes pudieron ser autores materiales,que no fueron vinculados a este proceso.

De esta forma, sostiene la Delegada, "cuando se trata de delitos determinados por una persona y ejecutados materialmente por otra, cada uno de los intervinientes tiene su propia suerte y no es indispensable que en el proceso en el que se juzga la conducta del determinador se establezca simultáneamente la responsabilidad penal del autor material, pues respecto de éste se puede adelantar una investigación independiente", como ocurreen el caso a estudio en virtud de las copias que se ordenaron mediante resolución del 22 de julio de 1992, obra de la Fiscalía 2ª Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga.

En relación con el reproche a la prueba indiciaria, manifiesta el Ministerio Público que la demanda no plantea errores en los diferentes elementos del indicio, por ejemplo un falso juicio de identidad respecto de los hechos indicadores, sino que los critica "como un razonamiento equivocado producto de una inferencia igualmente errada". Y en cuanto se refiere al indicio de oportunidad para delinquir, que según la censora no puede predicarse del acusado porque cuando se realizó el hecho que se le imputa a Chacón Macías no se hallaba en Bucaramanga, o sea donde se perpetró el delito, afirma el Procurador Delegado que esto no constituye ningún ataque concreto a la sentencia sino una simple aseveración, que además pierde de vista la calidad en que se condenó al acusado, como determinador y no como autor material, condición que no exigía su presencia en el lugar de los hechos para reputarlo vinculado a su realización.

Señala la Delegada, finalmente,que el proceso de inferencia lógica contenido en la sentencia no se desvió de las reglas de la experiencia o de los principios científicos o técnicos especiales, que le permitieron al fallador la representación mental de un resultado concluyente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Son tantos y de tal protuberancia los defectos de que adoluce la demanda de casación en el caso que se estudia, que no a otra conclusión puede llegarse distinta a la de su desestimación, como pasa a reseñarse.

1. La primera falla que al rompe asoma en el libelo pone de manifiesto la proteica formulación del cargo, pues tras invocar la violación indirecta de la ley sustancial por haber supuestamente tergiversado el sentenciador el sentido de la prueba al incurrir en *error de hecho por falso juicio de identidad*, la impugnante se duele de que el fallo hubiera desestimado la diligencia de indagatoria de Héctor Chacón Macías, como también los testimonios de Olga Chacón Macías, José David Monsalve Maldonado y Luz Smith Rangel Bermúdez, desviando el ataque hacia lo que podría ser un falso juicio de existencia, otra modalidad del error de hecho, con lo cual, en abierta transgresión a la exigencia de que los cargos deben fundamentarse en forma clara y precisa (art. 225-3 C.P.P.), cunde la confusión en la demanda, toda vez que resulta imposible saber si el reproche es debido a que el fallador al apreciar estos testimonios los tergiversó desfigurando su sentido objetivo (falso juicio de identidad), o si más bien fue porque no los tuvo en cuenta (falso juicio de existencia) y con ello "desestimó el valor probatorio que tenían en este proceso".

Y si se trata de lo primero, no atina a precisar la demanda en qué consiste la distorsión de esos testimonios, ni cuáles apartes de lo copiado en el libelo se alteraron en su verdadero sentido, o cuáles expresiones fácticas de los deponentes fueron falseadas por el tribunal. Ahora bien, si lo que se censura es lo segundo, nada se dice sobre cuáles son los asertos o elementos de convicción que ignoró el ad-quem; como tampoco se afirma en ninguno de los dos supuestos cuál es la trascendencia del error en el fallo atacado.

2. Una segunda glosa corresponde a la forma incierta y desasida de la realidad como la demandante plantea el fenómeno de la duda.

En efecto, la aproximación al tema en la enunciación del cargo de violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho bajo la modalidad del falso juicio de identidad, daba pábulo para esperar de la casacionista la demostración de que por la incorrecta apreciación de la prueba el sentenciador había llegado a la certeza de un hecho falso, esto es, la responsabilidad de su acudido como determinador del hecho punible, y que por ello no había considerado el *in dubio pro reo*, habiendo debido hacerlo. Todo ello bajo la premisa de que la demandante no acusaría la sentencia de haber reconocido la más mínima duda, pues de ser así el ataque debería intentarse por vía diferente (violación directa).

Empero, la expectativa duró poco porque en la demostración del cargo la censora dice que el tribunal aceptó vacilaciones en la sentencia, y que "cuando afirma en la providencia cuestionada en casación que "Quien ordenó a terceras personas, probablemente sus dependientes está consolidando la responsabilidad sobre una duda" (fls. 10, C-5), manifestación que luego reitera al adverar que"esta duda salta a la vista" en el proveído recurrido (fls. 49, ibidem); actitud con la cual cambia de postura equivocando la vía del ataque, pues si lo que quiere plantear es que el fallador advirtió la duda y a pesar de ello condenó al acusado, el cargo debió hacerse al amparo de la causal primera pero por *violación directa* de la ley sustancial, más concretamente por exclusión evidente del mandato contenido en el artículo 445 del C. de P. Penal, según el cual "toda duda debe resolverse a favor del sindicado", y no por el camino del segundo apartado del artículo 220 del C. P. P., o sea por violación indirecta, como inicialmente lo había postulado.

No obstante esta deficiencia formal en la técnica casacional, se debe resaltar que la aducida violación directa del principio del *in dubio pro reo* no tiene un sustento real en este caso, pues no es verdad que el ad quem hubiera admitido siquiera un adarme de perplejidad en torno a la responsabilidad de Chacón Macías en su condición de determinador del hecho punible, como fácilmente se colige de los siguientes extractos del fallo acusado, en los cuales paladinamente se predica todo lo contrario:

" ... la reunión de múltiples indicios seRíos por su gravedad, concordancia y convergencia, pueden llevar al juzgador a adquirir la certeza exigida por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar a una persona, y esto, precisamente es lo que ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, porque los vaRíos indicios graves que se dejaron reseñados confluyen a señalara Héctor Chacón Macías como la persona que ideó y determinó a otros, alparecer sus empleados, para que removieran y se apoderaran de los accesoRíos que se echaron de menos en el edificio de marras". (fl. 23, C-5).

"No hay dudas al respecto, como lo quiere ver la impugnante, y la presunción de inocencia que pregona en favor de su asistido se halla suficientemente desvirtuada por los elementos de convicción puestos de presente en la presente providencia, en los planteamientos de la parte civil y en la extensa y detallada decisión del a-quo que la Sala comparte y prohíja". (fl. 24, C-5).

"...la sentencia condenatoria proferida en contra de Héctor Chacón Macías en su calidad de determinador, debe confirmarse, porque los elementos de juicio legalmente allegados al proceso llevan a la certeza de su responsabilidad y su conducta fue bien subsumida en el tipo penal infringido, esto es, hurto calificado y agravado por la cuantía..." (fl. 26, C – 5).

Ahora bien, el acápite del fallo que contiene la expresión *"al parecer por sus empleados"*, que utiliza el sentenciador para referirse a quienes el procesado confió la ejecución de la acción delictiva, no permite una interpretación tan acomodada a un estado de dubitación, como pretende la recurrente en relación con la responsabilidad de Chacón Macías, porque tal alusión está referida exclusivamente a los autores materiales del hecho punible, cuya ideación y determinacióndejó bien definidas el *ad-quemen* cabeza del actual convicto.

Por manera que esa "duda", que como atinadamente lo resaltael Ministerio Público no es tal sino un verdadero estado de ignorancia sobre los autores materiales, carece de relevancia en este juicio, pues apunta es a la imposibilidad probatoria de identificar aquí a los autores materiales del delito, cuya responsabilidad habrá de definirse en otro escenario por razón de la ruptura de la unidad procesal.

3. En cuanto atañe al reproche por la supuesta tergiversación del sentido de la prueba indiciaria tenida en cuenta por el Tribunal,que presenta la impugnante a través delcargo de violación indirecta como un error de hecho por falso juicio de identidad, se tiene:

3.1. Es evidente la confusión en el desarrollo de la censura, porque cuando afirma la actora que "los indicios no son medios de prueba y que por lo tanto son simples juicios de valor que utilizados por el juzgador de segundo grado le permitieron llegar a una conclusión errónea de responsabilidad" (fl. 44, C-5), está desviando el ataque propuesto inicialmente como un error de hecho por falso juicio de identidad, hacia otro de la misma especie pero por falso juicio de existencia, en la medida en que para la casacionista se supuso una prueba no tenida por tal en el artículo 248 del C. de P. P.

Independientemente de lo impreciso ycontradictorio del reproche, importa resaltar que estos elementos de convicción constituyen verdaderos medios de prueba, como lo ha reconocido reiteradamentela Corte, en uno de cuyos pronunciamientos anotó:

"La forma como el legislador, en definitiva, se ha referido en el Código de Procedimiento Penal a los indicios (Libro I, Título V, Pruebas; Capítulo I, Principios Generales; Capítulo II, Inspección; Cap. III, Prueba Pericial; Cap. IV, Documentos; Cap. V, Testimonio; Cap. VI, Confesión; y Capítulo VII, Indicios), obliga a estimar los mismos en esa su específica calidad de "prueba", de "medio de prueba", de "probanza", de "recaudo o acervo de certeza", etc. Pretender desconocer, con inclusión tal acompañada de un lineamiento de definición del concepto y de las formas más esenciales que deben considerarse en su producción y valoración, que ello no comporta la singularización de un idóneo y calificado medio probatorio, es negar lo

evidente. Es imposible que desarrollando el legislador el instituto de las pruebas, se vaya a referir a algo, en este título, que no represente esa connotación y no cumpla con ese especial y propio cometido. De los indicios se puede decir, en contra, lo que se quiera y pocas de sus apreciaciones, cuando tienen un contenido de sensatez y de crítica jurídica, no suscitará enjundiosa controversia; pero no es dable iniciar ese cuestionamiento negando, al menos en nuestro Código de Procedimiento Penal, su legal carácter de medio de prueba.

"Tendrá alguna explicación distinta a la ya anotada, destacándose como se destaca esa específica y diciente ubicación y el previsor afán de fijar sus "elementos" –art. 300–; el indebido fraccionamiento de un hecho indicador para hacerlo servir como pluralidad de indicios –art. 301–; la exigencia de la válida demostración del hecho indicador –art. 302– y lo referente a la "apreciación de los indicios" –art. 303–. Posición contraria no pasa de ser una audacia argumentativa o una insensatez mental" (Sentencia, octubre 22 de 1993. M.P., Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Pero no sólo es inconcusa la sistematización del indicio como medio de prueba autónomo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también su consagración expresa como elemento de convicción suficiente para sustentar importantes decisiones en los distintos estadios del proceso. Es así como el artículo 388 del C. de P. P. impone la aplicación de medida de aseguramiento "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio *grave de responsabilidad..."; y dentro de los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, además de la demostración de la ocurrencia del hecho, el artículo 441 idem presupone la existencia de "confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad,* indicios *graves, documento, peritación o cualquier* otro medio probatorio *que comprometa la responsabilidad del imputado".*

3.2. Es evidente que el soporte de la condena a Héctor Chacón Macías está constituido exclusivamente por prueba circunstancial o indirecta, que el sentenciador dedujo de los denominados indicios de la oportunidad para delinquir, del móvil o motivo determinante del delito, de las manifestaciones posteriores (mala justificación y mentira) y de las huellas materiales.

Veamos, entonces, cómo se desarrolla la censura de error de hecho por falso juicio de identidad frente a estas probanzas:

I. *Indicio de oportunidad para delinquir.* El Tribunal lo cimentó sobre los siguientes hechos indicadores:

A. El edificio siempre estuvo en poder del procesado y sus empleados tuvieron libre acceso a él hasta el día 11 de junio de 1991, fecha en la cual se presentaron

los funcionarios de la Inspección y los representantes de Davivienda, quienes lo hallaron desmantelado.

B. El traslado de los objetos que tenía el procesado en la edificación se llevó a cabo entre los días 7 y 8 de junio, y a partir de esa fecha el inmueble no quedósolo sino bajo la custodia de David Monsalve, que era empleado suyo.

C. El celador José David Monsalve Maldonado pasó la noche del 10 de junio cuidando el edificio y antes de las ocho de la mañana del día siguiente salió de él, lo cerró, esperó afuera y, cumpliendo órdenes de su jefe, se abstuvo de entregar las llaves, por lo que hubo necesidad de acudir a un cerrajero para abrir la puerta principal.

Fincado en estos hechos, el sentenciador consideró que el acusado se encontraba en circunstancias especiales que le hacían fácil idear o planear la operación y dar las órdenes e instrucciones precisas para que los autores materiales la ejecutaran, deduciendo en su contra un indicio de oportunidad para delinquir.

La casacionista pretende desconocer esta inferencia lógica argumentando que Chacón Macías no estaba en la ciudad cuando ocurrió la remoción y el apoderamiento de los bienes echados de menos, amén de que tampoco se probó en la investigación la orden dada a terceros para la ejecución de esta acción delictiva.

Reiteradamente ha dicho la Corte que, atendida la estructura lógica de la prueba indiciaria, la censura puede orientarse hacia cualquiera de los momentos de su construcción, esto es, a la prueba que soporta el hecho indicador, a la operación mental de inferencia del dato indicadoo a la valoración individual o articulada de su poder suasorio, sólo que ha menester precisar en la demanda en cuál de los diferentes pasos se presenta el error y de qué especie es, pues podrían ser de naturaleza distinta.

A este respecto, la censora no concreta yerro alguno en la apreciación de este medio de convicción, pues no afirma que el sentenciador hubiera incurrido en una suposición de la prueba que acredita el hecho indicador, en un equivocado raciocinio al momento de hacer la inferencia lógica o en una tergiversación del hecho indicado, y menos demuestra que hubiera quebrantado las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia en la ponderación del indicio. Su discurso se orienta únicamente a cuestionar el medio probatorio en forma global, sin destacar ningún error en su construcción y anteponiendo, eso sí, su particular interpretación de la inferencia pero desconectada del resto del acervo probatorio; todo esto sin parar mientes en que el juez es libre para calificar la prueba sujeto, claro está, a las pautas de la sana crítica, y que en el simple ejercicio de confrontación de su

criterio con el del Tribunal, si no media un error en la fundamentación de este último, siempre saldrá perdiendo por obra de la doble presunción de acierto y de legalidad que acompaña el fallo impugnado.

Igualmente desatinado resulta el reparo de la demanda en el sentido de que "el calificativo de grave (dado a esta prueba indirecta por el sentenciador) es una valoración añeja que estuvo sometida a la tarifa legal en el Código de Procedimiento Penal derogado" (fl. 43, C 5);pues la connotación delevedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de *grave o vehemente* al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa *más probable* del hecho indicado; de *leve*, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de *levísimo* cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado.

II. *Indicio del móvil para delinquir.* El ad-quem lo dedujo de los siguientes hechos indicantes:

A. El acusado se opuso a toda costa a la entrega del inmueble.

B. Chacón Macías siempre exteriorizó su disgusto por no haber sido admitido como parte en el proceso civil; porque no se le reconocieron las mejoras que dice le introdujo al edificio; porque a pesar de abonar la suma de $ 2.970.000.oo a la deuda y haber recibido la promesa de que no rematarían el bien. este acto se cumplió sin darle razón del dinero abonado; y también, porque la apoderada de Davivienda no le aceptó otra alternativa de arreglo, cuando para la época le habían ofrecido $ 190.000.000 como precio de compra por el inmueble.

Todas estas circunstancias, según el fallador, influyeron en el ánimo del procesado para apoderarse de los objetos como única alternativa para tratar de recuperar algo de lo que él consideraba era arbitrariamente despojado.

Con relación a esta prueba indirecta la libelista sólo hace críticas genéricas, concluyendo con la muy personal opinión de que "si el Tribunal no le hubiera dado el alcance que le dió al indicio del móvil en la sentencia censurada, el resultado

que hubiera producido sería el de la absolución por el mecanismo de la duda .." (fl. 46, C-5), pero, como ocurre con el anterior indicio, no concreta si su desacuerdo se basa en la deficiente demostración del hecho indicante o en presuntos errores en el raciocinio lógico que llevaran a una equivocada inferencia lógica o a una apreciación distorsionada del hecho indicado o a un examen del indicio de espaldas al resto de la prueba y sin sujeción a las reglas de la sana crítica, todo lo cual impide a la Corte identificar los hipotéticos yerros del sentenciador y verificar su necesaria demostración, así como la incidencia trascendente en el fallo condenatorio.

Idénticas falencias se advierten en la crítica anodina que se hace al *indicio de mala justificación o de manifestaciones posteriores*, que el ad-quem construyó a partir de la mendacidad de las afirmaciones del acusado y de sus dependientes Olga Chacón y Luis Smith Rangel, quienes quisieron hacer ver que el inmueble había quedado sin vigilancia y expuesto a la acción de los ladrones a partir del 8 de junio, cuando lo cierto fue que David Monsalve estuvo allí ejerciendo labores de celaduría por cuenta del inculpado hasta el momento previo a la última diligencia de entrega. Es que en franca emulación con un simple alegato de instancia, obviamente llamado al fracaso en esta sede, la casacionista se limita a considerar que es equivocada la inferencia lógica y por consiguiente la conclusión de la responsabilidad del sentenciado.

No sobra advertir que el elocuente indicio *de huellas materiales*, que en forma contundente también fue objeto de análisis en la fundamentación del fallo impugnado, no le mereció reparo alguno a la actora.

4. En fin, si desconociendo la técnica del recurso se llegara a tolerar un ataque tan irregular y desenfocado a una prueba indiciaria seria y responsable, construida por las instancias mediante procedimientos deductivos de fácil entendimiento y asentados en prueba directamente vehicular que da cuenta de la existencia de los hechos indicantes, tampoco podría olvidarse que la apreciación de los indicios, por imperativo legal, debe hacerse en conjunto, de cara a su gravedad, a la concordancia de los hechos indicadores y a la convergencia de las deducciones (artículo 303 del C. de P.P.), y no por el desasido método de cuarteamiento de la prueba y de valoración aislada de cada hecho indicante, como en forma infructuosa lo hizo la censora en la demanda.

Empero, en materia de casación fundada en la violación indirecta de la ley sustancial, en virtud de errónea apreciación de la prueba indiciaria,también rige el principio lógico de la razón suficiente, según el cual la verdad posible del demandante sólo se perfila si enuncia correctamente la realidad objetiva de sus juicios; es decir, si identifica cuál es el tramo lógico del indicio al cual dirige sus

críticas y la clase de error que le imputa, porque, se repite, resulta asaz diferente la censura en tratándose de vicios objetivos en la estimación de la prueba directa soportadora del hecho indicador, o de vacíos protuberantes en la consideración de la experiencia, la lógica o las ciencias al momento de abordar la "inferencia lógica", o de las falencias en el examen del mérito individual y después en conjunto de los indicios; claridad argumentativa que sostayó la impugnante en su demanda de casación.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ NULIDAD/ APELACION

Cuando el ataque a la sentencia es por la vía de nulidad –como ocurre en este caso no basta probar la existencia de la presunta irregularidad que a juicio del recurrente vicia el procedimiento, sino que es indispensable precisar su trascendencia, exigencia que el numeral 2o. del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal consagra así: "Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

Haberle dado curso a la apelación en atención a que se estimó suficiente la sustentación, por discutible que fuera, no tiene efecto invalidante para el proceso, y mucho menos en éste momento en que el agotamiento mismo de la instrucción y las decisiones que se fueron tomando dejaron sin vigencia cualquier consideración sobre ese tópico, que no era otro que el resolver si había o no mérito para proferir medida de aseguramiento.

La independencia de la tramitación del recurso está dada incluso por el efecto en que se concede –el devolutivo– caso en el cual no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso de la actuación procesal.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo ocho de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 47

Rad. 10207.

VISTOS:

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Margarita Pizón Rodríguez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Doce Penal del Circuito de la misma ciudad, que la condenó a las penas principales de treinta y nueve (39) meses y veintitrés (23) días de prisión, multa de dos mil quinientos pesos ($2.500), e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de un año, por los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación, negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

I. HECHOS

Fueron resumidos por el Procurador así:

"*En desempeño del cargo de secretaria de la sección de prestaciones económicas del Instituto de los Seguros Sociales en la ciudad de Bucaramanga, la señora Margarita Pinzón Rodríguez autorizó el cobro de mesadas de personas fallecidas, en el siguiente orden: a nombre de Jesús Vicente Cocuy, quien falleció el 19 de noviembre de 1985, se cobró la mesada del mes de diciembre de ese mismo año; en representación de la señora María García Vda. de Bueno, quien falleció el 10 de octubre de 1985, se cobró la mesada correspondiente a ese mes; a la señora Dionisia Esperanza de Obregón, fallecida el 25 de julio de 1985, le fueron autorizadas los pagos de las mesadas correspondientes a los meses de agosto y septiembre de ese mismo año; al señor Alfonso Báez, quien falleció el 5 de octubre de 1985, se le autorizó el pago de la mesada del mes de noviembre de ese mismo año*".

"*En algunos casos para obtener su cobro, la funcionaria utilizó a terceras personas a quienes dedujo algún emolumento, lo que generó además la apropiación de parte de esos dineros.*"

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal de Bucaramanga abrió la investigación, y oída en indagatoria Margarita Pinzón Rodríguez, le resolvió la situación jurídica en auto de abril 20 de 1989 absteniéndose de proferirle medida de aseguramiento, decisión que fue impugnada por el representante de la parte civil. El Tribunal Superior al desatar el recurso de apelación revocó el auto y en su lugar profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra la inculpada por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos, en concurso.

Cerrada la investigación se calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de junio 19 de 1992, con resolución de acusación por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público.

El Juzgado Doce Penal del Circuito de Bucaramanga adelantó la etapa del juicio y luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria en los términos antes indicados. Apelado el fallo, el Tribunal Superior lo confirmó íntegramente.

III. La demanda

Al amparo de la causal tercera de casación el actor formula contra la sentencia un único cargo, consistente en que se profirió dentro de un proceso viciado de nulidad, al no declararse inhibido el Tribunal Superior de Bucaramanga para desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra el interlocutorio que dictó el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal en el que se abstuvo de dictar medida de aseguramiento a la procesada Margarita Pinzón Rodríguez.

Aduce que el impugnante no observó los requisitos de forma, modo y contenido exigidos por el artículo 207 del Decreto 050 de 1987, al no exponer las razones de su inconformidad, y no obstante existir pedimento por parte del Fiscal Primero del Tribunal para que la Corporación se declarara inhibida de conocer y desatar la alzada, el planteamiento fue desestimado, con la explicación de que si bien el memorial no era un modelo de sustentación, "el recurrente presenta un punto que la Sala no puede menos que considerar como válido desde el punto de vista de la sustentación, como es el afirmar que la sindicada solicita que se cubra el faltante que se le imputa con sus prestaciones sociales, argumento que presenta la parte civil como un indicio de responsabilidad y que la Sala lo acepta como suficiente para conocer el recurso interpuesto".

La gravedad de aceptar el recurso contra la decisión del Juzgado 18 de Instrucción está en admitir que "bajo la máscara de la sustentación adquiera validez todo el proceso rompiendo y viciando de esa manera la estructura total del juzgamiento".

La actuación de la parte civil está enmarcada dentro de los parámetros señalados por el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal, cuyo papel es obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, cuestión sobre la que nada se dijo en el escrito de impugnación, con lo que se demuestra la ilegítima concesión del recurso. El ad-quemcntró a llenar el vacío dejado por el impugnante, aspecto que le está vedado al tenor del artículo 207 citado, luego se auto-otorgó competencia funcional y entró a revisar lo que no podía jurídicamente ser revisable.

Luego de citar dos pronunciamientos de la Corte sobre el tema, concluye que se socavó toda la estructura vital del proceso desde el pronunciamiento de junio 19 de 1989 hasta la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal, la cual solicita que se case, disponiendo el envío del expediente a la Unidad de Fiscalía Especializada de Patrimonio Económico con el fin de surtir el procedimiento violado y para que se produzcan las decisiones del caso.

VI. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

El casacionista cumple con señalar la irregularidad que vicia el procedimiento, pero omite expresar la trascendencia en cuanto pueda afectar derechos sustanciales de las partes o la estructura fundamental del proceso penal.

"Un error como el denunciado no puede verse como violatorio del debido proceso por el solo hecho de su ocurrencia, como quiera que la trascendencia del pronunciamiento de segunda instancia no va más allá de definir, de manera provisional, la situación jurídica del imputado y hasta tanto se profieran decisiones de mayor contenido y fuerza que concreten la responsabilidad penal de quien está siendo sometido a la investigación..."

La providencia de segunda instancia sobre la definición de la situación jurídica no puede comprometer su suerte procesal, en tanto que implica solo la revisión de lo actuado hasta ese momento para determinar si es procedente o no aplicar una medida de aseguramiento que garantice la eventual comparecencia del implicado a juicio, situación que puede variar por la prueba que luego se recaude, por los requisitos de certeza exigidos por la ley para definiciones posteriores, e incluso por el criterio del funcionario judicial que después intervenga.

De manera que, independientemente de que se someta o no la definición de la situación jurídica a revisión de la segunda instancia, los procedimientos subsiguientes no se afectan en su validez en la medida en que se construyen bajo el principio de la autonomía de las decisiones judiciales, que dependen de las pruebas allegadas y de la valoración que haga el funcionario de conformidad con las normas que regulan cada uno de los pronunciamientos.

Pero aún olvidando estos criteRíos que indican la ausencia de infracción trascendente en la sentencia, se tiene que la demanda no alcanza a construir argumentativamente una real falla en el procedimiento, pues la que el censor enuncia la hace depender de que se acepte su criterio acerca de lo que constituye

una adecuada sustentación de un recurso de alzada, concepto que se encuentra en contradicción con lo considerado en su oportunidad por el Tribunal.

Basta analizar el contenido del memorial para ver consignadas por el recurrente simaciones de hecho como haber manifestado la sindicada que se cubriera con sus cesantías el faltante cuya apropiación se le imputaba, además de la crítica que hace a la circunstancia de haberle dado plena credibilidad a la indagatoria de la acusada, mostrando con ello una contrariedad de la decisión con el derecho que a su juicio debía ser rectificada.

No puede entonces señalarse que hubo falta de motivación en la sustentación del recurso y así lo entendió el Tribunal, lo que le atribuía competencia a la Sala para conocer y desatar la alzada, razonamiento que correspondía a los presupuestos fácticos existentes, como se pudo advertir.

La nulidad no tiene ninguna entidad y en consecuencia el cargo debe ser desestimado.

V. Consideraciones de la Corte

1. Cuando el ataque a la sentencia es por la vía de nulidad –como ocurre en este caso– no basta probar la existencia de la presunta irregularidad que a juicio del recurrente vicia el procedimiento, sino que es indispensable precisar su trascendencia, exigencia que el numeral 2o. del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal consagra así: "Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

2. En cuanto a lo primero, el Tribunal no desconoció que el memorial no es un modelo de lo que debe ser la sustentación de un recurso, pero al mismo tiempo entendió que la inconformidad del apoderado de la parte civil radicaba en la apreciación probatoria del a quo, particularmente en no haber tenido en cuenta como prueba la manifestación hecha por la sindicada al Gerente del ISS en el sentido de que le descontara de las cesantías el faltante endilgado.

Compartiendo el criterio del Procurador Delegado, la Sala encuentra que actuó bien el Tribunal al no acceder a la petición del Ministerio Público de que se abstuviera de resolver el recurso, no sólo por lo que en el auto expresa, sino porque en el escrito sustentatorio el letrado manifiesta claramente que su inconformidad consiste en que si no se considera suficiente prueba la investigación administrativa,

los testimonios de las personas que se han podido citar, y la manifestación de la sindicada en la que propone que se le descuente de las cesantías la suma imputada, "nunca se podría dictar medida de aseguramiento contra ninguna persona y como siempre el Estado, que todos se apropian, no habría quien lo defendiera".

Además, le cuestiona al instructor el haberle dado plena credibilidad a lo expresado por la acriminada en la indagatoria, en donde resulta "echándole" toda la responsabilidad al superior inmediato, como si él se hubiera apropiado de los dineros que pertenecían al Estado.

No hay duda de que se hubieran podido exponer otros argumentos, y de que lo dicho podría haber tenido una mejor redacción, pero aún así no se puede negar que el breve escrito contiene una clara refutación a la forma como el Juez de Instrucción apreció el material probatorio entonces existente, para llegar a la conclusión de que no había mérito para dictar medida de aseguramiento.

En conclusión, la supuesta irregularidad demandada no tuvo ocurrencia.

3. En cuanto al segundo aspecto, con razón el Procurador Delegado advierte que la demanda que nos ocupa no cumple con esa exigencia, pues en verdad el censor se limita a presentar como una falla procesal el haber resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte civil, sin argumentar por qué estima que esa situación vicia y rompe la estructura total del juzgamiento.

Si se quisiera encontrar una explicación a éste vacío de la demanda no sería difícil hallarla, pues el problema para el actor es que la intrascendencia del reparo planteado es muy clara, ya que haberle dado curso a la apelación en atención a que se estimó suficiente la sustentación, por discutible que fuera, no tiene efecto invalidante para el proceso, y mucho menos en éste momento en que el agotamiento mismo de la instrucción y las decisiones que se fueron tomando dejaron sin vigencia cualquier consideración sobre ese tópico, que no era otro que el resolver si había o no mérito para proferir medida de aseguramiento.

La independencia de la tramitación del recurso está dada incluso por el efecto en que se concede –el devolutivo– caso en el cual no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso de la actuación procesal. Ese debate marginal que tuvo importancia en un determinado momento y respecto de un asunto muy concreto, la libertad o la detención de la sindicada, en nada incide sobre la validez de lo actuado, ni siquiera poniendo como hipótesis la circunstancia de que en ese entonces hubiera tenido razón el fiscal del Tribunal en la petición de que se abstuviera de resolver el recurso por falta de adecuada sustentación.

Basta lo dicho para concluir que el cargo formulado no puede prosperar, pues además de no existir la irregularidad aducida, su intrascendencia es manifiesta.

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, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ LEGITIMACION EN CAUSA

Cuando dentro del marco de la causal primera de casación se invoca, como en el presente caso, infracción de una norma de derecho sustancial, se impone para el censor el deber de precisar su forma de violación, si directa o indirecta, o lo que es igual, si el reproche se funda en el cuerpo primero o segundo de la citada causal. Es directa o inmediata, si el equivocado entendimiento que determina su violación se origina en disquisiciones puramente jurídicas, e indirecta o mediata si proviene de la apreciación de la prueba. Por eso, cuando se invoca la primera de estas formas de violación, al casacionista no le es permitido introducir en el discurso argumentativo críticas de carácter probatorio.

El derecho a recibir alimentos nos urge per se del vínculo matrimonial, de consanguinidad, civil o contractual, precisados en el artículo 411 del Código Civil, sino de la necesidad alimentaria de quien tiene vocación legal, porque carece de los medios de subsistencia indispensables para sustentar la vida, o para vivir de un modo acorde con la posición social, y solo en la parte en que sus propios recursos no le alcancen (art. 420 ejusdem).

Por tanto, se equivoca el casacionista cuando afirma que la dependencia económica de la señora (...) emana de su condición de titular del derecho a recibir alimentos.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho de mayo de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No.47

Rad. 10783

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil contra la sentencia de 9 de marzo de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó al procesado Romir Cuero Vásquez a la pena principal de 26 meses de prisión, multa de tres mil pesos y suspensión en el oficio de conductor de vehículos automotores por 15 meses, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 28 de mayo de 1990, aproximadamente a las 9:30 de la noche, en la carrera 5a Norte con calle 56 Norte de la ciudad de Cali, Romir Cuero Vásquez, quien conducía el bus de placas VA-5591, colisionó con la motocicleta en la que se movilizaban los agentes de la policía nacional Guillermo Henao Ríos y Henry Gustavo Amado Villalba, causando la muerte del primero y heridas al segundo que ameritaron una incapacidad definitiva de 45 días, sin secuelas (fls.121, 159-1).

Iniciada la investigación y vinculado al proceso mediante indagatoria Romir Cuero Vásquez, el Juzgado 7º de Instrucción Criminal de Cali dictó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos (fls.15, 37 vto. y 93). Por los mismos ilícitos, profirió luego resolución de acusación, mediante providencia de 12 de julio de 1991, confirmada el 13 de agosto de 1992 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior (fls.188 y 238-1).

Los perjuicios materiales por razón del delito de homicidio, fueron pericialmente tasados dentro de la causa de la siguiente forma: *Daño emergente*: Gastos Sala de velación y ataúd $77.000.oo; Gastos adquisición lote: $189.000.oo; y, gastos por transporte $100.000.oo, para un subtotal de $366.000.oo. *Lucro cesante*: $30'953.238.oo, teniendo en cuenta los ingresos mensuales del occiso al momento de su muerte ($69.714.50) y un período de vida laboral útil de 37 años. *Total*: $31'319.238.oo (fls.321-1 y 72-2).

Celebrada la audiencia pública, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Cali, condenó a Cuero Vásquez a la pena principal de 26 meses de prisión, multa de $3.000.oo y suspensión en el oficio de conductor de vehículos automotores por el término de 15 meses, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la pena privativa de la libertad, como autor responsable de los delitos que le fueron imputados en el pliego de cargos. De igual manera, al pago en favor de la señora Rosalba Ríos Castaño, madre del occiso, de $31'381.326.29 por concepto de perjuicios materiales, discriminados así: Por daño emergente: $428.088.29. Por lucro cesante: $30'953.238.oo. Y, al equivalente de 500 gramos oro en moneda nacional, por perjuicios de índole moral.

En relación con las lesiones personales, dedujo únicamente perjuicios morales por valor igual a 50 gramos oro (fls.390-1).

Impugnados por la Procuradora 65 Judicial los aspectos relativos al pago de perjuicios materiales por concepto de lucro cesante, y la decisión del Juez de no desafectar procesalmente el vehículo conducido por el procesado, el Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia de 9 de marzo de 1995, dejó sin efecto la condena por dichos perjuicios, por considerar, con la impugnante, que su causación no había sido establecida en el proceso, y ordenó el levantamiento del "pendiente" que afectaba el vehículo automotor. Los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y los de orden moral, no sufrieron modificación alguna.

LA DEMANDA

Con fundamento en el artículo 220 del estatuto procesal penal, numeral 1°, el actor acusa la sentencia impugnada de violar los artículos 107 del Código Penal, 56 del Código de Procedimiento Penal y 307 del procesal civil, norma esta última aplicable al caso, que impone al juez la obligación de cuantificar en la sentencia condenatoria el monto de los daños y perjuicios, disponiendo que cuando no existan pruebas suficientes para la condena en concreto, debe decretarlas de oficio para cumplir con esta finalidad.

La jurisprudencia ha sido del criterio que el Juez, cuando las pruebas incorporadas al proceso no permiten establecer el monto de los perjuicios derivados del delito, debe tasarlos siguiendo los parámetros de los artículo 106 y 107 del Código Penal, que "consagran la posibilidad de fijar la indemnización por perjuicios morales y materiales hasta por el equivalente de un mil y cuatro mil gramos oro, respectivamente, criterio éste que no es más que la concreción de lo ordenado en el inciso 2° del artículo 55 del C. de P. P., en concordancia con el 56 del mismo ordenamiento jurídico" (fls.472).

Dice que la afirmación del Tribunal en el sentido de que en el proceso no existe prueba suficiente sobre la dependencia económica de la señora Rosalba Ríos Castaño, no es de recibo, porque "tal dependencia está consagrada en el artículo 411 del Código Civil, norma que nos indica las personas a quienes por ley se les debe alimentos, encontrando en el cuarto orden los ascendientes legítimos" (fls.472).

Si se analiza el material probatorio, se hallaráel registro civil de nacimiento del occiso, aducido para demostrar la calidad de ofendida de la señora Rosalba Ríos Castaño, y la propia versión de ésta, ordenada con el fin de establecer la cuantía de los perjuicios sufridos por causa de la muerte de su hijo y que debió ser acogida por el ad quem.

En síntesis, si se aceptara hipotéticamente que existió una falla en la liquidación de los perjuicios, porque el perito solo tuvo en cuenta la vida probable del occiso, mas no la de la ofendida, no debió eliminarse toda posibilidad de tasar el lucro cesante, desconociendo los artículos 55 y 56 del estatuto procesal, sino realizarse su liquidación teniendo en cuenta el promedio de vida de ésta, o acudiendo a los parámetros del artículo 107 del Código Penal, o decretar pruebas de oficio, siguiendo lo ordenado en el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar el fallo impugnado y dictar el que en derecho corresponda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal (E) advierte que la censura no está llamada a prosperar, por adolecer de serios reparos en su parte técnica y porque al interior no posee arraigo alguno la exposición.

En cuanto a lo primero, destaca que el censor pretende suplir su deber de demostrar la violación de la ley sustancial, acudiendo a la transcripción de las normas supuestamente infringidas, "pero sin determinar bajo qué órbita se produce su vulneración, así como tampoco su trascendencia como era de esperarse" (fls.8 cd. Corte).

Los desatinos de orden formal continúan cuando afirma que el error se originó en la ausencia de valoración del testimonio de la madre del occiso, en cuanto lo que sugiere es una inconformidad con la valoración de las pruebas, de prohibida alegación si la vía de ataque escogida es la directa.

Sostiene que lo expuesto en el libelo, no es más que una manifiesta inconformidad del actor con la tacha que la segunda instancia hizo a la dosificación pecuniaria, en la medida que pretende que la vida probable del occiso sea la base de la tasación de los perjuicios, desconociendo la corta probabilidad de existencia de la beneficiaria.

Obliga además tener en cuenta que la condenación al pago de perjuicios debe conducir al restablecimiento de los derechos realmente vulnerados, los cuales, en el caso concreto, no era posible deducir por la sola existencia del vínculo sanguíneo, sino por la certeza de la dependencia económica de la reclamante.

Al referirse al interrogante planteado por el actor, de por qué no se ajustaron entonces los perjuicios materiales, afirma que este cuestionamiento resulta inane, en la medida que la condena se produce por los perjuicios que adquirieron demostración plena en el proceso.

Consecuente con sus apreciaciones solicita a la Corte rechazar el cargo propuesto.

SE CONSIDERA

Una primera observación que debe hacerse a la demanda es que a pesar de tener por objeto exclusivamente la indemnización de los perjuicios decretados en el fallo, aduce de manera equivocada las causales establecidas en las normas que regulan la casación penal, no las que reglan la civil, como ordena hacerlo el artículo 221 del estatuto procesal penal.

Esta inexactitud, desde luego, no enerva de suyo el examen del escrito impugnatorio, sobre todo si se tiene en cuenta que la causal aducida al amparo de la normatividad penal es sustancialmente idéntica a la prevista en materia civil. Sin embargo, ha de decirse, con la Delegada, que la referida falla no es la única que el libelo presenta.

Cuando dentro del marco de la causal primera de casación se invoca, como en el presente caso, infracción de una norma de derecho sustancial, se impone para el censor el deber de precisar su forma de violación, si directa o indirecta, o lo que es igual, si el reproche se funda en el cuerpo primero o segundo de la citada causal. Es directa o inmediata, si el equivocado entendimiento que determina su violación se origina en disquisiciones puramente jurídicas, e indirecta o mediata si proviene de la apreciación de la prueba. Por eso, cuando se invoca la primera de estas formas de violación, al casacionista no le es permitido introducir en el discurso argumentativo críticas de carácter probatorio.

En el presente caso, el impugnante, al aducir el motivo de casación, menciona de manera general la causal primera, sin precisar la forma de violación, con lo cual pareciera que acude a la infracción directa, como creyó entenderlo el Procurador Delegado, pero pronto acomete contra las conclusiones probatorias del fallo, desviando el reproche hacia una eventual violación indirecta, que enmodo alguno concreta.

Ya se dijo que a esta forma de transgresión de la ley sustancial se llega a través de equivocaciones en la apreciación del material probatorio. Dichos errores, pueden ser de existencia, identidad, legalidad o convicción, según recaigan sobre la presencia material de la prueba en el proceso, o su contenido fáctico, o sobre su forma de incorporación, o su valor y aptitud probatorias, siendo por tanto obligación del demandante precisar, en cada caso, para la correcta formulación de la censura y la idoneidad formal de la demanda, la naturaleza del error cometido, con indicación de la prueba o pruebas dejadas de apreciar o indebidamente evaluadas, y la incidencia del desacierto en la parte dispositiva del fallo.

Las afirmaciones genéricas sobre la concurrencia de errores de apreciación probatoria, no solo nada dicen, sino que desconocen el principio de precisión o concreción que debe guiar la fundamentación de la censura, necesario para poder proceder a su estudio, por simples razones de lógica y además por exigencia legal (art.225, numeral 3° C. P. P).

Lejos está, pues, de erigirse en demostración del cargo en el presente caso, según los parámetros enunciados, la aislada afirmación que el actor hace en el sentido de que en el proceso aparecen pruebas que permiten afirmar la concurrencia de perjuicios materiales por concepto de lucro cesante; como distante está de cumplir igual objetivo el llamado que formula para que se estudie la declaración de la señora Rosalba Ríos Castaño, sin precisar a cuál de los dos testimonios rendidos por ella se refiere (fls.293 vto.-1 y 38-2), ni aludir a su contenido.

Atenta así mismo, ya no contra el requisito formal de precisión sino de claridad y coherencia que deben también caracterizar el libelo, y el principio de autonomía de las causales, la categórica afirmación que la demanda contiene en cuanto que era obligación del Tribunal decretar pruebas de oficio para establecer el monto de los daños materiales por lucro cesante, pues un planteamiento de esta naturaleza desvía la censura hacia un error in procedendo, susceptible de ser planteado solo por la vía de la causal tercera. Esto, independientemente de la absoluta ausencia de fundamento del reparo, deducida del hecho de que en materia penal el período probatorio se agota en la primera instancia.

Aún cuando estas consideraciones serían de suyo suficientes para desestimar el cargo, no puede la Corte dejar de precisar que el derecho a recibir alimentos nosurge per se del vínculo matrimonial, de consanguinidad, civil o contractual, precisados en el artículo 411 del Código Civil, sino de la necesidad alimentaria de quien tiene vocación legal, porque carece de los medios de subsistencia indispensables para sustentar la vida, o para vivir de un modo acorde con la posición social, y solo en la parte en que sus propios recursos no le alcancen (art. 420 ejusdem).

Por tanto, se equivoca el casacionista cuando afirma que la dependencia económica de la señora Rosalba Ríos Castaño emana de su condición de titular del derecho a recibir alimentos, y que, por consiguiente, al morir su hijo perdió el ingreso que por mandato legal percibía, pues, que procesalmente se sepa, la mencionada señora no recibía ayudas alimentarias de naturaleza legal. Es más, del contenido de sus propias declaraciones se concluye que no dependía económicamente de su hijo y que las ayudas voluntarias que de él percibía eran indeterminadas y ocasionales.

Esta ausencia de demostración patentiza la razón por la cual el Tribunal no redujo, sino que excluyó de la condena al pago de perjuicios, los valores liquidados por concepto de lucro cesante, y muestra, adicionalmente, por qué no hizo uso de la opción consagrada en el artículo 107 del Código Penal, norma a la que solo puede acudirse cuando existiendo certeza sobre la causación del daño, no ha sido posible determinarlo por medio de perito.

Para mayor claridad, veamos lo dicho al respecto por el ad quem:

"Advierte la Sala además que dentro del plenario no existe prueba idónea que nos conduzca a dejar establecido con plena certeza la dependencia económica que la señora Rosalba Ríos Castaño madre del occiso tenía respecto de éste, elemento de consideración que no permite por este otro aspecto tener en cuenta la liquidación de perjuicios que a título de lucro cesante estipuló el perito y acogió la sentencia sin reparo alguno. Por esta razón la Sala encuentra viable la solicitud de la Procuradora 65 en lo Judicial para Asuntos Penales, al demandar la revocatoria del punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia, pedimento que la Sala acoge.

"En consecuencia, los perjuicios materiales se reducen a aquellos que resultaron comprobados en autos, es decir la suma de $428.088.29, suma que indiscutiblemente debe reconocerse en favor de la señora madre del occiso por razón del daño emergente causado con la infracción" (fls.448).

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado (E), administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

Cuando de un error de hecho por falso juicio de identidad se trata, es carga del censor acreditar que uno era el contenido material del medio probatorio deformado, y otro muy diferente el sentido que el juzgador le otorga, al punto de hacerle decir a esa probanza algo distinto de lo que en realidad relata, con lo que el sentido de la decisión se altera.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No.47

Rad. 10768

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *José Uriel Ocampo Cardona* o *Carmona*, en contra del fallo de diciembre 27 de 1994, por medio del cual el Tribunal Nacional imparte confirmación a la sentencia proferida por un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá que lo condenó a la pena principal de tres años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, ordenó el decomiso definitivo del arma incautada y le negó el subrogado de la condena condicional, luego de hallarlo responsable de infringir el artículo 2º del Decreto 3664 de 1986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 26 de diciembre de 1990, un grupo de personas intentó sin éxito ejecutar atentado contra los intereses patrimoniales de la Sucursal 20 de Julio del Banco Popular en la zona urbana de esta ciudad capital. Suscitada la reacción de las autoridades, entre los operativos ejecutados por la Policía para el descubrimiento

de los partícipes se realizó la retención, entre otros más, de José Uriel Ocampo Cardona o Carmona, hecho verificado en su residencia de la calle 24 Sur # 6-46, en cuya terraza se halló una sub-ametralladora 'Comando Mark', calibre 45 mm., # 52831 con proveedor y cinco cartuchos. El estudio de balística estableció que el arma decomisada correspondía al uso privativo de las fuerzas armadas.

Adelantó la investigación el entonces Juzgado 51 de Instrucción Criminal de Bogotá, dependencia que dispuso la detención preventiva de José Uriel Ocampo Cardona o Carmona por el delito contra el patrimonio económico. Este procesado y otros comprometidos formularon solicitud de libertad provisional la cual fue atendida por el juzgado instructor mediante pronunciamiento de febrero 27 de 1991, pero allí mismo se dispuso la expedición de copias para que, por separado, se investigara la conducta de Ocampo Cardona o Carmona, relacionada con el decomiso de la sub-ametralladora.

La información fue recibida por reparto en el Juzgado 74 de Instrucción de Orden Público, dependencia que asumió la investigación, profirió auto cabeza de proceso, recepcionó –con asistencia de su defensor– la injurada de José Uriel Ocampo Cardona o Carmona, y definió su situación provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva por infracción al artículo 13 del decreto 180 de 1988, entonces vigente.

El 28 de agosto de 1991 se calificó por primera vez el mérito sumarial disponiendo reapertura de la investigación, providencia que sufrió modificación el 28 de octubre siguiente para precisar que se procedía por infracción al decreto 3664 de 1986, artículo 2°. En ese mismo auto se clausuró de nuevo la investigación.

El 9 de marzo de 1992 se produjo la segunda calificación disponiendo la cesación del procedimiento seguido en contra José Uriel Ocampo Cardona o Carmona, y revocando la medida de aseguramiento que pesaba en su contra, por lo que se concedió la excarcelación al imputado mientras se surtía el grado jurisdiccional de la consulta, oportunidad ésta en la que el Tribunal Superior de Orden Público varió la calificación por resolución acusatoria, según providencia fechada el 19 de junio de siguiente.

Es de aclarar que al rendir indagatoria el procesado estuvo asistido por un abogado designado de oficio, y que durante el sumario le representó activamente un defensor de confianza. Proferida la resolución de acusación su notificación se surtió ante este profesional, y como en dicha providencia se restituyó la medida de detención librándose orden de captura, las respuestas a esta exhortación resultaron infructuosas.

El Juzgado Regional de Santafé de Bogotá al cual correspondió adelantar la causa designó al ausente un defensor de oficio en vista de la ausencia sobreviniente de su defensor de confianza, y luego de recibir su alegación emitió en junio 14 de 1994 el fallo de primera instancia, providencia recurrida en apelación por el nuevo defensor de confianza del acusado, y confirmada en su integridad por el Tribunal Nacional.

La decisión condenatoria, sujeta ahora al recurso extraordinario, funda en esencia sus conclusiones en las dos instancias sobre la información primera de los hechos descriptiva de la tenencia sin autorización del arma, y el resultado dado por los peritos en balística que la identifican como una subametralladora calibre 45 de privativo uso militar, y en cuanto a la responsabilidadpenal del acusado, esta se infiere de un lógico y concatenado análisis de pruebas que en resumen ilustran lo que sigue:

Jesús Ocampo, hermano del acusado, había sido capturado con otros individuos por su vinculación con el frustrado asalto bancario, y en sus explicaciones señaló como partícipe a su hermano José Uriel. Localizada la residencia de éste y presentes allí las autoridades, según lo enteran el informe oficial y en particular el dicho del suboficial Walter Posada Cerquera. Requerido el procesado, se registró una demora aproximada de diez minutos antes de atenderlo, según lo expuso detalladamente el sargento José Agustín Martínez, quien añadió que la requisa dio resultado positivo con el hallazgo del arma en la terraza del edificio por unidades del CAI 20 de Julio.

El procesado argumentó que el arma la había llevado allí la Policía para perjudicarle y hacerle exigencia de dinero, pero fueron su esposa y sus hijos quienes dijeron que habían visto bajar el arma de la terraza por un uniformado que allí la había encontrado. Otras pesquisas hechas en una prendería donde se dijo que intentado la Policía había intentado apoderarse de bienes del acusado deshicieron su hipótesis de una persecución de lucro por parte de sus captores, de donde el cargo se infiere demostrado y la exculpación deshecha.

La demanda

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el actor presenta un solo cargo contra el fallo de segunda instancia "por violacion indirecta de una norma de derecho sustancial, por aplicación indebida de las mismas, provenientes de error de hecho en la apreciación de las pruebas, incurriéndose en falso juicio de identidad consistente en que el sentenciador de segunda instancia sí valoró las pruebas, y por defecto les otorgó un sentido que no corresponde a su contenido fáctico".

En desarrollo de la anterior censura expresa que el juzgador adujo la existencia de indicios que demostraban la adecuación de la conducta atribuida a Jose Uriel Ocampo Cardona o Carmona, en la modalidad de conservar ilegalmente arma de uso privativo de las fuerzas militares, sin que aquellos existiesen.

Lo anterior, en cuanto los testimonios de los uniformados Tte. Hector Omar Salcedo Puentes, Cabo 1° Walter Posso Cerquera y Sgto. 2° Jose Agustin Martinez, rendidos en la etapa de instrucción indican "no constarles nada sobre el hallazgo de la subametralladora", y otros recibidos durante la etapa del juicio de los policiales Armando Lozano Barajas, Plinio Soler Sanchez, Jesus Antonio Vargas y Raul Velásquez Yaya, tampoco modificaron esta situación en cuanto nada sabían "sobre el arma encontrada". Solo el Sub-oficial Jose Agustin Martínez declaró haber recibido la metralleta de un policía que dijo haberla encontrado en la terraza, pero no fue capaz de identificarlo. Siendo ello así, "no se probó si el arma realmente se encontró en la terraza, por quién y en qué circunstancias".

La esposa de Jose Uriel Ocampo Cardona o Carmona, señora Susanita de Jesus Carmona y sus hijos Jose Uriel y Martha Ines solamente afirman que escucharon sobre el descubrimiento de la subametralladora en la terraza,"pero ninguno de ellos vio ese hecho", ni les consta que el acusado poseyera el arma, solo supieron porque un agente de la policía anunció el hallazgo. Jesus Ocampo, hermano de José Uriel fue quien condujo a los uniformados a la residencia de éste, pero lo hizo "por las torturas a que lo sometieron". "De modo –remata– que tampoco ésto es prueba de que el arma estuviera en la terraza".

La terraza es una "zona común o comunitaria del edificio", y el departamento ocupado por José Uriel Ocampo Cardona o Carmona, es independiente de ella, de manera que otras personas distintas a la familia Ocampo tienen acceso allí, así que "... quedó como un vacío procesal el que no se interrogó a los demás ocupantes del edificio para averiguar si ellos sabia (sic) algo o tenían que ver algo con la metralleta".

A lo anterior se suma que fue tomada como indicio la demora de Jose Uriel Ocampo Cardona o Carmona en abrir la puerta a los agentes durante unos diez minutos, pero ello obedece a que su residencia estaba en el tercer piso, y conforme lo relata su hija Martha Ines, "su papá acababa de salir del baño", lo que explica la tardanza.

Por lo anterior la alegación remata:

"Haciendo a un lado el que se discuta si fue la Policía la que llevó el arma y que malintencionadamente se dijo que la conservaba para sacarle plata, es

incuestionable que aceptando que allí se encontrara, mediante prueba alguna se pudo establecer por que persona o familia de las tres que residen en ese edificio fue llevada allí, siendo amplía la probabilidad de que hubiera sido por persona diferente a Jose Uriel Ocampo Carmona".

Luego, si no existen indicios graves y necesarios que indiquen que el arma pertenecía al acusado, la sentencia "...se quedó en una simple conjetura para deducir responsabilidad en contra de Jose U. Ocampo C." y en ausencia de esa "íntima convicción" deberá revocarse para absolver al acusado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Para el Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal a quien correspondió descorrer el traslado de rigor, la improsperidad de la demanda es manifiesta. Señala que al escoger el actor la causal de la violación indirecta por error de hecho fundado en un falso juicio de identidad debió tener "como norte la comprobación de un yerro por parte del fallador consistente en haber colocado a la prueba a decir lo que no revelaba", lo cual de manera evidente eludió la demanda, donde tan solo se ofrece "una simple especulación acerca de la valoración de la prueba recaudada".

Por lo demás, la demanda termina en un frontal ataque a la manera como la sentencia vislumbró la certeza acerca de la responsabilidad penal de Jose Uriel Ocampo Cardona o Carmona, exponiendo un criterio particular sobre el valor probatorio de algunas piezas procesales, cuando el sistema procesal nuestro no adopta un sistema probatorio tarifado. La improsperidad de la demanda es manifiesta, y así se solicita no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tiene razón el Ministerio Público en la crítica que hace a la demanda, en cuanto de su lectura se hace manifiesto qué el censor no desarrolla el anunciado error de hecho por falso juicio de identidad, sino que en su lugar la alegación varía a otras controversias que apenas se quedan enunciadas, y que de modo general rematan en crítica sobre el valor concedido a los medios demostrativos allegados, porque a juicio del actor, los criterios valorativos del juzgador debieron ser distintos, sin que se intente acreditar cuál fue el error que hizo variar el sentido del fallo proferido.

En efecto, cuando de un error de hecho por falso juicio de identidad se trata, es carga del censor acreditar que uno era el contenido material del medio probatorio deformado, y otro muy diferente el sentido que el juzgador le otorga, al punto de hacerle decir a esa probanza algo distinto de lo que en realidad relata, con lo que el sentido de la decisión se altera.

Para el caso prevenido, en cambio, cuando el actor intenta dar desarrollo a su censura, lo primero que reconoce es el contenido de las versiones dadas por varios declarantes, pero no para cotejar su alteración en la sentencia, sino para decir que las versiones afirmativas de la presencia del arma en la terraza no eran determinantes de certeza por cuanto no se identificó al agente que realizó el hallazgo, ni los indicios comprometían a Ocampo Cardona O Carmona, pues la tenencia del arma no le era imputable por encontrarse en un lugar accesible a otras personas, ni la tardanza en abrir, porque la explicó su hija en términos que infirmaban una inferencia de culpabilidad. Tampoco la versión de Jesús Ocampo sería de recibo, por provenir de alguién que había sido sometida a tortura.

Con esta manera de alegar, tanto muestra el censor el abandono del falso juicio de identidad, porque ningún distanciamiento acredita en los juzgadores de instancia respecto del contenido material de la prueba, como su verdadera inclinación a controvertir la valoración que las sentencias le dieron a esos medios, intentando apenas que la estimación conjunta y judicial de medios, hecha al amparo del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, se sustituya por la que le interesa a la defensa.

En tal propósito olvida el censor que los fallos de instancia arriban a esta sede precedidos de las presunciones de legalidad y acierto, que son las que justifican su obligatoriedad y eficacia, luego que logran su firmeza, y ello implica que sea de cargo del impugnante entrar a desvirtuarlas, probando la existencia de vicios in iudicando o in procedendo que de manera trascendente los afecten, siempre y cuando someta su pretensión a la taxatividad de las causales, y a los requisitos de lógica y de técnica que la ley señala.

Para el caso presente, la alegación deriva a la formulación de un error de derecho por falso juicio de convicción, sin que con ello vislumbre alguna opción de triunfo, en la medida en que el legislador no da a las pruebas controvertidas valores predefinidos con relación a los cuales pudiera imputarse al juzgador algún desvío.

En suma, ni el cargo enunciado le mereció al demandante demostración sobre su realidad y trascendencia, ni el alegato contradictorio con el que pretendió sustituirlo, tenía bajo la exposición genérica y subjetiva que lo intenta, la mínima posibilidad de acogida. Ello por sí revela la plena improsperidad de la censura.

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

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada por el defensor del acusado José Uriel Ocampo Cardona o Carmona.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUJETO PROCESAL/ IMPEDIMENTO/ HABER DICTADO PROVIDENCIA/ DEBIDO PROCESO

Que los sujetos procesales opten por guardar silencio en determinadas circunstancias en ejercicio de sus respectivos derechos y facultades, no puede tenerse comoirregularidad de parte del Estado administrador de justicia, cuando éste no estorba o impide el ejercicio de esos derechos.

Una vez más debe advertir la Sala que la causal de impedimento consagrada en el numeral 6° del artículo 103 del C. de P.P. opera cuando el Juez de la segunda instancia es la misma persona que en calidad de Juez de la primera instancia emitió la decisión sometida a su revisión, o cuando ha participado en el proceso en calidad distinta a la de Juez,v.gr., como auxiliar de la justicia o como fiscal.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.47

Rad. 9464

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de diciembre de 1993por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en la que, por confirmación de la de primera instancia, se condena a Juan Carlos Cepeda Pardo a la pena principal de 86 meses de prisión y a la accesoria correspondiente, como autor responsable del concurso de delitos de homicidio en la persona de José Francisco Suaza y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En una reyerta suscitada el 22 de enero de 1991 aproximadamente a las cinco y media de la tarde frente a la casa de lacalle 37-A No. 52-62 Sur de esta ciudad capital de la República, entre un hijo de José Francisco Suaza Díaz y un hermano de Juan Carlos Cepeda Pardo, éste accionó un arma de fuego contra Suaza Díaz, ocasionándole la muerte.

Con base en las diligencias preliminares adelantadas, el entonces Juzgado 111 de I.C. de Bogotá inició la investigación penal y vinculó mediante indagatoria a Cepeda Pardo(fls. 21, 55 cd. ppl.1), a quien igualmente comprometió en juicio por el concurso de delitos de homicidio simple y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fls. 323 cd. ppl.1), en providencia que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal confirmó el19 de agosto de 1992 (fls. 32 y ss. cd.Tr.).

Tramitada la causa, el Juzgado 73 Penal del Circuito emitió fallo de condena por los delitos materia de la acusación, reconociendo en favor del procesado la rebaja por confesión e imponiéndole las sanciones que han quedado anotadas (fls. 101 y ss cd. Tr.),pues el Tribunal Superior del Distrito al desatar la alzada interpuesta por la defensa, aunque estuvo en desacuerdo con la rebaja concedida, en observancia de la prohibición de reforma en perjuicio prevista en el artículo 31 de la C.N., lo confirmó a plenitud, mediante el que ha sido impugnado extraordinariamente por la misma parte (fls. 157 y ss. cd. Tr.).

LA DEMANDA

Dos cargos bajo la égida del numeral 1° y uno al amparo del numeral 3° del artículo 220 del C. de P.P., formula el censor a la sentencia de segundo grado, así:

Cargo Primero. Es violatoria en forma indirecta, del artículo 29 numeral 4° del C.P., por falta de aplicación, así como de los artículos 26 y 323 del mismo Estatuto y del artículo1° del Decreto 2266 de 1991, por aplicaciónindebida, por virtud del error de hecho-falso juicio de identidad-en que incurrió en cuanto, según precisa:

"a la credibilidad que le dió ... a las versiones contradictorias, contrarias a la verdad procesal y mediante la deducción de indicios imputados a conductas y comportamientos plenamente justificados, y con profundo asidero legal, como es el caso del denominado 'indicio de mala justificación, cuando todo acusado, por disposición constitucional y legal tiene derecho a su defensa, y con fundamento en una inexplicable variación del criterio del investigador ... gracias a una equívoca y errónea apreciación del haz probatorio, en una decisión de segunda instancia".

Sin precisar la prueba o las pruebas que fueron objeto del error que pregona, hace remisión a un auto dictado el 8 de mayo de 1991 por el juzgado instructor, destacando un fragmento en que este despacho consideró la posibilidad de que el delito contra la vida hubiese sido cometido en legítima defensay elogiando el acierto de esa decisión, para, a renglón seguido, sentar la protesta por la revocación de que ese pronunciamiento fue objeto por el Tribunal el 16 de julio de 1991.

Añade que la interpretación del Tribunal constituye" el error fáctico que soportó el falso juicio de identidad ..." de los fallos de ambas instancias, los que dice, se sustentaron en dicha providencia de segundo grado.

Luego toma "al azar", según la precisión que consigna, el análisis adelantado en el referido auto por el Tribunal de los testimonios de *Myriam Rocío Cepeda Pardo* y *Laura María Pardo de Cepeda* para descartar la legítima defensa y, tras añadir que el porte del arma por el procesado "no demerita la defensa, ni menos su legítima defensa, como lo pretendió el fallador", afirma que "las versiones de estas dos personas hicieron eco en todas las oportunidades que alguno de los funcionarios, a partir del auto que hemos mencionado ...se refirieron a la trascendencia de los hechos, citando las fechas y el origen de esas referencias", de donde colige la incidencia del que cataloga inicial error del Tribunal. Dando por finalizado el alegato en este tópico, considera que el cargo es suficiente para el "aniquilamiento de la sentencia".

Cargo Segundo. La sentencia incurre en violación indirecta de los artículos 2º y 22 del C.P., por falta de aplicación del artículo 445 del C. de P.P.

Los artículos 246 a 249 de este último ordenamiento, dice, disciplinan "la necesidad de una prueba que conduzca con certeza la demostración del hecho y a señalar la responsabilidad del procesado", pero en el proceso no existe "evidencia incontrovertible" de que el procesado obró de manera diferente a como lo afirmó en su indagatoria. Añade que "los propios funcionarios estuvieron de acuerdo" en que existían" protuberantes contradicciones en los testimonios y que el agente del Ministerio Público solicitó una inspección judicial que en definitiva no se practicó, habiéndose cerrado la investigación dejando "en vacío" esa petición.

Seguidamente afirma que "Si se examina el expediente, se reconoce la existencia de tres versiones diferentes sobre las circunstancias que rodearon contradictoriamente los hechos..., y son las dudas sistemáticas que no supieron despejar", contra las cuales se desechó la legítima defensa.

Luego, tomando a manera de ejemplo el informe de un investigador del Cuerpo Técnico de Policía, que dice, el Tribunal omitió considerar, afirma que de esta prueba "se deduce otra versión, tan importante como las anteriores", para en seguida aseverar que el Ministerio Público acotó en el proceso la existencia de "dos grupos de versiones", de lo cual infiere la existencia de duda sobre la certeza para condenar. Con estas consideraciones estima que la censura debe aceptarse.

Cargo Tercero. La sentencia es violatoria, en forma directa, del artículo 26 del C.P., por razón de la indebida aplicación del artículo 1° del Decreto 2266 de 1991.

Para la fecha en que sucedieron los hechos materia de la sentencia estaba vigente en el país el estado de sitio y por tal motivo regía el artículo 1o. del Decreto 3664 de 1986. Con ocasión de la promulgación de la C. N. de 1991 las normas de estado de sitio quedaron vigentes por tres meses a partir de la promulgación del acto constitucional y luego con el Decreto 2266 de 1991 aquella norma adquirió el carácter de especial porque se convirtió en legislación permanente.

Habiendo desaparecido la legislación de estado de sitio, dejó de regir el Decreto 3664 de 1986, desapareciendo por tanto el tipo penal de esta disposición; por consiguiente, el Tribunal incurrió en la errada aplicación del artículo 26 del C. P.

Cargo Cuarto. Basado en la causal 3a. de casación. La sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa.

El Juzgado transgredió la parte final del numeral 2° del artículo 270 del C. de P.P. por haber declarado "en firme el avalúo de perjuicios y daños materiales, en forma ilegal y anticipada", pues no dejó que transcurriera todo el término del traslado de *las aclaraciones* pedidas por la defensa al dictamen correspondiente. Estas aclaraciones fueron puestas a disposición de los sujetos procesales mediante auto del 31 de marzo de 1993 y declaradas en firme el 19 de abril de 1993, cuando aún no había finalizado la audiencia pública.

Esto constituyó transgresión al derecho de defensa, y por tanto, el cargo debe ser acogido.

Cargo Quinto. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad, por transgresión también, al derecho de defensa.

Los Magistrados del Tribunal que profirieron la sentencia acusada estaban impedidos para ello porque habían integrado la Sala que dictó el auto del 16 de julio de 1991 –este revocó el auto de primera instancia mediante el cual se había revocado la medida de aseguramiento de detención preventiva–.

Dicho auto, afirma el actor, significó una participación decisiva y eficaz en el proceso porque habiendomodificado el criterio del Juez instructor, determinó en detrimento del procesadoel valor que en lo sucesivo se les confirió a las pruebas allegadas resolución acusatoria y sentencia-,con lo cual se desconoció su derecho de defensa, lo que comporta la casación impetrada.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, teniendo en cuenta el principio de prioridad, responde así la demanda:

Carece de fundamento el *cargo cuarto*. El funcionario destaca cómo durante el traslado de las aclaraciones a la peritación deperjuicios la defensa guardó silencio, lo que permitió que la Secretaría reportara la inexistencia de reclamaciones y que consiguientemente el Juzgado hiciera la declaración que ahora se cuestiona, la cual fue igualmente propuesta en las instancias y resuelta por el Tribunal adversamente destacando que nada impedíaa ese sujeto procesal, pese a la declaratoria en firme por el juzgado, ejercitar su derecho a objetar hasta antes de terminarse la vista pública.

Con relación al *cargo quinto* enfatiza primero, en base a pronunciamiento jurisprudencial, que el impedimento del funcionario de segunda instancia previsto en el artículo 103-6° del C. de P.P. sólo opera cuando el funcionario de segunda instancia es el mismo que ha proferido la decisión recurrida o participado en el proceso en calidad distinta de la de Juez. Encuentra además que la pretensión del actor de estructurar un impedimento del fallador de segundo grado a estas alturas del proceso, esto es, cuando ya se conoce su criterio sobre el asunto fallado, se traduce "más bien en la calculada intención de buscar un pronunciamiento diferente...".

Así pues, sugiere desestimar los motivos de nulidad aducidos por el demandante.

Tampoco a los restantes reparos de la demanda hace eco el funcionario.

Ajeno a la técnica del recurso extraordinariopor tanto inane para remover el fallo de segundo grado considera el *cargo primero*, por abstenerse el censor de individualizar la prueba que pudo ser objeto del falso juicio de identidad que aduce y de demostrar el yerro, de cara al contenido de la misma. Además, la censura no se dirige contra la sentencia sino contra el auto mediante el cual el Tribunal revocó el que el juzgado instructor había dictado revocando a su vez la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Además mezcla improcedentemente en la alegación, que dice apoyar en la causal 1a., reflexiones propias de la causal 3a. al hablar de violación del derecho de defensa. Tampoco precisa en qué consistió el indicio de mala justificación, a cuya apreciación le atribuye de manera incompleta también error por parte del fallador. De otro lado, no existe justificación lógica en la mención de las normas sustanciales supuestamente infringidas porquese trata de preceptos"que por sí solos nada dicen frente al ataque enunciado, al quedar insularmente relacionados al comienzo del reproche".Esto hace incompleta la proposición y sudesarrollo.

En cuanto al *cargo segundo*, advierte que el actor confunde el falso juicio de identidad que pregona en la evaluación de la prueba con el falso juicio de existencia al decir que el Tribunal no apreció el informe de un investigador del Cuerpo Técnico de la Policía.

También incurre en grave inconsistencia al pretender con la sola afirmación –reiteración de lo alegado en las instancias–, sin desarrollo lógico y coherente, que porque existen tres versiones en el proceso sobre los hechos el Tribunal erró en la valoración probatoria por no reconocer la duda, buscando con la sola presentación de consideraciones distintas a las del fallador, atacar en casación una sentencia amparada por la presunción de acierto y de legalidad.

Por lo que respecta al *cargo tercero*, igualmente se pronuncia en forma adversa la Delegada.No habiendo perdido vigencia en el tiempo el tipo penal que sanciona el porte ilegal de armas de fuego con el advenimiento de la C. N. de 1991, porque esa vigencia referida a los decretos de estado de sitiose mantuvo por tres meses a partir de la promulgación del acto constitucional por mandato del artículo 8o. transitorio de la C. N.,para luegoconvertirse en legislación permanente, que tal fue lo que aconteció con el Decreto 3664 de 1986 que pasó a ser legislación permanente por Decreto 2266 de 1991, *la alegación* del casacionista, que se limita a ser repetición de las que agitó durante el trámite procesal,*carece de fundamento*.

En suma, para el criterio del representante de la sociedad, ninguna de las censuras puede ser acogida, por lo que solicita que no se case la sentencia del Tribunal.

Consideraciones de la Corte

Porque las aducidas causas de *nulidad* de los cargos fundados en la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P. cuestionan la validez del proceso desde etapas anteriores a la sentencia de segundo grado, se impone el examen, en primer lugar, de los cargos referentes a esa temática.

Cargo Cuarto. Violación del derecho de defensa del procesado por haber declarado el Juzgado en firme la aclaración del dictamen sobre el monto de daños y perjuicios antes de que venciera el plazo concedido en el último aparte del segundo inciso del artículo 270 del C. de P.P..

El mismo demandante precisa que solicitada por la defensa la aclaración de la experticia, de esa aclaración se ordenó el traslado previsto en la norma mencionada y que ante el informe de la Secretaría del Juzgado de vencimiento de términosin petición de aclaración o ampliación, el Despacho declaró firme el dictamen.

Efectivamente, la actuación del cuaderno del incidente enseña que el 31 de marzo de 1993 el Juzgado ordenó el traslado del dictamen "rendido en autos como producto de las aclaraciones impetradas por el señor defensor ..." (fl. 9)y queel 19 de abril subsiguiente se declaró firme la experticia, previo informe secretarial de ausencia de aclaración o ampliación de aclaración (fl. 10).También revela que la defensa guardó silencio respecto del dictamen desde cuando solicitó la antedicha aclaración, el 15 de marzo de 1993.

Significa lo anterior que al procesado se le garantizó el derecho a cuestionar el dictamen, que de ese derecho hizo uso su defensor al solicitar aclaración y, que obtenida ésta y ordenado el traslado del dictamen aclarado, la defensa mostró en esta ocasiónconformidad mediante su silencio, que no rompió ni en la diligencia de audiencia pública.

Si no hizo uso del derecho de pedir la aclaración o complementación que podía, ya cumplida la ritualidad pertinenteel Juzgado hizo lo que debía, esto es, declarar firme el dictamen con la aclaración atendida, aunque obviamente esta declaración no impedía al defensor el uso de sus derechos hasta la culminación de la audiencia pública, diligencia a la cual incluso podía haber solicitado al Juez citar al perito, como lo autorizaba el artículo 272 del C. de P.P..

Que los sujetos procesales opten por guardar silencio en determinadas circunstancias en ejercicio de sus respectivos derechos y facultades, no puede tenerse comoirregularidad de parte del Estado administrador de justicia, cuando éste no estorba o impide el ejercicio de esos derechos, como acaeció en este caso, en que la defensa escogió esa forma de manifestarse.El reparo pues, carece de eficacia.

Cargo Quinto. Transgresión del derecho de defensa por no haberse declarado impedida la Sala falladora pese a haber conocido como juez de segunda instancia del auto mediante el cual el juzgado instructor revocó la medida de aseguramiento de detención preventiva, en el cual apreció la prueba de manera determinante para el resto de decisiones fundamentales del proceso.

Una vez más debe advertir la Sala que la causal de impedimento consagrada en el numeral 6° del artículo 103 del C. de P.P. opera cuando el Juez de la segunda instancia es la misma persona que en calidad de Juez de la primera instancia emitió la decisión sometida a su revisión, o cuando ha participado en el proceso en calidad distinta a la de Juez,v.gr., como auxiliar de la justicia o como fiscal.

A estas eventualidades se reduce la causal de separación de que habla el demandante, sin que sea dado aducir a estas alturas del proceso, conocido ya el criterio del fallador, que haber dictado una providencia en los albores de la investigación, cuando aún no se había recopilado toda la pruebay por tanto no existían todos los elementos de juicio requeridos para el proferimiento de una sentencia, conforma la causal de impedimento, que por no haberse manifestado, acarreó la vulneración del fundamental derecho de la defensa.

En primer lugar, el Tribunal no estaba en la obligación de impedirse y, en segundo término, el que el criterio de la Sala falladora de la segunda instancia hubiera coincidido con el que ella misma expresó en la primera providencia –que no es la que se sometió a su revisión-,no constituye de por sí transgresión a la garantía de imparcialidad judicial que resguarda el artículo 103 del C. de P. P.. Esta vulneracióndebió demostrarla el casacionista, como era su deber, pues el recurso de casación no puede supeditarse a especulaciones, por muy elaboradas que devengan.

En definitiva,el cargo no prospera.

Cargo Primero. Según el demandante la sentencia es violatoria en forma indirecta del numeral 4° del artículo 29 del C.P.por falta de aplicación y de los artículos 26 y 323de ese mismo estatuto y del artículo 1° del Decreto 2266 de 1991, por aplicación indebida, a causa del falso juicio de identidad en la apreciaciónprobatoria que adelantó el Tribunal en el auto del 16 de julio de 1991 –que revocó el del juzgado instructor que había a su vez revocado la medida de aseguramiento de detención preventiva–,pues el criterio que allí registró el Tribunal fue el mismo que se aplicó en la resolución acusatoria y la sentencia de condena.

Lo primero que se advierte es que la censura no se orienta directamente contra la sentencia, sino, por remisión,contra una providencia expedida cuando el proceso se hallaba en fase sumaria, lo que de por sí denota la impropiedad de la alegación, como que desconoce que el recurso de casación es un juicio en derecho contra el fallo de segundo grado, vale decir, que es contra los supuestos de esa decisión y su parte resolutiva, que debe dirigirse la acusación, pues es ese pronunciamiento el susceptible de revocación en sede extraordinaria, y no las providencias que lo hubieran antecedido.

En segundo lugar, el escrito pregona un falso juicio de identidad, esto es, la tergiversación objetiva por parte del Tribunal, del contenido de la prueba referente a los dos delitos por los cuales se procesó al implicado, pero por ninguna parte precisa cuáles fueron esas pruebas, ni indica de qué manera se distorsionó su contenido material para que se les hubiese dado una interpretación y un alcance errados;menos, señala la trascendencia del dicho error en la parte resolutiva del fallo.

Se contenta el actor con tomar "al azar",según el término de su propia autoría, unos testimonios analizados en la providencia de comienzos del proceso que cuestiona, pero no para ofrecer el cotejo entre su contenido y lo que hubiera dicho el Tribunal en sus consideraciones del fallo-que es la forma obvia de demostrar el error que pide a la Corte declarar-,sino para protestar porque con fundamento en ellas se descartó la justificante de que hablara el Juzgado para revocar la detención preventiva.

La imprecisión y falta de claridad del discurso se hace aún más evidente al hablar de la deducción "de indicios imputados a conductas y comportamientos plenamente justificados ...como es el caso del denominado indicio de mala justificación...", porque tampoco señala los hechos indicadores ni los indicados, ni de que manera la distorsión de aquellos llevó a la errada inferencia de éstos.

Pero aún más;las inconsistencias se extienden de protuberante manera a la mixtura totalmente impropia en punto de casación, de argumentos relacionados con la causal 1a. del artículo 220 del C.P.y de la causal 3a. de la misma norma, dando la sensación de que la objeción se extiende a la posible vulneración de una de las garantías fundamentales del acusado, al añadir que "...todo acusado, por disposición constitucional y legal tiene derecho a su defensa...", sin explicar la razón de su dicho ni menos separar las acusaciones, como lo impone todo alegato en un proceso, y de forma bien particular, el de casación como sustento que es de un recurso eminentemente técnico.

Todas estas fallas de la censura la hacen inatendible y, con más razón aún, la consistente en pretender que la expresión de inconformidad del demandante con el criterio del Tribunal, sin demostración de los errores de evaluación probatoria que se enuncian,es suficiente para que la Corte a su arbitrio desconozca la decisión que pone fin al proceso en las instancias. Sobre este tema ya la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse, ante la generalizada pero infundada creencia de que la casación es un simple medio dilatorio:

"En primer término, del cuestionamiento no resalta error alguno atendible en casación, sino que propugna por la prevalencia del criterio del demandante sobre el del fallador,olvidándose el principio imperativo para el juez de la crítica racional de la aprueba y de su obligación como demandante de precisar los errores de objetiva

detección cometidos en el proceso valorativo de los elementos de juicio que sustentan el fallo, amparado con la doble presunción de acierto y legalidad es decir,que tengan la virtualidad de cambiar el sentido de la decisión o de modificar sus alcances.Si la objeción del casacionista se limita a exigir, sin respaldo en errores demostrados como acontece en este evento, la aceptación de su punto de vista por sobre el del juez,se sustrae del recurso extraordinario, siendo esta una irregularidad que de por sí comporta la improsperidad del cargo." (Sent. 13 de septiembre de 1995, Rad. 9369).

Implica lo precedentemente anotado, que *el cargo no prospera.*

Cargo Segundo. Sostiene el censor que la sentencia es violatoria en forma indirecta de los artículos 2° y 22 del C. P. y 445 del C. de P.P.

El reparo se asienta en la existencia de la duda sobre la antijuridicidad de la conducta del procesado, cuyo aserto de haber obrado en legítima defensa debió ser acogido, pues, en la opinión del censor, los varios funcionarios que participaron en el proceso reconocieron la incertidumbre sobre las circunstancias del delito.Pero para demostrar esa duda, que afirma el actor dejó de reconocerse debido al error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria –así lo indica en el anuncio de los cargos al folio 197 del cuaderno del Tribunal–, vuelve a omitir la demostración de rigor.

Se reduce el discurso en esta censura, a unas insustentas afirmaciones, que además carecen de rumbo definido, como que incluyen la de que el Ministerio Público solicitó una inspección judicial *que no se practicó*, y la de que el Tribunal *dejó de apreciar* el informe de un investigador del Cuerpo Técnico de Policía, aserciones éstas que no se avienen con la clase de error que como se dijo, mencionó al anunciar los cargos.La no práctica de pruebas solicitadas en un proceso podría conducir a una nulidad por violación del derecho de defensa, lo que equivale a la proposición del cargo por vía distinta de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P.;y, la no apreciación de determinadas pruebas, constituye un falso juicio de existencia.Estas imprecisiones del escrito excluyen toda posibilidad de éxito del cargo, que en consecuencia *se deviene impróspero.*

Cargo Tercero. Violaciónindirecta del artículo26 del C.P.por indebida aplicación del artículo 1° del Decreto 2266 de 1991.

No pasa el reclamo, de mera retórica, además, por ser punto decidido con acierto en las instancias.

Dice el casacionista que habiendo sucedido los hechos bajo el Estado de sitio de que hablaba la Constitución precedente y habiéndose convertido la normatividad

tipificadora del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal en legislación permanente de conformidad con el artículo 8° transitorio de la Carta Fundamental de 1991, ese delito perdió su tipicidad. El planteamiento se auto destruye en sus propios términos y por ello la Corte, hallando apropiado y juiciosoel criterio del Procurador Delegado, lo prohija:

"... mediante el decreto 2266 de 1991, se convirtió al decreto 3664 en precepto permanente impidiendo de esta forma su derogatoria, en consecuencia, no es viable afirmar, como lo hace el demandante, que'el tipo legal que regía en el estado de sitio, momento de los hechos desapareció, ...'.

"... el libelo propuesto por el defensor ..., no corresponde a nada diferente a la reiteración infundada de los argumentos alegados ante el ad quem, tal y como sucede en este punto...".

En definitiva, como todos los anteriores, tampoco esta censura prospera, debiendo la sentencia acusada permanecer incólume.

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

RESUELVE

No casar la sentencia recurrida. En firme, Devuelvase el proceso a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO/ CONCUSION/ ABUSO DE AUTORIDAD/
FUERO MILITAR

En no pocas ocasiones la Corte ha sostenido que las constancias dejadas por los Secretarios en relación con la iniciación y vencimiento del traslado de términos legales, cumplen una función puramente informativa, de orientación o guía para los sujetos procesales, no siendo su contenido vinculante, puesto que su cumplimiento no puede depender de la voluntad o capricho de quien deja la constancia sino que transcurre por ministerio de la ley.

Por eso, ha sido reiterativa en el sentido de que las partes, en su condición de destinatarias, deben estar atentas a la iniciación y vencimiento de los términos, teniendo por norte no la constancia suscrita por el Secretario, sino el tiempo efectivamente transcurrido a partir de la ejecutoria del proveído que lo ordena.

El delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero (art.140 Código Penal, modificado por el artículo 21 de la ley 190 de 1995).

El motivo de controversia en el caso de autos, se presenta en torno a la naturaleza de la prestación exigida por el procesado, la cual, a juicio del demandante y del vocero del Ministerio Público en esta sede, sería legítima, por fundarse en un hecho generador de obligaciones a cargo del individuo constreñido, circunstancia que haría que su conducta se desplace al tipo penal que describe el abuso de autoridad.

*Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que **indebido** es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de causa legítima. Este ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público.*

Para la Corte ha sido igualmente claro que si lo indebido no es la prestación, como lo plantea el Procurador Delegado, sino el procedimiento utilizado por el servidor público para obtenerla, la conducta no sería constitutiva del delito de concusión, sino de abuso de autoridad, si el agente, de otra parte, se aprovecha de su poder funcional para lograr el fin propuesto.

El delito de concusión previsto en el artículo 140 del Código Penal (198 del Código Penal Militar), puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función. En relación con la primera, la Corte ha dicho que se presenta cuando el sujeto agente, aprovechándose de la calidad o investidura que ostenta, ejecuta actos que no le competen por estar atribuidos a otra autoridad. Y, la segunda modalidad, cuando actúa dentro de la órbita de su competencia funcional (Cfr. AutoNov. 14/80, Mag. Pte. Dr. Velásquez Gaviria; Cas.feb.10/81, Mag. Pte. Dr. Romero Soto; Sent.julio 31/84; Mag. Pte. Dr. Calderón Botero; Cas. Sep.22/87, Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

Analizadas estas dos hipótesis a efecto de concretar las condiciones requeridas para que el fuero militar tenga operancia, se tiene que solo cuando se presenta la segunda, habrá lugar a investigación y juzgamiento privilegiados, pues, en el primer evento, por no estar el hecho vinculado con la función, no tendrá cabida la protección foral.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No.43 abril 29/97

Rad. 10509

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 21 de noviembre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado *Marco Antonio Triana Silva* a la pena principal de dos años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por un año, al declararlo responsable del delito de concusión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 30 de noviembre de 1990, a las 0:45 horas, muy cerca del terminal de transportes de esta ciudad, sobre la avenida Boyacá, colisionaron la camioneta de la policía Nacional No.04-2949, conducida por el agente Marco Antonio Triana

Silva, y el taxi de placas SC2595, manejado por el señor Fabio Moreno Moreno, quien abandonó el lugar de los hechos. Ambos vehículos recibieron daños, el primero en la parte delantera y el segundo en la trasera.

Dos días después, en las primeras horas de la noche, frente al CAI del barrio Quirigua, Fabio Moreno Moreno fue obligado a descender de su vehículo por varios agentes de la policía nacional que se movilizaban en una patrulla, entre ellos Marco Antonio Triana Silva, y llevado hasta la Estación de Policía del Bachué, donde debió firmar una letra por valor de $200.000.oo, por los daños causados al vehículo policial.

El 11 de enero de 1991, entre las 11 y 12 de la noche, Marco Antonio Triana Silva abordó nuevamente a Fabio Moreno Moreno, esta vez en los alrededores del CAI de San Fernando, obligándolo, después de varias horas, a dejar en su poder el taxi, hasta tanto le cancelara el valor de la letra de cambio, lo cual debía hacerse en las horas de la tarde del día 12, en la Estación Segunda de Policía. Para formalizar el arreglo, se elaboró entre ellos un documento, en presencia de dos testigos (fls.27).

Esa misma noche, según la denuncia, Moreno Moreno fue llevado por Triana Silva a la Estación Quinta de Policía y después a un recorrido por la ciudad, siendo maltratado y obligado a colaborar en la tarea de movilización de cadáveres, hasta llegar a medicina legal, en donde se firmó el referido documento.

Ante el incumplimiento de Fabio Moreno Moreno, Marco Antonio Triana Silva continuó en posesión del taxi hasta el día 17 de enero, cuando fue recuperado por las autoridades (fls.13).

Por lo anterior, el Juzgado 78 de Instrucción Penal Militar abrió investigación, vinculando al proceso mediante indagatoria al Agente de la Policía Nacional Marco Antonio Triana Silva, quien, en términos generales, aceptó los hechos denunciados, con la aclaración de que en ningún momento presionó ni intimidó a Fabio Moreno Moreno, sino que éste, voluntariamente, ofreció la letra y entregó el vehículo. Al referirse al segundo episodio, precisó: "volví y lo localicé en el barrio San Fernando a eso de las 11:30 de la noche, lo cual lo conduje a la SIJIN para pasarlo con un informe de los hechos antes ocurridos, estuvimos en la SIJIN allí el señor me clamó o rogó que no lo fuera a perjudicar que no fuera a hacer eso con él, que era que él estaba muy pobre y que tenía una niña enferma y por eso no me había podido responder por la letra, pero que de todas formas él me respondía, que me dejaba el vehículo...en ningún momento obligué a ese señor a que fuera con nosotros a levantar muertos sino que él dijo que en cambio que lo dejara en la SIJIN, que como íbamos a hacer un arreglo amistoso que él nos acompañaba" (fls.7, 14 y 20).

Al proceso fueron aportados, en original, la letra de cambio por valor de $200.000.oo, el documento suscrito por Fabio Moreno Moreno el 12 de diciembre, y una factura por valor de $201.000.oo, de fecha noviembre 29 de 1990, correspondiente, según el procesado, a los gastos de reparación del vehículo (fls.26, 27 y 54-1).

Luis Eduardo Garzón López y Gabriel Morales Hernández, testigos presenciales del acuerdo firmado el 12 de diciembre, ambos celadores del Instituto de Medicina Legal, aseguran que la propuesta de arreglo provino de Fabio Moreno Moreno, quien en tono implorante le pedía al Agente Triana Silva que por favor no lo fuera a embalar, a perjudicar, que si quería le dejaba en garantía el vehículo (fls.45 y 49).

Mediante comunicación de 14 de marzo de 1991, el Comandante de la Estación Cien de Policía de Santa Fe de Bogotá informa que durante los días 30-11-90, 02-12-90 y 11-01-91, el Agente de la Policía Marco Antonio Triana Silva se desempeñaba como conductor del vehículo furgón de siglas 04-2949, teniendo por misión el traslado de muertos al Instituto de Medicina Legal (fls.75).

Finalmente, la investigación estableció que entre los días 29 de noviembre y 6 de diciembre del año de 1990, el procesado no reportó a la Estación Cien de Policía daño alguno ocasionado al vehículo en mención (fls.77).

Por auto de 20 de mayo de 1991, el Comandante de la Policía Metropolitana Bogotá, en su condición de Juez de Primera Instancia, ordenó remitir el proceso a la justicia ordinaria por competencia, tras considerar que los hechos investigados no tenían relación con el servicio policial, ni con las funciones inherentes al cargo (fls.89).

Mediante providencia de 12 de julio siguiente, el Juzgado 105 de Instrucción Criminal avocó el conocimiento del asunto y dispuso el cierre de la investigación. Esta decisión aparece notificada personalmente al agente del Ministerio Público el 15 de julio, y por estado el 17, según anotaciones obrantes a folio 98 vuelto. A continuación, el Secretario dejó constancia de que los términos para alegar corrían entre el 23 y el 31 de julio, y que el proceso pasaba a despacho para calificar el 2 de agosto (fls.99 y 105).

El 17 de septiembre del mismo año, el Juzgado instructor profirió resolución de acusación contra Marco Antonio Triana Silva por el delito de concusión, y ordenó la reapertura de la investigación por el de hurto, referido a la pérdida de $1'000.000.oo, que, según el denunciante, se encontraban dentro del vehículo. Esta providencia cobró ejecutoria el 8 de marzo de 1993 (fls.106 y 112 vto.).

Rituada la causa, el Juzgado 72 Penal del Circuito, mediante sentencia de 30 de septiembre de 1994, condenó al procesado a la pena principal de dos años de prisión y un año de interdicción de derechos y funciones públicas, al hallarlo responsable del delito de concusión, conforme a los cargos que le fueron deducidos en la resolución acusatoria (fls.270 y ss).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal superior de Santa Fe de Bogotá, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, lo confirmó en todas sus partes (fls.4 cd. Tribunal).

LA DEMANDA

Dos cargos principales con fundamento en la causal tercera de casación, por afectación del debido proceso, y uno subsidiario al amparo de la primera, presenta el actor contra la sentencia impugnada.

Causal tercera

Cargo primero:

Haber sido recortado en un día, el término de traslado previsto para la presentación de los alegatos precalificatorios.

El auto de cierre de la investigación es de fecha julio 12 de 1991. Cumplido el trámite de su notificación, el Secretario del Juzgado dejó constancia de que el término para alegar empezaba a correr el 23 de julio, a las 8 de la mañana, y vencía el 31 de julio, a las 6 de la tarde. Si se cuentan los días hábiles comprendidos por estas dos fechas, se advierte que solo se dejaron correr siete, y no ocho, como lo ordenaba el artículo 468 del estatuto procesal de 1987, modificado por el Decreto 1861 de 1989, norma que para entonces regulaba la materia.

Este indebido acortamiento del término para alegar, constituye una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y de contera el derecho de defensa. Por tanto, pide que se case la sentencia recurrida y se decrete la nulidad de lo actuado a partir de ese momento procesal.

Cargo segundo

Errónea calificación jurídica de la conducta, en cuanto que los hechos denunciados no serían constitutivos del delito de concusión, sino de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, o ejercicio arbitrario de las propias razones.

Después de enumerar los elementos estructurales del tipo penal de concusión, que describe el artículo 140 del Código Penal, el casacionista sostiene que el relativo a la utilidad indebida no se cumple en el caso investigado, ya que Triana Silva nunca solicitó al denunciante una ventaja ilícita, sino el pago de los daños causados al vehículo policial. Siendo el cuasidelito, según el Código Civil, fuente de obligaciones, su protegido estaba legitimado para exigir el reconocimiento y pago de la obligación, o el otorgamiento de una garantía.

Pero si se llegara a considerar por la Corte que la obligación no había sido definida ni era concreta, habrá cuando menos de aceptarse que existió un hecho generador de obligaciones que produjo en su defendido el convencimiento íntimo de que tenía derecho y podía exigir el pago de los perjuicios ocasionados al automotor. Y si creyó que estaba cobrando algo legítimo, no puede hablarse de una conducta típica, antijurídica y culpable de concusión. Para él, este actuar era legítimo.

Sostiene, acudiendo a citas de jurisprudencia y doctrina, que cuando el funcionario, como en el presente caso, pretende hacer efectivos créditos reales, no se estructura el delito de concusión, sino el de abuso de autoridad, por ser la prestación lícita; pero como su protegido no se encontraba ejecutando funciones inherentes al cargo, su conducta terminaría adecuándose en el tipo penal que describe el ejercicio arbitrario de las propias razones (art.183 C. P.).

Pide que se decrete la nulidad de lo actuado, por indebida calificación, conforme a lo establecido en el artículo 304.2 del estatuto procesal.

Causal primera

Cargo único:

Violación directa de la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 140 del Código penal, que describe el delito de concusión, y falta de aplicación de los artículos 152 o 183 ejusdem, que tratan del abuso de autoridad y el ejercicio arbitrario de las propias razones, respectivamente.

Nuevamente se refiere el censor a los elementos estructurales esenciales de la conducta concusionaria, para sostener que la utilidad pretendida por el sujeto agente debe ser indebida, ya que de no serlo, la especie delictiva terminaría siendo abuso de autoridad o ejercicio arbitrario de las propias razones, según haya actuado en condición de funcionario o de particular.

Dice que su defendido obró con el convencimiento de que actuaba en ejercicio de un derecho legítimo, puesto que debió pagar los daños causados al automotor, y que en ese entendimiento actuó para exigir la satisfacción de una obligación que Fabio Moreno Moreno le adeudaba, convencido de la legalidad de la reclamación, razón por la cual no se puede afirmar que exista utilidad indebida.

Ante la ausencia de este requisito, tendría que desembocarse en un posible delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto, pero como su protegido no obró "como empleado oficial sino como persona natural", tendría que aceptarse que la conducta investigada se ubica en el tipo penal que describe el ejercicio arbitrario de las propias razones.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada, y se profiera la que deba reemplazarla.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Causal tercera

1) En relación con el primer cargo presentado al amparo de esta causal, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal sostiene que si bien es cierto el actor formalmente tiene razón, la actuación procesal muestra que el recorte de términos no se presentó.

Dice que el auto de cierre de la investigaciónquedó ejecutoriado el lunes 22 de julio de 1991, y que el término para la presentación de alegatos empezó a correr el día siguiente, martes 23 de julio. De esta manera, el período de traslado estaría compuesto por los días 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31 de julio y 1° de agosto, debiendo el proceso pasar a despacho para calificar el 2 de dicho mes.

La nulidad alegada se fundamenta en la constancia dejada por el Secretario el 23 de julio, de acuerdo con la cual el término de traslado empezaba a correr ese día y expiraba el 31 siguiente, a las seis de la tarde.

Afirma que si esta constancia hubiera guiado el cómputo del plazo procesal referido, le asistiría razón al impugnante, porque en tal evento se habría recortado un día de traslado, pero lo que se advierte es que se trató de una equivocación, porque el proceso pasó a despacho el 2 de agosto, es decir cuando correspondía, según constancia visible a folios 105.

En tales condiciones, la irregularidad denunciada resulta intrascendente, pues el plazo para alegar, siendo de naturaleza legal, no depende de lo que diga o haga

el Secretario, sino del efectivo transcurso del término. Por tanto, solicita que este primer cargo sea desestimado.

2) En alusión al segundo reproche, la Delegada sostiene que el actor presenta al interior del mismo dos motivos diferentes de casación, que ha debido desarrollar separada y subsidiariamente, pues de un lado plantea errada calificación jurídica de la infracción, y de otro un error sobre la existencia de uno de los elementos del tipo.

Advierte que como el casacionista, en el cargo presentado al amparo de la causal primera, aduce situación similar a la expuesta dentro de esta censura, examinará primero lo relativo a la calificación jurídica del delito, y después, al responder el cargo subsidiario, lo referente al error de tipo.

Tras aludir a los criterios de la doctrina sobre la naturaleza de la prestación en el delito de concusión, la Delegada sostiene que debe ser indebida, entendiéndose por tal una exigencia a la cual el sujeto no tiene derecho por carecer de fuente legal. "Lo indebido de la prestación no se refiere a la ilicitud misma de la conducta; tampoco a aquellas eventualidades en las cuales el servidor público abusa de su cargo o de su función para lograr la satisfacción de obligaciones surgidas de sus relaciones particulares a cargo de un tercero quien es indebidamente presionado para su satisfacción, pues en tales casos, el interés que resulta vulnerado no es el de la moralidad de la administración pública ni el del patrimonio estatal (que se lesiona en todos los casos de corrupción administrativa que entraña la concusión), sino el de los procedimientos legalmente establecidos para que los ciudadanos logren el cumplimiento de las obligaciones judicialmente exigibles" (fls.16 cud. Corte).

Explica, al efecto, que cuando el funcionario de la administración estatal utiliza su poder funcional en procura de obtener el pago de obligaciones a su favor, genera en la ciudadanía un sentimiento de desconfianza frente a los procedimientos legalmente establecidos, sin que trascienda esa afectación a la pureza de la administración.

Señala que, en el caso sub judice, "el procesado actuó impelido por una causa generadora de obligaciones (el daño sufrido por el vehículo policial) y respecto de la cual, si bien no había sido judicialmente dilucidada la responsabilidad del particular, sí existía un hecho que, en principio, generaba obligaciones a cargo del individuo posteriormente constreñido quienhabía intervenido activamente en la producción del daño a los bienes que se encontraban al cuidado del incriminado" (fls.17)

Agrega que, en estas condiciones, no se está en presencia de una prestación indebida, como lo prueba el hecho de que el ofendido firmó una autorización para que el agente de la policía movilizara el taxi hasta tanto no se hiciera efectiva la letra por $200.000.oo.

Entonces, lo que el juzgador calificó de utilidad indebida no es tal. "La prestación exigida fue el pago de una obligación que surgió de un accidente de tránsito y si bien el conflicto de allí nacido no se sometió a la decisión de los funcionarios judiciales competentes para que ellos determinaran los límites exactos de la responsabilidad de cada uno de los intervinientes, ello no le quita el carácter de obligación surgida del accidente" (fls.17).

Dice que el procesado sí utilizó indebidamente su poder funcional, pero su conducta se adecua típicamente al delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, porque con ocasión de sus funciones cometió acto arbitrario al hacerse pagar unos daños cuya responsabilidad y cuantía no habían sido definidos judicialmente.

Pide, por tanto, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria, por errónea

CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA

Causal primera:

Para el representante del Ministerio Público este cargo debe ser desestimado, porque si la actuación procesal se halla viciada de nulidad por error en la calificación jurídica del delito, mal puede alegarse violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la norma que describe la concusión.

Pero, al margen de esta consideración, el ataque tampoco estaría llamado a prosperar, por indebido manejo técnico en su presentación, puesto que debió plantearse por la vía indirecta, no por la directa, ya que las sentencias no reconocieron la existencia del error como eximente de culpabilidad alegado. Para el estudio de fondo, resultaba indispensable demostrar que las pruebas fueron indebidamente apreciadas por el Tribunal y que, de no haber mediado error en su estimación, "se habría llegado a la conclusión de que el incriminado actuó bajo la convicción errada e invencible de que estaba amparado por una causal de justificación de la conducta" (fls.18).

Pide,por tales motivos, desechar este cargo.

SE CONSIDERA

Cargo primero.

Restricción del término de traslado para la presentación de los alegatos previos a la calificación del mérito del sumario.

En no pocas ocasiones la Corte ha sostenido que las constancias dejadas por los Secretarios en relación con la iniciación y vencimiento del traslado de términos legales, cumplen una función puramente informativa, de orientación o guía para los sujetos procesales, no siendo su contenido vinculante, puesto que su cumplimiento no puede depender de la voluntad o capricho de quien deja la constancia sino que transcurre por ministerio de la ley.

Por eso, ha sido reiterativa en el sentido de que las partes, en su condición de destinatarias, deben estar atentas a la iniciación y vencimiento de los términos, teniendo por norte no la constancia suscrita por el Secretario, sino el tiempo efectivamente transcurrido a partir de la ejecutoria del proveído que lo ordena.

En el presente caso, el auto mediante el cual se declaró cerrado el ciclo investigativo aparece notificado personalmente al agente del Ministerio Público el día 15 de julio de 1991 (martes), y por estado el 17 siguiente (jueves), de donde se sigue que esta decisión causó ejecutoria el día 22 de los citados mes y año (lunes), y que los ocho (8) días de traslado ordenados por el artículo 468 de la normatividad procesal entonces vigente (Decreto 050 de 1987), corrieron a partir del martes 23 de julio hasta el jueves 1° de agosto. El proceso ingresó al despacho para calificación de su mérito, el 2 de agosto (fls.105).

La constancia secretarial que ha motivado el reclamo del casacionista señala correctamente el 23 de julio de 1991 como fecha de iniciación del término de traslado, pero registra equivocadamente el 31 de los citados mes y año como día de vencimiento, con lo cual, formalmente, estaría reduciendo en un día el tiempo de duración previsto por ley.

En la realidad, sin embargo, esta restricción no se presentó, pues el proceso, como ya se dijo, entró al despacho para calificar el 2 de agosto, según se desprende de la actuación procesal subsiguiente, particularmente de la constancia secretarial vista a folios 105 del cuaderno principal, debiéndose concluir, por tanto, que hasta el día anterior, primero de agosto, permaneció efectivamente en la Secretaría del Juzgado a disposición de las partes, sin que la defensa allegara alegato precalificatorio alguno.

En síntesis, la imprecisión del Secretario en el señalamiento de la fecha de expiración del término de traslado ninguna incidencia tuvo sobre el cómputo real del mismo, puesto que los ocho (8) días previstos por la ley efectivamente transcurrieron durante el 23 (martes), 24 (miércoles), 25 (jueves), 26 (viernes), 29 (lunes), 30 (martes), 31 (miércoles) de julio y 1° de agosto (jueves) de 1991.

Razón, por tanto, le asiste al Procurador Delegado, al pregonar la inexistencia de la irregularidad denunciada y la consiguiente ausencia de fundamento del cargo.

La censura no prospera.

Cargo segundo:

Errónea calificación jurídica de la infracción

Dígase, para empezar, que el actor, apoyándose en unos mismos argumentos, propone este reproche dentro del marco de dos causales distintas de casación, la primera y la tercera, planteamiento que por razones de lógica sería ab initio inexaminable, de no haber sido presentado en capítulos separados y de manera subsidiaria, como se hizo.

Advierte la Sala, sin embargo, que al interior de cada uno de estos dos reparos por equivocada calificación jurídica de la conducta, cuyos fundamentos, como se dejó anotado, son literalmente idénticos, el actor termina planteando, paralelamente, la existencia de una causal eximente de culpabilidad, por error sobre uno de los elementos tipificadores del hecho punible, en cuanto aduce que su protegido habría actuado con el convencimiento errado que su reclamación patrimonial no era indebida.

Esta divergente alegación del casacionista, torna ininteligible el alcance de la impugnación, al punto de no lograrse precisar si lo pretendido por quien recurre es que se condene a su cliente por un delito de menor severidad punitiva, o su absolución por ausencia de culpabilidad, o una síntesis de los dos, pues pareciera entender que el error generador de culpabilidad alegado desplaza la conducta a otro tipo penal, agregando de este modo un desacierto más a su confuso alegato.

En un esfuerzo por darle forma y presentación a la censura, el Procurador Tercero Delegado, al estudiar la demanda, separa estos dos cargos, ubicando dentro de la causal tercera el relativo a la calificación jurídica de la conducta y dentro de la primera el concerniente al motivo de inculpabilidad, para descartar este último por errores de técnica en su formulación y ausencia de fundamentación, y avalar el primero, por considerar con el demandante que la exigencia del procesado tenía respaldo legal, en cuanto se apoyaba en una causa generadora de obligaciones.

La Corte no puede, en virtud de las limitaciones que le impone el recurso, entrar a mejorar la demanda para contestarse a sí misma, como lo hace el representante del Ministerio Público en su concepto, porque ésta no es su función, pero como se está planteando por la Delegada lanulidad del proceso por errónea

calificación jurídica de la conducta, considera conveniente hacer algunas precisiones en relación con este específico aspecto, no sin dejar en claro que la vía de ataque apropiada para proponer esta clase de reproches, cuando el error compromete el nomen iuris, es la causal tercera de casación, como acertadamente lo entiende el Procurador Delegado, y no la primera.

El delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero (art.140 Código Penal, modificado por el artículo 21 de la ley 190 de 1995).

El motivo de controversia en el caso de autos, se presenta en torno a la naturaleza de la prestación exigida por el procesado, la cual, a juicio del demandante y del vocero del Ministerio Público en esta sede, sería legítima, por fundarse en un hecho generador de obligaciones a cargo del individuo constreñido, circunstancia que haría que su conducta se desplace al tipo penal que describe el abuso de autoridad.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que *indebido* es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de causa legítima. Este ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público.

Para la Corte ha sido igualmente claro que si lo indebido no es la prestación, como lo plantea el Procurador Delegado, sino el procedimiento utilizado por el servidor público para obtenerla, la conducta no sería constitutiva del delito de concusión, sino de abuso de autoridad, si el agente, de otra parte, se aprovecha de su poder funcional para lograr el fin propuesto.

Las conclusiones de la Delegada, relativas a la legitimidad de la prestación exigida por el procesado Marco Antonio Triana Silva en el caso de autos, se encuentran contenidas en los siguientes apartes de su concepto:

"... es claro que el procesado actuó impelido por una causa generadora de obligaciones (el daño sufrido por el vehículo policial) y respecto de la cual si bien no había sido judicialmente dilucidada la responsabilidad del particular, sí existía un hecho que, en principio, generaba obligaciones a cargo del individuo posteriormente constreñido quien había intervenido activamente en la producción del daño a los bienes que se encontraban al cuidado del incriminado.

"La prestación exigida se limitó, por otra parte, a esa indemnización del daño y por consiguiente... no se trató de una prestación indebida. Prueba de ello es que el ofendido suscribió la 'autorización' que obra al folio 27 del cuaderno principal, para que el 'agente Triana Silva Marco Antonio pudiera 'movilizar el taxi Dodge Alpin con placas No.SC-2595 hasta tanto no seha (sic) pago una letra por valor de $200.000.oo los cuales serán cancelados hala (sic) fecha escrita anteriormente en la 2da Estación de Policía'.

*"Lo que el juzgador calificó de utilidad indebida, entonces no es tal. La prestación exigida fue el pago de una obligación que surgió de un accidente de tránsito y si bien el conflicto allí nacido no se sometió a la decisión de los funcionarios judiciales competentes para que ellos determinaran los límites exactos de la responsabilidad de cada uno de los intervinientes, **ello no le quita el carácter de obligación surgida de un accidente**" (fls.17 cuaderno de la Corte. Negrillas fuera de texto).*

Al igual que el recurrente, el Procurador parte de una premisa equivocada, pues supone la responsabilidad del denunciante en los hechos que sirvieron de pretexto al procesado para la comisión de la conducta delictiva, por la simple ocurrencia del insuceso y la posterior emisión de la letra de cambio por valor de $200.000.oo.

La circunstancia misma del accidente autorizaba la iniciación de la acción respectiva ante la autoridad competente a fin de definir el conflicto –a falta de acuerdo legítimo–, mas no convertía las partes involucradas en titulares de una prestación determinada, como lo sugiere el Procurador. En tanto la controversia permaneciera en la indefinición, mientras el conflicto no fuese resuelto por el funcionario competente, ninguna de las partes podía válidamente afirmar que tenía título o causa legítima para exigir de la otra el pago de unos determinados daños.

De allí que no fuera el hoy procesado, sino la autoridad respectiva, la legitimada para determinar si el conductor del taxi tenía responsabilidad en los hechos, y si debía o no cancelar la suma de dinero que aquél le exigía.

Otra equivocación, no de menor trascendencia, consiste en referenciar la letra de cambio como fundamento legal de la obligación exigida, sin reparar que este documento, al igual que el de entrega del vehículo, no fue suscrito voluntariamente por el taxista, sino que nació a la vida jurídica por causa de las amenazas y presiones ejercidas por Triana Silva.

Además, si se tiene en cuenta que el procesado no reportó ante la institución policial el referido accidente, ni las averías supuestamente causadas al vehículo, y que el automotor continuó trabajando normalmente (fls.75 y 77– 1), se concluye,

sin mayores dificultades, que los daños no tuvieron la gravedad que el procesado aduce (fls.26), y que, el citado incidente, solo sirvió de pretexto para hacer una exigencia dineraria *no debida*, en beneficio propio.

Por estas razones, no pueden ser de recibo los argumentos esgrimidos por el Procurador Delegado sobre la legalidad de la prestación exigida, y la por consiguienteerrónea calificación de la conducta investigada.

Podría pensarse que, por tratarse de un delito de concusión cometido por un agente de la policía en servicio activo, la competencia para su investigación y juzgamiento corresponde a la justicia penal militar, en razón del fuero que ampara a los miembros de la fuerza pública, conforme lo establece la Constitución Nacional en su artículo 221.

Con el fin de hacer claridad a este respecto, señalase, en primer término, que para la aplicación del régimen foral militar se requiere que el sujeto agente, además de ostentar la calidad de miembro activo de la fuerza pública, actúe dentro del marco de su actividad funcional, policial o militar. En el caso de la policía nacional, dentro de las funciones que le son propias, referidas primordialmente al mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (art.218 ejusdem).

El delito de concusión previsto en el artículo 140 del Código Penal (198 del Código Penal Militar), puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función. En relación con la primera, la Corte ha dicho que se presenta cuando el sujeto agente, aprovechándose de la calidad o investidura que ostenta, ejecuta actos que no le competen por estar atribuidos a otra autoridad. Y, la segunda modalidad, cuando actúa dentro de la órbita de su competencia funcional (Cfr. AutoNov. 14/80, Mag. Pte. Dr. Velásquez Gaviria; Cas.feb.10/81, Mag. Pte. Dr. Romero Soto; Sent.julio 31/84, Mag. Pte. Dr. Calderón Botero; Cas. Sep.22/87, Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

Analizadas estas dos hipótesis a efecto de concretar las condiciones requeridas para que el fuero militar tenga operancia, se tiene que solo cuando se presenta la segunda, habrá lugar a investigación y juzgamiento privilegiados, pues, en el primer evento, por no estar el hecho vinculado con la función, no tendrá cabida la protección foral.

En el caso sub judice, el delito de concusión imputado al procesado Triana Silva lo es por abuso del cargo y no de la función, pues dentro del marco de su competencia como agente de la policía no se encuentra solucionar conflictos económicos surgidos en accidentes de tránsito, ni privar a las personas involucradas

en ellos de su libertad, como terminó haciéndolo al procurar la entrega del dinero exigido, debiéndose concluir, por tanto, que la actividad concusionaria la cumplió no dentro de la órbita de las funciones que le eran propias, sino prevaliéndose de su condición de miembro activo de la fuerza pública, la que en ningún momento ocultó.

Siendo ello así, la llamada a conocer de este proceso era la justicia ordinaria, como en efecto lo hizo.

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

RESUELVE

No casar la sentencia impugnada.

Comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINO/ DEFENSOR/ DEMANDA DE CASACION

Cuando el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal prescribe que una vez admitido el recurso extraordinario de casación, se ordenará dar "traslado al recurrente o recurrentes por treinta días a cada uno, para que dentro de este término presenten la demanda de casación", de manera inequívoca refiere a la posibilidad de que sean varios de los sujetos procesales quienes recurran el fallo de segunda instancia, pero no al hecho de que se de por separado doble oportunidad de presentar demanda al procesado y a su defensor como si sus intereses pudiesen ser diversos.

En efecto, así se hayan dedicado en el Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal alusivo a "los sujetos Procesales", dos capítulos distintos, uno para el sindicado y otro para el defensor, y aún se diga en el artículo 137 ibídem que al procesado le asisten los mismos derechos que a su defensor y la amplia posibilidad de ejercitar su defensa de manera personal y directa, ello ni excusa la necesidad de nombrarle o reconocerle un defensor para el proceso, ni mucho menos implica que pueda darse una actuación independiente, autónoma y hasta opuesta entre el imputado y quien le apodera.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.46 (mayo 6/97).

Rad. 11968

VISTOS

Decide la Sala sobre la admisibilidad de las demandas de casación presentadas a nombre del procesado Isidro Mora Fernández, sentenciado por el Juzgado Primero Penal del Circuito y el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo como autor del delito de homicidio cometido en la persona de María del Rosario Correa Verdugo.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia del 19 de diciembre de 1995, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó, con algunas modificaciones, el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Primero Penal de ese Circuito contra Isidro Mora Fernández como autor del delito de homicidio cometido en María del Rosario Correa Verdugo, según hechos ocurridos al amanecer del 22 de septiembre de 1994, cuando el procesado llegó a la residencia de la víctima –su compañera– quien le solicitó que se despojara del revólver; el procesado hizo el ademán de descargar el arma, pero en realidad la dirigió al cuello de la mujer y la accionó causándole la muerte.

Durante la notificación de la sentencia de segundo grado, el condenado manifestó su voluntad de apelarla, y posteriormente su defensor expresó mediante escrito oportuno que interponía el recurso extraordinario de casación, el cual les fue concedido por el Magistrado sustanciador, quien allí mismo ordenó correr el traslado "a los recurrentes para que presenten la correspondiente demanda", concediendo quince días más a los otros intervinientes para contestarla (folio 54 cuaderno del Tribunal).

Durante el término de traslado que se surtió entre el 22 de febrero y el 11 de abril de 1996 el defensor del procesado hizo presentación de su libelo, pero como el Secretario del Tribunal optara por correr por aparte traslado al acusado para los mismos fines, mediante la constitución de nuevo apoderado se hizo una segunda formulación demandatoria.

Primera demanda

El libelo comienza con la presentación de los sujetos procesales, la reseña de la sentencia impugnada y la síntesis de los hechos y de la actuación, invocando luego la causal primera de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal para hacer bajo su amparo la formulación de dos cargos.

El reproche inicial pregona la violación de los artículos 29 de la Constitución, 35, 36 y 40 del Código Penal y 1, 247 y 254 del Código de Procedimiento Penal,

en cuanto la sentencia transgrede el derecho fundamental al debido proceso al condenar sin la certeza del hecho punible ni de la responsabilidad del sindicado.

Afirma que de la apreciación probatoria se concluye que bastó la tipicidad del hecho para configurar el ilícito imputado y establecer la responsabilidad del sindicado, sin tomar en cuenta la ausencia de culpabilidad, llegando a condenar sin que existiera dolo, toda vez que el imputado no quiso la realización del hecho, desarrollándose la acción dentro del ámbito de lo fortuito y casual, y sin propósito homicida.

En el segundo cargo, la acusación también apunta a la causal primera y la violación de los artículos 35, 36 y 40 del Código Penal, como consecuencia de errores en la apreciación de las pruebas que establecían la ausencia de propósito homicida en el procesado.

Dice que los elementos de convicción objeto del error judicial fueron la indagatoria; el informe de policía de 22 de septiembre de 1994 (folio 10) que pone a disposición de la Fiscalía el revólver incautado con la constancia de que el tambor alojaba una vainilla; los testimonios rendidos en la audiencia por el comandante de la Policía y los agentes Luis Alberto Sanabria, Dagoberto Becerra, Elías Ramos, Jorge Eliécer Rodríguez y Julio Isidoro Bernal (folios 302, 304, 310, 334); y la declaración del electricista Guillermo Cuspoca (folio 332), y sobre el particular explica que esas probanzas acreditan que Isidro extrajo los proyectiles del revólver a petición de la occisa, pero que por su estado de alicoramiento y la oscuridad reinante no percibió que quedaba una bala en el tambor del arma, disparándola sin prever los efectos mortales de su acción, y que son mendaces los testimonios de Diana Patricia Porras Correa (hija de la occisa) y Daniel Triana (vecino de la víctima) cuando pretenden demostrar la intención homicida.

Acusa al ad quem de despreciar y restar valor a las pruebas sobre ausencia del dolo, ya que esa actitud condujo a una falsa conclusión sobre culpabilidad.

Censura que se haya condenado acudiendo a conjeturas, y por demeritar el testimonio de los agentes distorsionando lo dicho por Julio Isidoro Bernal, a quien le atribuye la afirmación de que había luz en el sector la noche de los hechos, cuando su respuesta constituía una simple deducción y no una afirmación, al sostener "Si era la una de la mañana, había luz en los postes".

El impugnante sintetiza sus planteamientos afirmando que el relato de los hechos dado por el sindicado, según el cual extrajo en la oscuridad las balas del revólver y las sintió caer en su mano, depositándolas en su bolsillo, es una versión confirmada por el informe rendido por la Policía ante el Fiscal, pero ignorado en

su verdadero alcance por el Tribunal, lo que le lleva a reafirmar la distorsión e indebida apreciación de la prueba hecha en segunda instancia, y con ella la lesión de garantías fundamentales de rango constitucional y legal, por lo que pide a la Sala casar la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, para que en su lugar se la reemplace por una absolutoria.

Segunda demanda

Luego de presentado el anterior libelo, entre los días 12 de abril y 27 de mayo de 1996, el secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo surtió un nuevo traslado de treinta días al procesado Isidro Mora Fernández para que presentara también demanda de casación, como en efecto ocurrió, pues mediante el otorgamiento de poder a otro abogado se hizo la formulación de un segundo escrito, el que no podrá ser estudiado por la Sala, atendiendo las razones que más adelante se consignan.

Surtido el traslado a los no recurrentes, se remitió el expediente a la Corte.

CONSIDERACIONES

1. Es evidente el anti-procesalismo que afecta la actuación surtida por la Secretaría del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo dentro de las presentes diligencias, cuando luego de precluir el término legalmente indicado para la presentación de la demanda adicionó a su arbitrio otro lapso igual y para beneficio de la misma parte, pues cuando el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal prescribe que una vez admitido el recurso extraordinario de casación, se ordenará dar "traslado al recurrente o recurrentes por treinta días a cada uno, para que dentro de este término presenten la demanda de casación", de manera inequívoca refiere a la posibilidad de que sean varios de los sujetos procesales quienes recurran el fallo de segunda instancia, pero no al hecho de que se de por separado doble oportunidad de presentar demanda al procesado y a su defensor como si sus intereses pudiesen ser diversos.

En efecto, así se hayan dedicado en el Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal alusivo a "los sujetos Procesales", dos capítulos distintos, uno para el sindicado y otro para el defensor, y aún se diga en el artículo 137 ibídem que al procesado le asisten los mismos derechos que a su defensor y la amplia posibilidad de ejercitar su defensa de manera personal y directa, ello ni excusa la necesidad de nombrarle o reconocerle un defensor para el proceso, ni mucho menos implica que pueda darse una actuación independiente, autónoma y hasta opuesta entre el imputado y quien le apodera, como equivocadamente lo interpreta la Secretaría del Tribunal de origen, porque este mismo precepto excepciona el recurso extraordinario de casación

y al tiempo clarifica, dentro de un concepto de integración de parte, que "Cuando existan peticiones contradictorias entre el sindicado y su defensor, prevalecerán estas últimas", lo que armoniza con los artículos 139 y siguientes y 22 de la misma ley de procedimiento, cuando de ellos emerge que un procesado no puede ser asistido por más de un defensor a un mismo tiempo, y que a aquel no le es permitida la sustanciación de la casación, salvo que sea abogado titulado.

Bajo estas claras condiciones, es evidente que pese haber recurrido por aparte el procesado y su defensor, solo había lugar dentro del enunciado principio de unidad de defensa a la formulación de una demanda de casación, de modo que si en el tiempo oportuno y debidamente asistido de la representación del acusado, su defensor hizo formulación del libelo respectivo, era esa con exclusividad la argumentación y petición que debían considerarse, sin que exista motivo que justifique ni una restitución de términos, ni su ampliación o prórroga, como de modo irregular quedó ejecutado.

Quiere significar lo dicho, que el segundo traslado otorgado a la misma parte recurrente para presentación de su demanda de casación, le es por entero extraño al trámite que regula el Código de Procedimiento Penal, y por constituir quebranto de la estructura esencial del debido proceso tendrá que invalidarse, sin que haya lugar a la reposición del rito subsiguiente, por cuanto el traslado común a los no recurrentes no se afecta, como tampoco la actuación que le ha sobrevenido.

Así, en efecto, se declarará, sin que por tan potísimas razones pueda analizarse la segunda demanda formulada, la cual carece de arraigo y justificación dentro de la actuación legal cumplida.

2. Ahora bien, entrando a valorar las exigencias formales que la oportuna demanda del defensor ofrece en este caso, tiene que concluir la Sala en su rechazo in límine por distanciar las exigencias básicas que le imponía el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, según se explica sobre la base de las siguientes breves consideraciones:

No es objeto de crítica el escrito en cuanto indica a los sujetos de la litis, fija los hechos, identifica el fallo materia del recurso y hace de la actuación un recuento suficiente. No obstante, cuando el censor se asoma a la esencia del ataque, y pese advertir que él se endereza por la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, de entrada falla por omisión y falta de claridad al no decir si selecciona la vía directa o la indirecta, y lo que es peor, al conjugar a una razones propias de la causal primera y la tercera, gestando una confusión que no podría dirimir la Corte, impuesta por el principio de limitación a restringir el ámbito de su respuesta a los puntuales temas y desarrollo que circunscriba el libelista.

Este defecto que inhibe para una respuesta de fondo de la Sala, se hace evidente desde la enunciación de las normas que se dicen violadas, porque a la par con los artículos 35,36 y 40 del Código Penal, y no por simple accidente, incluye el casacionista el artículo 29 de la Carta Política, tratando de conciliar razones de muy diversa índole como la omisión de pruebas referentes a la ausencia de culpabilidad, bajo la afirmación de que el resultado fue de un caso fortuito y no de una acción dolosa, con la transgresión del derecho fundamental al debido proceso, por proferir una sentencia de condena sin que mediasen los requisitos exigidos para su pronunciamiento.

Si lo primero, valga decir, que a juicio del actor no se contaba con prueba de culpabilidad dolosa que diese base a un fallo de condena, lo que debió alegar y demostrar el censor fue una violación indirecta de la ley, con miras a corregir un posible error in iudicando, caso en el cual dejó la inconformidad en su enunciado, por cuanto del escrito no trasciende la formalización de un error de hecho o de derecho que permitiese el estudio de la Sala.

Y si lo que en verdad mortificaba a la defensa era la posibilidad de un quebrantamiento sustancial de las formas propias del proceso, con desconocimiento de la legalidad o de las garantías de las partes, falló también al omitir toda precisión sobre el defecto, su trascendencia y su prueba, yerros insuperables por la Corte, con más razón ante la imposibilidad de conciliar dentro de un mismo cargo por vicios de actividad del juez y errores de la decisión por inaplicación del derecho material, pues los primeros conducirían a la invalidación del trámite cumplido, en tanto que los segundos a la sustitución del fallo de condena por uno absolutorio, lo que supone, a contrario, la validez del rito precedente.

No definió el censor ni la proposición, ni la alegación, ni el petitum, en este primer cargo del escrito, y ello conduce indefectiblemente a su anticipado rechazo de plano, en cuanto no le es dado a la Corte rectificar, ni adicionar los términos de la demanda, y sus contradicciones y deficiencia impiden un pronunciamiento de mérito.

En el segundo cargo se afirma una violación indirecta de los artículos 35, 36 y 40 del Código Penal, por cuanto a raíz de errores en la apreciación de las pruebas, no se tomó en cuenta que Isidro Mora actuó sin dolo.

Siendo ello así, era de esperar que el censor entrase a desarrollar la acusación dando el sentido de la violación y demostrando los yerros de hecho o de derecho que por haber conducido a ese injusto resultado, debiera entrar a modificar la Corte.

No empece, a este respecto el casacionista limita su esfuerzo al enlistado de la injurada, el informe de Policía sobre incautación del arma,los testimonios del Comandante de la Policía y los agentes Sanabria, Becerra, Ramos, Rodríguez y Bernal

rendidos en la audiencia, y la declaración del electricista Guillermo Cuspoca, pero circunscribiendo inoficiosamente su intervención a la expresión de su pensamiento sobre el sentido que se ha debido dar a estas probanzas, sin precaver que la alegación en casación no queda satisfecha con el ofrecimiento de un criterio dispar de estimación demostrativa frente al que optaron las instancias, sino en la comprobación de un error de hecho o de derecho que pudo conducir o bien a la omisión, suposición o tergiversación de pruebas, ora a considerar medios ilegalmente aducidos, bien a otorgarles más o menor valor de aquel previsto expresamente por la ley.

En este aspecto la alegación declina, sacrificando la claridad y precisión que obliga el artículo 225-3 del Código de Procedimiento Penal para habilitar el estudio de la Corte, porque el esfuerzo queda restringido a reafirmar que al procesado se le debió creer, pero sin demostrar en donde pudo radicar la sinrazón, o la deformación del Tribunal que se apartase en ello de una sana crítica, y en relación con las declaraciones de Diana Porras y Daniel Triana, apenas si se afirma que fueron mentirosas, estimación subjetiva que no se ajusta a la demostración de algún error in iudicando.

Luego se dice que el testimonio de Julio Isidoro Bernal resultó distorsionado, porque de él se infirió que había alumbrado público, cuando el testigo no lo afirmó sino que lo conjeturó, pero para probar su aserto y sin justificar la relación del hecho con el sentido del fallo de condena, se hace una transcripción parcial que desvirtúa la deformación y ubica la inconformidad dentro de un ámbito valorativo, ya que de ese fragmento no resulta que el declarante hubiese contradicho la conclusión que al Tribunal se le adjudica.

Por último precisa que el informe de la Policía fue ignorado por el Tribunal en su verdadero alcance, crítica que lejos de desarrollar a modo de un falso juicio de identidad, termina como las anteriores centrada en una discrepancia interpretativa del censor frente a las conclusiones de los juzgadores, lo que integra una irremediable equivocación del libelista en relación con los fines y requisitos de este recurso extraordinario, porque la casación, a diferencia de las instancias, no constituye una ocasión más para regresar al debate probatorio, donde la Corte pueda imponer otro criterio interpretativo y libre sobre los medios allegados, sino un debate sobre la legalidad de la sentencia de segunda instancia, dentro del cual se debe someter la inconformidad del impugnante, estrictamente bajo el tamiz de las expresas y taxativas causales previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, y no bajo razones diferentes.

En suma, y como queda visto, no cumple el casacionista con la exigencia formal e insuperable de formular una demanda clara, completa, precisa y no contradictoria, lo que redunda en su rechazo in límine, y como consecuencia en la deserción del recurso extraordinario.

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

RESUELVE

Primero. Declarar la nulidad del segundo traslado surtido por la secretaría del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en favor del procesado Isidro Mora Fernández, incluida en él la segunda demanda de casación formulada a nombre del mismo acusado.

Segundo. Rechazar in límine la demanda de casación presentada en tiempo por el defensor del sentenciado Isidro Mora Fernández, por lo que se declara desierto el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL.

Con anterioridad a la decisión de fondo del recurso extraordinario de casación, la Corte únicamente puede ocuparse de la libertad provisional de que trata el art. 415-2 del C. de P.P. yque le está vedado, so pretexto de esa libertad, adelantar juicios de valor sobre la legalidad de la sentencia y, particularmente, sobre la legalidad de la sanción en ella impuesta, cuestión que sóloes posible abordar al decidir el recurso, si el reproche respectivo fue planteado en la demanda, sin perjuicio de la facultad oficiosa que le asiste, conforme al artículo 228 del C.P.P.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente:-Doctor *Jorge E. Córdoba Poveda.*

Aprobado acta N° 47

Rad. 11562

VISTOS

Decide la Sala la petición de libertad provisional que demanda el procesado *Dioselid Serrano Pérez.*

LA CORTE CONSIDERA

El procesado solicita la libertad provisional con fundamento en que se le impuso una pena excesiva, con manifiesta violación del principio de irretroactividad de la ley penal, toda vez que, en su criterio, se aplicó la ley 40 de 1993 a hechos ya acaecidos al momento de entrar en vigencia esa normatividad.

Al respecto es preciso reiterarle que con anterioridad a la decisión de fondo del recurso extraordinario de casación, la Corte únicamente puede ocuparse de la libertad provisional de que trata el art. 415-2 del C. de P.P. yque le está vedado, so pretexto de esa libertad, adelantar juicios de valor sobre la legalidad de la sentencia y, particularmente, sobre la legalidad de la sanción en ella impuesta. cuestión que sóloes posible abordar al decidir el recurso, si el reproche respectivo fue planteado en la demanda, sin perjuicio de la facultad oficiosa que le asiste, conforme al artículo 228 del C. P.P.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, Niega la solicitud de libertad provisional presentada por el procesado *Dioselid Serrano Pérez*

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA

En decisión del primero de diciembre de 1983 se dijo:

"El hecho nuevo previsto como causal de revisión en el numeral 5° del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal (nuevo C.P.P. art. 231, num. 3°) es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de actuación judicial de manera que no puede ser controvertido; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de la investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo del itinerario procesal porque no penetró al expediente.

"Prueba nueva es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba ex novo demuestra que el agente actuó en legítima defensa): por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado".

Ya sea que se trate de hecho nuevo o de prueba nueva, no basta que se demuestren, sino que es necesario que su calidad sea tal que "ab initio" aparezcan como eficaces y tengan la contundencia necesaria para derrumbar las conclusiones del fallo, como se ha sostenido por esta Sala (Revisión 11.352. Febrero 18/97. M.P.Dr. Fernando E Arboleda Ripoll.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., nueve (9)de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No. 48

Rad. 12575

VISTOS

En Sala de Casación Penal, la Corte Suprema de Justicia procede a decidir sobre la idoneidad de la demanda con que pretende ejercer la acción de revisión el procesado *Ovidio Durango Gómez*, condenado por el delito de prevaricato por acción, cuando ostentaba la investidura de agente del Ministerio Público adscrito a la Personería Municipal de Pereira y solicitó la preclusión del proceso que se seguía contra el concejal Perches Giraldo Giraldo.

LA DEMANDA

El procesado Durango Gómez, actuando en su nombre, promueve la acción para que se ordene la revisión del proceso penal en el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Delegado contra la sentencia absolutoria proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, mediante fallo del 21 de junio de 1995, lo condenóa la pena principal del 14 meses de prisión, como autor del delito de prevaricato por acción.

La causal con la cual pretende obtener la revisión del proceso, es la tercera de las contempladas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, cuyos argumentos sepueden sintetizar así:

Dice el accionante que constituye hecho y prueba nueva "la petición que se hizo en el proceso penal seguido al ciudadano Giraldo Giraldo y que no se incorporó al proceso penal seguido en mi contra, pues la tesis acogida en aquel proceso que tiene valor que conlleva a modificar sustancialmente el Juicio Positivo de responsabilidad Penal..., resaltando ahora claramente su inocencia, al tener toda la razón cuando hizo la petición *Preclusoria*".

Advierte que como la calificación de la actuación por parte del Fiscal competente, en el proceso seguido contra el señor Giraldo Giraldo, fue la preclusión y la prescripción, se debe concluir que su actuación, cuando pidió, al inició de la

instrucción, dicha medida, fue legítima y que, por tanto, la sentencia condenatoria fue injusta.

Reconoce que cuando la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desató el recurso de apelación, no se conocía el resultado del concepto tildado de irregular. Sin embargo, asevera que su condena fue injusta, ya que no era posible censurar su conducta mientras no terminara el proceso seguido contra Giraldo Giraldo.

Añade

"*Pues con la providencia calificatoria de aquel Proceso, justamente en la etapa donde terminó (Preclusion de la Investigacion Penal en su favor) y de acuerdo con la Tesis que sostenía el Ministerio Público, la sentencia de carácter condenatoria, queda en una profunda contradicción y con notables connotaciones de injusticia, por carecer de respaldo probatorio absoluto, además queda una amarga sensación por haber condenado a un inocente. Señor Presidente, como duele en verdad una sentencia tan injusta y sin que en verdad el ciudadano afectado haya cometido delito alguno*".

Luego de hacer una pequeña reseña sobre los requisitos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y los soportes del Estado Social de Derecho, afirma que con la providencia de calificaciónadoptada en favor del ciudadano Giraldo Giraldo no puede predicarse que existió "infidelidad a los deberes como funcionario del Ministerio Público", por lo que solicita la revisión del proceso por el cual se le condenó como autor del delito de prevaricato por acción.

En el acápite que denomina relación de pruebas, anexa el actor copias autenticadas de las providencias emitidas en el proceso penal adelantado en contra de Perches Giraldo Giraldo.

Igualmente, anexa copias de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en su contra.

A renglón seguido, solicita que se reciban los testimonios de Hernán Jaramillo Osorio e Isabel Amparo Flórez Gil, formulando para el efecto un interrogatorio.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Podría pensarse que el libelo con el que se pretende ejercer la acción de revisión, reúne, en principio, los requisitos exigidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal para su instauración. Sin embargo, de la lectura de éste se

advierte con claridad que el actor no cumplió con lo estatuido por los numerales 3º y 4º de la norma citada.

En efecto, las anteriores preceptivas contemplan que la demanda deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud y acompañar las pruebas que demuestren los hechos básicos de su petición.

Estos requisitos no los reúne la demanda que presenta el sentenciado Ovidio Durango Gómez, quien procura la revisión del proceso que le siguió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, ya que sus argumentaciones van dirigidas a rebatir la decisión del sentenciador de segunda instancia, sin demostrar cómo lo que él considera como hecho y prueba nueva desvirtúan el fallo condenatorio proferido en su contra.

Así, en primer lugar, resulta evidente para la Sala que el accionante desconoce el concepto y alcance de hecho y prueba nueva que recoge el numeral 3º del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, pues los utiliza como si se tratara de sinónimos, cuando ya la jurisprudencia de esta Corporación los ha diferenciado en distintas oportunidades. Por ejemplo en decisión del primero de diciembre de 1983 se dijo:

*"El **hecho nuevo** previsto como causal de revisión en el numeral 5º del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal (nuevo C.P.P, art. 231, num. 3º) es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de actuación judicial de manera que no puede ser controvertido; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de la investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo del itinerario procesal porque no penetró al expediente.*

*"**Prueba nueva** es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba ex novo demuestra que el agente actuó en legítima defensa); por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado".*

Así mismo, en lo que denominó los fundamentos de hecho y de derecho de la causal invocada, se dedicó a especular en torno a que, posteriormente a su condena,al procesado Giraldo Giraldo se le precluyó la investigación, conforme lo había solicitado en su concepto, pero en modo alguno argumentó, siendo su deber, cómo tal decisión habría influído en su favor dentro del juicio de responsabilidad inferido por el sentenciador de segunda instancia, máxime cuando el concepto prevaricador se refiere a un momento procesal diferente y debía soportarse en supuestos fácticos y jurídicos distintos a aquellos que deben ser tenidos en cuenta al calificar la investigación.

Ahora bien, ya sea que se trate de hecho nuevo o de prueba nueva, no basta que se demuestren, sino que es necesario que su calidad sea tal que "ab initio" aparezcan como eficaces y tengan la contundencia necesaria para derrumbar las conclusiones del fallo, como se ha sostenido por esta Sala (Revisión 11.352. Febrero 18/97. M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll)

En la demanda no aparece demostrado y ni siquiera analizado que si la preclusión del proceso en favor de Giraldo Giraldo (cuya ejecutoria no está acreditada) se hubiera producido antes de la sentencia condenatoria y hubiera sido conocido por la Corte, el fallo hubiera sido absolutorio.

Por el contrario, lo que resulta de las pruebas anexadas al escrito de demanda es que en el momento procesal en que el actor solicitó la preclusión de la investigación no obraba la prueba requerida por el artículo 34 del Decreto 050/87, entonces vigente, para ese efecto, con lo que pretendió ilícitamente impedir que se investigara si Giraldo había delinquido.

De otra parte, en el acápite que denominó "Relación de pruebas", se limitó a solicitarle a la Corte que procediera a citar a las personas que menciona para que, en testimonio bajo juramento, constaten ciertos puntos que considera de interés, sin aportar tales medios de convicción, desconociendo lo estatuido por el artículo 234-4 del C. de P.P.

Finalmente, y apartándose totalmente de la causal invocada, argumenta que la conducta por él realizada, y por la cual se le condenó, es atípica, pues carecía de función decisoria, olvidando que es absolutamente ajeno a la acción de revisión la réplica de los argumentos que sustentaron la sentencia condenatoria.

En conclusión, al no reunir el escrito de demanda los requisitos exigidos por la ley, su inadmisión se impone.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda en que se pretendía ejercer la acción de revisión contra el fallo proferido el veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995) por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se condenó al doctor ***Ovidio Durango Gómez*** como autor del delito de prevaricato por acción, cuando ostentaba la investidura de agente del Ministerio Público adscrito a la Personería Municipal de Pereira.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fabio Aristizábal Hoyos, Conjuez, (con Salvamento de Voto); Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Edgar Lombana Trujillo, Conjuez; Whanda Fernández León, Conjuez, Guillermo García Guaje, Conjuez;

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente procedo a consignar las razones que me llevaron a apartarme de la decisión mayoritaria de la Sala que inadmitió la demanda en la cual el procesado Ovidio Durango Gómez ejerció la acción de revisión contra el fallo proferido el 21 de junio de 1995 por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se le condenó como autor del delito de prevaricato por acción cuando ostentaba la investidura de Agente del Ministerio Público adscrito a la Personería Municipal de Pereira.

Considero que la demanda debió haber sido admitida, a fin de que se hubiera surtido el trámite de la acción y se hubiera dejado para la sentencia de fondo la decisión de acoger o rechazar las pretensiones incoadas en la demanda.

Téngase en cuenta que el procedimiento de la acción de revisión se encuentra regulado en el articulado del Título IV, Capítulo IX, del Código de Procedimiento Penal y que, en consecuencia, la admisión o inadmisión de la demanda debe remitirse exclusivamente a dichas normas.

Ahora bien, el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal establece que la demanda deberá ser admitida si reúne los requisitos exigidos en el artículo 234 ibídem. Se trata, en consecuencia, de un juicio sobre el cumplimiento por parte del accionante de los requisitos formales que debe contener la demanda de revisión. Para la admisión de la demanda no debe ser materia de examen la calificación de los argumentos expuestos por el accionante para sustentar su demanda, ya que ello corresponde a la providencia final en la cual el fallador decida de fondo sobre la cuestión a él planteada, pues, para el suscrito, tres son los momentos procesales del trámite de la acción de revisión, así: a) El primero está integrado por la formulación de la demanda y el auto mediante el cual el fallador se pronuncia sobre la demanda y el auto mediante el cual el fallador se pronuncia sobre la admisión o inadmisión de la misma, atendiendo lo expresamente establecido en el artículo 235 del C. de P.P., o sea, verificando si la demanda reúne o no los requisitos que el artículo 234 ibídem exige. b) El segundo está regulado por el

artículo 237 del C. de P.P. y consiste en abrir el proceso a prueba por el término de quince (15) días para que las partes soliciten las que estimen conducentes y, una vez decretadas las mismas, sean practicadas dentro de los treinta (30) días siguientes; y c) El tercero está regulado por los artículos 238 a 240, en la cual se corre traslado de quince (15) días para que las partes presenten sus elegatos y el fallador decide en providencia de fondo sobre si encuentra fundada o no la causal invocada en la demanda.

Es por lo anotado anteriormente, que el suscrito se aparta de la decisión proferida mayoritariamente por la Sala en el sentido de inadmitir la demanda de revisión sub-examine, ya que un examen del texto de la misma arroja la conclusión de que ella reúne los requsitos exigidos para su admisión por los artículos 234 y 235 del C. de P.P. En efecto, en dicha demanda se determinó la actuación procesal cuya revisión se demanda con la identificación del despacho que produjo el fallo, se mencionó el delito que motivó la actual procesal y la decisión adoptada, la causal de revisión que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud, y la relación de las pruebas aportadas para demostrar los hechos básicos de la petición.

No obstante lo anterior, la Sala decidió inadmitir la demanda, argumentando que "estos requisitos no los reúne la demanda que presenta el sentenciado Ovidio Durango Gómez, quien procura la revisión del proceso que le siguió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, ya que sus argumentaciones van dirigidas a rebatir la decisión del sentenciador de segunda instancia, sin demostrar cómo lo que él considera como hecho y prueba nueva desvirtúan el fallo condenatorio proferido en su contra. Así, en primer lugar, resulta evidente para la Sala que el accionante desconoce el concepto y alcance del hecho y prueba nueva que recoge el numeral 3 del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, pues los utiliza como se tratara de sinónimos, cuando ya la jurisprudencia de esta Corporación los ha diferenciado en distintas oportunidades... Así mismo, en lo que denominó los fundamenos de hecho y de derecho de la causal invocada, se dedicó a especular en torno a que, posteriormente a su condena, al procesado Giraldo Giraldo se le precluyó la investigación, conforme lo había solicitado en su concepto, pero en modo alguno argumentó siendo su deber, cómo tal decisión habría influido en su favor dentro del juicio de responsabilidad inferido por el sentenciador de segunda instancia, máxime cuando el concepto prevaricador se refiere a un momento procesal diferente y debía soportarse en supuestos fácticos y jurídicos distintos a aquellos que deben ser tenidos en cuenta al calificar la investigación... En la demanda no aparece demostrado y ni siquiera analizado que si la preclusión del procesado en favor de Giraldo Giraldo (cuya ejecutoria no está acreditada) se hubiera producido antes de la sentencia condenatoria y hubiera sido conocido por la Corte, el fallo hubiera sido absolutorio...".

Me aparto de la decisión adoptaa por la Sala con base en las consideraciones arriba transcritas, ya que me asiste la convicción de que el momento procesal para formular dichos planteamientos sería la sentencia, si a ella se llegara, y no el auto que resuelve sobre la admisión o inadmisión de la demanda.

Pero, a más de la anterior, aún existe otra razón para disentir de la inadmisión de la demanda resuelta mayoritariamente por la Sala.

Si, en gracia de discusión, se aceptara que para proferir el auto que resuelve sobre la admisión o inadmisión de la demanda de revisión fuera necesario a más de la verificación del cumplimiento de los requisitos formales calificar la manera como el demandante plantea la relación entre la causal de revisión invocada y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya su solicitud, al suscrito no le cabe la menor duda de que en el caso sub-examine el demandante ha hecho un planteamiento congruente entre la causal de revisión que él invoca en su demanda y los fundamentos de hecho y de derecho que aduce para sustentarla. En efecto, el demandante invocó expresamente como causal de revisión la contemplada en el numeral 3° del artículo 231 (sic), la cual transcribe textualmente así: "1...2...3: Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los Debates, que establezcan la inocencia del condenado". Y para fundamentar su solicitud, el demandante adujo que el "hecho nuevo" por él argumentado consistía en que con posterioridad a la sentencia condenatoria proferida en su contra por el delito de prevaricato, había sido decretada por otra autoridad jurisdiccional una resolución de preclusión de investigación sobre el ciudadano Perchis Giraldo Giraldo, en cuyo inicio el accionante había emitido sus conceptos y solicitudes argumentando la inocencia del mencionado Giraldo Giraldo, por lo cual precisamente fue juzgado y condenado por el delito de prevaricato. Su argumentación apuntó a que la resolución de preclusión de la investigación en favor de Giraldo, es el hecho nuevo que demuestra que el demandado no prevaricó cuando predicó la inocencia de Giraldo en el proceso respectivo. Y expuso cómo esa resolución de preclusión, de haber sido conocida oportunamente por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, habría sido determinante para evitar la mencionada sentencia condenatoria. En consecuencia, su argumentación contiene los elementos de congruencia formal on la causal invocada, lo que ameritaba que la demanda de revisión hubiera sido admitida y que se hubiera dejado para el fallo de fondo el análisis de los argumentos expuestos por el demandante para decidir si se acogía o no la revisión de la sentencia por él solicitada en su demanda.

Fabio Aristizábal Hoyos, Conjuez.

INDICES

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
GACETA JUDICIAL PRIMER SEMESTRE DE 1997
INDICE ALFABETICO DE JURISPRUDENCIA

A

ABUSO DE AUTORIDAD, ... 209

ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD 134

ABUSO DE CONFIANZA, ... 147

ACCION CIVIL 217

ACCION DE REVISION, ... 291, 307, 552, 638, 674, 834

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS 297, 612

ANONIMO, ... 137

APELACION 173, 457, 544, 694, 715, 777

APODERADO – Legitimidad 18

AUDIENCIA ESPECIAL 434, 715

AUDIENCIA PUBLICA 7, 32, 109

AUTO INTERLOCUTORIO 41

B

BENEFICIO ADMINISTRATIVO 144

C

CALUMNIA 231

CAMBIO DE RADICACION 21, 332

CAPTURA 142

CARGOS EXCLUYENTES 128

CASACION 35, 41, 173, 682

CASACION DISCRECIONAL 428, 506, 534, 595, 608, 708

CASACION DISCRECIONAL – Titulares 636

CASACION OFICIOSA 139

CAUSAL DE JUSTIFICACION 68

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS 363

CIERRE DE INVESTIGACION 149

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA 612

CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA 612

COLISION DE COMPETENCIA 125, 297

COMPETENCIA 7, 10, 47, 214, 268, 685

COMPETENCIA A PREVENCION 315

COMPETENCIA FUNCIONAL 197

COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS 75

CONCUSION 809

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 161

CONEXIDAD 120; 142

CONFESION 182

CONGRESISTA 3; 128; 136

CONGRESISTA - Procedimiento 10

CONTRAVENCION 142

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 47, 214, 360

CUERPO COLEGIADO 651

CULPABILIDAD 95

D

DEBIDO PROCESO 798

DEFENSA TECNICA 98; 103; 138

DEFENSOR 824

DELITO CULPOSO 584

DEMANDA DE CASACION 128, 217, 348, 393, 512, 547, 573,

..... 584, 654, 666, 708, 723 743, 762, 777, 784, 824

DEMANDA DE CASACION-Causal primera causal tercera 93

DENUNCIA 137

DERECHO DE DEFENSA 461

DEROGATORIA DE UNA LEY 123

DETENCION DOMICILIARIA 214

DICTAMEN 338

DOCUMENTO-Copia 409

E

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR 244

ERROR DE DERECHO 599

ERROR DE HECHO 343 599, 791

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION .. 102

ERROR IN JUDICANDO 654

ERROR IN PROCEDENDO 654

EXAMEN MEDICO 461

EXTRADICION 54, 104

EXTRADICION DE NACIONALES 646, 701

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO 281, 409, 727

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO 281, 727

FALSO JUICIO DE CONVICCION 393

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA 393

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 393, 791

FAVORABILIDAD 291, 325

FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES 116

FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 685

FISCAL GENERAL DE LA NACION 685

FORMULACION DE CARGOS 80

FUERO 7

FUERO MILITAR 809

H

HABEAS CORPUS 144

HABER ACTUADO COMO FISCAL 96

HABER DICTADO PROVIDENCIA 798

HECHO NUEVO 307

HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA 120; 147

I

IMPEDIMENTO 651, 798

IMPOSIBILIDAD DE COMETER EL DELITO 674

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 35, 68

INDICIO 762

INIMPUTABILIDAD 126

INJURIA 231

INMUNIDAD 136

INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS 113

INTERES PARA RECURRIR 122; 126; 133

IRA E INTENSO DOLOR 526

J

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS 297

JUEZ ESPECIALIZADO 102

JUEZ REGIONAL 268

JURAMENTO 727

JURAMENTO – Situación jurídica 149

JUSTICIA PENAL MILITAR 102

JUSTICIA REGIONAL 540

L

LEGALIDAD DE LA PENA 255

LEGITIMACION EN CAUSA 784

LEGITIMIDAD 119

LIBERTAD CONDICIONAL 108

LIBERTAD PROVISIONAL 360, 832

M

MAGISTRADO 128

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO 121

MEDIDA DE SEGURIDAD 126

MEDIDAS CAUTELARES 125

MINISTERIO PUBLICO 90; 146

N

NACIONALIDAD 104

NARCOTRAFICO 268, 325

NORMA INSTRUMENTAL 89; 94

NORMA SUSTANCIAL 89; 94

NULIDAD 35, 354, 457, 727, 743, 777

P

PARTE CIVIL 126; 133

PECULADO 175, 473

PECULADO CULPOSO 126

PECULADO-Auxilios Parlamentarios 498

PENA 25. 727

PERITO 338

PERJUICIOS 584

PERJUICIOS MORALES 112

PERSONALIDAD DEL PROCESADO 25

PERSONERO MUNICIPAL 146

PODER SANCIONATORIO DEL JUEZ 441

POLICIA 125

PORTE ILEGAL DE ARMAS 540

PRESCRIPCION 75, 682

PREVARICATO 95

PREVARICATO POR OMISION 319

PRINCIPIO DE INTEGRACION 116

PRINCIPIO DE LIMITACION 348

PRINCIPIO DE PRECLUSION 265

PROCESO PENAL 109

PRUEBA 32, 461

PRUEBA - Finalidad 21

PRUEBA NUEVA 307, 638, 834

PRUEBA-Aducción 743

PRUEBA-Práctica 100

R

RECEPTACION 682

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS 654

RECURSO DE HECHO 544

RECURSOS 127

RECUSACION 422

REFORMATIO IN PEJUS 255

REHABILITACION 117

REPOSICION 758

RESOLUCION DE ACUSACION 354

S

SANA CRITICA 743

SENTENCIA 41

SENTENCIA ANTICIPADA 80, 694, 715

SITUACION JURIDICA 104

SUJETO PROCESAL 798

T

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 217

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 434, 694, 715

TERMINO 265, 319, 809, 824

TERMINO LEGAL 754

TESTIMONIO 244

U

UNIDAD PROCESAL 354

V

VERSION LIBRE 98

VIGENCIA DE LA LEY 627

VIOLACION AL REGIMEN DE
INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES 208

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 743

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 343

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
GACETA JUDICIAL PRIMER SEMESTRE DE 1997
INDICE CRONOLOGICO

FUERO/ COMPETENCIA. El fuero que la Constitución Política otorga a los Congresistas de la República para que sea la Corte Suprema de Justicia la única institución que pueda asumir su investigación y juzgamiento en asuntos criminales, es una prerrogativa especial que protege la actividad parlamentaria como función y a los Congresistas como sus miembros.

Contrario a lo que los peticionarios afirman, el fuero Parlamentario se explica en la necesidad de proteger al Congreso, como Institución, para mantener la independencia y autonomía que debe caracterizar la labor parlamentaria. La protección foral de los Parlamentarios se explica únicamente en su pertenencia al Congreso, y se mantiene aún separados de éste, cuando el asunto por el que se les procesa es derivado del ejercicio de la función; en tal razón, el Congresista, como persona natural, no tiene ninguna facultad dispositiva sobre su fuero como tal y la única manera de separarse de él es renunciando al cargo del que lo deviene.

Ahora bien, no puede tampoco perderse de vista que el fuero es también un factor de competencia, en cuanto asigna a la Corte el conocimiento de los asuntos criminales en los que se hallen involucrados los Congresistas, y siendo la competencia en materia penal un asunto de orden público, los sujetos procesales no pueden disponer de el. Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Unica Instancia. 23/01/1997. Decisión: Rechaza petición delitos: enriquecimiento ilícito de particular proceso: 10684. Publicada: Sí..... 7

COMPETENCIA/ CONGRESISTA-Procedimiento. Una vez más debe la Sala indicar que el artículo 186 de la Constitución Política establece que la Corte Suprema de Justicia investigará y juzgará los hechos punibles cometidos por los congresistas, precepto éste que sólo consagra la competencia en torno a dicho asunto.

Es verdad que este postulado constitucional no fijó procedimiento alguno para el desarrollo de esa competencia como tampoco la ley se ocupó sobre el particular, lo que necesariamente conlleva a la remisión del estatuto procedimental penal para la consolidación del mandato supralegal. Dentro del mismo se han establecido algunas reglas particulares para la llamada justicia regional, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que investiga y juzga, su pluriofensividad (pues afecta variados e importantes bienes jurídicos como los órdenes público, económico y social y la salud, seguridad y moral públicas, entre otros), así como la dificultad para investigarlos y comprobarlos, dada su complejidad, y que son las que debe aplicar la Sala, por haber sido estatuidas atendiendo a la naturaleza jurídica de la infracción y no a la calidad jurídica del procesado ni a la categoría del funcionario encargado de adelantar el proceso.

El hecho de que aquél sea aforado, no cambia la naturaleza del hecho punible, ni le resta gravedad, ni aminora su multiofensividad, ni disminuye la dificultad para demostrarlo, por lo que aparece no sólo lógico, sino necesario aplicar tales previsiones legales. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Unica Instancia. Fecha: 24/01/1997. Decisión: No repone. Delitos: Enriquecimiento ilícito de particular. Proceso: 10474. Publicada: Si *10*

APODERADO-Legitimidad. El primer aspecto que debe considerar cualquier autoridad judicial al estudiar la viabilidad de una acción o de un recurso interpuestos en representación de otro, es el de la legitimidad tanto sustancial como procesal que para actuar se ostente.

Es cierto que el inciso final del artículo 156 del Código de Procedimiento Penal admite que dentro de la actuación penal los abogados no hagan presentación personal de sus escritos. Pero como esa autorización se condiciona al hecho de que previamente "hayan sido reconocidos". Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Acción de Revisión. Fecha: 28/01/1997. Decisión: Se abstiene de reconocer personería. Delitos: Homicidio. Proceso: 12595. Publicada: Sí *18*

CAMBIO DE RADICACION/ PRUEBA-Finalidad. El cambio de radicación previsto por los artículos 83 y Ss. del Código de Procedimiento Penal, tiene como finalidad la preservación del orden público, de la imparcialidad e independencia en la dirección de la actuación, de las garantías fundamentales y de la seguridad e integridad del sindicado. En lo tocante con el trámite del incidente de cambio de radicación, el artículo 85 ejusdem enseña que: "La solicitud debe ser motivada y a ella se acompañarán las pruebas en que se funda..." (subraya y negrilla fuera del texto).

En esta clase de incidente no existe período probatorio que pueda adelantar el funcionario llamado por la ley a definirlo; en otras palabras, no hay práctica de pruebas a iniciativa de parte ni de oficio, pues éstas deben ser presentadas con la solicitud, con los argumentos que la fundamentan, si se aspira a que prospere. En caso contrario, la pretensión no está llamada a ser acogida, pues no puede la Corte o el Tribunal, según el caso, suplir deficiencias en los planteamientos y la prueba a cargo del sujeto procesal interesado. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Cambio de Radicación. Fecha: 31/01/1997. Decisión: No accede al cambio de radicación. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 12482. Publicada: Sí..... 21

PENA/ PERSONALIDAD DEL PROCESADO. El factor "personalidad" lo incluye el legislador entre los criterios para graduar la pena (art. 61 C. P.), como requisito para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional (art. 68 C. P.), y en el evento en estudio, de manera que no puede afirmarse válidamente que el haberlo tenido en cuenta para la dosificación de la pena o para negar la suspensión de la condena impide que pueda ser apreciado para definir la libertad condicional, pues en cada caso se mira con propósito diferente.

Si bien algunos autores, entre ellos el que cita el recurrente, ven en el elemento personalidad un aspecto muy complejo a cuya medida justa muy difícilmente podría llegar el juez sin colaboración de expertos, la Sala no lo cree así, de modo que en providencia del 24 de abril de 1992, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez se refirió al punto en los siguientes términos:

"Algunos quieren hacer del concepto de la "personalidad", para efectos de la dosificación de la pena (art.61 C. P.) o de la concesión del subrogado (art. 68 ibídem) (o del subrogado de la libertad condicional (art. 72

ibídem, agrega la Sala) algo abstruso, inserto en los meandros de una ciencia inasible o sólo manejable por especialistas en sicología, siquiatría, caracterología, etc., o de profanos que atiendan mansamente los dictados emitidos por esta clase de científicos. La ley no es tan escrupulosa ni tan utopista. Le bastan interpretaciones más a la mano, de más fácil manejo, de verificación más posible y real, de alcances más generales y valorables por el común de las gentes, con la formación corriente que suele acompañar a víctimas y victimarios, o a abogados de defensa y de parte civil o integrantes del ministerio público, o en fin al nivel de formación básica de los integrantes de la judicatura. Intentar cambiar estos derroteros tan sencillamente ideados por el legislador, sería dar ocasión a que el proceso de negación o de otorgamiento de la condena de ejecución condicional, fuese labor más complicada de la que concentra el descubrimiento de un delito, la demostración del ente infraccional y la conclusión de un juicio de reproche y de condena. Y daría lugar a inacabables debates, con posiciones irreconciliables, en donde cada cual según el interés que le mueva, encontraría, parapetado en una tesis, la personalidad del procesado incompatible con este subrogado o, por el contrario, abiertamente subsumible en los factores que gobiernan su concesión. Y luego de acabar tan compleja dilucidación, todavía quedaría pendiente la controversia sobre la naturaleza y posibilidades de nuestro sistema penitenciario como elemento válido u obstaculizante de la resocialización del sentenciado".

Y más adelante se agrega: "La personalidad del procesado, en su fijación, tendrá que relacionarse con lo que es él, en sí, en su conducta individual o familiar o social, en sus características forma de vida (oficios, artes o profesiones lícitas) y en sus condicionamientos comportamentales, que permitan confiar, fundadamente, en que resulta más provechoso para él y la colectividad sustraerle de la reclusión que efectivizar, en un medio carcelario, la pena privativa de la libertad impuesta".

La idea de la readaptación social no se restringe a que el delincuente sea un interno disciplinado, porque igual al salir a la calle puede en forma inmediata volver a delinquir, sino a que todos los elementos le den la convicción al juez de que al hacerlo se va integrar a la sociedad comprendiendo que no debe volver a incurrir en conductas reprochables. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Segunda Instancia. Fecha: 04/02/1997. Decisión: Confirma providencia. Delitos: Concusión. Proceso: 12697. Publicada: Sí 25

PRUEBA/ AUDIENCIA PUBLICA. El artículo 448 del Código de Procedimiento penal es muy claro al señalar que las pruebas decretadas en la etapa del juicio se practicarán en la audiencia pública, excepto las que deban realizarse fuera de la sede del juzgado o requieran de estudios previos, y si de ellas surgen otras que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos, deben ser solicitadas y recaudada antes de que finalice la audiencia pública. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 05/02/1997. Decisión: No repone y señala fecha y hora para audiencia. Delitos: Peculado, Enriquecimiento ilícito. Proceso: 7830. Publicada: Sí..... 32

CASACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ NULIDAD Cuando el Juez, al dictar sentencia, se equivoca en la calificación jurídica de los hechos precitados en la acusación, porque adecúa la conducta investigada dentro de un tipo penal distinto del que la describe, la causal aducible en casación dependerá de la naturaleza del yerro. Si compromete el nomen iuris, entendido por tal la denominación genérica bajo la cual se agrupan distintos tipos penales dentro de un mismo Capítulo de la Parte Especial del Código Penal, la causal alegable será la tercera. Pero si el nomen iuris se mantiene dentro del género, la causal que debe invocarse será la primera.

Cada causal de casación, como se sabe, se inspira en unos determinados motivos, está sometida a unas precisas técnicas en su demostración y tiene adscritas sus propias consecuencias jurídicas. Si la causal planteada es la primera o la segunda, la Corte, debe dictar fallo de sustitución, pero si es la tercera, y el vicio trasciende la sentencia, la solución será indefectiblemente la nulidad de la actuación en todo o parte (art.229 C. de P. P.).

Una de las razones por las cuales la errada calificación jurídica del hecho por fuera del nomen iuris debe atacarse dentro del ámbito de la causal tercera de casación, y no de la primera, está directamente vinculada con la consecuencia legalmente prevista para cada caso, pues si el casacionista escoge esta última, y la censura prospera, la Sala estaría obligada a dictar fallo de sustitución, lo cual implicaría entrar a condenar por un delito distinto del imputado en la resolución acusatoria, incurriendo de esta manera en un nuevo error judicial, denunciable dentro de los marcos de la causal segunda, por disconformidad de la sentencia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Sobre la forma como su demostración debe asumirse, la Corte ha dicho que es obligación hacerlo siguiendo los lineamientos técnicos de la causal primera, con indicación de las normas de derecho sustancial que el juzgador aplicó indebidamente y de las que correlativamente dejó de aplicar, las razones jurídicas de este desacierto y, si la indebida calificación se originó en errores de apreciación probatoria, el señalamiento de cada uno de ellos, si de existencia, identidad, legalidad o convicción, y de su trascendencia o incidencia en la parte dispositiva del fallo. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 18/02/1997. Decisión: Inadmite la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Tentativa de homicidio. Porte de armas de defensa personal. Proceso: 11768. Publicada: Sí..... *35*

CASACION/ AUTO INTERLOCUTORIO/ SENTENCIA 1o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 218 del C.P.P. el recurso extraordinario de casación procede contra sentencias de segunda instancia proferidas por Tribunales de Distrito Judicial, Tribunal Nacional o Tribunal Penal Militar y en casos excepcionales, por Juzgados del Circuito, esto es, aquellas que "deciden sobre el objeto del proceso" (art. 179.1 C.P.P.). 2o. Los autos interlocutorios, por su parte, son los que resuelven incidentes o aspectos sustanciales, siendo excepcional que autos de esta naturaleza se denominen sentencia, pues como lo ha precisado la Sala, "la ley denomina "sentencia" a una decisión que en sede de casación invalida un proceso, en los demás casos, la determinación que en tal sentido tomen los jueces en las instancias es naturalísticamente un "auto interlocutorio", así se haya pronunciado, como ocurrió en este caso, con ocasión de la revisión de una sentencia". (Sentencia, agosto 31 de 1995; M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 25/02/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio, Fuga de presos. Proceso: 12134. Publicada: Sí..... *41*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA. Mas si tan solo por vía de discusión se regresara al tema de la competencia, se ha de tener en cuenta que en contra de cuanto argumenta el recurrente, no es cierto que el artículo 186 de la Constitución Política le otorgue a la Sala Plena de la Corte la competencia para el juzgamiento de los congresistas.

Como sucede, por vía de ejemplo, con el artículo 175 de la Carta, que también le adscribe a la Corporación el juzgamiento de altos

funcionarios del Estado, lo que se dice en el precepto que invoca el recurrente es que "De los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención", expresiones genéricas y referidas al órgano competente, pero que de ninguna manera adscriben en concreto ese conocimiento ni a la Colegiatura en pleno, ni a una determinada de sus Salas.

Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 27/02/1997. Decisión: No repone el auto recurrido. Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 10189. Publicada: Sí..... *47*

EXTRADICION. Si bien el delito de tráfico ilícito de estupefacientes no figura contemplado dentro del Acuerdo Bolivariano sobre Extradición suscrito en 1911 como de aquellos hechos punibles que ameritan la medida, "la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica...", y "la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica" con el objeto de realizar cualquiera de estas actividades, constituyen delito que da "lugar a extradición en todo tratado vigente entre las Partes", a las voces de los artículos 3 y 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Extradición. Fecha: 27/02/1997. Decisión: Conceptúa favorablemente. Proceso: 12116. Publicada: Sí..... *54*

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. El proceso penal colombiano no solo tiene una estructura formal que indica en qué orden se debe adelantar cada actuación, sino que además está regido por una estructura conceptual, que consiste en que el contenido de una decisión determina o delimita el tema del cual debe ocuparse un pronunciamiento posterior. Un ejemplo muy claro de esta situación lo vemos en la consonancia que la ley exige que exista entre la sentencia y la resolución de acusación. Ello significa que debe existir una identidad entre los cargos por los cuales se enjuicia y los que se definen en la sentencia, o dicho de otra manera, el fallo tiene por objeto resolver sobre los cargos

formulados, y dentro de la facultades que corresponden al juez, condenar o absolver.

En consecuencia, cuando se invoca la causal segunda de casación, la demostración consiste en confrontar la resolución de acusación con la sentencia, para verificar si se ha condenado por cargos no previstos en la acusación, o si se han dejado de resolver aquellos expresamente formulados, es decir, en este error in procedendo se puede incurrir por acción o por omisión.

La imputación de un cargo implica precisar e individualizar naturalísticamente el hecho que le sirve de sustrato básico, para determinar si de él son predicables los elementos que integran el hecho punible y las circunstancias específicas (y las genéricas que requieren valoración) de agravación o atenuación. La omisión en el pliego de cargos respecto de las circunstancias de atenuación concurrentes es subsanable en la sentencia, porque el juez puede reconocerlas en ese momento, pero no ocurre lo mismo respecto de las específicas de agravación, porque si se agregan en el fallo se rompe la congruencia debida y generalmente se afecta el derecho a la defensa.

También puede el sentenciador, sin afectar el principio de congruencia, condenar como cómplice a quien fue llamado a juicio como autor; o por tentativa aunque se hubiere imputado un delito consumado; o por punible culposo aunque se hubiere acusado por delito doloso; o por un solo delito aunque la acusación fuere por un concurso. Obviamente en cada caso debe obrar la motivación que explique las razones del cambio, pues de lo contrario se entendería como una variación injustificada Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 27/02/1997. Decisión: Casa parcialmente, decreta pena. Delitos: Hurto calificado y agravado, Homicidio. Proceso: 9739. Publicada: Sí..... 68

PECULADO/ PRESCRIPCION/ COMUNICABILIDAD DE CIRCUNSTANCIAS. Es claro que el delito de peculado puede ser cometido, como ocurre en el presente caso, tanto por servidores públicos como por particulares, estando todos ellos sometidos al régimen prescriptivo general que consagra el artículo 82 del Código Penal, ya que la preceptiva apunta a todas aquellas conductas imputadas a los empleados oficiales (servidores públicos), "en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos", es decir de responsabilidad, sin que en manera alguna se refiera

exclusivamente a conductas comunes como equivocadamente lo entiende el libelista.

Es más, las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunican al partícipe que las hubiere conocido. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación –Libertad–. Fecha: 04/03/1997. Decisión: Declara que la acción penal en este caso no ha prescrito y niega libertad. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 12089. Publicada: Sí..... 75

FORMULACION DE CARGOS/ SENTENCIA ANTICIPADA 1.- No acierta el censor cuando afirma que "la variación de la adecuación típica provisional en la etapa de la causa es función exclusiva del Fiscal". Por el contrario, si como lo prescribe el artículo 444 del C. de P. P., a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el fiscal adquiere la condición de sujeto procesal y pierde la dirección de la investigación, jurídicamente le está vedado modificar o adicionar la acusación que debió formular con absoluta precisión y claridad en la oportunidad debida.

2. Ciertamente, en materia de sentencia anticipada, el acta de aceptación de cargos se asimila a la resolución de acusación, según se desprende del contenido del artículo 37B.2 del C. de P. P., modificado por el artículo 5º de la ley 81 de 1993, no sólo como rito procesal sujeto a determinadas exigencias de forma y fondo, sino también como verdadera calificación, en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

Precisamente, esta equivalencia hace entender como *provisional* la específica adecuación típica de la conducta que prematuramente realiza el Fiscal en el acta de formulación de cargos, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal" (artículo 442-3 C. de P. P.), sin que la estructura especial de este instituto, que exige la sumisa y pacífica aceptación del procesado a la pretensión punitiva de la Fiscalía y por consiguiente implica la renuncia de aquél a refutar la acusación y a controvertir las pruebas que la sustenten, conduzca fatalmente a que el Juez en la sentencia deba limitarse a reproducir de manera irreflexiva los razonamientos jurídicos del acta de cargos, así éstos sean desatinados, soslayando " la obligación de corregir los actos irregulares" que, como norma rectora que " prevalece sobre cualquiera otra disposición" del Código de Procedimiento Penal, le impone el artículo 13 del mismo texto, resignando de paso su indiscutible condición de supremo garante de la legalidad.

3. Este carácter provisorio permite al juzgador, como muchas veces se ha dicho, al concretar definitivamente la adecuación típica del hecho punible, acomodar en la sentencia –si es del caso- la conducta a uno cualquiera de los tipos que integran el capítulo respectivo pero sin trascender los límites o parámetros impuestos por el núcleo central de la acusación. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 04/03/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 9637. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Salvamento de Voto: Dr. Dídimo Páez Velandia. Salvamento de Voto: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Salvamento de Voto: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda..... *80*

EXTRADICION/ NACIONALIDAD. La tradición constitucional del Estado colombiano ha privilegiado siempre el Ius Soli y por ello entrega la nacionalidad colombiana a los nacidos en suelo de Colombia, pero normalmente combinándolo con el Ius Sanguinis, ya que exige que el padre o la madre sean colombianos.

También ha combinado el Ius Soli y el Ius Domicilii en cuanto entrega la nacionalidad a los hijos de extranjeros en los que por lo menos uno de los padres esté domiciliado en Colombia al momento del nacimiento (C.P. 1991) o que el hijo se domicilie en Colombia (C.P 1886).

Finalmente se combina el Ius Sanguinis con el Ius Domicilii en cuanto permite el acceso a la nacionalidad colombiana por nacimiento a los nacidos en el extranjero que sean hijos de colombianos y se domicilien en Colombia.

Como puede fácilmente apreciarse, el señor (...) es una persona nacida en el extranjero, hija de padres colombianos pero sin domicilio en la República, por lo que no puede considerarse a la luz de la Constitución de 1991, ni a la de la de 1886, como nacional colombiano por nacimiento y por tanto está excluído del amparo constitucional del artículo 35 de la Carta. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Extradición. Fecha: 04/03/1997. Decisión: Conceptúa favorablemente por un delito y desfavorable por otro Proceso: 11359. Publicada: Sí..... *104*

COLISION DE COMPETENCIA/ MEDIDAS CAUTELARES. Los cuestionamientos inherentes al objeto del proceso principal -entre los cuales se encuentran las decisiones en torno a la libertad del procesado-,

deben ser resueltos por el funcionario de conocimiento, quien es el responsable del mismo y no por quien legalmente está limitado a adoptar de plano decisiones incidentales, como en este caso la Corte Suprema de Justicia (arts. 68-5,8 y 106 del C. de P. P.). Y aunque parezca elemental conviene precisarlo: el Juez de conocimiento, quien para estos efectos es aquél donde quedó el asunto en espera de la resolución del incidente por la Corte, no pierde la competencia en relación a este tipo de aspectos urgentes, por el sólo hecho de haber aceptado la colisión. Por ende, es a él a quien se refiere el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal cuando adscribe la facultad para decidir "lo referente a las medidas cautelares", en "el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión". Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión –Libertad–. Fecha: 04/03/1997. Decisión: Se abstiene de resolver petición de libertad. Proceso: 12877.Publicada: Sí 125

DEMANDA DE CASACION/ CARGOS EXCLUYENTES 1. Es la casación un recurso extraordinario por medio del cual se ataca la legalidad de las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales a que se refiere el art. 218 del C. de P.P., cuando los falladores han incurrido en alguno de los yerros in iudicando o in procedendo expresamente señalados en la ley. Por este motivo, no se trata de un medio de impugnación de libre sustentación, sino debidamente reglado por la ley de procedimiento, la cual determina los requisitos que ineludiblemente debe cumplir el demandante en la formulación de los cargos que de acuerdo con sus pretensiones presente ante la Corte, los cuales, lejos del azar, deben tender a demostrar en forma clara y precisa el vicio de ilegalidad que considere concurre en el fallo impugnado, para que la Corte de encontrarlo demostrado, así lo declare.

Así, la demanda de casación deberá contener, además de la identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada y la consiguiente síntesis de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal, "La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", debiéndose recurrir a capítulos separados cuando fueren varias las causales invocadas y subsidiariamente, cuando se propongan cargos excluyentes.

2.La subsidiariedad debe predicarse en relación con un mismo supuesto, que es lo que posibilita la exclusión en los términos de

cargos contradictorios, como lo ha venido entendiendo la Sala, esto es, que la no contradicción la ha impuesto la ley sólo al interior de un mismo cargo y no entre las censuras principales y las subsidiarias, como lo propone el Delegado bajo una óptica exclusivamente filosófica exigente de la logicidad de que carece la norma, pues es precisamente lo contrario lo que dispone el inciso último del numeral 4o. del art. 225 del C. de P.P., al referirse a la permisión de "formular cargos excluyentes", por separado y de manera subsidiaria.

3. "La contradicción debe hacerse manifiesta en la parte dispositiva de la sentencia, de manera que resulte ella inejecutable o tan incierta que no sea posible entender cuál ha sido la declaración allí efectuada o la condena impuesta, luego es claro y así es preciso volver a repetirlo en esta oportunidad, siguiendo pautas conceptuales de vieja data conocidas (G.J.T.LXXXIII, pág. 57), que para los efectos del Num. 3 del Art. 368 del Código de Procedimiento Civil, el núcleo conflictivo del fallo contradictorio radica en que contiene varias expresiones de voluntad decisoria que se destruyen entre sí por obra de elementales postulados de lógica formal, de manera que la ejecución de una parte implique la inejecución de otra, pero sin caer en el error, muy frecuente por cierto, de confundir lo contradictorio con lo que es apenas diferente en el plano puramente jurídico" (Sen. Cas. 23 de mayo 1996, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote.Sentencia Casación. Fecha: 06/03/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Peculado por uso. Proceso: 10929. Publicada: Sí... *128*

JURAMENTO – Situación jurídica/ CIERRE DE INVESTIGACION

Bastará entonces precisar, para descuento de una invalidación por vía oficiosa, que el reproche del acusado de habérsele interrogado bajo juramento –pese a ser cierto como resulta al folio 69v. y siguientes– no constituye irregularidad alguna, primero, porque cuando ello ocurre el Tribunal apenas había ordenado abrir investigación en contra de la Juez, y en esas condiciones (...) actuaba nada más como testigo; pero además, porque una vez dispuso el competente que se hiciese extensiva la instrucción al secretario –folio 130– a su vinculación se procedió dentro de las formalidades que ese acto exige, sin que el fallo radique su soporte en lo que el señor (...) hubiere dicho bajo juramento.

Que al acusado no se le definió su situación provisional antes del cierre de la instrucción es otra afirmación exacta pero del mismo modo irrelevante, porque además de tratarse de un hecho que ya la Fiscalía valoró y desestimó en instancias, es evidente que al

clausurarse la investigación dentro de la vigencia del Decreto 050 de 1987, aquella exigencia no era condicionante, y mal podría afectar de nulidad su omisión, cumplida la actuación como lo fue de acuerdo con la ley aplicable. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 11/03/1997. Decisión: Confirma sentencia condenatoria. Delitos: Abuso de Autoridad, Falsedad en documento. público, Prevaricato. Proceso: 11427. Publicada: Sí..... *149*

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL Aun cuando concurra en favor de (...) el aspecto objetivo de la pena no mayor de tres años de prisión (art. 68-1 C.P.), no se dan los atributos subjetivados reclamados por el numeral 2° de la misma norma para merecer el beneficio, sobre cuyo ámbito de aplicación, la Sala ha sostenido y reiterado lo siguiente:

"Finalmente, dentro de este marco de lucubraciones generales, no conviene admitir que como el sistema penitenciario puede presentar objeciones múltiples, la consecuencia obligada es la de regalar la condena condicional, pues a este paso también debería llegarse al extremo de no imponer las sanciones previstas por la ley, para evitar, de una vez, todos los males que se le cargan a esta clase de penas cumplidas de manera deficiente. Y éste no es un plausible modo de pensar, así se pueda participar de algunas de estas críticas, pues lo menos que podría decirse en respuesta de tan nocivo criterio sería el que la imperatividad de cumplir con todos los dictados de un determinado dispositivo legal se logra no evadiendo su aplicación sino precisamente imponiendo su vigencia. La manera como las regulaciones de nuestros ordenamientos penales llegarán a tener una entidad real del tenor de lo imaginado teóricamente por el legislador, será convenciendo a los procesados y a las autoridades que tienen que ver en la satisfacción de la pena, de que la rama jurisdiccional será rigurosa en la atención que se debe a la ley, prefiriendo no su total omisión sino su cumplimiento en el grado más ostensible. Esta es, indudablemente, una de las reglas automáticas del equilibrio social, que bien puede reiterarse anotando que hay lugar a la benignidad cuando el delito tiene una magnitud que el cuerpo social logra resistir sin comprometer su existencia, pero que empieza a desaparecer y a volverse extraña cuando se va formando la idea válida de que sólo la severa aplicación de la ley, en su integridad, logra desestimular al delincuente. "(Sentencia de casación, mayo 10/88. M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 11/03/1997. Decisión: Confirma la sentencia condenatoria Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 9751. Publicada: Sí..... *161*

APELACION/ CASACION Pensar que de todas maneras el perjuicio irrogado en el fallo de primer grado se proyecta en el de segunda instancia, como para justificar de esa manera la recurrencia a la casación sin haber acudido primero en apelación, sería ignorar, en primer lugar, el ámbito de competencia del decisor en este grado de revisión y, sobre todo, comportaría el desconocimiento de que el proceso es un enfoque gradual, secuencial y altamente integrado del desarrollo de las cuestiones allí debatidas; sería soslayar que el proceso es un desenvolvimiento ordenado, sujeto a una estructura normativa preexistente, cuya disciplina consiste precisamente en dotar a cada acto de sentido en función de la totalidad, que avanza del principio hacia su finalización, y que por ello no puede arbitrariamente regresarse a estadios ya superados por la acción o por la omisión de las partes, salvo la nulidad.

Queda por decir que la legislación procesal penal vernácula, por contrario modo a como hace restricciones en el decisorio de la apelación, introdujo dos casos de efecto extensivo en el recurso extraordinario de casación, que es lo ocurrido cuando el medio impugnativo se extiende a los delitos conexos, aunque la pena señalada para éstos sea inferior a los seis (6) años de prisión (efecto extensivo de la impugnación, art. 218, inciso 2°), o cuando prevé que la decisión del recurso se extenderá a los no recurrentes (efecto extensivo de la sentencia, art. 243). Desde luego que estas aplicaciones extensivas sólo funcionan cuando se ha propuesto en debida forma la casación. Nota: En el mismo sentido autos de agosto 09 de 1995 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia y septiembre 05 de 1996 M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Casación. Fecha: 11/03/1997. Decisión: Con aclaración introducida en la motivación, decreta la nulidad de lo actuado... Delitos: Hurto calificado y agravado. Porte de armas de defensa personal. Proceso: 9746. Publicada: Sí..... *173*

CONFESION Sobre el particular tópico de la confesión, no sobra recordar que el criterio jurisprudencial si bien en alguna oportunidad excepcional se reconoció que podía considerarse la diminuente respecto de una confesión calificada, la verdad es que la jurisprudencia uniforme ha sido la de reconocer como fundamento de la disminución

punitiva cuando sea determinante en el fallo la que se acomoda a la verdadera filosofía de la norma: la contribución eficaz para que la justicia sea oportunamente aplicada, aspecto que no puede cumplirse si el administrador de justicia debe continuar investigando para descartar el calificante de la confesión. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia Sentencia Casación. Fecha: 11/03/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio. Proceso: 9256. Publicada: Sí..... *182*

COLISION DE COMPETENCIA – Procedimiento. De conformidad con el artículo 97 del C. de P. P., la colisión de competencias consiste en esa pugna de criterios acerca del funcionario al cual corresponde el ejercicio de la jurisdicción en un determinado asunto.

Esta controversia puede ser positiva –"cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento"–, o negativa –cuando varios funcionarios "se niegan a conocer por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos"–.

Según el artículo 99 ejusdem, "puede ser provocada de oficio o a solicitud de parte". En el primer caso, el funcionario que la proponga "se dirigirá al otro exponiendo los motivos que tiene para conocer o no del caso concreto". Si sus planteamientos son aceptados por el funcionario requerido, éste remitirá el diligenciamiento al requirente o asumirá el conocimiento del proceso, según el caso, sin que exista colisión alguna, pues ésta sólo se presentará cuando el funcionario requerido no comparta los motivos expuestos por su homólogo, caso en el cual plasmará las razones de su renuencia y "dará cuenta al funcionario competente, para que dentro de los tres días siguientes decida de plano la colisión".

Para que sea promovida por alguna de las partes, es menester elevar solicitud debidamente motivada al funcionario de conocimiento o al que considere competente, y "si el funcionario judicial ante quien se formula la solicitud la hallare fundada, provocará la colisión de competencias" en la forma antes indicada, pudiéndose presentar las hipótesis ya referidas, de tal forma que sólo se trabará la colisión, en el evento en que existan criterios encontrados al respecto.

Pero si el funcionario ante quien se formula la solicitud para que se desprenda o asuma el conocimiento de un proceso, la encuentra infundada, proferirá un auto motivado denegando el pedimento, esto es, absteniéndose de provocar la pretendida colisión, sin que sea viable

cuestionar por vía de los recursos esta determinación, pues según la regulación que del mencionado incidente hace el legislador en los artículos 97 y ss. del C. de P. P., la competencia del superior para asignar el conocimiento de un determinado asunto es restrictiva, en la medida en que sólo la adquiere cuando exista colisión trabada en debida forma y no a través de los recursos ordinarios, ajenos a la celeridad que caracteriza a este tipo de trámite incidental.

Al margen de la facultad que tienen las partes para solicitar la remisión de un proceso al juez competente, la colisión en torno al funcionario de conocimiento sólo puede ser trabada por quienes detentan jurisdicción. Por ello la solicitud que se hace al funcionario para que se desprenda o solicite el conocimiento de un asunto no tiene por sí sola fuerza vinculante para originar incidente alguno. Nota: En el mismo sentido auto de mayo 22 de 1995 M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Segunda Instancia. Fecha: 11/03/1997. Decisión: Se abstiene de conceder el recurso de apelación. Delitos: Fuga de presos, Secuestro agravado. Proceso: 12363. Publicada: Sí..... *190*

COMPETENCIA FUNCIONAL De acuerdo con la legislación procesal penal vernácula, la competencia funcional se determina directa y automáticamente en función de cuál sea el órgano que conozca del proceso, aun sin competencia objetiva o territorial, en primera instancia. Tal determinación legislativa se aviene con la definición doctrinaria de la competencia funcional como la distribución de la jurisdicción penal en atención a las fases de desarrollo de la relación procesal penal o a las específicas actividades por cumplir dentro del proceso, de tal manera que dicho concepto, analíticamente visto, se refleja más en una situación de dependencia entre órganos jurisdiccionales, de correlación y de coordinación de funciones, o bien de reparto y supeditación de distintas actividades dentro de la actuación procesal.

Pero claro que la competencia funcional presupone la competencia por razón de la materia y por razón del territorio, de tal manera que si el funcionario de primera instancia se equivoca en este sentido, la solución no se halla en que el órgano de segundo grado, si en verdad es el superior funcional de aquél que erróneamente se arrogó el conocimiento y que dictó la providencia, se declare incompetente y deje intacta la decisión que se somete a su revisión;

todo lo contrario, debe el *ad quem* hacer uso de la habilitación funcional para corregir el yerro en la cuestión objetiva o territorial.

Es que tanto en el recurso de apelación como en el grado jurisdiccional de la consulta, medios de apertura de la segunda instancia en la legislación colombiana, acatada la regulación amplia o restringida, según el caso, de la competencia del superior (C. P. P., art. 217), de todas maneras se presenta la posibilidad de examinar irregularidades procesales (error in procedendo) y/o cuestiones valorativas sobre los hechos y la aplicación del derecho de fondo (error iudicando), sobre todo porque la primera facultad (anular por presencia de anomalías en el proceso) está implícita en ambos modos de activación de la segunda instancia, en virtud del imperativo mandato del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el funcionario judicial –sin distinción- que advierta alguna de las causales previstas en el artículo 304, deberá decretar de oficio la nulidad.

Así entonces, interpuesto el recurso de apelación u ordenada la consulta, el funcionario de segunda instancia no sólo cumple su misión cuando aprehende de fondo el asunto sometido a revisión, sino también cuando examina, si se quiere privilegiadamente, la regularidad del procedimiento desarrollado en primera instancia y decreta la nulidad por error en la selección típica y en la determinación de la competencia objetiva y/o territorial, si es del caso, con más veras cuando se trata de un factor que constituye presupuesto procesal. Esta manera de proceder, según lo ha sostenido la Sala en casos similares que examinó en el pasado, respeta no sólo la dinámica de actuación jerarquizada que la ley ha acordado en la administración de justicia para resolver el recurso de apelación o desatar la consulta, sino que también deja a salvo su reiterado criterio doctrinario de que las nulidades sólo pueden ser decretadas por el funcionario que tenga la competencia legal, pues, aunque el revisor tenga reparos de facultad por razón de la materia o del territorio, de todas maneras ostenta la competencia por ser el superior funcional del juez apelado o de aquél que adoptó la decisión cuya consulta se impone legalmente.

Nota: En el mismo sentido autos de noviembre 13 de 1996 M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll y abril 24 de 1996 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Msgistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 11/03/1997. Decisión: Asigna el conocimiento al Tribunal Nacional. Delitos: Tentativa de secuestro extorsivo. Proceso: 12808. Publicada: Sí..... *197*

VIOLACION AL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES La tradicional división de los tipos penales, ampliamente difundida y desarrollada por la doctrina general al punto de constituirse en fundamental noción de derecho penal, no requiere en sí de nuevos desarrollos jurisprudenciales en el punto específico; y no es misterio que conforme a esa doctrina dominante, el tipo penal descrito en el artículo 144 del Código Penal como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, es delito de mera conducta que consiste en intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación de dicho régimen legal.

En otras palabras, el delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente.

Ahora bien, conceptos como la antijuridicidad material o formal de la conducta y su adecuación a un tipo penal son básicos y están bien definidos jurisprudencialmente, al igual que en el ámbito doctrinal de la teoría general del derecho penal, y cualquier clarificación jurispericial que pudiere requerirse habría de surgir al efectuar consideraciones dentro de la casación regular, frente a hechos punibles cuya punibilidad sí la admita normalmente. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación Discrecional. Fecha: 11/03/1997. Decisión: No acepta el recurso de casación excepcional. Delitos: Violación al Régimen de incompatibilidades e inhabilidades. Proceso: 11601. Publicada: Sí..... *208*

DETENCION DOMICILIARIA/ COMPETENCIA/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA El artículo 53 de la ley 81 de 1993 establece competencia en el funcionario judicial para sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por detención domiciliaria, cuando el hecho punible tenga prevista como pena mínima en la respectiva disposición, cinco (5) años de prisión o menos. Pero por tratarse de una medida de aseguramiento que procede según las voces del artículo 388 del C. de P. P., "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso", no puede inferirse cosa distinta que tal facultad se atribuye bajo el supuesto del análisis de las pruebas sobre responsabilidad que obran en el proceso, competencia que la Corte solo tiene en los casos de instancia y en el recurso extraordinario de casación al momento de revisar

el fallo impugnado y no a través de un incidente, como el aquí propuesto, que implicaría un pronunciamiento sin autorización legal expresa, comprometiendo el debido proceso. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla Casación –Libertad-. Fecha: 11/03/1997. Decisión: Niega libertad y se abstiene de emitir pronunciamiento sobre detención domiciliaria.. Delitos: Homicidio. Proceso: 12532. Publicada: Sí..... *214*

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE/ ACCION CIVIL/ DEMANDA DE CASACION La Corte Constitucional en sentencia C-541 del 24 de septiembre de 1992, en la que declaró la exequibilidad de los artículos 154 y 155 del Código de Procedimiento Penal, manifestó que los llamados "terceros" son responsables por las consecuencias del hecho punible de otro, sin que haga ninguna distinción al respecto, es decir, sin que la limite a los padres con relación a los hechos cometidos por sus menores hijos, como lo pretende el censor. Se dice en tal proveído: "En este orden de ideas, y según la decantada jurisprudencia nacional, aceptada no sólo en el ámbito de la jurisdicción civil, sino en el de competencia de los jueces penales, los llamados "terceros" en esta institución son responsables, de conformidad con la ley sustancial, con carácter colateral o indirecto, por las consecuencias del hecho punible de otro, como el padre del menor o el guardador del incapaz, que por distintas razones omitieron la vigilancia que debían sobre aquellos, o el patrono que no se guarda de escoger y vincular a su actividad económica o doméstica servidores idóneos, probos y de buena conducta en las mismas. Como se destaca, es la propia culpa, sea colateral o indirecta, la que permite a la ley llamar a responder "al tercero", y por tal razón, se parte del supuesto de que éste tiene interés para intervenir en la resolución judicial de una situación jurídica que lo obliga como sujeto procesal".

Por otra parte, el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal al definir al tercero civilmente responsable dice que es "quien sin haber participado en la comisión del hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil". Y este estatuto, particularmente en los artículos 2.347 y 2.349, trata de la responsabilidad de los patronos y empleadores por los daños causados por sus dependientes, con ocasión del servicio prestado por éstos a aquellos. Tales patronos o empleadores pueden incurrir en la llamada "culpa in eligendo" o "in vigilando", referida la primera a la escogencia de sus subordinados; y la segunda, a los medios que utilicen para evitar que causen accidentes.

Siempre que se formulen sólo cargos civiles, la demanda deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas para la casación civil. Así, a quien discute que no es padre del menor que cometió el hecho punible que dañó a otro, o no es patrono de quien con ocasión del servicio prestado cometió un delito que causó perjuicios, no se le podría exigir el acogimiento a las normas que disciplinan la casación penal, sino que lo procedente es que la demanda la fundamente en los preceptos que regulan la casación civil.

Cuando el artículo 2.349 del Código Civil utiliza la expresión "con ocasión de servicio prestado" se refiere a que la relación de dependencia tiene por objeto una determinada prestación (por ejemplo conducir vehículos) y que con motivo de ella, se causa daño a otro. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda Sentencia Casación. Fecha: 12/03/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 9393. Publicada: Sí..... *217*

CALUMNIA/ INJURIA Para la Corte las primeras expresiones ("hombre de baja condición moral y de bajo perfil profesional"), en principio podrían calificarse de injuriosas. Pero, recuérdese que ya desde Carrara se viene diciendo que la verdadera esencia de la injuria está totalmente puesta en el ánimo del injuriante. Se requiere, pues, el animus injuriandi o sea –como lo dice conocido autor nacional- la conciencia del carácter injurioso de la acción.

La doctrina y la jurisprudencia –consecuentemente- también son claras en señalar que no se configura el delito de injuria cuando las expresiones que podrían constituirla son proferidas para defenderse de quien ha calumniado o injuriado. El mismo Carrara al respecto señala:

"Este animus no sirve solamente para excusar la imputación de embustero y mentiroso hecha a quien anduvo propalando malas voces en contra nuestra; sino que favorece también a aquel que haya atacado al ofensor en algo distinto a su veracidad; porque también en este caso se puede considerar (en términos debidos) que el ánimo estaba dirigido a desacreditar a nuestro acusador por medio del argumento implícito de que sus malas costumbres lo hacen indigno de crédito." ('Programa de Derecho Criminal, 1760). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Unica Instancia. Fecha: 13/03/1997. Decisión: Declara que no hay lugar a la apertura de la investigación. Delitos: Calumnia, Injuria. Proceso: 10139. Publicada: Sí..... *231*

TESTIMONIO/ ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR

1.- La verdad aproximativa a la que necesariamente conduce la investigación criminal que logra culminarse, permite afirmar como cierto, solo lo probado, pero ello no conlleva la necesaria conclusión de falso de aquello que no ha podido ser demostrado, es algo simplemente no probado y como tal inexistente en los términos del proceso, que eventualmente, si el término de instrucción lo permite y si se halla el medio probatorio eficiente, puede variar de situación o quedarse así para siempre, cobijado por la presunción legal de verdad de la cosa juzgada, si ha sido decidido en una providencia que haga tal tránsito.

Al efecto conviene explicar que "cuando el Juez le dice a un testigo que debe decir 'la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad', lo que busca es toda la verdad pertinente a la cuestión que el testigo pueda ofrecer. Un testigo que se vaya por las ramas es insatisfactorio como testigo, aunque sus afirmaciones sean verdades trilladas y, por ende, parte de 'toda la verdad'. Es obvio que lo que el Juez –o cualquier otra persona- quiere, cuando pide 'toda la verdad', es toda la información verdadera interesante y atinente a la cuestión que pueda obtener; y muchos testigos absolutamente sinceros callan una información importante simplemente porque desconocen su relación con el caso"*; otros testigos, exagerarán los hechos que conocen, incurrirán en imprecisiones e incluso intentarán impresionar al Funcionario Judicial demostrando un especial conocimiento de hechos que estimen importantes para el interés del Funcionario, a efectos simplemente de sentirse especialmente valiosos para la investigación.

Estos comportamientos de los testigos son natural y mayormente apreciables en las exposiciones provenientes de personas que deriven algún beneficio de su atestación, situación que el nuevo derecho premial impuesto en Colombia por recientes reformas ha puesto de presente; sin embargo, considera la Corte que esos testigos no pueden ser rechazados a priori, sus versiones deben ser traídas a la investigación y analizadas con el mismo o superior rigor que se utilizaría para una atestación "normal", y en todo caso solo tenida como verdadera en cuanto otras pruebas o el mismo testimonio, excepcionalmente se repite, demuestren una correspondencia objetiva entre la versión expuesta y el hecho conocido.

2.- Sobre el reiterado planteamiento del defensor de proponer una tipicidad diferente de la resuelta por la Sala, a partir de la coincidencia

entre el desempeño del cargo de Representante a la Cámara por parte de su procurada y la recepción de los cheques en los que se funda el incremento patrimonial, la Sala ha dado respuesta adecuada en la decisión del 25 de julio de 1996, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto que definió la situación jurídica, se dijo entonces:

"Y es que la duda del defensor parece originarse, no en la subsidiariedad del tipo descrito por el Código Penal ordinario, sino en la aparente limitación que hace de la expresión "no constituya otro delito" refiriéndola exclusivamente a ilícitos en los que el sujeto activo es un funcionario público, cuando ello, si bien es cierto sería lo más común, no es exclusivo, pues un servidor público se puede enriquecer en el ejercicio del cargo con el desempeño de actividades delictivas diferentes y no relacionadas necesariamente con la función, caso en el cual responderá por éstas, siempre que constituyan un punible autónomo, y no por el tipo subsidiario.

*- *Popper Karl R. Conjeturas y refutaciones, págs. 281-282; ediciones Paidos, Barcelona, 1994.* Magistrado ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejia Escobar. Unica Instancia. Fecha: 13/03/1997. Decisión: No repone. Delitos: Enriquecimiento ilicito de particular. Proceso: 10468. Publicada: Sí..... *244*

LEGALIDAD DE LA PENA/ REFORMATIO IN PEJUS La Sala ha reiterado que cuando el juez a-quo vulnera el principio de legalidad de las penas al imponer una de ellas por debajo del límite mínimo o por encima del máximo que establece la norma aplicable , la segunda instancia puede hacer la tasación punitiva en correspondencia exacta con el ordenamiento positivo, y si para corregir la pena ilegalmente calculada es menester aumentar la inicialmente impuesta, la enmienda puede hacerse sin que en este caso exista violación del principio consagrado en el articulo 31 de la Constitución Política .

Al respecto se dijo:

"La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente 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, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez al que jerárquicamente le compete

revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia " (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia . Sentencia de julio 29 de 1992).

De otra parte, aunque la prohibición de la *reformatio in pejus* y la legalidad de la pena son principios que conservan el mismo rango constitucional, el primero tiene como presupuesto vinculante en forma imperativa que la pena impuesta en primera instancia sea legal; si este supuesto no se da, el juez de alzada adquiere legitimación para corregir el error *contra lege* en la dosificación punitiva, lo cual no implica, ciertamente, una agravación de la pena sino una corrección de la misma para ajustarla al marco legal que la establece.

Acerca de la confrontación de estos dos principios, la Corte fijó su posición en otra oportunidad, así:

"el artículo 31 de la Carta no puede constituirse en contraposición del también principio constitucional de legalidad de la pena que a la par consagra el artículo 29, pues la primera disposición no se ha constituído en mecanismo que le de una competencia especial al juez de primer grado para apartarse de la preceptiva legal modificando a su arbitrio las sanciones básicas e ineludibles consagradas en la ley, ni ese desajuste por más que favorezca irregularmente al procesado puede convertirse en un derecho a condición de que actúe como recurrente , toda vez que la armonización de los textos superiores que no podían interpretarse en pugna, indica que la prohibición hace referencia a la pena legal y no a una tasación convencional o judicial que carece de cabida dentro del ordenamiento vigente propio de un Estado de derecho." (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia de octubre 6 de 1994).

Msgistrado Ponente: Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 13/03/1997. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y oficiosamente en cuanto a la pena accesoria. Delitos: Tentativa de homicidio, Tentativa de hurto calificado y agravado. Proceso: 9764. Publicada: Sí..... 255

PRINCIPIO DE PRECLUSION/ TERMINO Es evidente el olvido de la defensa del procesado, del principio de preclusión, rector del procedimiento, consistente en la facultad de los sujetos procesales y el juez de la causa para realizar determinados actos procesales dentro del transcurrir de un preciso lapso, y cuyo objetivo no es otro que conferir seguridad y precisión al procedimiento y dar firmeza a las decisiones judiciales que sin fuerza de cosa juzgada, tienen efectos que deben ser respetados en el proceso en que se profieren.

Habiendo desacatado la defensa la oportunidad procesal legal con que contó para materializar su derecho a sustentar el recurso extraordinario, su facultad procesal para tal menester se ha extinguido; la presentación extemporánea del escrito equivale a la no presentación, luego tenerlo como presentado en término, así sea implícitamente, constituye una irregularidad, como se dijo, no subsanable, que conlleva la invalidación de lo actuado por el Tribunal, e impone la declaratoria de deserción de la impugnación extraordinaria.Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 13/03/1997. Decisión: Declara nulidad y declara desierto el recurso. Delitos: Rebelión. Proceso: 12679. Publicada: Sí..... 265

COMPETENCIA/ NARCOTRAFICO/ JUEZ REGIONAL A partir de la expedición de la referida Ley 81, se atribuyó competencia a los jueces regionales para conocer de los delitos relacionados con el tráfico de heroína, es decir, que a partir del 3 de noviembre de 1.993 cuando ella entró a regir, a tales autoridades corresponde adelantar y fallar los procesos por este género delictivo y respecto de sustancias de dicha naturaleza. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote Sentencia Casación. Fecha: 13/03/1997. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosamente y decreta nulidad, compulsa copias. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9592. Publicada: Sí. Aclaración de voto: Dr. Nilson Pinilla Pinilla –..... 268

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO/ FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO El artículo 251 del Código de Procedimiento Civil explica que el "Documento público es el otorgado

por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública". Contrario sensu, "Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público".

La certificación que el notario consigna en el documento privado respecto a que determinadas personas comparecieron y reconocieron sus firmas si tiene el carácter de documento público, por esta razón cuando la falsedad recae sobre dicha certificación las normas aplicables son las que se refieren a esa clase de documentos según sea el caso concreto. (En el mismo sentido sentencia de septiembre 25 de 1992, actuando como ponente quien aquí cumple igual misión). Las escrituras públicas son documentos públicos, pues para su perfeccionamiento requieren de la autorización del notario, acto mediante el cual él da fé de que se llenaron los requisitos pertinentes y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados. (Decreto 960 de 1970. artículos 13, 14 y siguientes). Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 13/03/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Falsedad en documento privado, Fraude procesal. Proceso: 10310. Publicada: Sí..... *281*

ACCION DE REVISION/ FAVORABILIDAD El instituto de la favorabilidad no es materia de la acción de revisión, sino de los recursos ordinarios y el extraordinario de casación a través de la nulidad por transgresión al debido proceso. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Cordoba Poveda. Acción de Revisión. Fecha: 17/03/1997. Decisión: Inadmite la demanda. Delitos: Falsedad en documento privado, Fraude procesal. Proceso: 12251. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Conjuez Dr. Fabio Aristizabal Hoyos –..... *291*

COLISION DE COMPETENCIA/ ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ JUEZ DE EJECUCION DE PENAS Aunque en estricto sentido los conflictos que se susciten una vez culminado el proceso con sentencia condenatoria ejecutoriada no constituyen el incidente de colisión de competencia previsto en la ley para las actuaciones procesales, la Corte asume su conocimiento para precaver violaciones a los derechos fundamentales de los condenados, teniendo en cuenta además que los funcionarios trabados no dejan de ser Jueces por estar actuando dentro de ese preciso trámite y es la Sala de Casación Penal

de la Corte Suprema de Justicia la única autoridad del país que puede resolver con fuerza vinculante sobre los dos Funcionarios Judiciales trabados en el lio.

Colígese de lo anterior la necesaria exclusión del numeral 3° del artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como fuente formal de la competencia para la solución de éste conflicto.

El artículo 75 del Código de Procedimiento Penal señala que "Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en ejercicio de su facultad de ejecución de las sentencias proferidas por los Jueces Penales, conocen: "3.- De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra las mismas personas", norma de tal claridad que no hace necesaria la intervención de la hermenéutica como no sea para oscurecer su entendimiento como ha ocurrido con la interpretación adoptada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad aquí colisionado.

Ahora bien, si de lo que se trata es de dilucidar cuál es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad competente, entre los diversos Juzgados de tal especialidad creados en el país, debe entonces acudirse al acuerdo 54 del 24 de mayo de 1994, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, donde se encuentra que es competente el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del circuito donde se halle la cárcel en la que esté recluído el interno.

Nota: En igual sentido autos de octubre 1° de 1992 M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, noviembre 6 de 1992 M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas, julio 26 de 1993 y junio 4 de 1996 M.P. Dr. Didimo Páez Velandia. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejia Escobar Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18/03/1997. Decisión: Declara competencia al Juez 3° de Ejecución de Penas de Santa Fe de Bogotá. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 12807. Publicada: Si . Aclaración de voto Dr. Juan Manuel Torres Fresneda – 297

ACCION DE REVISION/ HECHO NUEVO/ PRUEBA NUEVA Para que el ejercicio de la acción de revisión pueda intentarse con fundamento en la causal tercera del artículo 232 del estatuto procesal penal, deben cumplirse los siguientes presupuestos: a) Surgimiento de hechos nuevos o de pruebas no conocidas al tiempo de los debates;

b) Que el acontecer fáctico acreditado esté ligado al hecho punible objeto de investigación; y, c) Que las pruebas aportadas o aportables sean aptas para demostrar la inocencia del procesado o su inimputabilidad.

Por hecho nuevo, la Corte ha entendido "aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido", y por prueba nueva, "el mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar substancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado" (Cfr. fallo de diciembre 1° de 1983, Mag. Pte. Dr. Alfonso Reyes Echandía, entre otros).

Para intentar la acción de revisión no basta que el demandante aporte pruebas no conocidas sobre un determinado hecho; es necesario, que los mecanismos probatorios aducidos sean pertinentes y ab initio eficaces, es decir, que guarden relación con el delito investigado y tengan en principio aptitud para derruir las conclusiones del fallo, bien porque conducen fundadamente a demostrar que el sentenciado es inocente en la diversa acepción de no autor, realizador inculpable del hecho o al amparo de causal de justificación, o porque con igual contundencia, esos mismos medios probatorios, permiten afirmar su inimputabilidad. Magistrado ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Acción de Revisión. Fecha: 18/03/1997. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza la demanda de revisión. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Proceso: 11352. Publicada: Sí..... *307*

COMPETENCIA A PREVENCION La *"competencia a prevención"*, regulada en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, es uno de los criterios fijados por el legislador para atribuir el conocimiento de un asunto a un determinado funcionario. Por lo mismo, ante la posible comisión del hecho punible "en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero" –incluída la hipótesis de "delitos conexos", según expresa previsión del inciso segundo de la mencionada norma–, el juez de conocimiento no puede desprenderse de la competencia y menos promover apresuradamente incidente con tal finalidad, sin antes haber agotado la posibilidad de aplicar esta figura, pues la teleología de las actuaciones judiciales es la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la C. N., conc. art. 1° Ley 270/96), y la preservación de las actuaciones cumplidas –no su invalidación–.

La aplicación de la "competencia a prevención" deviene acorde con los principios de economía procesal, celeridad (art. 29 de la C. N., conc. art. 4° Ley 270/96) y eficiencia de la Administración de Justicia (art. 7° ley 270/96) y pretende evitar que sus agentes se enfrasquen en controversias como la que ahora ocupa la atención de la Sala. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 18/03/1997. Decisión: Asigna competencia al Juzgado 1° Penal del Circuito de Turbo Antioquia. Delitos: Prevaricato por omisión, Ilícito aprovechamiento de recursos naturales. Proceso: 12488. Publicada: Sí..... *315*

PREVARICATO POR OMISION/TERMINO El incumplimiento de los términos procesales, por sí solo, no puede admitirse como un hecho constitutivo de prevaricato, pues la omisión o el retardo punibles no son la simple inactividad oficial sino la inejecución o mora del acto funcional, con conciencia del deber omitido o indebidamente diferido, sin razones atendibles para ello. La Corte, en situaciones como la que ahora se estudia ha dicho que "...la compleja actividad parlamentaria debe por necesidad guardar un equilibrio que haga operantes las distintas funciones constituyentes, legislativas, administrativas, electorales, de protocolo y de control público y político que le conciernen por igual a cada Cámara (Art 6o. de la Ley 5a. de 1992), frente a las cuales no se vislumbra una punible omisión de las judiciales a las cuales se refiere el denunciante" (Auto de noviembre 5/96. M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Unica Instancia. Fecha: 19/03/1997. Decisión: Se abstiene de iniciar instrucción. Delitos: Prevaricato por omisión. Proceso: 11867. Publicad: Sí..... *319*

FAVORABILIDAD/ NARCOTRAFICO Para poder dar aplicación al principio de favorabilidad de la ley entratándose de tránsito de legislación, debe realizarse una confrontación entre las disposiciones vigentes para el momento de la comisión del hecho y las dictadas con posterioridad a aquellas, para finalmente poder determinar cuales le resultan más favorables al sindicado o condenado y con base en ellas adoptar las decisiones que legalmente correspondan (artículo 230 de la Carta Política).

El Congreso de la República expidió la Ley 365 de 1997 (febrero 21), publicada en el diario oficial No. 42.987 de la misma fecha, cuyas preceptivas están dirigidas a combatir la delincuencia organizada, consagrando entre otros aspectos, un aumento de las penas previstas en la Ley 30 de 1986.

No todas las disposiciones del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986) fueron modificadas, subrogadas o derogadas, luego debe realizarse una interpretación sistemática de todas ellas con el fin de poder determinar en que aspectos la nueva ley resulta más favorable y por lo tanto de aplicación inmediata.

El inciso primero del artículo 17 de la Ley 365 de 1997 que invoca el libelista, modifica el contenido del inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, exclusivamente en cuanto a la pena privativa de la libertad en su mínimo y máximo, así como también lo referente a la multa, manteniendo en su totalidad los verbos rectores al establecer: "El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, 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, incurrirá en prisión de seis (6) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales".

Como puede apreciarse, la pena mínima se elevó de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y en su máximo sufrió considerable aumento al pasar de doce (12) a veinte (20) años de prisión. También en forma significativa hubo aumento en la pena de multa en su mínimo, al pasar de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales y en su máximo de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

El segundo inciso de la referida disposición, ya en forma específica mantiene la pena de un (1) año a tres (3) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, para las cantidades de estupefaciente a que se refiere el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, con la adición de que dichas sanciones también se impondrán en los eventos de droga derivada de la amapola sin exceder de veinte (20) gramos y droga sintética sin exceder de doscientos (200) gramos.

En el tercer inciso, mantiene la pena privativa de la libertad prevista en el numeral 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 de cuatro (4) a doce (12) años de prisión y la de multa en su mínimo (10 salarios mínimos legales mensuales, modificándo esta última en su máximo al rebajarla sustancialmente de cuatrocientos (400) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, "Si la cantidad de droga excede

los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética"

En los artículos 18, 19 y 20 de la referida Ley 365 de 1997, el Legislador introdujo modificaciones a los artículos 34, 40 y 43 de la Ley 30 de 1986, derogó expresamente el artículo 41 y subrogó el 44 (artículo 26). quedando en consecuencia vigentes las demás disposiciones contenidas en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, salvo en aquellos aspectos en que las preceptivas de la Ley puedan afectarlas.

En efecto, con relación al artículo 38 de la Ley 30 de 1986, las circunstancias de agravación punitiva allí previstas, deben ser analizadas en cada caso concreto, pues de presentarse en la conducta atribuída al imputado, para la dosificación de la pena el juzgador no puede sustraerse en su aplicación, pues, se repite, dicha preceptiva no fue derogada ni subrogada por el legislador. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación –Libertad-. Fecha: 19/03/1997. Decisión: Niega libertad provisional por pena cumplida. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12610. Publicada: Sí..... *325*

CAMBIO DE RADICACION Uno de los factores determinantes de la competencia en materia penal es el territorial y el cambio de radicación es una excepción legal al mismo. El principio de que el juzgamiento debe tener ocurrencia en el lugar donde se cometió el hecho, en consecuencia, no es absoluto. El mismo puede variarse cuando en el territorio donde se esté adelantando el proceso 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.

Tales circunstancias previstas taxativamente por el legislador deben ser externas al juzgador, no subjetivas, y poseer la virtud de generar un ambiente territorial inadecuado para el juzgamiento. Sólo cuando ello suceda, cuando se demuestre que en un sitio la justicia no se encuentra en capacidad de ser administrada con rectitud y eficacia, opera la excepción. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Cambio de Radicación. Fecha: 19/03/1997. Decisión: No accede a cambiar la radicación. Delitos: Homicidio. Proceso: 12840. Publicada: Sí..... *332*

PERITO/ DICTAMEN Solicitar que el psiquiatra suministre las razones por las cuales su dictamen no coincide en las conclusiones con las de otro anterior, trasciende el concepto de aclaración del dictamen. Este supone la existencia de un punto oscuro del peritazgo, de sus fundamentos o de su conclusión, que no permite comprenderlo en su verdadera dimensión y que por lo tanto debe desentrañarse. Por ende, cuando el defensor plantea que se solicite al psiquiatra una "aclaración" de esa naturaleza, lo que está intentando es involucrar al perito en un análisis valorativo que no le corresponde, en especial cuando las conclusiones de su dictamen, o las del que le es contrario, no son vinculantes de manera obligatoria para el juez, quien puede admitirlas o no, expresando en cada caso las razones de su decisión.

En conclusión, es aclarable lo confuso y carece de esta categoría el simple hecho de que un peritazgo, respecto de otro sobre el mismo asunto, sea distinto en sus fundamentos o en sus conclusiones. No es admisible, en consecuencia, pedirle al médico forense que "aclare" una circunstancia que está por fuera del dictamen mismo, esto es, la explicación que demanda la defensa, relativa al por qué de la diferenciación de su peritazgo con otro rendido en 1993 por el mismo Instituto de Medicina Legal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acción de Revisión. Fecha: 20/03/1997. Decisión: No acceder a la aclaración del dictamen pericial. Proceso: 9901. Publicada: Sí..... *338*

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE HECHO El estatuto procesal establece, en referencia con el motivo de casación contemplado en la causal 1a. del artículo 220, segundo inciso, conocida como violación indirecta de la ley sustancial, la necesidad de que el recurrente alegue la violación por error en la apreciación probatoria; y es natural, tratándose la demanda de casación de una alegación jurídica, que el alegar implica fijar los supuestos fácticos y jurídicos de apoyo argumental y demostrarlos; en ello es que consiste la fundamentación clara y precisa que el artículo 225 prevé como forma insoslayable del discurso.

El error aducido debe ser pues, especificado y desmenuzado, para lo cual se ubica la prueba o las pruebas que lo padecen y se demuestra su trascendencia en el sentido y/o alcance del fallo, de donde fluye que todas las pruebas que soportan el juicio de responsabilidad asumidas en la decisión judicial atacada, deben ser demolidas, pero no con subjetivos juicios apreciativos del demandante, sino con la

demostración de los errores que permitan a la Corte la enmienda requerida. De no presentarse la demanda en estas condiciones de forma, pues que la claridad y la precisión de la fundamentación del alegato, constituyen la base del estudio de la Corte, resulta imperativo su rechazo, con la consecuente declaratoria de deserción del recurso. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 20/03/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 11828. Publicada: Sí..... *343*

DEMANDA DE CASACION/ PRINCIPIO DE LIMITACION La sentencia de segunda instancia pone fin a la fase ordinaria del proceso, razón por la cual desde ese punto de vista se puede decir que el fallo tiene carácter definitivo y que está amparado por una doble presunción de acierto y legalidad.

No obstante lo anterior, la decisión solo cobra ejecutoria quince (15) días después de la última notificación, término dentro del cual es posible impugnarla mediante la interposición del recurso extraordinario de casación, propuesto por quien considera que se le debe reparar el agravio inferido por un error in iudicando o in procedendo.

Esto determina que la sustentación no puede ser un escrito de estilo libre en donde el actor se limité a repetir todas las inquietudes propuestas en las instancias, o donde simplemente se invite a la Corte a un nuevo análisis probatorio con la esperanza de lograr que el resultado sea favorable al acusado, sin demostrar, (o por lo menos intentarlo), en forma clara y precisa la existencia de algún error trascendente demandable en casación.

Consecuente con esto el recurso es taxativo y limitado. Lo primero porque solo es posible demandar por las causales expresamente previstas en la ley, y lo segundo porque al juez de casación no le es permitido aceptar causales distintas a las legales, ni puede considerar ninguna diferente a las alegadas por el recurrente. (No obstante podrá casar la sentencia de oficio si advierte algún motivo de nulidad o que ella atente en forma ostensible contra garantías fundamentales), Así las cosas, el libelista debe señalar la causal que aduce para pedir que se case el fallo, y además exponer en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas que estima infringidas, so pena de que su demanda no pueda ser

resuelta de fondo. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 20/03/1997. Decisión: Rechaza la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Homicidio. Proceso: 11953. Publicada: Sí..... *348*

NULIDAD/ UNIDAD PROCESAL/ RESOLUCION DE ACUSACION Es lamentable que la Sala del Tribunal Superior haya incurrido en un error tan elemental como es entender que la argumentación realizada solo conducía a una nulidad parcial con la consiguiente ruptura de la unidad procesal, conforme a lo previsto en el numeral 3° .del artículo 90 del Código de Procedimiento Penal, y no a la invalidación total del proceso.

Si la supuesta falla de la calificación del sumario se limitaba a lo relacionado con la falsedad en documentos sin comprometer para nada lo atinente a la concusión, sobre lo cual no había objeción, resulta inexplicable la nulidad total decretada, determinación que denota descuido y ligereza en el manejo de un asunto tan delicado como es el que trata éste proceso.

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que la calificación que se da en la resolución de acusación es genérica, y que el juez puede en la sentencia moverse dentro del mismo capítulo sin que ello constituya incongruencia con el pliego de cargos. Algunos doctrinantes afirman que desde que el punto haya sido objeto del debate público, puede variar el tipo aplicable aún desmejorando la situación del procesado, aspecto que la Sala no comparte y que por eso siempre ha puesto como limitante a esa facultad del juez. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Segunda Instancia. Fecha: 20/03/1997. Decisión: Revoca el por medio del cual el Tribunal decretó la nulidad del proceso. Delitos: Concusión, Falsedad material empleado oficial en documento público. Proceso: 12627. Publicada: Sí..... *354*

LIBERTAD PROVISIONAL/ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Al rechazar in-límine la demanda de casación formulada dentro de las presentes diligencias y declarar en consecuencia la deserción del recurso extraordinario, según providencia del dieciocho de marzo próximo pasado, es claro que esta Colegiatura perdió toda posibilidad de hacer cualquier otro pronunciamiento sobre el caso de debate, y con mayor razón alguno relacionada con la libertad provisional del procesado, como que el anotado pronunciamiento implica, sin posibilidad de recurso alguno en su contra, la ejecutoria del fallo condenatorio proferido.

Desde este punto de vista resulta claro que en adelante cualquier determinación relacionada con la libertad del procesado no podrá darse por vía de provisionalidad, siendo ahora de competencia exclusiva del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la decisión atañedera al otorgamiento del subrogado penal de la libertad condicional, o a una rebaja o cesación de pena, porque tal es la competencia privativa que a ese funcionario asigna el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 510 y 515 ibídem, sin que le sea ya posible a esta Sala de la Corte proseguir con el proferimiento de decisiones de índole meramente provisional, apenas justificadas dentro de la indefinición en que se hallaba la situación final del acusado. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación –Libertad-. Fecha: 03/04/1997. Decisión: Se abstiene de resolver solicitud de libertad condicional y ordena remisión. Proceso: 11983. Publicada: Sí..... *360*

CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS Es admisible entender que cuando el proponente de la contratación de servicios es el directo responsable de la entidad que los requiere, y a su vez integrante del Consejo de Gobierno y coresponsable de la aprobación, resulta válido admitir tanto su conocimiento directo de la necesidad administrativa y de la específica deficiencia de personal, como la razonada justificación que debió hacer para que el ente autorizara suplirla mediante la contratación de servicios personales transitorios.

Así se sostenga que en el Gobernador había un claro interés por favorecer con la contratación de servicios a miembros de su colectividad Política, ello no basta para que la conducta cobre una relevancia penal, si como queda probado, en los contratos examinados no se llegó a probar la inobservancia de exigencias esenciales, que por constituir requisito de tipicidad de la conducta, lleva a reconocer la inocuidad penal del comportamiento denunciado.

Lo cierto que independientemente del final o verdadero móvil, la simple división de la obra no tolera su interpretación como de fraccionamiento del contrato, pues tanto el Código Fiscal Departamental, como el Decreto 222 de 1983, que por expresa previsión del Decreto 1222 de 1986 regía para la contratación administrativa a nivel departamental, consideraban que había "fraccionamiento cuando se suscriben dos o más contratos, entre las mismas partes, con el mismo objeto, dentro de un término de seis (6) meses" (artículos 20 y 56, respectivamente).

Independientemente de que se hubiese dado o no una ilicitud en esta contratación, se deberá admitir, entonces, que el indagado no cometió el hecho denunciado, por cuanto no estaba revestido de la función para la época en que se celebró el contrato y se hizo la primera modificación, y cuando ya ostentaba la calidad de Gobernador cuando se hizo la segunda modificación, tampoco intervino en la decisión de la Junta Directiva que la autorizó, ni la suscribió, porque en esas gestiones actuó su delegado, siendo claro de los Decretos 1221 y 1222 de 1986, pero ante todo de los artículos 209 y 211 de la Constitución Política que "La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario...", sin perjuicio, claro está, de la revocación o reforma que pueda hacer aquel, reasumiendo su propia responsabilidad. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 03/04/1997. Decisión: Declara precluida la investigación. Delitos: Por establecer. Proceso: 8554. Publicada: Sí..... *363*

DEMANDA DE CASACION/ FALSO JUICIO DE EXISTENCIA/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ FALSO JUICIO DE CONVICCION Según reiterada doctrina de la Corte, a los errores de hecho corresponden las siguientes manifestaciones: a) cuando el juzgador ignora una prueba que obra materialmente en el proceso, o supone una que no existe; b) cuando distorsiona el contenido fáctico de la prueba haciéndole decir lo que objetivamente no dice; y, c) cuando al apreciar el mérito de la prueba desconoce de manera manifiesta las reglas de la sana crítica (Cfr. Sentencias de febrero 13/95, Mag. Pte. Dr. Mejía Escobar, y marzo 14/96, Mag. Pte. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Estas especies de error, a pesar de pertenecer a un mismo género, son esencialmente distintas, en cuanto que no es lo mismo que una prueba sea ignorada o imaginada, a que haya sido tergiversada, o apreciada con desconocimiento de los principios reconocidos por la lógica, la experiencia o la ciencia.

Por esta razón, el censor, al plantear el cargo, debe indicar con claridad en cuál de tales yerros incurrió el juzgador, no siendo permitido alegar a un mismo tiempo y respecto de la misma prueba, más de una modalidad, por cuanto el planteamiento resultaría necesariamente equívoco. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll Sentencia Casación. Fecha: 03/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio. Proceso: 9877. Publicada: Sí..... *393*

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO/ DOCUMENTO Copia El artículo 274 del Código de Procedimiento Penal dispone que los documentos deben aducirse al proceso en original o copia auténtica, no siendo posible tener como medios de prueba con aptitud probatoria elementos que no cumplan uno cualquiera de estos presupuestos.

Se entiende que la copia de un documento es auténtica cuando existe certeza de que coincide con el original, convicción que legalmente se adquiere en los siguientes casos: cuando es autorizada por el funcionario donde se encuentra el documento genuino o copia autenticada del mismo; cuando una tal condición es certificada por Notario; cuando es compulsada o cotejada en inspección Judicial; y, cuando la parte contra quien se aduce en el proceso penal no rechaza su contenido antes de la audiencia pública (arts.1°, Numeral 117 del Decreto 2282/89 y 274 y 277 del Código de Procedimiento Penal).

Se equivoca el Tribunal al considerar que la copia informal del documento en cuestión adquiere eficacia probatoria porque su contenido es ratificado por otros medios aportados al proceso, pues no es su veracidad sino la conformidad con el original, lo que determina su validez como elemento de prueba. La autenticidad de la copia es una exigencia de forma, necesaria para que el documento pueda ser considerado como medio de convicción, y, por ende, para que el juzgador pueda abordar el estudio de su contenido, en orden a determinar su mérito.

La conducta falsaria puede adoptar diversas modalidades, siendo una de ellas la llamada falsificación por contrafacción o imitación, caracterizada porque los signos falsificados siguen los del documento auténtico en procura de su absoluta conformidad, de su total identidad, pues se persigue que la especie espuria pueda incursionar en el tráfico jurídico como si fuera genuina.

Esto explica la razón por la cual no siempre resulta posible descubrir prima facie una falsificación, y por qué no necesariamente cuando una entidad bancaria devuelve un cheque por causal distinta a no corresponder la firma con la registrada, está certificando que la puesta en el título sea legítima. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 03/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Falsedad en documento privado. Proceso: 9516. Publicada: Sí *409*

RECUSACION Para preservar la imparcialidad que debe caracterizar las actuaciones judiciales, el legislador ha estatuido los *impedimentos*

y *recusaciones* como idóneo mecanismo incidental para que voluntariamente, o por requerimiento de parte, el funcionario cuyo ánimo pueda estar afectado por alguna de las taxativas causales señalas en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el art. 15 de la Ley 81 de 1993–, se desprenda del conocimiento del asunto.

Entre estos factores de excusa ha sido previsto en el ordinal 6° del mencionado artículo, "Que el funcionario judicial... hubiere participado dentro del proceso..." (resaltó la Sala).

En orden a delimitar el alcance de tal "participación del funcionario dentro del proceso", referida en la mencionada causal como factor eximente de competencia, en primer lugar debe excluirse la intervención del juzgador como fiscal en la etapa del sumario, pues esa circunstancia –que antes de la reforma introducida por la Ley 81 de 1993 se consideraba comprendida en el ordinal sexto–, fue erigida como causal autónoma en el ordinal 11 del mismo precepto.

En segundo término, debe dejarse sentado que no toda intervención del funcionario judicial dentro del proceso constituye la participación que como factor eximente de competencia alude la causal, pues para que la intervención en etapas anteriores tenga tal consecuencia, es menester 1) que revista compromiso intelectual o funcional que entrañe en mayor o menor grado prejuzgamiento sobre los aspectos objeto del debate; y 2) que haya sido cumplida en otra instancia funcional.

Es entonces la intervención vinculante cumplida en diferente ámbito funcional, la que se erige en factor de excusación. No reviste tal connotación la resolución de un incidente procesal como lo es el conflicto negativo de competencias, así para ello tengan que hacerse valoraciones sobre la tipicidad del hecho, pues su desarrollo es accesorio y no dice relación con el fondo del asunto objeto de controversia, de tal forma que el funcionario que lo desata no compromete su criterio para ulteriores actuaciones. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripol. Auto Recusación. Fecha: 07/04/1997. Decisión: Rechaza la recusación. Delitos: Homicidio, Secuestro extorsivo. Proceso: 12754. Publicada: Sí..... 422

CASACION DISCRECIONAL Conforme a los lineamientos normativamente señalados para la institución cuya aplicación se reclama, los cuales han sido ampliamente desarrollados por la vía

jurisprudencial, el recurso extraordinario de casación discrecional procede contra los fallos de segundo grado proferidos por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, o cuando, aun teniendo señalada una pena superior, hayan sido emitidos por un juzgado penal del circuito.

Igualmente se tiene establecido que la impugnación excepcional debe ser presentada dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, esto es dentro del término de su ejecutoria, por el Procurador, su delegado, o el defensor, únicos sujetos legitimados para ello, según regulación que al efecto traen los artículos 218 y 223 del C. de P.P., para lo cual es indispensable que el recurrente exponga claramente, dentro de la misma oportunidad legalmente prevista, los motivos que le animan a la interposición del recurso, los cuales no pueden ser otros distintos a la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre determinado tema jurídico relacionado con el caso, o en garantía de aquellos derechos fundamentales que resultaron infringidos con la sentencia recurrida. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación Discrecional. Fecha: 08/04/1997. Decisión: Decreta nulidad, inadmite el recurso de cas. excepcional interpuesta por el Procurador 58. Delitos: Lesiones personales culposas. Proceso: 11307. Publicada: Sí..... *428*

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ AUDIENCIA ESPECIAL La no celebración de la audiencia especial prevista en el artículo 37 del decreto 2700 de 1991, para terminación anticipada del proceso, por no haber arribado a avenencia respecto a los cargos, las circunstancias del hecho punible o la pena a imponer, mal puede generar nulidad por violación al debido proceso o desconocimiento del derecho a la defensa, pues dicha forma de terminación anticipada tiene su fundamento, razón de ser y viabilidad en la existencia de un acuerdo entre los sujetos procesales sobre los mencionados puntos, fallido el cual, desaparece toda expectativa al respecto. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 08/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio. Proceso: 10307. Publicada: Sí..... *434*

PODER SANCIONATORIO DEL JUEZ Bien hizo entonces el funcionario acusado en volver en la diligencia de audiencia pública sobre la manera como se sucedieron los hechos y las preguntas que formuló en tal sentido, eran apenas las que habían de esperarse de quien ciertamente buscaba claridad sobre los acontecimientos,

fundado para hacerlo en la ya obrante prueba testimonial que permitía pensar en la existencia de una tentativa de homicidio. Ese era su deber legal. Las incógnitas que aún perduraban en materia investigativa, que, además, no le eran imputables porque el Juez acusado no había tenido a su cargo la etápa instructiva, fueron las que, sanamente y con buen criterio, buscó esclarecer. Las preguntas fueron directas, con respaldo en la prueba testimonial, y no capciosas –como se asegura- dizque porque no permitían sino una respuesta comprometedora de la acusada. Ello es inexacto. Pero encontraron la oposición indebida de la defensora y bien hizo el acusado al sancionarla porque de su comportamiento no puede menos de predicarse que buscaba evitar que él cumpliera con su deber, y de lo que se seguiría un comprometimiento mayor en derecho para su representada. La doctora Contreras Bernal entorpeció, alteró, pues, el desarrollo de la audiencia y de ahí que se hiciera merecedora al correctivo que –habiéndosele dado oportunidad de controvertir la medida- se le impuso, conforme al inciso final del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 08/04/1997. Decisión: Confirma sentencia absolutoria. Delitos: Prevaricato, Detención arbitraria. Proceso: 9704. Publicada: Sí..... *441*

APELACION/ NULIDAD De acuerdo con lo previsto en el artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, el recurso de apelación procede "contra la sentencia y las providencias interlocutorias de primera instancia ", y en este caso la nulidad fue decretada por el Juez de segunda instancia, luego su decisión se agotó en esa sede y no es susceptible del recurso de apelación porque ello supondría una tercera instancia que la ley procesal no contempla.

En estas condiciones, es claro que el recurso no es procedente y que el Tribunal no debió haberlo concedido, razones por las cuales la Corte se abstendrá de pronunciarse y ordenará que se devuelva el expediente a la oficina de origen. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Segunda Instancia. Fecha: 08/04/1997. Decisión: Se abstiene de resolver el recurso de apelación. Delitos: Falsedad, Peculado. Proceso: 12898. Publicada: Sí..... *457*

DERECHO DE DEFENSA/ PRUEBA/ EXAMEN MEDICO De manera reiterada y pacífica ha venido sosteniendo la doctrina de esta Sala de la Corte en relación con el tema de la violación al derecho de defensa por el no decreto o práctica de pruebas, que no es cualquier omisión

en el decreto o práctica de esos medios la que genera nulidad de la actuación, sino aquella que efectivamente vulnera el principio de la investigación integral, según el cual se ha de averiguar tanto lo desfavorable como lo favorable al procesado, evacuando las citas que éste haga para su excusa, y haciendo efectivo el derecho de contradicción.

Es carga del libelista cotejar lo que aparece en el proceso y recoge la sentencia, con lo omitido, pero además la de entrar a demostrar la repercusión que los medios ausentes tendría para contrarrestar elementos incriminatorios, sin descuidar que tal enervamiento debe alcanzar la totalidad del recaudo probatorio considerado en el fallo, en cuanto bien pueden subsistir, pese a una disvirtuación parcial, elementos de convicción indemnes que den base a su eficacia, haciendo por consiguiente inoperante el ataque.

En cuanto al examen médico del imputado, se ha de insistir en que su práctica no procede por simple capricho del funcionario, ni por el solo hecho de que lo solicite alguna de las partes, sino ante la presencia de indicios serios que lo ameriten, sea por derivar de antecedentes del implicado ilustrativos de un comportamiento bizarro, ora de las especiales circunstancias modales de la ilicitud, en cuanto aquellos o éstas informen su incapacidad de comprender la ilicitud de la conducta, o de reaccionar o determinarse de acuerdo con esa compresión. Magistrado Ponente: Dr Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 08/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 8815. Publicada: Sí..... *461*

PECULADO Es pertinente recordar que en sentencia de julio 15 de 1982 esta Sala reiteró (M.P.Dr.Luis Enrique Romero Soto) que no sólo las personas a quienes la ley ha encomendado de modo expreso la custodia o administración de un bien del Estado, puede cometer peculado, sino "las que lo reciben en consideración a sus funciones" y "dispongan de él en modo que implique ejercicio, en alguna forma, de ellas", y que la disposición del bien no le hubiera sido posible a la persona si ésta no desarrollara, así fuere de manera temporal, esas funciones.

Posteriormente en sentencia de 6 de diciembre del mismo año (M.P.Dr.Luis Enrique Aldana Rozo), refrendó la Corte esa postura, precisando que las referidas funciones del empleado oficial pueden provenir también "de un reglamento, de una resolución, de una

orden o de cualquier regulación proferida con poder vinculante por la competente autoridad".

Esos criterios fueron ratificados en sentencia de abril 17 de 1995 (M.P.Dr.Juan Manuel Torres Fresneda), cuando, para sostener el delito de Peculado, dijo que "...no resulta posible pretender que esa tenencia, por breve que ella fuese, se daba en este caso de manera accidental, sino dentro de un desempeño funcional mediante el cual se ejercitaba de modo compartido ese deber legal –se insiste- de custodia". (Se subraya). Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 09/04/1997. Decisión: Desestima la demanda, casa de oficio parcial y decreta nulidad en cuanto al hurto. Proceso: 9297. Publicada: Sí..... 473

PECULADO-Auxilios Parlamentarios En tratándose de los auxilios educativos autorizados por el artículo 76 ordinal 20 de la Constitución de 1886, el tratamiento legislativo que viene de mencionarse no es en manera alguna extraño, si se tiene en cuenta que "los aportes o saldos de los fondos educativos creados por parlamentarios en el Instituto de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, ICETEX, estarán depositados en este Instituto hasta cuando su creador los hubiere adjudicado.." (art. 6o. ibídem), lo cual indica, que para estos casos, por considerarse una excepción, no se aplica la norma general contenida en el artículo 5o. del mismo cuerpo legal, que señala que dichos aportes debían gastarse o comprometerse antes del 31 de diciembre de 1990. Magistrado Ponente: Dr Fernando Arboleda Ripoll. Unica Instancia. Fecha: 10/04/1997. Decisión: Se abstiene de abrir investigación penal. Delitos: Por establecer. Proceso: 9357. Publicada: Sí..... 498

CASACION DISCRECIONAL Nuevamente ha de decir la Corte, que el recurso extraordinario de casación discrecional debe fundamentarse debidamente frente a los motivos por los cuales puede ser admitido, esto es para el desarrollo de la jurisprudencia, o en protección de aquellos derechos constitucionales fundamentales violados en el trámite ordinario y que en caso de no cumplirse esta carga por el impugnante, la decisión no puede ser otra que su inadmisión.

Razones de Política judicial han dado lugar a la incorporación de este nuevo instituto procesal en nuestra legislación, con el propósito de ampliar las posibilidades de intervención de la Corte, a aquellos asuntos en que por la pena imponible, o el órgano que profirió el fallo

de segunda instancia, no permitían el ejercicio del control de legalidad por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo de la mayor cobertura, la procedencia del recurso no opera ipso jure; su invocación debe nacer de la parte inconforme con la decisión, quien ha de exteriorizar oportunamente los motivos que le animan al disentimiento, en relación con las causas por las cuales la vía excepcional resulta de recibo, recogidas por el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido, es obligación del recurrente exponer con claridad los fundamentos y alcances de la impugnación para que la Corte pueda decidir la admisibilidad del recurso, pues si no obra fundamentación alguna, o se sustenta de manera recortada o confusa, los fines perseguidos con el recurso no pueden ser desentrañados sin que se corra el riesgo de distorsionar su verdadero propósito.

Nótese, por ejemplo, que la necesidad de un desarrollo jurisprudencial, prevista como causal de impugnación excepcional, abarca tan diversas posibilidades, como temas debatidos a lo largo del proceso, eso sin contar con los pasos de procedimiento que rigen su trámite, al punto que respecto de cada una de ellas pueden presentarse alternativas de solución manejables sólo en una progresión geométrica, de donde resulta impensable que la Corte se pronuncie respecto de todas ellas sin limitación alguna.

Igual sucede con la violación de una garantía fundamental, también erigida como causal de utilización de la vía excepcional, pues tales derechos pueden ser conculcados de tan variada forma y en tantos momentos como aquellos seguidos en el trámite, de ahí la necesidad de que el impugnante concrete el que considera transgredido, la manera como su desconocimiento tuvo realización en el proceso, su real protección como fundamental por la Carta Política y su repercusión definitiva en el proferimiento del fallo que cuestiona; no de otra manera puede ser advertida la naturaleza y alcance de la violación, a menos que se persiga una revisión integral de lo actuado, tan ajena a los fines del instituto como del principio de seguridad jurídica que gobierna las decisiones judiciales.

Pese a que este deber de fundamentar el recurso, así sea sumariamente pero con absoluta claridad, no se encuentra previsto normativamente, la doctrina ha impuesto esta carga como presupuesto de admisibilidad

pues de obviarse este requisito, se llegaría al absurdo de considerar que fue voluntad del legislador extender sin condición alguna un recurso excepcional a toda clase de sentencias, a manera de tercera instancia de plena justicia, cuando por su propia naturaleza es medio de impugnación rogado, en clara paradoja donde lo excepcional sería general, negando las posibilidades de interpretación sistemática para hacer operable la figura. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación Discrecional. Fecha: 10/04/1997. Decisión: Inadmite el recurso de casación discrecional. Delitos: Falsa denuncia. Proceso: 12442. Publicada: Sí..... 506

DEMANDA DE CASACION Si se quiere argumentar una presunta manifestación de duda del fallador como premisa, de cara también a la apariencia de una conclusión incongruente de condena, se precisa recurrir al discurso completo de la motivación y no a los apartes que, estimados de manera aislada, interesada y caprichosa, se les puede hacer decir lo que le plazca al intérprete.

El examen que desemboca en la certeza o en la duda resulta mucho más complejo y delicado, pues el proceso de decisión comienza con la acumulación de las unidades de información (investigación), continúa con la evaluación que implica la asignación de un valor a cada ítem informativo; el tercer paso consiste en atribuir un peso a cada información (C. P. P., art. 254, inciso 2°); y finalmente se integra la información evaluada y sopesada en un juicio singular de certeza o de mera probabilidad sobre el hecho y la responsabilidad del acusado (*idem*. art. 254, inciso 1°). Desde luego que este proceso cuenta con el antecedente lógico de la presunción de inocencia, pues si lo que se persigue es el esclarecimiento de una sospecha, y por esa vía la paz jurídica, es imperativo considerar en serio, en el curso de todo el proceso, la posibilidad de que el acusado sea realmente inocente.

Es en virtud de ello que se estima sabia la fórmula acuñada en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que "no se podrá dictar sentencia condenatoria *sin que obren pruebas que conduzcan a la certeza* del hecho punible y la responsabilidad del sindicado..." (se resalta), tanto porque democrática y justamente dicho precepto reivindica la certeza objetiva (fundada en medios de convicción), como porque nos señala nítidamente que no es la prueba en sí la que constituye la certeza (o la duda), sino que ella apenas se erige en un medio o vehículo para llegar a dicha meta, pues tal es el

sentido del verbo "conducir". Por ello, con sobrada razón, los expositores del método racional pregonan que "las pruebas no se cuentan sino que se sopesan". Magistrado Ponente: Dr Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 10/04/1997. Decisión: Casa de oficio y parcial, impone pena. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 10427. Publicada: Sí. 512

IRA E INTENSO DOLOR El "estado de Ira" e intenso dolor tiene unas especiales connotaciones, cuyo reconocimiento por parte del juzgador debe emerger del acervo probatorio en forma tal que sea evidente por las circunstancias en que se produjeron los hechos antecedentes y consecuentes, así como por las reacciones de quienes se trabaron en la agresión en tanto sean indicativas de que fue la emoción el motivo que llevó al procesado a actuar como lo hizo. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 10/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10348. Publicada: Sí. 526

CASACION DISCRECIONAL

1. Cuando el artículo 218 del Decreto 2700 de 1.991 autoriza a la Sala de Casación Penal de la Corte, para aceptar el recurso de casación de manera discrecional como mecanismo de impugnación de las sentencias que en segunda instancia profieran los juzgados penales del circuito o los tribunales superiores, siempre y cuando en este último evento el delito de que se trate no contemple sanción privativa de la libertad o ésta sea inferior a seis años de prisión, no se está liberando la casación de aquellos requisitos que le son comunes en su concepción ordinaria, sino que antes bien, como efecto de su naturaleza excepcional, la propia interposición del recurso se ha condicionado, además de aquéllos, al cumplimiento de algunas otras exigencias por medio de las cuales se debe acreditar o justificar su procedibilidad en estos casos.

2. Así, la conceptualización que la Sala ha hecho de este novedoso instituto, ha permitido fijar aquellos requerimientos que le son propios y lo caracterizan, los que además son constantemente reiterados y que en términos generales pueden escindirse así: a) debe el impugnante fundamentar, así sea en forma sumaria y breve, cuáles son los motivos que sustentan la viabilidad del recurso, enunciando en forma clara y precisa las razones en que se apoya la necesidad de buscar un

pronunciamiento de la Corte para el desarrollo jurisprudencial o la garantía de los derechos fundamentales, y b) la remisión de los originales del expediente, a través de los cuales estudia la Sala si concurren los motivos aducidos como sustento para aceptar la casación excepcional en tales casos.

3. No se exige, entonces, que el impugnante presente al momento de interponer el recurso extraordinario en estos supuestos, que al propio tiempo incluya el libelo correspondiente. La finalidad del escrito sustentatorio a que se ha hecho referencia, tiende a respaldar lógica y jurídicamente la real presencia de alguna de las dos referidas causas que hacen conducente la casación excepcional, huelga repetir: el desarrollo de la jurisprudencia en una específica y concreta temática que debe puntualizarse, o la necesidad de que la Corte se pronuncie con miras a salvaguardar las garantías fundamentales de los sujetos procesales que se reputan quebrantadas.

4. Entonces, no puede confundirse este requisito que debe cumplir el recurrente, consistente en respaldar el objeto de su inconformidad y explicar fundamentadamente el origen de su discrepancia con la sentencia dentro de los referidos límites, cuya finalidad es orientar a la Corte en la valoración de los motivos a ser tenidos en cuenta en procura de la decisión de conceder o inadmitir el recurso, con la demanda que con posterioridad y de ser positiva su respuesta, debe igualmente aducir para formular los cargos específicos contra la sentencia, la cual en ésta hipótesis sería igualmente objeto de análisis a efecto de determinar si satisface o nó las exigencias formales señaladas en el art. 225 del C. de P.P. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación Discrecional. Fecha: 15/04/1997. Decisión: Declara inadmisible el recurso de casación excepcional. Delitos: Abuso de confianza. Proceso: 12935. Publicada: Sí..... 534

JUSTICIA REGIONAL/ PORTE ILEGAL DE ARMAS Al tenor de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 9° de la ley 81 de 1993, son de conocimiento de la Justicia Regional los delitos a que se refiere el Decreto 2266 del 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal.

Lo anterior quiere decir que en tratándose de municiones o explosivos, la competencia de los Juzgados Regionales se extiende a todas las previsiones fácticas del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, en tanto

que cuando son armas de fuego de defensa personal, se excluye de su marco de competencia el simple porte. (auto de colisión de competencia del 3 de agosto de 1995, Magistrado Ponente , Doctor Fernando Arboleda Ripoll). Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 15/04/1997. Decisión: Declara competencia al Juez Regional de Medellín. Delitos: Porte de municiones. Proceso: 13007. Publicada: Sí..... *540*

RECURSO DE HECHO/ APELACION Mediante el recurso de hecho se pretende, como una manifestación mas de la garantía procesal de la doble instancia, que el superior jerárquico del funcionario que rechaza el recurso de apelación o casación, según el caso, pueda conocer de los motivos por los cuales el inferior adoptó dicha determinación y de encontrar en ella errores de apreciación que hagan viable surtir la impugnación presentada, o en caso contrario y por entender ajustada a derecho la negativa para su concesión, así lo declare.

Cabe observar entonces, que cuando mediante el recurso de hecho se pretende que sea concedida la apelación denegada en la primera instancia, esta impugnación puede estar encaminada indistintamente contra autos interlocutorios o sentencias, según el caso.

En su lugar, si lo perseguido es que se conceda el recurso extraordinario de casación, de conformidad con el art. 218 del C. de P.P., este medio de impugnación solamente procede contra las sentencias de segunda instancia de los Tribunales a que se refiere dicho precepto, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Recurso de Hecho. Fecha: 15/04/1997. Decisión: Deniega por improcedente. Delitos: Estafa, Falsedad en documento público. Proceso: 12886. Publicada: Sí..... *544*

DEMANDA DE CASACION. La fase ordinaria del proceso termina con la sentencia de segunda instancia, de manera que solo hasta ahí son de recibo las alegaciones de corte libre, en donde los sujetos procesales pueden limitarse a cuestionar el criterio del fallador con la esperanza de que el superior acoja el suyo como mejor, y sin que formalmente estén obligados a precisar y demostrar un error.

Es normal que la parte afectada con un fallo de segundo grado quiera atacarlo, pero debe entender que el proceso en sus dos instancias

ordinarias ya terminó; y que el único medio de impugnación que le resta dentro del esquema procesal vigente es el Extraordinario de casación, en donde por su propia naturaleza, y por la función que le corresponde dentro de la organización del estado de derecho, sólo son de recibo reproches que se orienten a demostrar la existencia de algún error in iudicando o in procedendo, de tal manera trascendente, que vicie de ilegalidad la sentencia. De no encontrar un error con las características mencionadas, la actitud responsable y jurídica que deben asumir los sujetos procesales es no interponer el recurso, pues entre los perjuicios que con esa actitud se causan está el generar falsas expectativas en el procesado, con una inversión económica que desde el principio se sabe que es inútil. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 15/04/1997. Decisión: Rechaza la demanda de casación. Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 12069. Publicada: Sí..... *547*

ACCION DE REVISION. El artículo 240 del C. de P.P., es sobradamente claro al disponer que –si sale adelante el libelo– la Sala declarará sin valor la sentencia motivo de la acción y dictará la providencia que corresponda "cuando se trate de la prescripción de la acción penal, de ilegitimidad o caducidad de la querella, o cualquier otra causal de extinción de la acción penal, y en el evento previsto en el numeral 6o. del artículo 232", o sea, "Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

En los demás casos (que sería lo, en el evento sub-examen, pertinente), reza el numeral 2o. de la norma en referencia, "la actuación será devuelta al despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, a fin de que se tramite nuevamente a partir del momento procesal que se indique". Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Acción de Revisión. Fecha: 17/04/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda de revisión. Delitos: Homicidio. Proceso: 12562. Publicada: Sí..... *552*

DEMANDA DE CASACION/ INDICIO. Si el hecho indicador ingresa al torrente probatorio inexorablemente a través de otro medio de convicción (el artículo 302 del C. de P. P. dice que el hecho indicante debe estar probado), sin duda la prueba indiciaria puede atacarse por fallas en esa primera fase de su conformación, pues ante la evidencia de que el fontanar del dato indicante es prueba materialmente cuestionable, por falso juicio de legalidad, o falso juicio de existencia

o de identidad, "ya no interesa advertir la índole y características del desarrollo de la inferencia lógica (sana crítica o persuasión racional), porque con bases tan viciadas la consecuente reflexión no podrá representar nada bueno y, por tanto, ésta tendrá que correr igual suerte de desprestigio e improcedencia, resultando efectivas las censuras montadas sobre esas realidades, sin necesidad de incursionar en el campo de las deducciones, inferencias o resultados" (Cfr. sentencia de casación de febrero 13 de 1995, M. P. Carlos E. Mejía Escobar).

La valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria. Un reparo de esa índole perfectamente podría caber dentro de los caracteres del falso juicio de identidad por omisión relevante en el examen lógico-crítico de la prueba indiciaria.

En materia de casación fundada en la violación indirecta de la ley sustancial, en virtud de errónea apreciación de la prueba indiciaria, también rige el principio lógico de la razón suficiente, según el cual la verdad posible del demandante sólo se perfila si enuncia correctamente la realidad objetiva de sus juicios; es decir, si identifica cuál es el tramo lógico del indicio al cual dirige sus críticas y la clase de error que le imputa, porque, se repite, resulta asaz diferente la censura en tratándose de vicios objetivos en la estimación de la prueba directa soportadora del hecho indicador, o de vacíos protuberantes en materia de experiencia, lógica o ciencia al momento de abordar la "inferencia lógica", o de falencias en el examen del mérito individual y después conjunto de los indicios.

Sólo en virtud de este mínimo de claridad argumentativa podría la Corte explorar si existe conformidad entre el pensamiento demandante y el objeto de sus críticas, leal y cabalmente descrito (verdad), con el fin de mantener o derrumbar una sentencia de

instancia que de todas maneras está signada por la presunción de legalidad y acierto. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 17/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Falsedad material empl. of. en doc. publico. Proceso: 9573. Publicada: Sí..... 557

DEMANDA DE CASACION El objetivo que se debe perseguir con la sustentación del recurso de casación es demostrar que la sentencia de segunda instancia está viciada de ilegalidad por un error in iudicando o in procedendo, el cual se enmarca dentro de alguna de las causales taxativamente previstas en la ley (art. 220. C. de P. P.).

Esto significa que por ser un medio de impugnación extraordinario, viable solo cuando se han agotado las instancias, entre los requisitos formales está el deber del demandante de precisar la causal que aduce, el cargo o cargos que formula contra la sentencia, su respectiva fundamentación, y las normas que estima violadas, (art. 225 numeral 3o. C. de P. P.), sin que sean de recibo alegaciones generales, o argomentaciones con las cuales se cuestiona el criterio del fallador sin orientarse a demostrar un error trascendente. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 17/04/1997. Decisión: Rechaza las demandas de casación. Delitos: Homicidio. Proceso: 12103. Publicada: Sí..... 573

DELITO CULPOSO/ PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION La circunstancia de que hubieran sido dos los vehículos involucrados en el suceso investigado, en manera alguna puede significar que ambos conductores sean culpables, como lo entiende el recurrente, pues como se sabe el análisis de la responsabilidad debe efectuarse individual y autónomanente frente a cada uno de ellos, pudiendo entonces correr distinta suerte.

En cuanto al segundo cargo, baste decir que habida consideración a que el mismo, exclusivamente, tiene que ver con la condena en perjuicios decretada en la sentencia condenatoria, el recurso está sujeto a los requerimientos que en su fundamento y cuantía están previstos para la casación civil.

De acuerdo con ello y con lo previsto en los artículos 366 del C.P.C (modificado por el Decreto 2282/89 aparte # 182) y 2°, 3°. Y 4°. Del Decreto 522 de 1988, el interés para recurrir, por factor cuantía, era para 1994 de $27'440.000 M/L., suma superior en mucho al de la

condena impuesta, como que ella no supera los 12 millones de pesos (850 gramos oro) y éste es el monto de la resolución desfavorable al recurrente.

La Sala en éste punto, ha venido señalando que dicha sujeción suele producirse en dos hipótesis a saber:

a) Cuando el objeto de la demanda es impugnar exclusivamente, lo referente a la indemnización de perjuicios decretada en la sentencia de segunda instancia, caso en el cual no se considera, para nada, el requisito de la pena correspondiente al punible, siempre que el fallo emane de Tribunal Superior, Nacional o Penal Militar, y

b) Cuando los cargos que se formulan son de índole penal uno o unos y sobre la indemnización el restante o restantes, evento en el cual respecto de cada uno de los puntos a cuestionar, se deben reunir los respectivos requisitos de los ordenamientos procesales penal y civil.

Ello a fin de mantener la diferente naturaleza de ambas acciones, sus fines, sus titulares y su vigencia, y de salvaguardar los principios de igualdad y lealtad entre las partes, e impedir la formulación de cargos penales infundados pretextando el recurso por esa vía, para obtener acceso a la impugnación de la condena en perjuicios quebrantando el límite de la cuantía del interés para recurrir en casación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 17/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 9307. Publicada: Sí..... *584*

CASACION DISCRECIONAL. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante pronunciamiento del 1° de marzo de 1996, reiteró los requisitos formales que debe cumplir el escrito con el que se pretende la admisión del recurso de casación discrecional. Tales son:

"1.- Que se trate de un fallo de segunda instancia, el cual si fue proferido por el tribunal debe ser por delito que tenga pena privativa de la libertad inferior a seis años; o no privativa de la libertad; y si lo fue por el circuito, basta esa circunstancia, sin que sea necesario ningún otro requisito, es decir, no importa ni el quantum punitivo ni la clase de pena.

"2.- Que se interponga por escrito dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (art. 223 del C. de P.P.).

"3.- Que exista legitimación para recurrir, esto es, que sólo puede ser interpuesto por el procesado, su defensor, el Procurador o su Delegado (art. 218 ibídem, subrogado por la ley 81 de 1993, art. 35). "4.- Que se sustente en debida forma, a saber, que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, bien sea para determinar el alcance interpretativo de alguna disposición o aclarar algún aspecto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado; o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art. 218 inciso 3° del C.P.P.)". (subraya fuera del texto). Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Casación Discrecional. Fecha: 17/04/1997. Decisión: Declara inadmisible el recurso de casación discrecional. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 12943. Publica: Sí..... 595

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO En cuanto a los motivos o causales que dan lugar al recurso extraordinario de casación promovido por la defensa, conviene recordar que el primero de ellos se estructura cuando la sentencia viola una norma de derecho sustancial, lo que puede ocurrir en forma inmediata o directa o, por el contrario, de manera indirecta, esto es, a través de algún error en la apreciación de determinada prueba.

De acuerdo con los desarrollos efectuados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, los errores en la apreciación de la prueba pueden asumir una de dos clases: la primera, referida al proceso de contemplación material de los elementos de convicción, frente al cual se asume una de tres posiciones: la de suponer la existencia del que no consta en el proceso; la de omitir la evaluación del que sí se ha recaudado; o la de distorsionar el contenido probatorio que él arroja. Estos son los denominados errores de hecho.

La segunda clase comprende dos hipótesis: una, cuando se le niega al medio probatorio el valor que la ley le asigna o cuando se le concede uno que la ley no le otorga. La otra, cuando las toma como base de sus enjuiciamientos, a pesar de que han sido practicadas o incorporadas al proceso, con vulneración de las normas que condicionan su validez. Estos aspectos dan lugar a los denominados errores de derecho, por falso juicio de convicción y por falso juicio de legalidad, respectivamente. Estos conocimientos que se encuentran en la base de la técnica que rige el recurso extraordinario, no son del dominio del actor. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Povéda. Sentencia Casación. Fecha: 17/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio. Proceso: 9740. Publicada: Sí..... 599

CASACION DISCRECIONAL. El recurso extraordinario de casación en la modalidad discrecional que fija el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal –inciso tercero–, procede contra los fallos de segunda instancia proferidos o bien por los Tribunales Superiores de Distrito, Militar o de Orden Público, cuando el delito por el cual se procede no alcanza normativamente una pena privativa de la libertad siquiera de seis (6) años, o bien por los Juzgados Penales del Circuito, aún se trate en este caso, de infracciones que superen ese tope de sanción.

A lo anterior se añade la necesidad de que el recurrente, hallándose legitimado para recurrir y obrando en tiempo, le habilite a la Sala el ejercicio de su discrecionalidad mediante la indicación suscinta pero clara, precisa y referida a cualquiera de los taxativos motivos que admite esta modalidad excepcional, de las razones que a su juicio harían necesario el pronunciamiento de la Corte, ora para lograr un pertinente desarrollo de la jurisprudencia, bien para garantizar la efectividad de un derecho fundamental que hubiese sido conculcado. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Casación Discrecional. Fecha: 22/04/1997. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Delitos: Acceso carnal violento, Incesto. Proceso: 12916. Publicada: Sí..... *608*

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS/ CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACION PUNITIVA Por constituir la concreción de las consecuencias jurídicas aflictivas que para el acusado se derivan de la demostración de su responsabilidad, el proceso de individualización judicial de la pena reviste trascendental importancia, y su ejercicio demanda una racional, metódica e integral valoración de los factores concurrentes tanto en el hecho punible como en el sujeto agente (art. 61 del C. P.).

En tratándose de un concurso de hechos punibles, las circunstancias de agravación o de atenuación concurrentes no son los únicos factores a tener en cuenta por el juzgador al momento de dosificar la pena para efectos de establecer el guarismo base del cual partir y efectuar el incremento previsto por el artículo 26 del Código Penal, pues si bien el artículo 67 establece que "Sólo podrá imponerse el máximo de la pena cuando concurran únicamente circunstancias de agravación punitiva y el mínimo cuando concurran exclusivamente de atenuación", tales hipótesis punitivas deben ser aplicadas, según la misma norma, "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 61".

El proceso de dosificación de la pena, por ende, no puede limitarse a un mero ejercicio de constatación de las circunstancias de atenuación –para imponer el mínimo punitivo previsto en el tipo–, o de agravación –para imponer el máximo–, pues tales extremos sólo podrían ser aplicados luego de la racional e ineludible ponderación de los restantes criterios para fijar la pena, expresamente establecidos por el legislador en el citado artículo 61 del Código Penal, como son la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente, la aproximación al momento consumativo en la tentativa, la eficacia de la contribución en la complicidad, y el número de hechos punibles en el concurso.

Y en verdad que reviste gravedad la destrucción de documentos que dan fe de actuaciones tan trascendentales, desplegadas no por cualquier organismo, ni en función de poca monta, sino por un Juez de la República en ejercicio de la jurisdicción de que se hallaba investido, como son la indagatoria –pieza procesal demostrativa de la vinculación del sindicado y máxima expresión de su defensa–; o una boleta de encarcelación, que como se sabe, constituye el medio a través del cual se legaliza la reclusión de quien se halla privado de la libertad.

Igual predicamento ha de hacerse de la trascendencia que ostenta la destrucción de un informe policivo, el cual, al expresar las razones y circunstancias temporo-espaciales y modales en que se produce la captura de una persona, se erige en pieza fundamental no sólo para una ulterior valoración probatoria acerca de la responsabilidad del imputado, sino también para evidenciar la legitimidad de la aprehensión.

Merece igualmente especial consideración la circunstancia genérica de agravación punitiva prevista en el artículo 66.11 del Código Penal, cual es la "*posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio*", pues la dignidad del cargo desempeñado por el sujeto agente –quien ostentó la función de administrar justicia–, le hacen merecedor de una mayor drasticidad en la sanción, impidiendo así que en el proceso de individualización judicial de la pena a imponer, se parta del mínimo establecido en el artículo 223 ejusdem, como erróneamente lo hizo el Tribunal de instancia.

La "*acumulación jurídica de penas*" a que se refiere el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el art. 60 de la Ley 81/93–, por contraposición a la aritmética, tiene por finalidad

efectuar por parte de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad –o quien haga sus veces- una redosificación punitiva menos gravosa, regida por los parámetros establecidos para el concurso de hechos punibles, en los casos de sentencias proferidas contra un mismo condenado en diferentes procesos.

Este instituto sólo opera si se cumplen las siguientes exigencias derivadas de la sistemática interpretación de la normatividad establecida al respecto:

1. Que se trate de penas de igual naturaleza, pues resulta imposible "acumular" factores heterogéneos –como la multa y la prisión-.

2. Que las penas a acumular hayan sido impuestas mediante sentencias en firme. Lo anterior por cuanto antes de la ejecutoria del fallo no existe seguridad jurídica sobre la declaratoria de responsabilidad del procesado, aspecto que, por virtud de los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, podría ser revocado, desapareciendo, por sustracción de materia, el objeto de acumulación.

3. Que su ejecución no se haya cumplido en su totalidad, o no hayan sido suspendidas parcial o totalmente por virtud del otorgamiento de los subrogados penales previstos en los artículos 68 y 72 del Código Penal. No habría objeto de acumulación cuando el procesado ha purgado la totalidad de la pena que le fue impuesta en cualquiera de los procesos. Y carecería de sentido frente a una pena cuya ejecución fue suspendida, pues tal proceder resultaría gravoso para los intereses del procesado al entrañar de hecho la revocatoria de un beneficio legalmente concedido.

4. Que los hechos por los que se emitió condena no hayan sido cometidos con posterioridad al proferimiento de cualquiera de las sentencias –de primera o única instancia–, cuya acumulación se pretende. Razones de Política criminal vinculadas con las finalidades de la pena inspiran esta prohibición, pues con ella se pretende impedir que personas condenadas puedan seguir delinquiendo al amparo de un benévolo tratamiento punitivo que excluiría la ejecución sucesiva de las condenas.

5. Que las penas no hayan sido impuestas "por delitos cometidos durante el tiempo que la persona estuviere privada de su libertad". Aquí el legislador, por idénticas razones a las señaladas en el párrafo inmediatamente anterior, excluyó como destinatarios de la institución analizada a quienes delincan estando en cualquiera de las hipótesis

de privación física de libertad, bien sea por haber sido capturado en flagrancia, o por orden de autoridad competente, o porque en su contra se haya proferido medida de aseguramiento de detención preventiva o domiciliaria, o esté purgando una pena.

Así como la ejecutoria de la resolución de acusación otorga competencia al Juez para rituar la causa, sólo la firmeza de la sentencia faculta al Juez para la ejecución de la pena. Es esa la razón, entre otras, por la cual el legislador radicó en los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la competencia para conocer "De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona" (art. 75-3° del Código de Procedimiento Penal).

No obstante, la anterior previsión normativa no tiene alcance absoluto. En criterio de esta Sala, ella debe relacionarse con la institución del fuero, de allí que haya dejado sentado que en estos eventos, "la competencia del fallador se mantiene inalterable, pues mal podría entenderse que la garantía del fuero termina con el proferimiento de la sentencia, como quiera que en la etapa posterior a ella, esto es, durante su ejecución, hay decisiones de trascendental importancia, respecto de las cuales obran las mismas razones que fundamentan el fuero para la investigación y/o el juzgamiento" (auto abril 24 de 1996. Mag. Pon. Dr. Calvete Rangel).

La redosificación de las penas para efectos de su acumulación jurídica, debe regirse por los parámetros que gobiernan la tasación punitiva para los casos de *concurso de hechos punibles*, según la expresa remisión que a esta figura hace el artículo 505 del Código de Procedimiento Penal, debiéndose partir entonces de "la pena más grave" y aumentarla "hasta en otro tanto", según el número de sentencias a acumular y la duración de cada una, –y no "restar" una pena a la otra.

La acumulación jurídica de penas, como quedó visto, si bien por sus efectos se contrapone a la "acumulación aritmética", exige para su procedencia, el cumplimiento de todos los requisitos antes señalados, los cuales no pueden ser desconocidos por el sólo hecho de que "las causas fueron separadas y falladas individualmente... por hechos cometidos en conexidad o concurso de hechos punibles", como lo sostiene el Tribunal de instancia en una fragmentaria y errática concepción de la figura. Magistrado

Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 24/04/1997. Decisión: Modifica en el sentido de condenar, revoca ord. 6°, libra orden de captura. Delitos: Concusión, Falsedad documental. Proceso: 10367"" Publicada: Sí..... *612*

VIGENCIA DE LA LEY/ DEMANDA DE CASACION. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, establece que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Con vista en esta norma, cuya sabiduría se mantiene un siglo después, resulta claro concluir que la concesión del recurso de Casación en este caso ha debido hacerse utilizando como fuente formal el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, con la reforma que le introdujo el artículo 35 de la Ley 81 de 1993, esto es ha debido exigirse como requisito de procedibilidad que el delito por el que se adelantó el proceso "tenga señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis (6) años".

En preterita ocasión, la Sala tuvo oportunidad de referirse a una situación simúlar a la que aquí se presenta, afirmándose entonces:

"El punto fundamental y que es preciso definir, es el relacionado con el momento en el cual surge el derecho para impugnar una sentencia.

"Ya la Sala, en una de las providencias que cita el recurrente, había expresado su inclinación por la tésis pregonada por el tratadista Jiménez de Asúa, quien brevemente la consigna en estos términos:

"La posibilidad de apelar o recurrir contra una sentencia, puesto que es consecuencia de la sentencia misma, debe regularse según la ley bajo cuyo imperio fue pronunciada. Por tanto, las disposiciones de la ley vigente en el tiempo en que fue dada la sentencia, son las que determinan si cabe contra ella oposición, apelación, reforma, recurso de casación, etc. De este principio se deriva la consecuencia de que una ley posterior no puede suprimir a la parte el ejercicio de pedir y lograr remedio o Casación de las sentencias, cuando este derecho estaba reconocido por la ley vigente en el tiempo en que el fallo

fue dictado". (Tratado de Derecho Penal, Ed. Losada S.A., 1964, Tomo II, pág: 671).

"Para la Sala, ésta es la tesis que debe ser acogida, porque de un lado afirma la aplicación inmediata de las normas de procedimiento, que es la tendencia mayoritaria de la doctrina, y de otro, protege los derechos ya adquiridos por los sujetos procesales, dándole una aplicación ultraactiva a la norma que los consagraba"*.

En conclusión, el artículo 218 del Decreto 2700 de 1991 nunca tuvo vida jurídica dentro de este proceso, pues el supuesto de hecho que el mismo exigía no existió durante su vigencia. De una norma de procedimiento que establece los requisitos de procedencia de un recurso, el supuesto de hecho es la existencia del acto procesal sobre el que puede ejercerse la impugnación, de donde resulta que las partes no pueden reclamar derecho alguno que se derive de una norma cuyo juicio de pertinencia y validez resulta negativo dentro del proceso concreto en que la pretenden hacer valer.

Determinada con claridad la fuente formal de derecho sobre la que debe fundarse la decisión de la procedencia del recurso extraordinario de Casación, corresponde analizar si el delito por el que fue condenado tiene o no una pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de 6 años. **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 12 de julio de 1994, Magistrado Ponente: Guillermo Duque Ruiz. Recurso de Hecho. Radicación No. 9337.* Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Casación. Fecha: 29/04/1997. Decisión: Declara nulidad de todo lo actuado a partir del auto del Tribunal... Delitos: Tentativa de homicidio. Proceso: 10239. Publicada: Sí..... *627*

CASACION DISCRECIONAL – Titulares . El inciso tercero del citado artículo 218, es muy claro al señalar que el recurso de casación excepcional sólo tiene como titulares al Procurador General, su Delegado, o el defensor, de manera que el apoderado de la parte civil está excluido de esa posibilidad, motivo adicional, e igualmente definitivo, para que en éste caso la determinación a tomar sea la inadmisión de la impugnación. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación Discrecional. Fecha: 29/04/1997. Decisión: Inadmite el recurso de casación excepcional. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 12791. Publicada: Sí..... *636*

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA Las sentencias judiciales se dictan con fundamento en la verdad formal, esto es, la que aparece en el proceso. La aspiración es que esa verdad coincida con la verdad real, o dicho de otra manera, que lo recogido por la investigación revele exactamente lo que sucedió.

Sin embargo, por diversas razones puede suceder que el proceso no haya llegado al conocimiento de lo que verdaderamente ocurrió, por ejemplo, porque las pruebas no fueron conocidas por los juzgadores al tiempo de los debates, hipótesis que consagra la causal tercera de revisión, que fue la invocada por el demandante.

Pero como es lógico, no basta la simple aducción de pruebas nuevas, es necesario que ellas tengan la capacidad suficiente para determinar la remoción del principio de cosa juzgada que cobija al fallo atacado, de modo que sea procedente que se ordene la revisión de la actuación por un funcionario diferente al que intervino en la instancia. Magistrado Ponente: Dr. Rlicardo Calvete Rangel. Acción de Revisión. Fecha: 29/04/1997. Decisión: Niega revisión y compulsa copias. Delitos: Homicidio. Proceso: 10180. Publicada: Sí..... *638*

EXTRADICION DE NACIONALES Si está definido por el Ministerio de Relaciones Exteriores que en este caso debe procederse con apego a las reglas del Código de Procedimiento Penal, ha de saberse que, tanto el trámite judicial previsto en el artículo 556 de dicho estatuto como el concepto regulado en el artículo 558 *idem*, están diseñados sobre el presupuesto lógico de la posibilidad jurídica de llegar a conceder la extradición, no porque absurdamente se piense que de manera fatal el procedimiento siempre atraerá conceptos y decisiones positivas sobre la materia (también suele negarse en la práctica por múltiples razones), sino en virtud de que más irracional resultaría desplegar simbólicamente un trámite referido a un objeto que *ab initio* está prohibido por la Constitución y la Ley (extradición de nacionales colombianos por nacimiento). Es decir, a la hora de ahora, por obra de los artículos 35 de la Carta Fundamental y 546 del Código de Procedimiento Penal, la mera constatación de la nacionalidad colombiana por nacimiento en cabeza del ciudadano requerido, hecho que ocurre de entrada con la formalización de la solicitud de extradición, se constituye en un apriori que impide el aprontamiento de otras diligencias. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Extradición. Fecha: 29/04/1997. Decisión: Se abstiene de dar trámite a la documentación recibida. Proceso: 13096. Publicada: Sí *646*

IMPEDIMENTO/CUERPO COLEGIADO Como el impedimento se resuelve mediante un auto interlocutorio, éste solo puede ser proferido por la Sala, en ningún caso por uno de sus magistrados. Además, el citado artículo 106 es muy claro al señalar que "del impedimento manifestado por un magistrado conocen los demás que conforman la Sala respectiva", es decir, que cuando ella es dual, como ocurre en éste caso, se debe convocar un conjuez para dirimir el impedimento, y no proceder de manera individual como se hizo.

En el mismo sentido está la regla del artículo 54 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, especialmente del último inciso, ya que se establece que si por impedimento, recusación, u otra causa legal de separación del cargo se disminuye el mínimo necesario para decidir, se debe acudir a la designación de conjueces. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Impedimento. Fecha: 29/04/1997. Decisión: Se abstiene de resolver sobre el impedimento manifestado por un Conjuez. Delitos: Concusión. Proceso: 12928. Publicada: Sí..... *651*

DEMANDA DE CASACION/ ERROR IN PROCEDENDO/ ERROR IN JUDICANDO/ RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS Los presupuestos procesales son los requisitos necesarios para que el proceso se inicie y se desarrolle válidamente; así por ejemplo, no se podrá comenzar el juzgamiento sin que previamente exista una resolución acusatoria ejecutoriada, y de igual manera, en casos como el subjudice, la sentencia (condenatoria o absolutoria) necesariamente debe estar precedida de la audiencia pública. Actuar en contravía de este principio lógico denominado antecedente-consecuente, ciertamente lastima el debido proceso, porque afecta la regularidad del procedimiento (error *in procedendo*) y ello impide que el proceso finalice con fallo de mérito. Mas no fue ésta la reclamación que hizo el impugnante.

Los presupuestos sustanciales o materiales, en cambio, son las condiciones que señalan el sentido y el alcance de la decisión, porque atañen a cuestiones de fondo o mérito. Así por ejemplo, el recaudo mental de la certeza sobre el hecho punible y la responsabilidad del procesado, fruto del examen conjunto de la prueba válidamente practicada, daría lugar a una sentencia condenatoria; mientras que la duda sobre la configuración de uno u otro extremo de la relación jurídico-procesal llevaría a la sentencia absolutoria. De esta clase son los requisitos plasmados en el artículo 247 del Código de

Procedimiento Penal, razón por la cual las falencias en su determinación, por depender finalmente de la estimación del juez, se tienen como errores de juicio o *in iudicando*.

La legislación procesal penal colombiana regula el reconocimiento en fila de personas como una actividad de investigación de autores y partícipes del delito, que en todo caso no es más que una manifestación de la prueba testimonial (art. 367), pero que por sus particularidades tiene una reglamentación específica de imperativo acatamiento (art. 368). Así entonces, si estamos frente a una expresión testimonial, orientada a que el funcionario judicial verifique que en realidad el testigo identifica al individuo que incrimina, lo importante es que aquéllos realmente intervengan en la diligencia, con el cuidado fundamental de que a la misma también asista el defensor del sindicado, quien podrá dejar constancia de lo ocurrido en el acto, precisamente porque en esta clase de procedimientos el procesado funge más de objeto de la prueba que de protagonista de ella.

Bien puede argüirse *ab initio* que los vicios en la formación de la prueba son errores de actividad o *in procedendo*, pero resulta que la anomalía no culmina allí sino que trasciende cuando el fallador estima el medio probatorio anómalo o lo pone como fundamento de la sentencia, a pesar de su ilegalidad, momento en el cual se produce un error de juicio o *in iudicando*, precisamente porque se admite y se le otorga valor persuasivo a un medio de prueba que debió desestimarse por ilegal. Por cuanto las equivocaciones resaltadas obedecen a dos estadios secuenciales de distinto grado dentro del iter lógico del proceso penal (formación y valoración de la prueba), necesariamente el reproche debe hacerse porque el sentenciador apreció un medio de convicción que legalmente era inestimable, razón por la cual el censor debió ampararse en la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia de un error de derecho traducido en un falso juicio de legalidad, y no atacar el fallo, como se hace en la demanda, a la luz de una causal de nulidad.

Aunque la Corte ha aceptado que finalmente los errores protuberantes en el grado de convicción que tributan las pruebas se pueden situar por el falso juicio de identidad, porque trátase en verdad de disimuladas formas de tergiversación de hechos, también se ha insistido en que debe demostrarse una seria y grave anomalía en el proceso de valoración probatoria, de tal manera que, en lugar de sana crítica, el juez haya incurrido en un abierto y absurdo desconocimiento de las mínimas reglas de la experiencia, la lógica, el sentido común y la ciencia.

No es un mero formalismo exigir precisión y claridad en los cargos, así como la demostración cabal de los mismos, porque está en juego el principio constitucional de la independencia judicial (art. 230), de acuerdo con el cual los jueces sólo están sometidos al imperio del derecho, y si bien sus decisiones son suceptibles del error, las mismas sólo pueden ser revocadas o modificadas por un superior funcional que se sujete a ciertos requisitos de procedencia, entre los que cuenta la debida motivación del pedimento, en virtud de la presunción de legalidad y de acierto que arroja esa manifestación de soberanía judicial, con más veras si lo que se encara es un recurso de naturaleza extraordinaria. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 29/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Hurto, Homicidio. Proceso: 9624. Publicada: Sí..... *654*

DEMANDA DE CASACION/ CAUSAL DE JUSTIFICACION Pero además de este yerro técnico, incurre el demandante en otro de carácter sustancial, realmente inusitado, frente a la exigencia de conocimientos básicos de derecho penal que se supone existen en quien pretende demandar en casación ante la Corte, al pretender que se reconozcan al mismo tiempo la causal de justificación de legítima defensa de que trata el num. 4 del art. 29 en cita, y el exceso en la legítima defensa regulado en el art. 30 del mismo estatuto, pues es claro que mientras la causal excluyente de antijuridicidad elimina la responsabilidad del autor de una conducta punible, el exceso en ella exige la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, atenuada punitivamente. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 29/04/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 9551. Publicada: Sí..... *666*

ACCION DE REVISION/ IMPOSIBILIDAD DE COMETER EL DELITO La Corte, interpretando el sentido y alcance de dicha causal de revisión, ha expuesto al respecto:

"Este motivo de revisión es aplicable cuando entre lo demostrado y lo resuelto existe una contradicción, pues no obstante que según el hecho y las circunstancias probadas el delito solo pudo ser cometido por una persona, o por dos, tres o cuatro, etc., la sentencia comprende a más, haciéndose ostensible su injusticia respecto de los que siendo inocentes fueron condenados.

A la hipótesis prevista en la causal puede llegarse por la naturaleza del hecho o por lo probado. Lo primero cuando de lo materialmente

ejecutado se infiere que únicamente pudo intervenir un número determinado de personas y sin embargo se condenó a más. Lo segundo cuando en el proceso está acreditado que participaron menos personas de las que fueron condenadas.

La sustentación no puede ser una alegación respecto a las diversas teorías sobre las formas de autoría y participación, ni un enfrentamiento con el criterio que tuvo el fallador para apreciar las pruebas, pues esta acción no es una prolongación del juicio ni una tercera instancia" (providencia de 2 de agosto de 1995. M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel).

Temas como la atipicidad del hecho o la errónea adecuación de la conducta, no pueden ser ventilados o debatidos a través de la acción de revisión, particularmente bajo la égida de la causal invocada, que se fundamenta en el error judicial de penar o imponer medida de seguridad a un número mayor de personas del que realmente podía haber concurrido a la ejecución del delito.

Sobre este mismo tópico dijo la Corte en providencia de 8 de febrero de 1990, con ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel:

"Es claro que esta causal solo opera en los eventos en que empíricamente están demostradas las condiciones que obligan a afirmar que el delito fue cometido por una sola persona, o por un número inferior a las sentenciadas, como lo dice la norma. Tal sería el caso en que probatoriamente se establece que en el sitio de los acontecimientos solo estaban el agresor y su víctima, y se condenan dos personas como autores materiales del homicidio de ésta. Pero esta causal no se refiere a los eventos en que por interpretación de las normas o de los hechos, el recurrente considera, disintiendo del razonamiento del juez que profirió la sentencia, que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría, pues este debate se tiene que dar en las distintas etapas del proceso, o en la Corte, pero solo en sede de casación y como violación directa o indirecta de la ley sustancial, según el caso". Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Acción de Revisión. Fecha: 29/04/1997. Decisión: Reconoce apoderado y no admite la demanda. Delitos: Peculado por apropiación, Peculado por extensión. Proceso: 8528. Publicada: Sí. *674*

CASACION/ PRESCRIPCION/ RECEPTACION Habiéndose condenado a los procesados por el delito de receptación, que de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.P., tiene señalada una pena de prisión cuyo máximo es de 5 años, resulta incuestionable que no procedía el recurso extraordinario de casación, comoquiera que el artículo 218 del C.P.P., impone como requisito de procedibilidad de este excepcional medio impugnatorio, que esté dirigido contra sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial, Nacional o Penal Militar, por delitos que tengan fijada pena prisión, cuyo máximo, sea o exceda de 6 años.

Y, aunque se quisiera entender que el Tribunal de Valledupar concedió el recurso teniendo en cuenta criterios de favorabilidad, en el sentido de que para la fecha en que se profirió e impugnó extraordinariamente, se encontraba ya en vigencia la ley 190 de 1995, en cuyo artículo 31 se introdujeron modificaciones al delito de receptación incrementando la pena a 8 y 12 años de prisión, necesariamente fuerza recordar que no es admisible una tal interpretación porque ello, ha sido criterio de la Sala, implicaría la inadmisible creación de una lex tertia al aplicarse una ley al caso concreto para imponer la pena, y otra para determinar la procedencia del recurso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 30/04/1997. Decisión: Decreta nulidad de todo lo actuado a partir del auto del Tribunal. DelitosS: Receptación. Proceso: 11243. Publicada: Sí..... *682*

FISCAL GENERAL DE LA NACION/ FISCAL DELEGADO ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA/ COMPETENCIA La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en mayoritaria posición ha considerado que a partir de la declaratoria de inexequibilidad de la parte del numeral 1° del artículo 121 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 17 de la Ley 81 de 1993, que autorizaba al Fiscal General de la Nación a ejercer sus funciones de investigación, calificación y acusación de los funcionarios con fuero Constitucional por "conducto de sus delegados de la Unidad de Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia", tales funcionarios no pueden actuar sino como consecuencia de una comisión específica para un acto procesal determinado y siempre y cuando este no contemple discrecionalidad alguna por parte del comisionado, pues "(...) a contrario de la delegación, la figura jurídica de la *comisión* se caracteriza por su limitación en torno al *objeto* –por ejemplo, "comisiónase para abrir investigación penal", mas no para que "profiera las decisiones a que haya lugar"-; al *destinatario* –por lo que mal podría comisionarse genéricamente a los "Fiscales Delegados ante la Corte", sino a un funcionario determinado, debidamente

individualizado-; y a su *duración* –ya que no pueden existir comisiones indefinidas en el tiempo-. A estas características se suma la imposibilidad para el comitente de desprenderse de su responsabilidad, conocimiento, dirección y potestad decisoria en cada caso particular"* .

Sin embargo, las circunstancias fácticas que plantea el presente asunto no pueden enmarcarse dentro de la anterior situación, por cuanto en este caso, las decisiones adoptadas por el Fiscal Delegado, lo fueron con respaldo en la ley, como quiera que para la época de su proferimiento aun no había sido excluído del ordenamiento nacional la parte de la norma legal en la que se fundaba la competencia de tal funcionario.

"Corresponde al Fiscal General de la Nación:

"1.Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, directamente o por conducto de sus delegados de la unidad de fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia, a los altos funcionarios que gocen de fuero constitucional con las excepciones previstas en la Constitución".

No obsta para la anterior conclusión la declaratoria de inexequibilidad que hizo la Corte Constitucional el 20 de octubre de 1994 mediante su sentencia C-472, pues los efectos de los fallos de constitucionalidad son ex nunc** a menos que el propio Tribunal que tiene asignada la guarda de la Constitución diga lo contrario.

**.- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de control de legalidad, 28 de agosto de 1996. Unica Instancia, Radicación No. 11.674. Magistrado Ponente: Fernando Arboleda Ripoll.*

***.- "de ahora en adelante, sin efectos retroactivos". Diccionario de expresiones y frases latinas. HERRERO LLORENTE Víctor-José. Editorial Gredos, 3ª Edición. Madrid 1992.* Magistrado Ponente: Dr: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Unica Instancia. Fecha: 06/05/1997. Decisión: Niega nulidades y niega pruebas. Proceso: 11779. Publicada: Sí..... 685

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ APELACION Proferida la sentencia de primera instancia sobre la base de la diligencia para aceptación de cargos, o del acuerdo realizado con miras a la sentencia anticipada, el Juez está en condiciones de efectuar el juicio de valor sobre la viabilidad del

recurso de apelación que comporta su interposición por cualquiera de los sujetos habilitados para ello, y determinar su procedencia, conforme a las claras pautas que ofrece el artículo 37-B del C. de P.P. en su numeral 4o. .

Si encuentra que las razones del recurso sobrepasan la facultad impugnadora de la defensa o del acusado, es su deber así declararlo y no dar paso a una impugnación inoficiosa; hacerlo atenta contra el principio de la economía procesal demorando las expectativas de los involucrados y desgastando inútilmente el aparato de la administración de justicia, amén de contrariar la propia filosofía que inspiró la institución del fallo anticipado.

Ahora bien, si por gracia de un equivocado criterio concede el recurso, obviamente al superior compete remediar el entuerto y declarar la improcedencia; mas no es éste, como equivocadamente lo entendió el Tribunal de origen, el único funcionario llamado a dar aplicación al artículo 37-B-4o. del C. de P.P. . Magistrado Ponente: Dr: Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 06/05/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado. Proceso: 11524. Publicada: Sí..... *694*

EXTRADICION DE NACIONALES. La intervención de la Corte Suprema de Justicia dentro del trámite de la extradición pasiva tiene como punto de partida la reunión de tres supuestos que claramente indica el Capítulo III del Título 1o., Libro Quinto del Código de Procedimiento Penal a saber:

1.- Que la solicitud se haya tramitado por la vía diplomática (excepcionalmente la consular o de gobierno a gobierno), allegando la documentación que indica el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal y emitiendo por el Ministerio de Relaciones Exteriores el concepto que exprese si el caso se sujeta a convenciones o usos internacionales, o si procede obrar de acuerdo con la legislación procesal penal colombiana.

2.- Que el requerido en extradición se halle en el territorio nacional, posibilitándose su entrega al Estado que lo solicita, como en tal sentido lo hace expreso el Tratado de recíproca extradición de reos que para este caso se aplica, y de manera reiterada lo requiere esta Sala de la

Corte en providencias de octubre 21 de 1986, junio 16 de 1987 y diciembre 12 de 1995, y

3.- Que no se trate de un colombiano por nacimiento, pues el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal la veda, en concordancia con el artículo 35 Constitucional para esta clase de personas, en cuyo caso y cuando ella apunte a infracciones cometidas en el exterior, consideradas tales en la legislación nacional, serán juzgados en Colombia. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Extradición. Fecha: 06/05/1997. Decisión: Se abstiene de dar trámite. Proceso: 13097. Publicada: Sí..... *701*

CASACION DISCRECIONAL / DEMANDA DE CASACION El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 35 de la Ley 81 de 1993, señala dos hipótesis sobre las cuales el recurso de casación puede ser admitido:

En el inciso primero prevé la vía directa u ordinaria, la cual procede contra los fallos de segunda instancia proferidos por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos que señalen pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de seis años.

De la preceptiva que viene de señalarse, se establece que tres son los requisitos exigidos por el legislador, los cuales deben cumplirse en su integridad para que este excepcional instrumento resulte procedente: el primero relacionado con la naturaleza de la decisión recurrible que indefectiblemente ha de corresponder a una sentencia de segunda instancia, sea que a ese estadio haya llegado por vía de apelación o en cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta; el segundo relacionado con el órgano que la produjo, esto es que haya sido proferida por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar; y, el tercero, relativo al quántum máximo de pena privativa de la libertad previsto como sanción en el tipo por el cual fue proferida la sentencia, que debe ser igual o superior a seis (6) años de prisión, independientemente de la impuesta por el juzgador.

Si estos presupuestos de procedencia no resultan satisfechos, fatalmente ha de concluirse que el recurso extraordinario resulta inadmisible, siendo obligatorio así declararlo mediante decisión judicial.

La vía excepcional o discrecional fue establecida por el legislador en el inciso tercero de la disposición que se analiza, mediante la cual amplió las posibilidades de interposición del recurso extraordinario respecto de aquellas sentencias de segundo grado que, habiendo sido proferidas por el Tribunal Nacional, los tribunales superiores de distrito judicial y el Tribunal Penal Militar, fueron dictadas por delitos que prevén pena privativa de la libertad cuyo máximo es inferior a seis (6) años de prisión. También, cuando los fallos tengan origen en los juzgados penales del circuito, caso en el cual, independientemente de la pena prevista para el delito por el cual se procede; igualmente es indispensable que la decisión sea de segundo grado.

Respecto de esta modalidad excepcional de casación, lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte, el recurrente –quien no puede ser distinto al Procurador, su delegado, el procesado o el defensor, únicos sujetos legitimados para ello–, debe interponer el recurso dentro de los quince días siguientes a la última notificación, como igual se exige para la vía ordinaria, pero a diferencia de ella cuando se invoca esta especial modalidad, se tiene la obligación de precisar, dentro de ese mismo lapso, si el fundamento se encuentra en la necesidad de un desarrollo jurisprudencial sobre determinado tema que por lo oscuro merezca ser aclarado, o en garantía de los derechos fundamentales vulnerados con el proferimiento de la decisión recurrida. En todo caso subsiste la carga de efectuar una sustentación lógica y jurídica acorde con uno de esos dos motivos o de ambos, a fin de que la Corte, en ejercicio de su discrecionalidad, tenga elementos de juicio suficientes que le permitan decidir si lo acepta o rechaza.

En el evento que el recurso excepcional sea admitido, el expediente retornará al Tribunal o Juzgado de origen, a fin de que allí se dé cumplimiento al trámite previsto para la casación ordinaria de que tratan los artículos 224 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, dentro del cual la demanda que se presente, necesariamente debe guardar relación con el motivo por el cual se concedió el recurso, y desarrollada como lo exige el artículo 225 ejusdem. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Casación. Fecha: 06/05/1997. Decisión: Decreta nulidad a partir del auto admisorio e inadmite el recurso. Delitos: Extorsión, Tentativa de extorsión. Proceso: 12458. Publicada: Sí..... *708*

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/ AUDIENCIA ESPECIAL/ APELACION Con el surgimiento de la audiencia especial y de la sentencia anticipada, por

vez primera se produce en la legislación procesal y en la práctica judicial colombiana el hecho de que puedan dictarse sentencias basadas en el acuerdo o en la aceptación de unos cargos por parte del procesado, acostumbrados como estamos a los fallos unilateralmente concebidos por el juzgador, aunque obviamente siempre expuestos a los recursos ordinarios y extraordinarios. Esta es una dinámica aproximada a la estructura del proceso de partes, conforme con el principio constitucional de que los ciudadanos tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan (art. 2°), pero que correlativamente exige de los partícipes que no se puedan retractar sin límites temporales o de cualquier manera. A la luz de estas nuevas realidades jurídico-positivas, resulta necesario hacer una reinterpretación y una aplicación matizada del recurso de casación.

Por ello resulta razonable que el legislador prescriba que, en tratándose de estas *sentencias de conformidad*, sólo es admisible la apelación del procesado y su defensor cuando el recurso se refiere exclusivamente a los temas de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la obligación del pago de perjuicios y la extinción de dominio sobre bienes (C. P. P., art. 37B, num. 4°). Implícitamente advierte esta norma que no se tolera la discusión de otros temas, porque ello comportaría una retractación inoportuna, sin perjuicio obviamente del control de legalidad que siempre concierne al fiscal y al juez. Para guardar la coherencia en la aplicación del derecho en el curso de todo el proceso, la Corte ha sostenido y reitera que tal restricción en los asuntos de debate también impera en el ejercicio del recurso de casación, pues alimentar la controversia de otras materias en esta sede sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas prematuras de terminación del proceso. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Casación. Fecha: 06/05/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Violación a la Ley 30/86, Cohecho. Proceso: 12964. Publicar: Si..... *715*

DEMANDA DE CASACION Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que la demanda de casación debe sujetarse a una serie de requisitos técnicos formales cuya preterm isión acarrea inexorablemente la declaratoria de ineptitud del libelo.

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos formales de la demanda, entre los cuales se encuentra el deber de señalar la causal que se aduzca para solicitar la infirmación del fallo, indicando "en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas".

También es un postulado de ineludible cumplimiento que la competencia de la Corte, de acuerdo al artículo 228 ibídem, está claramente determinada por las vertientes que le trace el actor con nitidez y precisión, razón por la cual los cargos deben formularse dentro del ámbito preciso señalado por la ley, esto es, al interior de las causales taxativamente contempladas en la legislación procedimental penal (art. 220 del C. de P.P.).Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 06/05/1997. Decisión: Rechaza in límine y declara desierto el recurso. Delitos: Lesiones personales, Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 12312. Publicada: Sí..... *723*

JURAMENTO/ PENA/ FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO/ FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO/ NULIDAD El hecho de que no se cumpla estrictamente con las formalidades del juramento tal como lo preceptua el artículo 357 del estatuto procesal penal, no es motivo suficiente para que se tenga por invalida la diligencia; lo importante es que el indagado sea enterado del deber decir la verdad so pena de la responsabilidad penal en que pueda incurrir.

El Juez goza, en materia de dosificación punitiva, de ciertos criterios que le permiten moverse entre los mínimos y máximos y en tanto no desborde esos límites no existe infracción al régimen de la sanción y por ende motivo alguno para efectuar una nueva tasación de la pena.

De un lado, la falsedad como tal, en cualquiera de sus modalidades, es genéricamente aquella conducta mediante la cual el agente pretende hacer aparecer como verdadero aquello que en realidad no lo es.

En tratándose de falsedad material, particularmente, esta consiste en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos GENUINIDAD (TENOR), de modo que lo suscribe quien en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí.

La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido.

En el caso concreto de la conducta que describe el artículo 220 del Código Penal, que sanciona al particular que falsifique materialmente documento público, resulta plenamente viable que en el caso de confección total del mismo quien así actúa se haga acreedor a la sanción prevista en la mencionada norma.

La Sala no comparte la tesis de que un particular, por no tener función certificadora o documentadora, no incurra en esta conducta cuando crea totalmente un documento público y sí cuando lo altera parcialmente. Si de lo que se trata es de proteger la fe pública y por ende la confianza de los asociados, resulta menos que lógica una conclusión de esa naturaleza, porque, precisamente el agente se está aprovechando del crédito que su calidad "pública" genera en la comunidad para introducir al tráfico jurídico un documento con tal apariencia y de esa manera obtener su propósito a sabiendas de que sólo es posible mediante la utilización de un documento con esas características.

De modo que si se regresa al concepto genérico de falsedad – hacer aparecer como real algo que no lo es – no queda descartada la hipótesis de la que se viene hablando, porque precisamente se está haciendo aparecer como público, un documento que en realidad no lo es.

De ahí que también resulte absurdo que el reproche sea menor para quien crea totalmente un documento público falso que para quien lo altera parcialmente.

Los anteriores argumentos sirven a la vez de precedente, para que la sala manifieste su disentimiento con los falladores de instancia al condenar a los procesados por el delito de falsedad en documento privado sobre la base, se repite, de que no pueden ser sujetos activos de esta conducta por no estar investidos de la calidad de funcionarios públicos.

"La resolución de acusación ha de construirse con base en las previsiones legales, es decir, como decisión interlocutoria que es deberá contener: una narración de los hechos que son objeto de averiguación, "con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar"; el señalamiento con el debido análisis de las pruebas allegadas a la investigación en legal forma o, la adecuación típica de la conducta, la cual se entenderá como provisional, "con señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal"; y las razones por las cuales se comparte o no los alegatos de los sujetos procesales.

En lo que hace referencia a la calificación jurídica provisional de los hechos con la enunciación del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal, ..., significa que la infracción penal imputada en el pliego acusatorio no es rígida, en el sentido de que el funcionario judicial que va a proferir el fallo quede atado a ella, sino que puede variarse en la sentencia el delito imputado siempre y cuando la modificación normativa –género- no conturíe el capítulo señalado en la resolución de acusación, por tal motivo, le es dable al juzgador hacer las variaciones correspondientes en cuanto a su especia se refiere, apoyándose en los medios de convicción." (Sentencia de Casación, Octubre 5 de 1995; Magistrado Ponente, Dr. Edgar Saavedra Rojas). Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 06/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Estafa, Falsedad en documento privado. Proceso: 9478. Publicada: Sí..... *727*

DEMANDA DE CASACION/ NULIDAD/ PRUEBA-Aducción/ SANA CRITICA/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY La Sala ha sostenido en jurisprudencia reiterada, que quien invoca una nulidad debe demostrar la irregularidad en que funda su acerto y la trascendencia de la misma, pues es completamente inocuo señalar una falla procesal sin acreditar que con ella se afectan garantías de los sujetos procesales, o se desconocen las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento, principio que orienta la declaratoria de invalidación, y que recoge el numeral 2o. del artículo 308 del Procedimiento Penal.

La regla general es que la ilegalidad en la aducción de la prueba no afecta la validez del proceso, (excepción hecha de la indagatoria que es medio de prueba y presupuesto procesal de otras actuaciones), razón por la que el error consistente en apreciar pruebas ilegales es in iudicando o de juicio, en consecuencia no conduce a nulidad sino a que se case la sentencia y se dicte una de reemplazo en la que no se tengan en cuenta esos medios de convicción.

Reiteradamente ha dicho la Corte que la simple disparidad de criterios entre el juzgador y el demandante respecto a la valoración probatoria no es por sí misma demostración de un error, ni esa explicable situación puede llevar a que se considere ilegal el fallo, pues la ley es muy clara al otorgar al juez la facultad de apreciar las pruebas sin sujeción a tarifa alguna, enmarcando la apreciación dentro de las reglas de la sana crítica.

Cuando se acude a la violación indirecta de la ley sustancial se deben descalificar todas las pruebas que sirven de base a la decisión, pues es inocuo referirse a una sola de ellas si las demás siguen manteniendo la solidez del fallo. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación. Fecha: 06/05/1997. Decisión: Rechaza las demandas y declara desierto el recurso. Delitos: Homicidio. Proceso: 12013. Publicada: Sí..... *743*

TERMINO LEGAL Independientemente de si éste a la sazón estaba legitimado como sujeto procesal, so pretexto de haberse presentado la demanda antes de ordenarse para el recurrente el traslado de que habla el artículo 224 del C. de P. P., no podía el ad quem prescindir del término señalado para el efecto, ni interpretar la prematura actuación del actor como una voluntaria renuncia al mismo, porque con tal proceder se desconoce la naturaleza de orden público que caracteriza a los términos legales y se contraría el principio de invariabilidad, en virtud del cual, por motivos de seguridad jurídica, éstos no pueden estar sujetos a las ampliaciones, restricciones o supresiones que caprichosamente dispongan los funcionarios o convengan las partes, salvo la renuncia expresa del sujeto en cuyo favor se han establecido. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Cómez Gallego Auto Casación. Fecha: 07/05/1997. Decisión: Decreta la nulidad de lo actuado a partir del auto del Tribunal y repone. Delitos: Abandono del puesto. Proceso: 12878. Publicada: Sí..... *754*

REPOSICION El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión –en este caso la Corte- vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare, en forma total o parcial. Esta finalidad impone no solo que este recurso se interponga dentro de los términos previstos por la ley, sino que además, es requisito necesario para su viabilidad que se motive, esto es, que si se interpone por escrito o en audiencia o diligencia (ley 81/93. art. 28 y C. de P. C., art. 348 modificado art. 1°., num. 168 D. E. 2282/89), es imprescindible que se expongan las razones por las cuales el sujeto

procesal considera cerrada la providencia, a fin de que proceda a modificarla o revocarla, pues si la impugnación no se sustenta, carece el funcionario judicial de conocimiento sobre los motivos de inconformidad que le permitan resolver.

No basta el simple deseo de la parte inconforme de recurrir determinada providencia, sino que debe indicar las razones de hecho y de derecho que apoyan su disentimiento. De no ser esto así, colocaría al juez en incertidumbre, pues en tal caso tendría que adivinar cuál fue el pensamiento del recurrente cuando interpuso la reposición. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación – Reposición-. Fecha: 08/05/1997. Decisión: Declara desierto el recurso de reposición. Proceso: 9967. Publicada: Sí..... *758*

DEMANDA DE CASACION/ INDICIO Estos elementos de convicción. constituyen verdaderos medios de prueba, como lo ha reconocido reiteradamente la Corte, en uno de cuyos pronunciamientos anotó:

"La forma como el legislador, en definitiva, se ha referido en el Código de Procedimiento Penal a los indicios (Libro I, Título V, Pruebas; Capítulo I, Principios Generales; Capítulo II, Inspección; Cap. III, Prueba Pericial; Cap. IV, Documentos; Cap. V, Testimonio; Cap. VI, Confesión; y Capítulo VII, Indicios), obliga a estimar los mismos en esa su específica calidad de "prueba", de "medio de prueba", de "probanza", de "recaudo o acervo de certeza", etc. Pretender desconocer, con inclusión tal acompañada de un lineamiento de definición del concepto y de las formas más esenciales que deben considerarse en su producción y valoración, que ello no comporta la singularización de un idóneo y calificado medio probatorio, es negar lo evidente. Es imposible que desarrollando el legislador el instituto de las pruebas, se vaya a referir a algo, en este título, que no represente esa connotación y no cumpla con ese especial y propio cometido. De los indicios se puede decir, en contra, lo que se quiera y pocas de sus apreciaciones, cuando tienen un contenido de sensatez y de crítica jurídica, no suscitará enjundiosa controversia; pero no es dable iniciar ese cuestionamiento negando, al menos en nuestro Código de Procedimiento Penal, su legal carácter de medio de prueba.

"Tendrá alguna explicación distinta a la ya anotada, destacándose como se destaca esa específica y disiente ubicación y el previsor afán de fijar sus "elementos" –art. 300-; el indebido fraccionamiento de un hecho indicador para hacerlo servir como pluralidad de indicios –

art. 301- ; la exigencia de la válida demostración del hecho indicador –art. 302- y lo referente a la "apreciación de los indicios" –art. 303-. Posición contraria no pasa de ser una audacia argumentativa o una insensatez mental" (Sentencia, octubre 22 de 1993. M.P., Dr. Gustavo Gómez Velásquez).

Pero no sólo es inconcusa la sistematización del indicio como medio de prueba autónomo en nuestro ordenamiento jurídico, sino también su consagración expresa como elemento de convicción suficiente para sustentar importantes decisiones en los distintos estadios del proceso. Es así como el artículo 388 del C. de P. P. impone la aplicación de medida de aseguramiento "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad..."; y dentro de los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, además de la demostración de la ocurrencia del hecho, el artículo 441 idem presupone la existencia de "confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado".

La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado.

En materia de casación fundada en la violación indirecta de la ley sustancial, en virtud de errónea apreciación de la prueba indiciaria, también rige el principio lógico de la razón suficiente, según el cual la verdad posible del demandante sólo se perfila si enuncia correctamente la realidad objetiva de sus juicios; es decir, si identifica

cuál es el tramo lógico del indicio al cual dirige sus críticas y la clase de error que le imputa, porque, se repite, resulta asaz diferente la censura en tratándose de vicios objetivos en la estimación de la prueba directa soportadora del hecho indicador, o de vacíos protuberantes en la consideración de la experiencia, la lógica o las ciencias al momento de abordar la "inferencia lógica", o de las falencias en el examen del mérito individual y después en conjunto de los indicios. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 9858. Publicada: Sí..... *762*

DEMANDA DE CASACION/ NULIDAD/ APELACION Cuando el ataque a la sentencia es por la vía de nulidad –como ocurre en este caso- no basta probar la existencia de la presunta irregularidad que a juicio del recurrente vicia el procedimiento, sino que es indispensable precisar su trascendencia, exigencia que el numeral 2o. del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal consagra así: "Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

Haberle dado curso a la apelación en atención a que se estimó suficiente la sustentación, por discutible que fuera, no tiene efecto invalidante para el proceso, y mucho menos en éste momento en que el agotamiento mismo de la instrucción y las decisiones que se fueron tomando dejaron sin vigencia cualquier consideración sobre ese tópico, que no era otro que el resolver si había o no mérito para proferir medida de aseguramiento.

La independencia de la tramitación del recurso está dada incluso por el efecto en que se concede –el devolutivo- caso en el cual no se suspende el cumplimiento de la providencia apelada ni el curso de la actuación procesal. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad ideológica en documento público. Proceso: 10207. Publicada: Sí..... *777*

DEMANDA DE CASACION/ LEGITIMACION EN CAUSA Cuando dentro del marco de la causal primera de casación se invoca, como en el presente caso, infracción de una norma de derecho sustancial, se impone para el censor el deber de precisar su forma de violación, si directa o indirecta, o lo que es igual, si el reproche se funda en el

cuerpo primero o segundo de la citada causal. Es directa o inmediata, si el equivocado entendimiento que determina su violación se origina en disquisiciones puramente jurídicas, e indirecta o mediata si proviene de la apreciación de la prueba. Por eso, cuando se invoca la primera de estas formas de violación, al casacionista no le es permitido introducir en el discurso argumentativo críticas de carácter probatorio.

El derecho a recibir alimentos no surge per se del vínculo matrimonial, de consanguinidad, civil o contractual, precisados en el artículo 411 del Código Civil, sino de la necesidad alimentaria de quien tiene vocación legal, porque carece de los medios de subsistencia indispensables para sustentar la vida, o para vivir de un modo acorde con la posición social, y solo en la parte en que sus propios recursos no le alcancen (art. 420 ejusdem).

Por tanto, se equivoca el casacionista cuando afirma que la dependencia económica de la señora (...) emana de su condición de titular del derecho a recibir alimentos. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 10783. Publicada: Sí..... *784*

ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD Cuando de un error de hecho por falso juicio de identidad se trata, es carga del censor acreditar que uno era el contenido material del medio probatorio deformado, y otro muy diferente el sentido que el juzgador le otorga, al punto de hacerle decir a esa probanza algo distinto de lo que en realidad relata, con lo que el sentido de la decisión se altera. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1997. Decisión: No Casa. Proceso: 10768. Publicada: Sí..... *791*

SUJETO PROCESAL/ IMPEDIMENTO/ HABER DICTADO PROVIDENCIA/ DEBIDO PROCESO Que los sujetos procesales opten por guardar silencio en determinadas circunstancias en ejercicio de sus respectivos derechos y facultades, no puede tenerse como irregularidad de parte del Estado administrador de justicia, cuando éste no estorba o impide el ejercicio de esos derechos.

Una vez más debe advertir la Sala que la causal de impedimento consagrada en el numeral 6° del artículo 103 del C. de P.P. opera cuando el Juez de la segunda instancia es la misma persona que en calidad de Juez de la primera instancia emitió la decisión sometida a su revisión,

o cuando ha participado en el proceso en calidad distinta a la de Juez, v.gr., como auxiliar de la justicia o como fiscal. Magistrado Ponente: Dr. DIídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 9464. Publicada: Sí..... *798*

TERMINO/ CONCUSION/ ABUSO DE AUTORIDAD/ FUERO MILITAR En no pocas ocasiones la Corte ha sostenido que las constancias dejadas por los Secretarios en relación con la iniciación y vencimiento del traslado de términos legales, cumplen una función puramente informativa, de orientación o guía para los sujetos procesales, no siendo su contenido vinculante, puesto que su cumplimiento no puede depender de la voluntad o capricho de quien deja la constancia sino que transcurre por ministerio de la ley.

Por eso, ha sido reiterativa en el sentido de que las partes, en su condición de destinatarias, deben estar atentas a la iniciación y vencimiento de los términos, teniendo por norte no la constancia suscrita por el Secretario, sino el tiempo efectivamente transcurrido a partir de la ejecutoria del proveído que lo ordena.

El delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero (art.140 Código Penal, modificado por el artículo 21 de la ley 190 de 1995).

El motivo de controversia en el caso de autos, se presenta en torno a la naturaleza de la prestación exigida por el procesado, la cual, a juicio del demandante y del vocero del Ministerio Público en esta sede, sería legítima, por fundarse en un hecho generador de obligaciones a cargo del individuo constreñido, circunstancia que haría que su conducta se desplace al tipo penal que describe el abuso de autoridad.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que indebido es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de causa legítima. Este ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público.

Para la Corte ha sido igualmente claro que si lo indebido no es la prestación, como lo plantea el Procurador Delegado, sino el

procedimiento utilizado por el servidor público para obtenerla, la conducta no sería constitutiva del delito de concusión, sino de abuso de autoridad, si el agente, de otra parte, se aprovecha de su poder funcional para lograr el fin propuesto.

El delito de concusión previsto en el artículo 140 del Código Penal (198 del Código Penal Militar), puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función. En relación con la primera, la Corte ha dicho que se presenta cuando el sujeto agente, aprovechándose de la calidad o investidura que ostenta, ejecuta actos que no le competen por estar atribuidos a otra autoridad. Y, la segunda modalidad, cuando actúa dentro de la órbita de su competencia funcional (Cfr. Auto Nov. 14/80, Mag. Pte. Dr. Velásquez Gaviria; Cas.feb.10/81, Mag. Pte. Dr. Romero Soto; Sent.julio 31/84, Mag. Pte. Dr. Calderón Botero; Cas. Sep.22/87, Mag. Pte. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

Analizadas estas dos hipótesis a efecto de concretar las condiciones requeridas para que el fuero militar tenga operancia, se tiene que solo cuando se presenta la segunda, habrá lugar a investigación y juzgamiento privilegiados, pues, en el primer evento, por no estar el hecho vinculado con la función, no tendrá cabida la protección foral. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 08/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Concusión. Proceso: 10509 ***. Publicada: Sí..... *809*

TERMINO/ DEFENSOR/ DEMANDA DE CASACION. Cuando el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal prescribe que una vez admitido el recurso extraordinario de casación, se ordenará dar "traslado al recurrente o recurrentes por treinta días a cada uno, para que dentro de este término presenten la demanda de casación", de manera inequívoca refiere a la posibilidad de que sean varios de los sujetos procesales quienes recurran el fallo de segúnda instancia, pero no al hecho de que se de por separado doble oportunidad de presentar demanda al procesado y a su defensor como si sus intereses pudiesen ser diversos.

En efecto, así se hayan dedicado en el Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal alusivo a "los sujetos Procesales", dos capítulos distintos, uno para el sindicado y otro para el defensor, y aún se diga en el artículo 137 ibídem que al procesado le asisten los mismos derechos que a su defensor y la amplia posibilidad de ejercitar

su defensa de manera personal y directa, ello ni excusa la necesidad de nombrarle o reconocerle un defensor para el proceso, ni mucho menos implica que pueda darse una actuación independiente, autónoma y hasta opuesta entre el imputado y quien le apodera. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación. Fecha: 08/05/1997. Decisión: Declara nulidad del segundo traslado, rechaza in límine y declara desierto. Delitos: Homicidio. Proceso: 11968. Publicada: Sí..... *824*

LIBERTAD PROVISIONAL Con anterioridad a la decisión de fondo del recurso extraordinario de casación, la Corte únicamente puede ocuparse de la libertad provisional de que trata el art. 415-2 del C. de P.P. y que le está vedado, so pretexto de esa libertad, adelantar juicios de valor sobre la legalidad de la sentencia y, particularmente, sobre la legalidad de la sanción en ella impuesta, cuestión que sólo es posible abordar al decidir el recurso, si el reproche respectivo fue planteado en la demanda, sin perjuicio de la facultad oficiosa que le asiste, conforme al artículo 228 del C. P.P. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda Casación –Libertad-. Fecha: 09/05/1997. Decisión: Niega libertad provisional. Proceso: 11562. Publicada: Sí *832*

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA En decisión del primero de diciembre de 1983 se dijo: "El hecho nuevo previsto como causal de revisión en el numeral 5° del artículo 584 del Código de Procedimiento Penal (nuevo C.P.P, art. 231, num. 3°) es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de actuación judicial de manera que no puede ser controvertido; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de la investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo del itinerario procesal porque no penetró al expediente.

"Prueba nueva es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso

(muerte de la víctima, cuando la prueba ex novo demuestra que el agente actuó en legítima defensa); por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del condenado".

Ya sea que se trate de hecho nuevo o de prueba nueva, no basta que se demuestren, sino que es necesario que su calidad sea tal que "ab initio" aparezcan como eficaces y tengan la contundencia necesaria para derrumbar las conclusiones del fallo, como se ha sostenido por esta Sala (Revisión 11.352. Febrero 18/97. M.P.Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll) Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Acción de Revisión. Fecha: 09/05/1997. Decisión: Inadmite la demanda de acción de revisión. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 12575. Publicada: Sí. Salvamento de Voto: Dr. Fabio Aristizábal Hoyos. Conjuez *834*


NACIONAL