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 I^a^, Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1956
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL.

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXLVIII PRIMER SEMESTRE 1997 NUMERO 2487

VOLUMEN II

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

GACETA JUDICIAL

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

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXLVIII PRIMER SEMESTRE NUMERO 2487

VOLUMEN II

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

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

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

TOMO CCXLVIII PRIMER SEMESTRE - Número 2487

ACCION DE REVISION

Tiene por objeto la acción de revisión corregir la injusticia en que hayan podido incurrir los jueces individuales o colegiados al proferir sentencias y, en algunas oportunidades autos interlocutorios con fuerza de cosa juzgada (Preclusión o Cesación), buscando mediante aquel mecanismo declarar sin valor el fallo objeto de acción y dictar la providencia que corresponda, o tramitar nuevamente el proceso desde el momento que se indique conforme los lineamientos del Art. 240 del C. de P. Penal. Para llegar a una de estas dos decisiones y de acuerdo con el específico punto relacionado en la demanda, debe la Sala encontrar fundada y demostrada la causal invocada por el peticionario, que se contrae necesariamente a una cualquiera de las que en forma taxativa relaciona el canon 232 de la misma codificación.

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. *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 48

Rad. 8925

VISTOS

Se ocupa la Corte, por medio de la presente providencia, en resolver de fondo sobre la acción de revisión impetrada por el defensor convencional de *Manuel Vicente Tovar Mora*, quien fuere condenado a la pena principal privativa de la libertad *de once (11) años de prisión* en calidad de responsable del *concurso de hechos punibles de Homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*, según fallos debidamente ejecutoriados emanados del Juzgado Tercero Superior de Santafé de Bogotá (en la actualidad Juzgado 47° Penal del Circuito) y del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial calendados, respectivamente, octubre 24 y diciembre 18 de 1991.

SINOPSIS DE LOS HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Relacionados en anterior oportunidad procesal, así fueron sintetizados: "... Pasado el medio día del 7 de abril de 1990, a la tienda de propiedad del señor Adolfo Tovar Lazo, ubicada en la finca "Cuatro Esquinas", vereda "Olarte" del municipio anexo de Usme, llegó Jeremías Rodríguez Murcia en compañía de unos trabajadores suyos con quienes departió unas cervezas. A eso de las 3:30 ó 4:00 de la tarde arribó al mismo sitio el señor *Manuel Vicente Tovar Mora*, quien una vez allí y consumiendo unas cervezas entabló conversación de negocios con Jeremías Rodríguez Murcia. Siendo aproximadamente las cinco de la tarde, después de que aquella conversación se tornara en discusión y luego de que Jeremías, estando acompañado de *Tovar Mora*, disparara su arma de fuego afuera de la tienda, ambos regresaron al interior de la misma, sitio en el cual, transcurridos unos minutos, *Manuel Vicente Tovar* esgrimió el arma de fuego que portaba y la disparó sobre la cara de Jeremías, quien en el acto falleció. *Tovar Mora* inmediatamente emprendió la huida.

"Con fundamento en las iniciales diligencias practicadas por el Juez 75 de Instrucción Criminal permanente, la investigación penal fue iniciada por el Juzgado 104 de Instrucción Criminal de Bogotá, despacho que procedió a recepcionar varias declaraciones, allegó las pruebas técnicas correspondientes, llevó a cabo inspección judicial, declaró persona ausente al sindicado *Manuel Vicente Tovar Mora* y le definió la situación jurídica mediante detención preventiva.

"Perfeccionada la investigación la misma se clausuró. El Juzgado procedió a calificar el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación contra Tovar Mora por el

delito de Homicidio. Esta decisión fue adicionada por el Tribunal Superior en el sentido de emitir también resolución acusatoria contra el mismo procesado por el delito de porte ilegal de armas de fuego (Decreto 3.664 de 1986, artículo 1°).

"Abierto el juicio a pruebas, se decretaron y practicaron una declaraciones. Llegado el día y la hora señalados se inició la audiencia pública, diligencia en la cual la representante del Ministerio Público solicitó sentencia condenatoria contra el acusado por los delitos de homicidio "atenuado por la ira" y porte ilegal de armas. A su turno, el señor apoderado de la parte civil pidió se profiriera sentencia de condena por los citados delitos, pero insistiendo que en el homicidio concurre la agravación prevista en el numeral 7° del artículo 324 del C.P.

"Estando en curso la audiencia pública, Manuel Vicente Tovar Mora fue capturado y puesto a disposición del Juzgado Tercero Superior, estrado judicial éste que lo escuchó en indagatoria, diligencia en la cual acepta ser el autor del disparo que causó la muerte a Jeremías Rodríguez Murcia, pero que obró así por cuanto "vi que el otro iba a sacar el revólver".

"En la finalización de la audiencia, el señor defensor del procesado solicitó al Juzgado dictara sentencia absolutoria por estimar que su procurado actuó bajo una clara legítima defensa de su vida, causal de justificación que prevé el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal.

"El Juzgado Tercero Superior de Bogotá, mediante sentencia de octubre 24 de 1991, resolvió condenar al procesado, fallo éste que fue confirmado por el Tribunal ... como atrás de anotara..." (Cuaderno de la Corte sobre recurso extraordinario de Casación; fs. 38 y 39).

Debe agregarse que contra el fallo de segunda instancia se interpuso el recurso extraordinario de casación, resuelto en diciembre 14 de 1992 denegando lo impetrado por el accionante.

LA DEMANDA DE REVISIÓN; PRUEBAS Y ALEGATOS

Mediante Abogado Titulado, a nombre de Tovar Mora se impetra por escrito la acción pertinente para que, previos los ritos legales, se ordene la revisión del proceso, la libertad provisional del poderdante y, en fallo decisorio, la revocatoria de las sentencias impugnadas. Luego de relacionar los hechos, concluye afirmando el defensor que las sentencias condenatorias fueron consecuencia de una deficiente investigación, la no presencia del sindicado en el curso de la instrucción y la ausencia de testigos reales y presenciales que se abstuvieron de declarar por temor a amenazas de los dolientes o amigos del occiso.

Procede la acción de revisión, anota, con fundamento en la causal tercera del Art. 232 del C. de P. Penal ante el surgimiento de nuevas pruebas no conocidas en el curso de la investigación, materializadas en que para el día y hora de los hechos, en la tienda de Adolfo Tovar Lazo también se encontraban los cónyuges Raúl Estrada y María Elena Gómez Gómez, amigos del interfecto Rodríguez Murcia. Acompaña para el efecto sus declaraciones bajo juramento rendidas extraprocesalmente ante el Notario Catorce del Círculo de Bogotá en septiembre de 1993, en cuyo desarrollo expresan éstos que si bien fue Tovar Mora quien acabó violentamente con la vida del conocido de aquellos, tal situación se debió a que fué el interfecto la persona que primero esgrimió revólver con clara intención de disparar contra Manuel Vicente, viéndose éste precisado a sacar el suyo para defenderse, disparando contra su oponente, circunstancia que genera el reconocimiento de la causal excluyente de antijuridicidad de la legítima defensa, relacionada por el numeral 4° del Art. 29 del C. Penal. Como relación de pruebas nuevas, pide se tengan en cuenta las documentales fotográficas tomadas por su cuenta en el escenario de los hechos, que acompaña para el caso, además de los citados testimonios y copia de la diligencia de Inspección "para que se constate cómo fue falsificada la prueba, que entre otras cosas, por fortuna no consideró el Despacho para dictar su sentencia condenatoria".

Después de solucionar el impedimento especial manifestado por algunos Magistrados que intervinieron en el trámite y decisión del recurso extraordinario de Casación (Art. 236 del C. de P. Penal), en junio 3 de 1994 la demanda se declaró ajustada a derecho y en julio 22 del mismo año se abrió a pruebas, solicitando el accionante la práctica de una inspección al lugar de los hechos, ampliar la declaración de Adolfo Tovar y la ratificación de los testimonios de Raúl Estrada y María Elena Gómez. Por auto de octubre 6 la Corte decretó los testimonios de los dos últimos y negó la práctica de los restantes medios probatorios. El 29 de noviembre de 1994 se recepcionó el testimonio de la dama, sin que ocurriese lo mismo con relación a Estrada, pues no compareció a la Corte, pese a las múltiples citaciones hechas al respecto.

Finalmente, la Corte corrió traslado a las partes para que alegaran, del cual hizo uso obligatorio el accionante iterando la aplicación de lo dispuesto por el ordinal segundo del Art. 240 del C. de P. Penal para que se rehaga el trámite a partir del momento procesal que sea conveniente.

Considera la Corte

Una primera observación que ha de hacerse a la demanda y al alegato del actor es que la causal tercera de revisión no está prevista con el objeto de que a través de ella se remedien deficiencias investigativas,lo que es propio de las instancias y

a veces de la casación, sino que el aspecto medular de esta acción radica en la novedad del hecho o prueba que surge con posterioridad al proceso.

En efecto, tiene por objeto la acción de revisión corregir la injusticia en que hayan podido incurrir los jueces individuales o colegiados al proferir sentencias y, en algunas oportunidades autos interlocutorios con fuerza de cosa juzgada (Preclusión o Cesación), buscando mediante aquel mecanismo declarar sin valor el fallo objeto de acción y dictar la providencia que corresponda, o tramitar nuevamente el proceso desde el momento que se indique conforme los lineamientos del Art. 240 del C. de P. Penal. Para llegar a una de estas dos decisiones y de acuerdo con el específico punto relacionado en la demanda, debe la Sala encontrar fundada y demostrada la causal invocada por el peticionario, que se contrae necesariamente a una cualquiera de las que en forma taxativa relaciona el canon 232 de la misma codificación.

En el evento que ocupa la atención de la Corte, el defensor solicitante de la revisión, se apuntala en el numeral tercero de la disposición últimamente citada que a letra reza: "Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado, o su inimputabilidad".

Para el actor, después de la sentencia de condena proferida contraManuel Vicente Tovar Mora por los delitos de homicidio agotado en la persona de Jeremías Rodríguez Murcia y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, surgió prueba testimonial no conocida al tiempo de los debates que, en forma incuestionable, conduciría a declarar su inocencia (por el delito contra la vida únicamente, precisa la Sala), declarando sin valor las sentencias emanadas en su contra, rehaciendo para el efecto la actuación a fin de que otro Juez de igual categoría al que profirió el fallo de primera instancia proceda acorde con lo acá dispuesto.

No se trata en forma alguna de demostrar por vía de la nueva prueba testimonial que Tovar Mora sea ajeno a la comisión del hecho típico descrito por el Art. 323 del C. Penal relacionado con el Homicidio porque hasta la saciedad y en forma incuestionable, está comprobado y el mismo procesado lo reconoce, fue el autor del disparo que segó la vida del campesino y vecino de predio rural Jeremías Rodríguez Murcia; el quid del evento se hace consistir en que, mediante las declaraciones de Raúl Estrada y María Elena Gómez, a quienes se ubica en el escenario de los hechos y como testigos presenciales del momento culminante del disparo proveniente del arma de Manuel Vicente que impactó a Rodríguez acabando en forma inmediata con su vida, era ésta la única posibilidad de actuar en que se encontraba aquel, debiendo proceder de dicha manera y no de otra diferente, ante la necesidad de defender su vida, dada la injusta agresión actual proveniente de Jeremías, quien pretendió o logró efectivamente sacar el revólver

que ciertamente llevaba consigo en la pretina del pantalón para percutirlo sobre la anatomía del condenado. El asunto, simplemente, se reduce al reconocimiento de la institución jurídico penal de la "Legítima Defensa" que como causal de justificación o excluyente de antijuridicidad relaciona el numeral cuarto del Art. 29 del C. Penal, enfoque dado por el revisionista, situación que resulta ya recurrente en el desarrollo de todas y cada una de las instancias procesales, como quiera que se ha constituido en el punto de insistencia de los diferentes abogados encargados, a lo largo del proceso, de la defensa de Tovar Mora.

Derrotero de la presente providencia, serán las pruebas y argumentos tenidos en cuenta por las diferentes instancias en aras a demostrar la responsabilidad penal del procesado únicamente en tanto la crítica del testimonio de la señora María Elena Gómez Gómez permita establecer hasta qué punto esta "nueva prueba no conocida al tiempo de los debates" resulte de la entidad suficiente para remover la índole de "res iudicata" del fallo condenatorio y reconocer en la acción de Manuel Vicente Tovar un comportamiento conforme a derecho o, dicho de otra manera, con justicia, que terminó con el bien jurídicamente protegido de la vida de Jeremías porque fue este el injusto agresor de su victimario.

Comienza la Corte por precisar que sólo tendrá en cuenta el testimonio de la señora Gómez Gómez, porque el de su cónyuge no fue posible recepcionarlo como nuevo medio de prueba solicitado y decretado dado que no compareció a las varias citas que para el efecto le fueron hechas; la declaración extrajudicial ante Notario Público sirve apenas como prueba "sumaria" del hecho desconocido para el tiempo de los debates para efectos de ajustar la demanda a los requisitos de ley, pero no puede ser tenida en cuenta para efectos de decidir la petición porque violaría el principio de contradicción, bastión fundamental para la aceptación de este medio probatorio.

Sobre el tema ya se ha pronunciado esta Corporación Judicial, así: "... Uno de los requisitos de la demanda de revisión es que se acompañe de las pruebas conducentes para demostrar los hechos básicos de la petición, y con el fin de atender esta exigencia es posible que se aporten pruebas sumarias, como es el caso de las declaraciones rendidas ante Notario sin audiencia de la contraparte.

"Pero el trámite de la acción de revisión tiene oportunidad probatoria, dentro de la cual esos testimonios extraprocesales deben ser ratificados, so pena de que no puedan ser tenidos en cuenta al decidirse la petición, pues de lo contrario se violaría el principio de contradicción, norma rectora consagrada en el art. 7°, del Código de Procedimiento Penal..." (Auto de febrero 2 de 1995, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Y aunque la Sala no entrará a revalorar la fundamentación probatoria de los fallos de instancia, será metodológicamente útil referirse a ella a fin de contrastarla con el nuevo elemento de prueba y poder concluir cuánta es su capacidad intrínseca para remover la cosa juzgada.

De manera prolija y hasta la saciedad, el Despacho A-quo con apoyo fundamental en el aserto testimonial del tendero Adolfo Tovar Lazo, único testigo presencial del momento culminante de los hechos, da al traste con la pretendida legítima defensa pregonada por el homicida y jurídicamente sustentada por el defensor de turno. El deponente, en declaración inicial recepcionada por el Juez de Instrucción Permanente que se trasladó al escenario de los hechos para adelantar las pesquisas preliminares, y aunque luego se retractó para ayudar a Manuel Vicente Tovar, manifestó en aquella primigenia oportunidad,que cuando se encontraron dentro de la tienda Tovar y Rodríguez, buscó aquel que éste le vendierala cosecha de arveja que tenía, a lo que se negó, recibiendo el potencial vendedor como respuesta que "no le vendía sino a los ricos", empezando así la discusión; luego salieron hacia la parte de afuera del local, a las canchas de tejo, donde Jeremías sacó el revólver que portaba y realizó un disparo que nadie precisa en qué dirección estaba enrutado; intervinieron allí algunos vecinos para calmar los exaltados ánimos y Rodríguez guardó su arma de fuego; regresaron a la tienda y pidieron de a una cerveza para, acto seguido, salir nuevamente Manuel Vicente dirigiéndose a su vehículo de donde sacó el revólver y, con él en la mano, entrar a la tienda y disparar a Jeremías para, renglón seguido, emprender las del villadiego en el carro de su propiedad. Varios declarantes anotan que dirigiéndose a Tovar Mora el interfecto alcanzó a decirle instantes antes de recibir el disparo que "a los hombres no se les humilla sino que se les mata". Por demás, anota el Despacho para desmoronar la legítima defensa, si la intención de Rodríguez M. hubiese estado encaminada a acabar con la vida de Tovar Mora indudablemente habría cumplido este propósito cuando hizo el disparo en las afueras del local y no, como lo hizo, guardar el revólver atendiendo las sugerencias de sus amigos parroquianos y entrar de nuevo, en compañía de quien le dio muerte.

También realizó el A-quo un análisis con apego a las reglas de la sana crítica, tendiente a indicar las razones por las cuales otorgaba credibilidad al aserto inicial de Tovar Lazo y desechaba sus posteriores argumentaciones que buscaban favorecer ya al acusado; por demás, desde un principio lo expresó el declarante Adolfo Tovar L., dentro de la tienda para el momento del letal disparo únicamente se encontraban él, Jeremías y Manuel Vicente; los demás deponentes que en el proceso fueron recepcionados, se hallaban en la parte de afuera, en el interior de un rancho anexo o estuvieron antes y se habían ya retirado para el instante culminante del reato.

La señora María Elena Gómez Gómez, en desarrollo de su declaración ante la Corte manifiesta que occiso y victimario tenían una rivalidad por cuestión de negocios y ese día se reiteró por una cosecha de arveja, que Jeremías sacó un arma y le hizo un disparo esquivado por Manuel Vicente con la mano y que "el señor Manuel se salió para la cancha de tejo, se estuvo un ratico ahí, después el señor Manuel trató de entrar á la tienda donde estaba la cantinita y ahí estaba don Geremías (sic) entonces don Geremías (sic) cuando lo vió sacó el arma para dispararle, pero entonces don Manuel lo sacó rápido y le pegó un disparo"; a renglón seguido, afirma que dada la carencia de baño, ante una necesidad fisiológica que en aquel momento se le presentó, se fue para detrás de la casa y, cuando iba cruzando la ventana escuchó un disparo y que "cuando hice la necesidad miré por la ventana que dá a la tiendita yo ví todo eso fue por la ventana porque yo no alcancé a llegar a la tienda otra vez"; además, fuera del tendero y Jeremías, también se hallaban en el escenario una familiar del dueño, su cónyuge que esperaba que regresara y al parecer una persona más que no conoce; el señor Rodríguez desde la ventana donde se hallaba la deponente, le daba la espalda y "al primer disparo yo me asusté mucho porque ahí estaba mi esposo .... El dueño de la tienda estaba dentro del mostrador agachado como buscando un cuaderno"; y a expresa pregunta sobre si Manuel Tovar entró a la tienda portando el revólver, arguye "No, lo sacó cuando vió que Geremías había sacado el arma ... lo único que me asustó mucho fue que llegó un señor amigo del muerto, un señor Eladio Naranjo, me parece, que llegó a amenazar que si decíamos algo nos mandaba a matar, hasta la madre nos echó". (fs. 163 y ss. Cuaderno de Revisión).

La anterior exposición pretende ratificar la que catorce meses antes extraprocesalmente había suministrado la señora Gómez Gómez, donde expresó que la señora del condenado supo que con su cónyuge se encontraba en la tienda y les necesitaba para que le ayudaran con una declaración; su presencia en la vereda "Olarte" obedeció a que tenía una cita con su esposo Raúl con el fin de adquirir los ramos, para el día siguiente domingo que comenzaba la Semana Santa, porque los venden más baratos; "yo me salí a la cancha con mi marido y además para buscar a donde hacer una necesidad".

Severos reparos merece el testimonio que como nueva prueba, no conocida al tiempo de los debates, se presenta en aras a lograr la remoción del carácter de cosa juzgada de los fallos que culminaron condenando a Manuel Vicente Tovar Mora, pregonando el haber actuado bajo una de las causales de justificación mediante la viabilidad de la acción de revisión. Parécele a la Corte que la testigo ha sido aleccionada, entrenada de acuerdo a lo que en el proceso pudo convenir a los intereses del acriminado para que bajo esas circunstancias así lo deponga, además de que en algunos aspectos resulta contradictoria y sus asertos van en contravía de elementales reglas de experiencia en el comportamiento normal del común de las personas. Veamos:

1. Refiere Gómez Gómez que su presencia en el lugar escenario de los hechos obedeció a la cita con su cónyuge para adquirir los ramos para el día siguiente domingo, porque son más baratos. Dicha explicación va contra el común devenir de las cosas, contra las reglas de la experiencia porque desde el punto de vista económico dado que su cónyuge Raúl ya se hallaba en dicho lugar habría bastado con encargar los ramos y no hacer inútiles viajes y más costosa la erogación; casi podría atreverse la Sala a indicar que valía más el traslado que los ramos.

2. Refiere la dama en comento que cuando se encontraba enla parte de atrás del local para evacuar una necesidad fisiológica, escuchó un primer disparo; si su cónyuge había quedado dentro de la tienda lo natural sería que inmediatamente se hubiese devuelto para indagar por la suerte de Raúl; sin embargo, continuó su marcha con la finalidad antedicha para, ya de regreso apreciar por la ventana de atrás el momento culminante del reato; "al primer disparo yo me asusté mucho porque ahí estaba mi esposo" es su textual expresión; sin embargo, su reacción inmediata no fue la de inquirir por la suerte corrida por Raúl Estrada, su cónynge.

3. Contradictoria resulta Gómez Gómez en sus dos declaraciones. Extraprocesalmente manifestó que salió para la cancha de tejo con su marido, quien "se quedó casi en el andén y yo crucé para detrás de la casa cuando iba por allí escuché un tiro. Luego seguí bien hacia atráscerca a unos árboles hice la necesidad y ya de regreso fue cuando me asomé por la ventanita pequeña". Sin embargo, ante la Corte ubica a su cónyuge dentro de la tienda.

4. Menos resulta cierto, como pretende hacerlo creer la deponente, que fue por iniciativa de la cónyuge del interfecto que se propició su declaración; la versión extraprocesal de Raúl Estrada, pese a no considerarse como nueva prueba testimonial por lo antes anotado, sí nos sirve como marco de referencia, da a entender que fue él quien buscó a la viuda, habló con ella, se le ofreció a ayudarle y, cual si fuere insuficiente, le manifestó que María Elena Gómez, su cónyuge, también había estado en el escenario de los hechos.

5. Menos resulta cierto porque va contra lo demostrado ampliamente en el decurso de las instancias, que el primer disparo hubiese sido efectuado dentro de la tienda, destinado a impactar al sindicado y que éste hubiese salido unos minutos a la cancha de tejo para, al regreso, presentarse el suceso criminoso; amplio es el acopio probatorio al reseñar que Manuel Vicente salió en compañía de Jeremías con destino a la cancha: allí desenfundó el revólver e hizo un disparo con destino incierto; guardó el arma por intervención de algunos amigos y, junto con Tovar Mora retornó al recinto, para nuevamente egresar con destino a su vehículo donde sacó el arma que tenía.

6. Ni siquiera el condenado Manuel Vicente arguye que Jeremías haya sacado el arma de fuego para agredirle; simplemente que intentó sacarla de nuevo; sin embargo, desde la ventana y con Rodríguez Murcia dando la espalda, María Elena Gómez dizque vio ese crucial momento arguyendo que el hoy occiso logró extraer el elemento de su pretina, pero Manuel Vicente fue más rápido.

7. Extraño por demás resulta que absolutamente ninguno de los deponentes y menos el condenado, se haya referido a dos desconocidos amigos del interfecto Rodríguez Murcia y quienes le hacían compañía en el momento de su occisión, sin que valga el argumento de que todos los allí presentes minutos después fuesen amenazados dizque por Eladio Naranjo para que se abstuviesen de declarar contra su socio Jeremías. El señor Naranjo en realidad se hizo presente en su carro, transcurrido un corto tiempo, pero su conducta se limitó, simplemente, a dirigirse hasta Usme para informar a las autoridades policivas lo que acababa de acontecer en la vereda "Olarte"; inclusive fue en compañía de César Adolfo Tovar.

Anótese que no es cualquier cualquier medio probatorio nuevo el que erige el legislador como suficiente para constituir causal de revisión; necesario esque tenga suficiente entidad para pensar seria y fundadamente en la inocencia del condenado por una cualquiera de las múltiples causas que podrán desembocar en ella, inclusive la excluyente de antijuridicidadintentada acá por la vía de la acción de revisión. Lo cierto es que la declaración de la señora Gómez Gómez muy lejos está de alcanzar esas notas de seriedad, eficaciay fundamento que puedan derrumbar la inamovilidad de la cosa juzgada que reviste la sentencia. Para la Corte, se ha tratado de revivir un debate ampliamente superado a través del decurso normal de las instancias, buscando contraponer el testimonio de María Elena Gómez, como nueva prueba, a los medios probatorios tenidos en cuenta, en conjunto, pór los falladores para condenar a Tovar Mora.

Todo hace concluir que Gómez Gómez no estuvo en el escenario de los hechos se realizó un burdo montaje al presentar esta acción, para hacer incurrir en error a la administración de justicia, circunstancia que –aparte de declarar la improcedencia de la revisión– amerita la compulsación de copias necesarias para que por las autoridades correspondientes se investigue el posible delito en que pudo incurrir la declarante María Elena Gómez Gómez.

Diferida para el momento de resolver de fondo, había quedado la solicitud del abogado en el sentido de otorgar a Tovar Mora la libertad provisional con base en el Art. 241 del C. de P. Penal; sin embargo, debe anotar la Sala la improcedencia de dicho pedimento por la elemental razón de que el presente fallo no va a ordenar la revisión del proceso, cual ya se dejó anotado.

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* la demanda de revisión presentada por el defensor de *Manuel Vicente Tovar Mora*, contra las sentencias proferidas en su contra por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C. y el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad (hoy Juzgado 47° Penal del Circuito), por los delitos de Homicidio y porte ilegal de arma de fuego de uso civil.

2. *Negar* la libertad provisional deprecada por el defensor en favor del condenado Tovar Mora, por la razón anotada.

3. *Ordenar la compulsación de copias* con destino a las autoridades competentes, a fin de que se investigue la posible comisión del delito de Falso Testimonio en que pudo incurrir la señora María Elena Gómez Gómez, conforme se expuso en la parte motiva del presente proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla, Carlos A. Cano Jaramillo, Conjuez, Alvaro Eslava Ayala, Conjuez, Julio Rozo, Conjuez, Eduardo Torres Escallón, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

La competencia que tiene la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de definir solicitudes de cambio de radicación, de un distrito judicial a otro, está limitada a asuntos penales que se tramiten en la etapa del juicio. El artículo 68.8 del C. de P. P., no ofrece dificultad, pues preceptúa que esta corporación conoce: "De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro, durante la etapa de juzgamiento". (resaltado fuera del texto), fase que como se sabe comienza con la ejecutoria de la resolución de acusación (art.444 ib.).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,mayo trece (13) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 47 (mayo 8/97).

Rad. 13070

VISTOS

Se pronuncia la Corte, de plano, en relación con el "cambio de radicación" propuesto por José Vicente Cañas Cardona.

ANTECEDENTES

En escritodirigido a esta Sala,el ciudadano José Vicente Cañas Cardona pide que la corporación ordene "cambio de radicación" de unos procesos que conocen algunos fiscales de la ciudad de Villavicencio, asuntos que identifica de la siguiente manera: "proceso 077 y 1200 y 10005 se encuentran radicados Fiscalía ante el Tribunal oficina 301 Palacio de Justicia de Villavicencio ...proceso penal 0078 que cursa en trámite Fiscal 223 y Fiscal Sexto ante los Tribunales y también el

proceso penal 4146 oficina 305 ante la administración de justicia o patrimonio contra el doctor Juan Fernando Quintero Campo...".

En apoyo de su solicitud, que no aparece derivando del interior de alguno de tales procesos y donde no consta personería sino unas incoherentes pretensiones económicas y que "mi abogado defensor presentó además demanda de constitución parte civil y le fueron vulnerados los derechos...", dice que los funcionarios que conducen las investigaciones "han cometido ... presuntas irregularidades y omisión y fallas a la administración de justicia", anomalías que espera sean remediadas con el "cambio de radicación" que propone. Pide que la Corte se pronuncie sobre su petición, si es competente para éllo, o en su defecto, "envíe la solicitud al señor Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior" (f. 1).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La competencia que tiene la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de definir solicitudes de cambio de radicación, de un distrito judicial a otro, está limitada a asuntos penales que se tramiten en la etapa del juicio. El artículo 68.8 del C. de P. P., no ofrece dificultad, pues preceptúa que esta corporación conoce: "De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro, *durante la etapa de juzgamiento*" (resaltado fuera del texto), fase que como se sabe comienza con la ejecutoria de la resolución de acusación (art.444 ib.).

De la petición formulada por el señor José Vicente Cañas Cardona, se alcanza a inferir que los asuntos a los que confusamente se refiere se encuentran en instrucción, como que están siendo adelantados por fiscales de la ciudad de Villavicencio, luego no es la Corte la llamada a definir el cambio sugerido por el peticionario.

Se abstendrá entonces la Corte de resolver la petición presentada por el actor.

Tampoco resulta procedente, como lo sugiere el peticionario, que su solicitud vaya alTribunal Superior, toda vez que estas corporaciones tampoco tienen competencia para definir el punto, en la etapa en que se deduce se encuentran los eventuales procesos.

En su lugar, el asunto será remitido al señor Fiscal General de la Nación, para los fines que estime pertinente, en atención a la función que a él adscribe el artículo 17.4 de la ley 81 de 1993: "Durante la etapa de instrucción, y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro, mediante

resolución motivada. Contra esta determinación no procederá recurso alguno, pero siempre deberá informarse al agente del Ministerio Público y los demás sujetos procesales".

Además de lo anterior, resalta la competencia nacional de los fiscales delegados o unidades de fiscalía (art. 119 C. de P. P.).

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

RESUELVE

1. Abstenersede resolver la petición de "cambio de radicación" formulada por el ciudadano José Vicente Cañas Cardona, por las razones aducidas en precedencia.

2. Por lo expuesto en las consideraciones anteriores, remítase el asunto al señor Fiscal General de la Nación.

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.

DEMANDA DE CASACION/ NORMA SUSTANCIAL/ NORMA INSTRUMENTAL

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal prevé algunas formalidades exigibles a la demanda de casación, formas que no sólo son mínimas sino teleológicas.Se trata de que el recurso extraordinario busca sólo el sometimiento de los fallos de segunda instancia a la ley, cuando caprichosamente se ha abandonado dicho camino, por medio de causales taxativamente dispuestas, no de propiciar una nueva instancia judicial o un nuevo grado de apelación.Esto por cuanto se presume, en aras de la seguridad jurídica, la legalidad y el acierto de las decisiones de instancia.La formalidad mínima apunta a lograr que la demanda sea un escrito que se baste a sí mismo para justificar el cuestionamiento de la sentencia de grado, pues, de manera diferente, cualquier expresión de agravio valdría para desconocer el fallo y avanzar hacia un nuevo debate, sin parar mientes en la amplitud de las oportunidades ya brindadas en las instancias y en la concreción de una decisión imparcial e independiente de los jueces.

Con razón el numeral 3° de aquel precepto exige que el escrito de demanda exprese "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". *Como las causales de casación son las que expresamente consagra el artículo 220 del C. de P. P., lógicamente la argumentación del recurrente debe partir de la cita fidedigna de la motivación y decisión de la sentencia que infiere violación a la ley sustancial (en el caso de la primera), seguidamente debe evidenciar el sentido y la fundamentación clara y precisa de tal vulneración, y finalmente debe invocar las normas que estima infringidas.*

El recurrente señala los artículos 246, 247, 249 y 254 del Código de Procedimiento Penal y se esfuerza en un estudio para concluir que tales son preceptos sustanciales y que fueron los vulnerados indirectamente por la sentencia cuestionada.De verdad que no podemos fiarnos de la ubicación sistemática de las disposiciones para calificarlas de sustanciales o

meramente instrumentales: pero en el lenguaje jurídico-penal, por regla general, son sustanciales las normas reguladoras de los delitos y sus consecuencias; y, por el contrario, se tienen como instrumentales las normas de derecho procesal penal relativas al método y a las formas de comprobación de aquéllos elementos. De esta manera, si el artículo 246 se refiere a la necesidad de la prueba sobre el hecho punible y la responsabilidad del procesado; el 247 a la certeza objetiva para condenar; el 249 a la imparcialidad del funcionario en el levantamiento y formalización de la prueba; y el 254 al método de la sana crítica para apreciar los médios de convicción, pues indudablemente se trata de preceptos instrumentales y no sustanciales.En cambio, contienen disposiciones sustanciales los artículos 298, 349, 350, 351del C. P. y 1° del Decreto 3664 de 1986 (adoptado por el Decreto 2266/91), que se refieren a los delitos de acceso carnal violento, hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, por los cuales se condenó al procesado, a través de los modos de proceder contemplados en las normas que el censor erróneamente tildó "de evidente e indiscutible contenido y carácter sustantivo".

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

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 50

Rad. 12995

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de sentencia de segundo grado fechada el 19 de septiembre de 1996, declaró que el ciudadano César Camacho Pacheco, Cabo Primero del Ejército Nacional, es autor responsable de un concurso de hechos punibles de *hurto calificado-agravado, acceso carnal violento y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal*, y consecuentemente le impuso la pena principal de cincuenta y cinco (55) meses de prisión.

En relación con este fallo se interpuso recurso extraordinario de casación y el defensor presentó la respectiva demanda.En este proveído, la Sala se ocupará del examen de los requisitos formales del escrito de sustentación de la impugnación, en orden a determinar su admisibilidad, de conformidad con los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Eran aproximadamente las 2 de la mañana del día 26 de junio de 1995, cuando la joven Olga Cecilia Moncada Rojas, de 17 años de edad, y su amigo Héctor Botello Rueda, se desplazaban en sus respectivas motocicletas, y después de haber compartido en una fiesta en el barrio Palmira del municipio santandereano de Barrancabermeja, se dirigieron al barrio El Cerro donde dejaron a otros dos de los participantes en el jolgorio; de regreso, concretamente en el conocido sitio de "La Planada del Cerro", los dos paseantes estacionaron momentáneamente sus automotores, con el ánimo de despedirse y continuar hacia sus respectivas residencias, pero de pronto apareció por detrás un individuo de color negro, los amenazó con un arma de fuego corta, obligó a la dama a que le entregara dos (2) cadenas de oro, una de ellas con un dije negro en forma de corazón, una pulsera y un anillo de piedra blanca; seguidamente, el asaltante utilizó el mismo instrumento peligroso para hacer retirar del lugar al joven *Botello Rueda*, so pena de hacerle daño, y a la vez intimidó a la dama para que pusiera en marcha su vehículo con él de pasajero.Más adelante, el agresor obligó a la dama a desviar la carretera, la hizo despojar de su ropa y la accedió carnalmente en contra de su voluntad.

Mas ocurre que el 30 de junio siguiente, cuatro días después del abominable agravio, *Olga Cecilia* se desplazaba con su señora madre, *Rosario Rojas Rodríguez*, por la zona comercial de la mencionada población, cuando providencialmente advirtió en una de las prenderías del sector a un sujeto que se le pareció a su detractor, se acercó y constató que dicho individuo tenía similares rasgos físicos, llevaba puestos el anillo, una de las cadenas y el dije que le había arrebatado aquella infortunada noche, y coincidían también la voz y el perfume que le había detectado al agresor.Con esta caracterización, la agraviada se dirigió a unos integrantes de la Policía Nacional que atendieron su caso, quienes solícitamente requirieron al señalado, el cual se les identificó como *César Camacho Pacheco*, miembro activo del Ejército Nacional radicado en la base militar denominada El Centro de esa localidad, y le incautaron las joyas.

El imputado *Camacho Pacheco* fue vinculado al proceso por medio de indagatoria y se le impuso medida de aseguramiento, por el concurso de delitos de hurto calificado-agravado, acceso carnal violento y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, decisión que adoptó la Fiscal Veintisiete Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Barrancabermejay que está fechada el 9 de julio de 1995 (fs. 22 y 51). La instructora cerró formalmente la investigación en la resolución del 25 de septiembre siguiente, decisión que mantuvo después de atender el recurso de reposición interpuesto por el defensor, y calificó el mérito sumarial por medio de providencia fechada el 31 de octubre, oportunidad en la cual se acusó al procesado por los tres (3) delitos ya mencionados (fs. 131, 139 y 163).

Iniciada la fase del juicio por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, se practicaron algunas pruebas solicitadas por la defensa,se realizó la audiencia pública y se dictó la sentencia de primera instancia, fechada el 16 de mayo de 1996, por cuyo medio el fallador condenó al procesado *Camacho Pacheco* a la pena principal de cincuenta y cinco (55) meses de prisión, como autor responsable de los hechos punibles de hurto calificado-agravado, acceso carnal violento y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal; además le impuso al responsable la interdicción de derechos y funciones públicas, por igual período al de la privación de la libertad, y la pérdida del empleo público u oficial, como sanción accesoria; se ordenó también el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales en cuantía de quince (15) y cuarenta (40) gramos oro, respectivamente, en favor de la afectada Olga Cecilia Moncada Rojas; y finalmente le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional. (fs. 190, 197, 262 y 267).

Para desatar la apelación propuesta por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió el fallo de segunda instancia ya reseñado, por medio del cual confirma integralmente el de primer grado, decisión que es objeto ahora del recurso extraordinario de casación.

RESUMEN DE LA DEMANDA

El actor enuncia cuatro (4) cargos en contra de la sentencia atacada, tres (3) de ellos referidos a la violación indirecta de la ley sustancial (causal primera), según el contenido de la demanda, y el último atinente a un vicio de nulidad que afecta el proceso dentro del cual se dictó el fallo cuestionado (causal tercera).En abstracto plantea las censuras del siguiente modo:

1. Dice que se han violado *indirectamente* los artículos 246, 247, 249 y 254 del Código de Procedimiento Penal, *normas todas de derecho penal sustancial*, ya que el sentenciador ignoró la existencia de la indagatoria de *César Camacho Pacheco* y los testimonios de *Arcadio Pulgarín Zapata, Javier Antonio Gómez Herrán, Rigoberto Salazar Rodríguez, Reinel Vargas Prada, Esperanza Rivera Gómez, Yoledis Valenzuela Medina y Leda Lemos Escobar*, medios de prueba que *analizados en conjunto* señalan que el procesado, a la hora en que supuestamente ocurrían los hechos investigados, se hallaba en lugar diferente y en compañía de otras personas.

Por obra del desconocimiento de estas pruebas, el Tribunal condenó al acusado, "cuando lo que se imponía con base en las pruebas legal, regular y oportunamente aportadas al proceso, una vez analizadas ellas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, era la absolución en favor de *César Camacho Pacheco*".

Los restantes cargos se formulan de manera subsidiaria, y con el siguiente tenor:

2. Se afirma que la sentencia de segunda instancia supuso la existencia de prueba que demostraba el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, delito presuntamente realizado por *Camacho Pacheco* en la madrugada del día 26 de junio de 1995, actitud por cuyo medio se viola la materia reglada en los artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, "*normas, éstas, de evidente contenido y carácter sustantivo*", error que inexorablemente condujo a que se profiriera una condena por un delito respecto del cual en realidad no se recaudó la prueba necesaria en el proceso.

En efecto, según el impugnante, no se probó, por medio del experticio correspondiente, si el arma que presuntamente portaba de manera ilícita el señor *Camacho Pacheco*, el día de los hechos, era en realidad un arma de fuego; tampoco se estableció que tal instrumento fuera el mismo que se le decomisó el día de la captura; además, resulta claro que los aspectos objetivos o materiales de los delitos, especialmente aquéllos que exigen la prueba técnica, no pueden ser establecidos a través de prueba indiciaria, pues tal procedimiento jamás conduce a la certeza del hecho como presupuesto para proferir sentencia condenatoria.

La suposición de dicha prueba es tanto más grave cuanto que también comportaría un doble procesamiento por el mismo delito, lo cual se traduce en una nulidad por violación al debido proceso, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política y el numeral 2° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

3. El tercer reparo, que también se acomoda por el actor en la violación indirecta de la ley sustancial, se refiere a la ampliación del dictamen pericial rendido por el señor David Pontón Martínez, el cual, según palabras del recurrente, se distorsionó en su sentido por el fallador, en la medida en que éste puso en labios del auxiliar de la justicia una conclusión a la cual él nunca llegó. En efecto, se trataba de examinar la correspondencia de un accesorio en forma de ramita con una de las joyas incautadas,pues aquél se había aportado tardíamente por la madre de la señorita *Olga Cecilia Moncada Rojas*, quien pretextaba que la figurita se había zafado antes del cuerpo de la alhaja, pero, no obstante que el perito manifestó sus dudas, el fallador afirmó que el colaborador no vaciló para decir que esa pequeña parte sí se ajustaba a una de las prendas de oro decomisadas a *César Camacho Pacheco*, alteración ésta que propició también la equívoca conclusión de que el procesado no sólo era el autor del hurto sino también de los otros dos delitos imputados.

No sólo son erróneas estas dos deducciones del sentenciador, continúa el impugnante, sino que es igualmente errática *"la valoración que del peritazgo del señor David Pontón Martínez hizo el Ad-quem..."*. Antes de esta observación, el actor había indicado que a dicho experticio no se le dispensó el traslado que ordena el numeral 2° del artículo 270 del Estatuto Procesal Penal, y que al perito se le puso de presente un elemento adicional que no había apreciado en el primer examen.

El yerro referente al dictamen, según lo cree el recurrente, dejó al descubierto que las pruebas en este proceso se orientaron deliberadamente a demostrar la responsabilidad del procesado, sin importar que habían medios de convicción a su favor o que por lo menos generaban duda, razón por la cual se violó flagrantemente el artículo 249 del ordenamiento procesal penal.

4. El último cargo tiene que ver con una serie de irregularidades que presuntamente afectaron el debido proceso y que también violaron el derecho de defensa del acusado.Reseña en este acápite las siguientes anomalías:

4.1 Se dejó de recibir el testimonio del suboficial *Fernando Barrios Oliveros*, persona que acompañaba al procesado entre la noche del 25 y el amanecer del 26 de junio, para ver de comprobar que éste no abandonó el lugar en el que pernoctaban.

4.2 El fiscal instructor no practicó algunas pruebas de importancia ordenadas por su superior funcional, por el contrario se precipitó a cerrar la instrucción, pruebas que sin duda, al momento de calificar el mérito del sumario, hubieran conducido a una resolución de preclusión de la investigación.

4.3 El instructor de primer grado no cumplió en debida forma los traslados de que trata el artículo 196 A del Código de Procedimiento Penal, en relación con las apelaciones interpuestas por la defensa, pues siempre contabilizó dentro del término el mismo día en que se dejaba la respectiva constancia secretarial. El mismo yerro se presentó al computar el lapso de ejecutoria de la resolución de acusación.

4.4 Destaca como última irregularidad la ausencia de traslado de la ampliación del dictamen que hizo el señor *David Pontón Martínez*, ritualidad indispensable en esta clase de actuaciones, pues tal omisión obstaculizó el ejercicio de la controversia y la defensa.

Consideraciones

A pesar del esfuerzo de organización que se advierte en la demanda, orientado a hacer una presentación aparentemente separada de los cargos y que trata de deslindar lo que se objeta de lo que se pide, también se capta como nota

predominante la falta de referencia a los contenidos de motivación concreta de la sentencia impugnada, pues toda la inconformidad se centra en las conclusiones del fallo, omisión que definitivamente impide el surgimiento de las condiciones para el contradictorio propio de la casación.

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal prevé algunas formalidades exigibles a la demanda de casación, formas que no sólo son mínimas sino teleológicas. Se trata de que el recurso extraordinario busca sólo el sometimiento de los fallos de segunda instancia a la ley, cuando caprichosamente se ha abandonado dicho camino, por medio de causales taxativamente dispuestas, no de propiciar una nueva instancia judicial o un nuevo grado de apelación. Esto por cuanto se presume, en aras de la seguridad jurídica, la legalidad y el acierto de las decisiones de instancia. La formalidad mínima apunta a lograr que la demanda sea un escrito que se baste a sí mismo para justificar el cuestionamiento de la sentencia de grado, pues, de manera diferente, cualquier expresión de agravio valdría para desconocer el fallo y avanzar hacia un nuevo debate, sin parar mientes en la amplitud de las oportunidades ya brindadas en las instancias y en la concreción de una decisión imparcial e independiente de los jueces.

Con razón el numeral 3° de aquel precepto exige que el escrito de demanda exprese "*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*".Como las causales de casación son las que expresamente consagra el artículo 220 del C. de P. P., lógicamente la argumentación del recurrente debe partir de la cita fidedigna de la motivación y decisión de la sentencia que infiere violación a la ley sustancial (en el caso de la primera), seguidamente debe evidenciar el sentido y la fundamentación clara y precisa de tal vulneración, y finalmente debe invocar las normas que estima infringidas.

En este orden de ideas, nótese que el escrito de impugnación simplemente menciona las aplicaciones que el demandante entiende que corresponden, pero no trae a colación las que motivadamente hizo el fallador en la sentencia. Así entonces, por el contenido de la demanda, se insinúa que el tribunal ignoró algunas pruebas, pero no se sabe cómo se las arregló el juzgador para llegar a una sentencia condenatoria y dónde radica la equivocidad de esta última actitud. Se afirma que la segunda instancia supuso la prueba del hecho punible de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, solamente porque se impuso la condena por este delito, pero no se expresa cuáles fueron los medios de convicción imaginados por el fallador o cuál fue la estimación probatoria de éste sobre el particular. Se sostiene que hubo distorsión del sentido del dictamen pericial rendido por el señor *David Pontón Martínez*, supuestamente porque el sentenciador extrajo una conclusión no expuesta por el mismo, mas no se ofrece el contenido integral de la experticia

y el contexto en el cual surgió esa deducción del tribunal.Finalmente, el impugnante repara que no se allegó el testimonio del suboficial *Fernando Barrios Oliveros*, pero no se aclara si la prueba fue negada frontalmente por el funcionario judicial, a pesar de haberla solicitado; o si se decretó pero no se hizo ningún esfuerzo por practicarla.

Es decir, con el fin de conformar los pares dialécticos que supone cualquier disputa seria, a la Corte le interesa conocer el pensamiento del abogado sobre los distintos temas atacados, pero éste, por principio de razón suficiente, debe ofrecer en concreto y de manera completa lo que hizo o dejó de hacer el fallador sobre cada una de esas inquietudes, pues, si así no se hace, se carece de términos objetivos de comparación.

Ahora bien, si se repudia la ignorancia de algunas pruebas importantes por parte del fallador, debe demostrarse también la influencia de tales medios en el resultado final.No hasta afirmar que, de haberse considerado tales elementos, la sentencia sin duda hubiese sido de carácter absolutorio, pues la suficiencia del reproche sólo se alcanza con el miramiento cabal de las consideraciones del fallador.Igual falencia se advierte en los demás cargos, dado que siempre se enuncia el error de suposición de pruebas, de distorsión de otras, o la no práctica de las referenciadas por la defensa, y se les adjudican consecuencias aisladamente consideradas, pero ni siquiera se intenta una comprobación en relación con el conjunto probatorio o con la dinámica de todo el proceso.Falta entonces la demostración de la trascendencia de las acciones o de la omisiones presuntamente equívocas del fallador.

OTRAS OBSERVACIONES

Además de las señaladas carencias que inciden negativamente en la cabalidad y coherencia del escrito, conviene destacar otras incongruencias de cada cargo en particular, así:

1. La demanda despunta con la queja de que el juzgador ignoró la existencia de varios medios de prueba, pero en el desarrollo de la censura matiza el juicio de reproche con señalamientos tales como "*... que del análisis conjunto de todas ellas se establecen circunstancias de hecho diferentes a las obtenidas del análisis de las pruebas de cargo...*"; o que "*... es evidente que no hubo imparcialidad en la búsqueda de la prueba que pudiera favorecer la situación jurídica del procesado...*"; y finalmente que "*...lo que se imponía con base en las pruebas legal, regular y oportunamente aportadas al proceso, una vez analizadas ellas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, era la absolución en favor de César Camacho Pacheco*" (FS. 49 Y 50).

La perplejidad es evidente. No es fácil comprender si el yerro consiste en haber omitido la apreciación de aquellos medios de convicción (*falso juicio de existencia*), o si lo reprochable es la falta absoluta de análisis racional y conjunto de la prueba (*error de valoración como falso juicio de identidad*), o si definitivamente esas pruebas de descargo ni siquiera llegaron al expediente por quebrantamiento del deber de imparcialidad e investigación integral que concierne al funcionario judicial (*nulidad por afectación del debido proceso y del derecho a la defensa*). Esta confusión es fatal, si se tiene en cuenta que en la sustentación de una sola causal de casación (*violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho denominado falso juicio de existencia*), se mezclan indebidamente argumentaciones que pertenecen a distintos motivos de impugnación (causal tercera) o a otras facetas del error que ya no tocan directamente con la materialidad del medio probatorio sino con su evaluación crítica, señales éstas que en sede de casación demandan diversas justificaciones. Porque, al fin y al cabo, la pregunta es obvia: ¿se estimaron o no se estimaron los medios probatorios señalados?; o quiere significar el censor que sí se apreciaron tales pruebas desincriminatorias, pero arbitrariamente no se atendió lo que con ellas se pretendía infundir?

Algo más: si la inconformidad radica en una discrepancia con la valoración probatoria hecha por el juez, debe advertirse que la certeza o la duda no emergen de una sola línea probatoria, sino del examen conjunto de las pruebas de cargo y de descargo, y las primeras fueron ignoradas por el demandante en sus juicios de valor. A este propósito conviene reiterar que no basta verificar en el proceso la existencia de dos grupos de prueba con señalamientos o contenidos contrarios para que de una vez se imponga el *in dubio pro reo*; se requiere la evaluación crítica de cada una de las unidades de información (pruebas), la cual desemboca en la asignación separada de un valor singular y un peso; pero además finalmente debe integrarse la información sopesada en un juicio específico de certeza o de mera probabilidad sobre el hecho y la responsabilidad del acusado (C. P. P., art. 254).

2. En lo que atañe al porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, además del vacío que se advierte porque no se sabe cuál fue la prueba que no obraba en el proceso pero que supuso el fallador, el demandante incursiona en el campo de la incoherencia cuando señala que "*...el Ad-quem creyó haber demostrado la existencia del supuesto porte ilegal de arma de fuego de defensa personal correspondiente a la madrugada del 26 de junio de 1995, con la prueba que demostraba la supuesta existencia del porte ilegal de arma de fuego correspondiente al día 30 del mismo mes y año, lo cual fue hecho mediante proceso indiciario pues mediante inferencia lógica vino a concluirse que el arma retenida a César Camacho Pacheco el día en que éste fuera aprehendido era la misma que él supuestamente portaba el 26 de junio de*

1995...". La contradicción en el ataque es visible, pues primero se quiere significar que el juzgador inventó las pruebas sobre ese específico hecho punible (*falso juicio de existencia*), pero en el desarrollo de la censura se evidencia es el desagrado con el valor y los alcances que el sentenciador le otorgó a cierta prueba indiciaria (*erróneo juicio de valoración*).

De verdad que los equívocos términos de la demanda ponen al examinador en dos extremos irreconciliables para la técnica de la casación:el fallador imaginó toda la prueba sobre el porte ilegal de arma de fuego, caso en el cual sería procedente la infirmación por la vía de la violación indirecta, por falso juicio de existencia, o fue que directamente se dictó la sentencia sin existir la prueba meritoria de respaldo, evento en el cual habría que discutir la influencia de la duda que, según sus matices y determinaciones en el proceso, podría canalizarse bien por la vio ación directa o ora por la transgresión indirecta de la ley sustancial.

Y el punto de preocupación es más etéreo aún cuando el impugnante avanza en la reivindicación de la prueba técnica, único medio conducente para establecer la materialidad del delito de porte ilegal, según sus expresiones escritas, en lugar de la prueba indiciaria capitalizada por el juzgador. Aquí ya da la impresión de que sí existían medios de convicción, y entonces no pudo haberlos presumido el sentenciador, pero ahora se enrarece la controversia con el tema de la conducencia de la prueba.

3. En relación con el peritazgo suministrado por el señor *David Pontón Martínez*, el censor después de indicar un presunto falseamiento de sus expresiones fácticas (*falso juicio de identidad*), pasa a echar de menos el traslado dispuesto en el numeral 2° del artículo 270 del C. de P. P. Esta última observación sugiere que se admitió y se le dio valor a una prueba irregularmente aportada al proceso, anomalía que sólo podría discutirse en el plano de la violación indirecta por error de derecho, cuya modalidad es el falso juicio de legalidad.Sobre todo, porque el dilema para el impugante es recio: le sirve el dictamen siempre y cuando no se tergiverse el sentido de sus conclusiones; o dicha prueba ni siquiera puede estimarse por precariedades en su rituación formal?

4. En el último reparo hecho a la sentencia se aduce nuevamente la ausencia del traslado del dictamen pericial mencionado, ahora como causal de nulidad, pero el antitecnicismo salta de bulto al determinar que aquella irregularidad debe ventilarse por el primer motivo de casación (violación indirecta por error de derecho) y no por el tercero (nulidad). En efecto, si bien una omisión de tal clase, en principio, se refleja en la regularidad del rito de la prueba, el error trascendental y determinante radicaría en que el juez finalmente aprecie y le adjudique valor a un medio de convicción que debió desestimar.

En este mismo ítem de la nulidad propuesta, la formulación también es incompleta, porque no se indica en concreto cuál fue el perjuicio que sufrió la parte por el pregonado recorte de los términos de traslado para impugnar y para declarar la ejecutoria de la resolución de acusación, conforme con el numeral 2° del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, pues apenas se dice, en abstracto, que se ha violado el debido proceso y la garantía de defensa.

Y una observación final: el recurrente señala los artículos 246, 247, 249 y 254 del Código de Procedimiento Penal y se esfuerza en un estudio para concluir que tales son preceptos sustanciales y que fueron los vulnerados indirectamente por la sentencia cuestionada. De verdad que no podemos fiarnos de la ubicación sistemática de las disposiciones para calificarlas de sustanciales o meramente instrumentales; pero en el lenguaje jurídico-penal, por regla general, son *sustanciales* las normas reguladoras de los delitos y sus consecuencias; y, por el contrario, se tienen como *instrumentales* las normas de derecho procesal penal relativas al método y a las formas de comprobación de aquéllos elementos. De esta manera, si el artículo 246 se refiere a la necesidad de la prueba sobre el hecho punible y la responsabilidad del procesado; el 247 a la certeza objetiva para condenar; el 249 a la imparcialidad del funcionario en el levantamiento y formalización de la prueba; y el 254 al método de la sana crítica para apreciar los medios de convicción, pues indudablemente se trata de preceptos instrumentales y no sustanciales. En cambio, contienen disposiciones sustanciales los artículos 298, 349, 350, 351 del C. P. y 1° del Decreto 3664 de 1986 (adoptado por el Decreto 2266/91), que se refieren a los delitos de *acceso carnal violento, hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*, por los cuales se condenó al procesado, a través de los modos de proceder contemplados en las normas que el censor erróneamente tildó "*de evidente e indiscutible contenido y carácter sustantivo*".

De modo que, a manera de conclusión, no es posible el conocimiento de la Corte cuando el demandante apenas presenta su perspectiva de las cosas pero se reserva las motivaciones del fallo atacado (falta a la razón suficiente); no procede un examen de fondo de una demanda cuya fundamentación proviene de meras reflexiones teóricas y no de constataciones empíricas en el proceso y en la sentencia atacada; y no ha lugar a cuestionar el fallo del tribunal sin demostrar mínimamente la trascendencia de los errores *in iudicando o in procedendo* para cambiar su sentido condenatorio por el absolutorio. En virtud de estos notorios vacíos, se inadmitirá de plano la demanda y, consecuencialmente, se declarará desierto el recurso extraordinario ya concedido por el tribunal.

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 César Camacho Pacheco. En consecuencia, se declara desierto el recurso antes interpuesto por el sentenciado y concedido por el Tribunal.

De conformidad con los artículo 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, esta decisión es inimpugnable.

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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MINISTERIO PUBLICO/ PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION

Es cierto que de conformidad con el mandato constitucional y el consiguiente desarrollo legal, el Ministerio Público en el proceso penal tiene el referido carácter de sujeto procesal, no obstante, esta calidad de suyo no lo está facultando para que respecto a él no procedan las reglas procedimentales previamente establecidas para todos y cada uno de los sujetos procesales que en él participan, pues se debe entender que las facultades que le reconoce la norma superior en el sentido de "Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales", en ninguna forma elimina las exigencias y ritos establecidos por la Constitución o la ley para cada proceso, ya que por el contrario, la referida norma constitucional posibilita su intervención para que pueda actuar "en los procesos", lo que da como supuesto la existencia de una previa regulación procedimental a la cual debe someterse.

Así, siendo que para efectos de la interposición del recurso extraordinario de casación, el C. de P.P. dispone en el art. 221, que cuando "este tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria", el impugnante "deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos", al atacar el Procurador Judicial el fallo del Tribunal sólo en relación con los perjuicios a que fue condenada (...), en calidad de tercero civilmente responsable, la procedibilidad del recurso está sometida a la cuantía para recurrir, como a cualquiera de los demás sujetos procesales, pues siendo esta una causal de procedibilidad del recurso, sólo cumpliéndola es que puede ejercitar las funciones constitucionales del precitado art. 277.7, en la medida en que su amplitud hace referencia a la posibilidad de intervenir en favor o en contra de cualquiera de las demás partes, trátase de una persona natural o jurídica, de la sociedad o del Estado, en defensa del ordenamiento jurídico, del

patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales que les puedan haber sido afectados.

De no ser esta la interpretación que corresponde a las normas que regulan la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, habría que convenir en una incomprensible excepción constitucional a los derechos que la misma Carta consagra, básicamente al de igualdad predicable en estos casos de todas las partes que intervienen en el proceso, pues lo contrario implicaría reconocer que en un proceso en el cual no procede el recurso de casación, todos los demás sujetos procesales exceptuando el Ministerio Público quedarían sin posibilidad de interponerlo y por ende, de ejercer el derecho de defensa, lo cual no resulta realmente admisible en un Estado de derecho social y democrático

Es que el Ministerio Público no puede ser entendido como un sujeto procesal privilegiado, en el sentido de que a él no le sean aplicables los principios constitucionales y legales que rigen el procedimiento, pues precisamente al actuar en defensa del orden jurídico mal podría desconocerlo, así luego de afirmar que está interviniendo en defensa específica de determinados intereses particulares, acto seguido y tratando de justificar por otra vía su intervención aduzca que está "representando a la sociedad", pues tampoco en estas condiciones le sería viable interponer casación en relación con los perjuicios, si dada su cuantía no procede el recurso.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1.997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado Acta No.50

Rad. 9934

VISTOS

Proferida por el Tribunal Superior de Ibagué la sentencia de segunda instancia del 30 de julio de 1.994, por medio de la cual condenó a Guillermo Alfonso Ramírez por el delito de homicidio culposo, a las penas principales de dos (2) años de prisión, multa de 5.000 pesos y suspensión en el ejercicio de conducción de vehículos por un (1) año, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y a pagar solidariamente con Luz Betty Alfonso Ramírez, como tercero civilmente responsable, 500 y 100

gramos oro por perjuicios materiales y morales respectivamente, el Procurador Judicial en lo Penal 103 la ha recurrido en casación con el fin de que se decrete su nulidad parcial, en cuanto se refiere a la condena del tercero civilmente responsable por violación al derecho de defensa.

Concedido el recurso por el Tribunal y cumplido el trámite casacional, al advertir la Corte la improcedibilidad de que adolece la impugnación impetrada, que la imposibilita para decidir de fondo sobre la demanda, procede a pronunciarse al respecto.

CONSIDERACIONES

1o. Por considerar el representante del Ministerio Público que al haberse vinculado al tercero civilmente responsable una vez surtido el trámite del art. 446 del C. de P.P., esto es, cuando estaba próxima la celebración de la audiencia pública y el inmediato proferimiento del fallo correspondiente, se le vulneró el derecho de defensa, por cuanto careció de oportunidad procesal para ejercerlo, impetra la casación parcial de la sentencia de segundo grado, advirtiendo que si bien "el tercero civilmente responsable representa un interés privado del cual no puede ser sustancialmente su personero, como representante de la sociedad", ha decidido recurrir en casación en defensa de este sujeto procesal "en ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución y la Ley cuya vocería ostento en una recta y sana administración de justicia...".

2o. Ha entendido entonces el Procurador Judicial, al igual que el Tribunal al conceder este extraordinario recurso, que el solo hecho de representar al Ministerio Público lo está legitimando para que frente a él no operen los límites de procedibilidad que impone la ley a esta clase de impugnación, incurriendo incuestionablemente en una evidente confusión conceptual en punto del ejercicio de sus funciones respecto del proceso penal y específicamente como sujeto procesal que es en esta clase de acciones por mandato del art. 277.7 de la Carta Política y del art. 85 de la Ley 201 de 1.995.

3o. En efecto, es cierto que de conformidad con el mandato constitucional y el consiguiente desarrollo legal, el Ministerio Público en el proceso penal tiene el referido carácter de sujeto procesal, no obstante, esta calidad de suyo no lo está facultando para que respecto a él no procedan las reglas procedimentales previamente establecidas para todos y cada uno de los sujetos procesales que en él participan, pues se debe entender que las facultades que le reconoce la norma superior en el sentido de "Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales", en ninguna

forma elimina las exigencias y ritos establecidos por la Constitución o la ley para cada proceso, ya que por el contrario, la referida norma constitucional posibilita su intervención para que pueda actuar "en los procesos", lo que da como supuesto la existencia de una previa regulación procedimental a la cual debe someterse.

4o. Así, siendo que para efectos de la interposición del recurso extraordinario de casación, el C. de P.P. dispone en el art. 221, que cuando "este tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria", el impugnante "deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos", al atacar el Procurador Judicial el fallo del Tribunal sólo en relación con los perjuicios a que fue condenada Luz Betty Alfonso Ramírez, en calidad de tercero civilmente responsable, la procedibilidad del recurso está sometida a la cuantía para recurrir, como a cualquiera de los demás sujetos procesales, pues siendo esta una causal de procedibilidad del recurso, sólo cumpliéndola es que puede ejercitar las funciones constitucionales del precitado art. 277.7, en la medida en que su amplitud hace referencia a la posibilidad de intervenir en favor o en contra de cualquiera de las demás partes, trátase de una persona natural o jurídica, de la sociedad o del Estado, en defensa del ordenamiento jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales que les puedan haber sido afectados.

5o. De no ser esta la interpretación que corresponde a las normas que regulan la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, habría que convenir en una incomprensible excepción constitucional a los derechos que la misma Carta consagra, básicamente al de igualdad predicable en estos casos de todas las partes que intervienen en el proceso, pues lo contrario implicaría reconocer que en un proceso en el cual no procede el recurso de casación, todos los demás sujetos procesales exceptuando el Ministerio Público quedarían sin posibilidad de interponerlo y por ende, de ejercer el derecho de defensa; lo cual no resulta realmente admisible en un Estado de derecho social y democrático.

6o. Es que el Ministerio Público no puede ser entendido como un sujeto procesal privilegiado, en el sentido de que a él no le sean aplicables los principios constitucionales y legales que rigen el procedimiento, pues precisamente al actuar en defensa del orden jurídico mal podría desconocerlo, así luego de afirmar que está interviniendo en defensa específica de determinados intereses particulares, acto seguido y tratando de justificar por otra vía su intervención aduzca que está "representando a la sociedad", pues tampoco en estas condiciones le sería viable interponer casación en relación con los perjuicios, si dada su cuantía no procede el recurso.

7o. En estas condiciones, se tiene que la señora Alfonso Ramírez fue condenada por el Tribunal Superior de Ibagué al pago solidario junto con el procesado Guillermo Alfonso Ramírez, de los perjuicios materiales y morales ocasionados con el delito, en cuantía equivalente a 500 y 100 gramos oro y, siendo que la sentencia fue proferida el 30 de junio de 1994, cuando el gramo oro tenía un valor de 10.663.10 pesos, el valor total de la condena en perjuicios sería de 6'397.860.oo pesos, suma esta inferior a la cuantía para recurrir, que para esa fecha era de 27'440.000.oo pesos, careciendo por ende de interés económico para recurrir tanto el Ministerio Público por las razones ya expuestas, como igualmente lo habría sido la propia afectada, el acreedor solidario, la parte civil, si hubiesen pretendido atacar el fallo en lo referente a la indemnización de perjuicios exclusivamente.

Así las cosas, se impone declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto proferido el 3 de agosto de 1.994, por medio del cual el Tribunal Superior de Ibagué concedió al Procurador Judicial en lo Penal 103 el recurso extraordinario de casación.

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

RESUELVE

Declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto proferido el 3 de agosto de 1.994, por medio del cual el Tribunal Superior de Ibagué concedió el recurso extraordinario de casación, quedando en firme el fallo impugnado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de orígen.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ERROR DE HECHO

Ya en varias oportunidades se ha sostenido que el ataque en casación respecto de la valoración probatoria, cuando se han desconocido las reglas de lasana crítica haciendo prevalecer el capricho del juzgador en una forma grosera, debe hacerse por motivo de la violación indirecta de la ley, por error de hecho por falso juicio de identidad, como quedó sentado en el fallo del 13 de febrero de 1995, con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar, así:

"...alegar el error de hecho resulta válido si se mira que todo apartamiento o tradición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas".

Este criterio también fue reiterado por la Sala en fallo del 12 de septiembre del año anterior, que precisó que si el casacionista "quería demostrar que el juzgador, en forma flagrante ostensible y manifiesta desconoció las reglas de la experiencia, lógica y ciencia (sana crítica) para la obtención del conocimiento y la certeza, también le era necesario acudir a la vía del error de hecho por falso juicio de identidad" (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

El error de hecho pertenece a una de las formas del motivo de violación indirecta de la ley, mientras que el falso juicio de convicción, corresponde a uno de los sentidos del error de derecho, que también pertenece al motivo de la violación indirecta, pero a diferencia del primero, implica el desconocimiento de la disposición legal que le asigna a la prueba determinado valor, lo cual sería posible dentro de un sistema tarifado, y por supuesto, a ellos no pertenece por reglageneral el nuestro.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos A. Gálvez Argote.*

Proceso No. 12436.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre los requisitos formales de la demanda presentada por el defensor de Juan Carlos Bernal Ortegón, sustentatoria del recurso de casación interpuesto por éste, contra la sentencia proferida el 7 de junio de 1996 por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de la cual confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 24 Penal del Circuito de la misma ciudad, en la que se condenó a este procesado a la pena principal de 26 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los perjuicios, como autor del delito de homicidio y absolvió a Carlos Alberto Tarazona, de los cargos que en igual sentido le fueron formulados en la resolución acusatoria.

HECHOS

El Tribunal los resumió de la siguiente manera:

"El hecho sucedido el 23 de diciembre de 1994 hacia las nueve y treinta de la noche, aproximadamente, cuando en un barrio céntrico de esta capital; colisionó el campero conducido por Ricardo Navia Ramos y el automóvil conducido por Mario de Jesús Castrillón, quien se encontraba embriagado. Luego del intercambio de reclamos, los conductores permanecieron a la espera de que las autoridades hiciesen presencia, momentos en los cuales se aproximaron unos mozalbetes, quienes procedieron a increpar al conductor del automóvil, esgrimiendo éste un machete, del cual fue despojado, para luego recibir una herida con arma cortopunzante a la altura del corazón, que le causó la muerte casi instantáneamente". El individuo que causó la lesión mortal fue identificado como Juan Carlos Bernal Ortegón.

LA DEMANDA

Cargo unico

Amparándose en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, acusa el demandante el fallo impugnado de violar indirectamente la ley sustancial por "error de hecho derivado de un falso juicio de convicción" que califica de "notorio o manifiesto", pues incidió en la alta condena impuesta al procesado.

Acto seguido, y a manera de aclaración, refiere que el ataque de casación sobre los yerros en la aplicación de las reglas de la sana crítica pertenece al error de

hecho, el cual se presenta cuando el sentenciador "otorga a la prueba un sentido que no contiene por exceso en la valoración".

En la demostración del cargo, hace consistir el yerro del jugador en "desconocimiento" del artículo 60 del C.P. cuyos elementos fueron lacónicamente analizados, como lo demuestra con la reproducción pertinente del aparte en el que la sentencia escarta que la conducta del procesado hubiese sido motivada por una provocación grave e injusta, de lo cual deduce el casacionista una "desfiguración", habida cuenta lo que el testigo Navia manifestó fue que "... y empezaron a alegar y él sacó del vehículo una peinilla..." y no que "ellos fueron los que maltrataron al ovitado (sic), como lo sostiene el Magistrado.

Tal testimonio entonces, agrega, fue sobrevalorado porque en la diligencia de audiencia pública tal declarante menciona a un joven de nombre Carlos a quien le decían el gomelo y que es confundido por el procesado como familiar de Navia "y que deja ver que al parece (sic) sí estaba con sus hijas", confirmándose así la razón de la intervención de Bernal Ortegón en el reclamo sobre el pago de los daños.

Igualmente, señala que si bien los jóvenes llegaron utilizando malas palabras ello no puede entenderse como un acto provocador, como sí lo fue la actitud de Mario de Jesús Castrillón, quien no obstante haber provocado la colisión, estrelló contra su vehículo un machete, acto sobre el que "admite la defensa que efectivamente al desarmar al agresor pierde vigencia el peligro grave e inminente, y que lleva a Juan Carlos Bernal a que su voluntad sucumba y a defenderse no por maldad moral, bajeza, sino impulsado por la fuerza avasalladora de la emoción que fulmina la razón, la ofensa inferida por la víctima viene a ser causa racional de la determinación del delito y causa fundamental de la determinación del medio, hech que olvidó analizar el sentenciador de segunda instancia porque sobrevaloró el comportamiento de la hoy víctima".

Por el contrario, afirma que en el proceso se demostró que el delito fue determinado por el comportamiento de la propia víctima, concluyendo igualmente que el Tribunal desfiguró la prueba, pues el procesado actuó en estado de ira.

Termina entonces, advirtiendo a la Corte:

"Con el respeto que los integrantes de nuestro Máximo Tribunal se merece, hay que predicar por los modestos profesionales del derecho, que no se compadece que se diga que cuando la causal de casación que se invoca tiene que ver con la valoración de la prueba que le dio el sentenciador en tales evento (sic) el recurso de casación no procede, ya que sería convalidar muchas veces a los excesos que puedan cometer los sentenciadores (sean de primer o segundo grado) ya que las

sentencias no están fundamentadas al arbitrio de los sentenciadores, sinó que deben responder a lo que que en el proceso se pruebe, es decir, que ante tales desmanes, no queda otro camino que el recurso de casación como única alternativa de corregir tales yerro (sic).

Así, solicita a la Sala, se case la sentencia por estar demostrada la violación indirecta de la ley por error de hecho derivado de un falso juicio de convicción y concurrir los requisitos del artículo 60 del C.P.

CONSIDERACIONES

1. La demanda presentada por el defensor del procesado no reúne los requisitos de precisión y claridad que exige el artículo 225.3 del C.P.P. para la formulación del reproche y su consiguiente demostración, pues aunque advierte conocer la jurisprudencia de la Sala respecto al ataque de casación cuado el fallador ha desconocido las reglas de la sana crítica, la sui generis formulación que de la censura hace el libelista, pone en evidencia su confusión, no sólo sobre los presupuestos teóricos de la forma de violación indirecta y sus sentidos, sino también, la comprensión práctica de los pronunciamientos de la Sala sobre el tema propuesto.

2. En efecto, ya que en varias oportunidades se ha sostenido que el ataque en casación respecto de la valoración probatoria, cuando se han desconocido las reglas de la sana crítica haciendo prevalecer el capricho del juzgador en forma grosera, debe hacerse por motivo de la violación indirecta de la ley, por error de hecho por falso juicio de identidad, como quedó sentado en el fallo del 13 de febrero de 1995, con ponencia del doctor Carlos E. Mejía Escobar, así:

"...alegar el error de hecho resulta válido si se mira que todo apartamento o traición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas".

Este criterio también fue reiterado por la Sala en fallo del 12 de septiembre del año anterior, se precisó que si el casacionista "quería demostrar que el juzgador, en forma flagrante ostensible y manifiesta desconoció las reglas de la experiencia, lógica y ciencia (sana crítica) para la obtención del conocimiento y la certeza, también le era necesario acudir a la vía del error de hecho por falso juicio de identidad". (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

4. Así, en el caso concreto, pese a que el demandante manifiesta conocer dichos derroteros de orden técnico advertidos por la Córte para este tipo de ataques en

casación, inusitadamente propone un error de hecho derivado de un falso juicio de convicción, desconociendo abiertamente que uno y otro son sustancialmente diferentes, ya que, como es sabido y amplia ha sido en ello la jurisprudencia, el error de hecho pertenece a una de las formas del motivo de violación indirecta de la ley, mientras que el falso juicio de convicción, corresponde a uno de los sentidos del error de derecho, que también pertenece al motivo de la violación indirecta, pero a diferencia del primero, implica el desconocimiento de la disposición legal que le asigna a la prueba determinado valor, lo cual sería posible dentro de un sistema tarifado, y por supuesto, a ellos no pertenece por regla general el nuestro.

4. Una tal formulación entonces, no ofrece claridad alguna, pues al fin y al cabo el reproche no lo es ni por error de hecho, ni por error de derecho, habida cuenta que si es lo primero se desconoce su sentido, y, si es lo segundo, en casos como el presente resulta de inane alegación, ya que, como se dijo anteriormente, nuestro sistema procesal, para medios de prueba como los aquí censurados no es tarifado, por manera que los jueces sólo están obligados a respetar las reglas de la sana crítica, lo cual no puede confundirse con la mera disparidad de criterios, como quiera que al arribar los fallos a esta sede amparados por la doble presunción de legalidad y acierto, mientras no se demuestre el desconocimiento de las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, dentro de los parámetros señalados por la Corte, debe primar la valoración probatoria del juez.

Y, es que, no obstante la afirmación del censor de que el sentenciador distorsionó el contenido objetivo de la prueba, lo cual en principio permitiría colegir un error de hecho por falso juicio de identidad, ese no es el alcance que el propio demandante le otorga a su expresión, como quiera que tal afirmación la hace desde el entendido de que se "sobrevaloró" la prueba, siendo así claro que no es que pretenda demostrar en qué aspectos el Juez falseó el contenido de las declaraciones que refiere, sino que no comparte la valoración que de ellas se hizo.

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

RESUELVE

1. Rechazar in limine la demanda presentada por el apoderado de Juan Carlos Bernal Ortegón, para sustentar el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 7 de junio el año en curso, por el Tribunal Superior de Bogotá, en la que se le condenó a la pena principal de 26 años de prisión, como autor del delito de homicidio.

2. Como consecuencia de lo anterior, declarar desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado Juan Carlos Bernal Ortegón.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del C.P.P., contra esta decisión no procede recurso alguno.

Devuélvase la actuación 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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO/ NULIDAD

Sobre un mismo elemento de juicio y dentro del mismo cargo no es posible predicar errores de hecho y de derecho, en la medida en que si se acude al primero se está aceptando la legalidad de la aducción de la prueba y su validez jurídica, pudiéndose alegar exclusivamente falsos juicios de existencia y de identidad. En cambio, si se trata de error de derecho por falso juicio de legalidad, se está afirmando que el yerro del sentenciador consistió en valorar un medio de prueba practicado o incorporado al proceso ilegalmente, esto es, con desconocimiento de las normas que condicionan su validez, y que, por lo mismo, carece de existencia jurídica; y si de un error de derecho por falso juicio de convicción se está aceptando que la prueba existe y es jurídicamente válida, pero que se vulneraron las normas que tarifan su fuerza persuasiva.

En cuanto a la petición de nulidad, un vez más debe decirse que en tratándose de esta causal, también está sujeta al rigorismo de la técnica casacionalprevista en la ley y desarrollada por la jurisprudencia, ya que el recurso extraordinario no es una tercera instancia que permita un nuevo examen de la actuación procesal, como ahora lo pretende el actor.

Es verdad que la Corte puede oficiosamente declarar la nulidad, siempre y cuando la demanda reúna los requisitos legales y del estudio de la actuación advierta la existencia de una irregularidad que de modo ostensible lesione las garantías de los sujetos procesales o desconozca las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado acta N° 50

Rad. 12350

VISTOS

Resuelve la Corte la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado *Abdonias Carrillo Ramírez*

ANTECEDENTES

1. El juzgado de primera instancia sintetizó los hechos así:

"Dan cuenta los autos, que en la mañana del 16 de mayo de 1995, en el sitio denominado 'Santo Domingo' entre el cruce de los 'Guayabos' y la 'Vuelta del Diablo' en el corregimiento de Veracruz - Alvarado por la carretera que conduce hacia el municipio de Anzoátegui, Tolima, fueron atracados varios vehículos y todos sus ocupantes por individuos armados y cubiertos el rostro con trapos, quienes los despojaron de dinero, joyas, objetos de gran valor, para luego huír en una camioneta Mazda de color amarillo y placas JV-7799, hasta cuando fueron interceptados más abajo por agentes de la Policía que avisados oportunamente acudieron en su persecución, habiendo logrado capturar –luego de un cruce de disparos con los asaltantes– al conductor de dicha camioneta Carlos Néstor Rocha Barrios y a Abdonias Carrillo Ramírez, escapando otros tres individuos con la mayor parte del botín".

2. El Juzgado Once Penal del Circuito de Ibagué, mediante sentencia del 15 de febrero de 1996, condenó al procesado Abdonías Carrillo Ramírez a la pena principal de 81 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como coautor de los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Inconforme con la anterior decisión, el defensor del acusado interpuso el recurso de apelación, el cual al ser desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 16 de mayo de 1996, la confirmó integralmente, 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

Al amparo de la causal primera de casación el libelista presenta dos cargos contra la sentencia del Tribunal, a saber:

Con fundamento en el cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa al sentenciador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, generado en la "tergiversación de la prueba".

Considera el censor que la diligencia de reconocimiento en fila de personas debió practicarse con arreglo a las exigencias que la ley contempla para su realización, lo que no cumplió en su momento el funcionario judicial, toda vez que teniendo en cuenta que los asaltantes cometieron el hecho con sus rostros cubiertos, el mencionado reconocimiento se debió adelantar "cubriendo su rostro con pañuelo o bayetilla".

A renglón seguido transcribe apartes de la declaración del denunciante, para luego concluir que resulta imposible reconocer a una persona que lleva el rostro cubierto.

Reconoce que en sede de casación la sentencia viene precedida de la doble presunción de acierto y legalidad, para insistir, esta vez, que el juzgador incurrió en un error por apreciar un reconocimiento que fue ilegalmente incorporado al expediente.

Finalmente, luego de analizar varios aspectos del fallo frente a la prueba existente en el proceso, sostiene que el sentenciador "tuvo un falso juicio de convicción, para señalar una debida aplicación de art. 349 del C.P. y Dec. 2266 de 1991...".

En un segundo cargo, el libelista acusa al sentenciador de haber violado directamente la ley sustancial "porque se le ha dado un falso juicio para señalar una debida aplicación del art. 247 del C. de P.P.".

Sostiene que en el proceso no se ha demostrado que los delitos imputados los haya cometido el acusado. "En ningún momento –agrega– se puede señalar que exista la certeza del hecho punible señalado en la resolución acusatoria, y menos aún de la responsabilidad de mi procurado...".

Como conclusiones, solicita se case la sentencia así: respecto al cargo primero, que se absuelva al procesado; con relación al segundo, que se profiera el fallo correspondiente; y, finalmente, se declaren las nulidades que se hayan generado.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

La Procuradora 101 Judicial en lo Penal, luego de hacer un juicioso análisis respecto del contenido del libelo presentado por el defensor del procesado y

de resaltar algunos yerros técnicos, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Surge evidente que la demanda de casación que a nombre del procesado Abdonías Carrillo Ramírez presentó su defensor, no reúne los requisitos formales de claridad y precisión que exige el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, en lo que corresponde a la formulación jurídica del primer reparo, se observa que no obstante enmarcarse dentro de los parámetros de la violación indirecta de la ley sustancial por error en la apreciación de la prueba, en especial la diligencia de reconocimiento, su labor demostrativa la hizo consistir en tres aspectos distintos a la hipótesis escogida, violándose el principio de no contradicción.

Es así como inicialmente plantea un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de la citada diligencia, para a renglón seguido acusar que el mismo elemento de juicio fue incorporado a la actuación sin el lleno de los requisitos legales y, finalmente, sostener, sobre la misma probanza, que el sentenciador incurrió en un falso juicio de convicción, raciocinios éstos que además de reñir contra la lógica conllevan, sin duda,una indebida mezcla de motivos y falsos juicios.

Olvida el censor que sobre un mismo elemento de juicio y dentro del mismo cargo no es posible predicar errores de hecho y de derecho, en la medida en que si se acude al primero se está aceptando la legalidad de la aducción de la prueba y su validez jurídica, pudiéndose alegar exclusivamente falsos juicios de existencia y de identidad. En cambio, si se trata de error de derecho por falso juicio de legalidad, se está afirmando que el yerro del sentenciador consistió en valorar un medio de prueba practicado o incorporado al proceso ilegalmente, esto es, con desconocimiento de las normas que condicionan su validez, y que, por lo mismo, carece de existencia jurídica; y si de un error de derecho por falso juicio de convicción se está aceptando que la prueba existe y es jurídicamente válida, pero que se vulneraron las normas que tarifan su fuerza persuasiva.

Sin respetar los mencionados lineamientos y con ausencia de toda lógica, ha pretendido el censor cuestionar la existencia jurídica del reconocimiento en fila de personas y al mismo tiempo sostener que dicha prueba fue tergiversada, para concluir que el juzgador le otorgó un valor distinto al que, en su personal criterio, contempla la ley, lo que ciertamente exterioriza su desconocimiento de la técnica que rige al extraordinario recurso de casación.

De otra parte, se impone recordar que cuando se trata de error de hecho originado en falso juicio de identidad, el demandante tiene la obligación de enseñarle a la Corte que el fallador le dió a la prueba un alcance material equivocado, desfigurando su contenido objetivo, para luego resaltar la trascendencia del yerro frente a la decisión impugnada.

Ahora bien, respecto de la segunda censura la falta de técnica se hace aún más notoria, en razón a que cuando se acusa al sentenciador de haber violado directamente la ley sustancial, resulta imperioso aceptar los hechos y las pruebas tal como fueron apreciados y asumidos por los juzgadores de instancia, toda vez que la impugnación recae sólo sobre la selección y aplicación de la norma sustancial.

Como puede observarse, tampoco fueron respetados estos parámetros, ya que no sólo el actor omite precisar el sentido de la violación, sino que también se opone a la valoración de la prueba que en su oportunidad hizo el juzgador, presentación ésta del cargo que de por sí conlleva necesariamente al rechazo de la demanda.

En cuanto a la petición de nulidad, un vez más debe decirse que en tratándose de esta causal, también está sujeta al rigorismo de la técnica casacionalprevista en la ley y desarrollada por la jurisprudencia, ya que el recurso extraordinario no es una tercera instancia que permita un nuevo examen de la actuación procesal, como ahora lo pretende el actor.

Es verdad que la Corte puede oficiosamente declarar la nulidad, siempre y cuando la demanda reúna los requisitos legales y del estudio de la actuación advierta la existencia de una irregularidad que de modo ostensible lesione las garantías de los sujetos procesales o desconozca las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento.

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

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

RESUELVE

Rechazar in limine la demanda de casación presentada a nombre del procesado Abdonias Carrillo Ramírez. En consecuencia, se declara desierto el recurso interpuesto.

Contra esta decisión no cabe recurso alguno (artículo 197 del Código de Procedimiento Penal).

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.

DEMANDA DE CASACION-Causal primera, causal tercera

Ha señalado la Corte "que si la equivocada calificación no afecta el nombre genérico de la infracción, el ataque debe encauzarse por la causal primera"; pero si el error implica cambio del nomen iuris, e. g.si se ha endilgado como secuestro extorsivo una conducta constitutiva de encubrimiento por favorecimiento, la causal aducible será la tercera, entre otras razones puesto que si se plantea la primera, por expreso mandato del artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, la Sala tendría que entrar a dictar fallo de sustitución, que implicaría proferir una sentencia en desarmonía con la resolución de acusación.

Pero asi mismo ha agregado esta corporación, para la eventualidad invalidante, que la sustentación del recurso debe efectuarse de acuerdo con las reglas de la causal primera, ya que para poder afirmar la nulidad de la actuación el actor debe demostrar previamente que el juzgador equivocó la calificación jurídica de los hechos, bien porque incurrió en errores de apreciación probatoria, que lo llevaron a aplicar una determinada norma de derecho sustancial en lugar de otra, o porque falló al desentrañar el sentido o alcance de los preceptos aplicados o dejados de aplicar". (octubre 24 de 1995, rechazo in límine, rad. 10986, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Doctor, Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 50

Rad. 12057

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Rodrigo López Bedoya.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 18 de diciembre de 1992, Lisandro Ospina Baraya fue secuestrado cuando asistía a un establecimiento de comercio ubicado en la calle 82 de Santafé de Bogotá.

Iniciada la correspondiente investigación, miembros del denominado "bloque de búsqueda" recibieron información que condujo a la captura de Rodrigo López Bedoya y al señalamiento del inmueble ubicado en la carrera 75 N° 48-43, barrio Normandía de esta ciudad, como el lugar donde era retenido el señor Ospina Baraya.

Integrantes de la Policía Nacional acudieron a ese sitio el 31 de marzo de 1993, presentándose una refriega con los ocupantes del referido inmueble, quienes perdieron la vida, al igual que el secuestrado.

Rodrigo López Bedoya fue legalmente vinculado al proceso y contra él la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá profirió medida de aseguramiento el 8 de abril de 1993, consistente en detención preventiva sin derecho a excarcelación, por los delitos de secuestro extorsivo y homicidio, "ambos con circunstancias de agravación".

Decretado el cierre parcial de la instrucción con respecto a López Bedoya, el 24 de junio de 1994 fue calificada, dictándosele resolución de acusación por el delito agravado contra la libertad individual y preclusión en lo relacionado con el homicidio, decisión que, al ser apelada por la defensa en lo gravoso y parcialmente por consulta, obtuvo confirmación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, en providencia del 19 de septiembre del mismo año.

El 15 de agosto de 1995, un Juez Regional de Santafé de Bogotá condenó a López Bedoya a pena de prisión de 28 años, entre otras decisiones,al encontrarlo autor responsable del delito de secuestro extorsivo, sanción modificada por el Tribunal Nacional mediante sentencia de 9 de noviembre siguiente, para fijarla en 33 años, pues estimó que al haber persistido el cautiverio hasta el 31 de marzo de 1993, fecha del mortal intento de liberación, posterior a la entrada en vigencia de la ley 40 de 1993, la pena debe ser ajustada "a las previsiones de la norma que regía en el último de los momentos históricos enunciados...".

LA DEMANDA

Después de especificar la sentencia contra la cual va dirigido el recurso extraordinario, mencionar a los sujetos procesales y sintetizar desde su perspectiva los hechos y la actuación procesal, el impugnante demanda con fundamento en la "causal primera (sic). Consagrada en el art. 220 numeral 3 del C. de P. P. ...en concordancia con el art. 306...".

Anota que la decisión recurrida "se originó por la 'inmodificable posición' de los funcionarios en aceptar que para el caso de mi defendido... el presunto delito por el cual se le podría condenar sería el de Encubrimiento por Favorecimiento que define el art. 176 del C. P., y jamás por el de quebrantamiento del art. 268, con las circunstancias de agravación consagradas en el art. 270, ambos del mismo código y que define el secuestro extorsivo agravado".

En los renglones siguientes, que hace preceder del título "Fundamentación de las causales o causa alegada y citación de normas infringidas", se remonta a las incidencias procesales para aducir que el sindicado "fue sometido a toda clase de vejámenes, torturas físicas y psíquicas que le condujeron a rendir una versión bajo claras afectaciones emocionales, permitiendo que se le introdujera de manera exagerada por parte del Estado, en unos delitos que jamás cometió..." (f. 50 cdno. Trib. Nal.).

Hace referencia a que la Fiscalía Regional no posibilitó el trámite previsto por el artículo 37 A del C. de P. P., porque si bien invitó a audiencia, hizo constar que la diligencia no se pudo realizar por no haberse presentado el apoderado del señor López Bedoya, cuando lo cierto es que la comunicación fue remitida a una oficina diferente a la suya(fs. 53 y 54 ib.).

Critica que la providencia por medio de la cual fue calificada la instrucción hubiere sido notificada a un incidentante, dando lugar a que se le tratara como "otro apelante en las decisiones del punible en estudio", lo cual constituyó "otro acto que afecta el debido proceso" (f. 51 ib.), como también lo es que a su defendido se le haya imputado "el delito de secuestro extorsivo agravado, bajo las adecuaciones que hace la Ley 40", situación advertida por el fallador de primera instancia, quien "trató de subsanar el vicio anotado, retornando a la calificación que diera el Fiscal Instructor, pero exagerándose la dosificación de la pena, que al sentir de la defensa, no podía exceder de 15 años, aunándose a este hecho el de no compartir la responsabilidad en el delito imputado; ..." (fs. 54 y 55 ib.).

Invita "a leer todos y cada uno de mis memoriales obrantes en el proceso" y señala que "una causal de nulidad tiene que ver irremediablemente con el debido

proceso y para ello la institucionalización de los recursos ordinarios y extraordinarios." (f. 57 ib.).

En el capítulo final sostiene que "si bien es cierto que el delito de secuestro extorsivo tiene en su aspecto objetivo un carácter accesorio frente al delito que se pretende encubrir, puesto que la reprochabilidad de esta conducta sólo puede explicarse a partir de la ilicitud del acto que pretende ocultar, ...ello no quiere decir que el favorecimiento dependa en su estructura jurídica del delito que se intenta encubrir".

Mientras no está demostrada con prueba alguna en el proceso la responsabilidad de su acudido en el delito que le ha sido imputado, sí obran "claras demostraciones de los quebrantos a los normativos citados, fundamento de los motivos de inconformidad, previo el cumplimiento de otros recursos pretéritos" (fs. 56 y 57 ib.).

Finalmente, la sentencia impugnada es además "violatoria de los artículos: 247 y del 219 del C. de P. P., este último, nos describe los *fines de la casación*, circunstancia que dejo a la probidad de los Honorables Magistrados de tan excelsa Sala, para que con su ejemplar determinación se siente una jurisprudencia que constituya legado para las futuras generaciones." (f. 58 ib.).

Consideraciones de la Corte

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se hace sobre la sentencia impugnada y no una instancia, debe sujetarse a una serie de reglas determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, enseña el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros, "3. La causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas", y el 226 *ibídem* determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales requisitos formales.

Que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce estos requisitos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta corporación ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M.P. Dr. CarlosAugusto Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues acá existe la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera precisa y clara, cómo los errores improcedendo trascendieron contra las

garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento, indicando desde qué momento procesal se debe invalidar el proceso.

En el asunto examinado, que el censor erradamente intitula "causal primera" pero cita el "art. 220 numeral 3° del C. de P. P. ...Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", antes que sustentar con claridad y precisión, según exige la ley, se desvía por varios estadios de la actuación procesal, formulando diversos reparos, muchos de los cuales nada tienen que ver con el proceso de adecuación típica que, según se colige, constituiría el punto cardinal de la inconformidad.

La indicación de las normas que estima infringidas es muy abigarrada, como que a lo largo del libelo van emergiendo diversas referencias de variada extracción, pero que deja sin sustentar, del estilo de "desviar el curso del proceso y torpedear lo predicado por el art. 4° de la Ley 81 de 1993", sin que se especifique en dónde, cómo y con qué efectos trascendentes se consumó la desviación, ni cuál fue el torpedeamiento, quedando el alegato como un mero enunciado insustancial.

En cuanto a la forma como el aludido yerro debe plantearse en casación, también ha señalado la Corte "que si la equivocada calificación no afecta el nombre genérico de la infracción, el ataque debe encauzarse por la causal primera"; pero si el error implica cambio del nomen iuris, e. g. si se ha endilgado como secuestro extorsivo una conducta constitutiva de encubrimiento por favorecimiento, la causal aducible será la tercera, entre otras razones puesto que si se plantea la primera, por expreso mandato del artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, la Sala tendría que entrar a dictar fallo de sustitución, que implicaría proferir una sentencia en desarmonía con la resolución de acusación.

Pero así mismo ha agregado esta corporación, para la eventualidad invalidante, que la sustentación del recurso debe efectuarse de acuerdo con las reglas de la causal primera, ya que para poder afirmar la nulidad de la actuación el actor debe demostrar previamente que el juzgador equivocó la calificación jurídica de los hechos, bien porque incurrió en errores de apreciación probatoria, que lo llevaron a aplicar una determinada norma de derecho sustancial en lugar de otra, o porque falló al desentrañar el sentido o alcance de los preceptos aplicados o dejados de aplicar". (octubre 24 de 1995, rechazo in límine. rad. 10986, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Según resulta palmario, la forma como el censor encara el supuesto error de subsunción que anuncia, no guarda relación con los presupuestos que gobiernan esta clase de impugnación, puesto que en lugar de demostrar las hipotéticas falencias probatorias que habrían llevado a los juzgadores de instancia a aplicar la norma sustancial que regula el delito de secuestro extorsivo en lugar de otra, dedicó su esfuerzo a cuestionar variadas actuaciones procesales con presunta

repercusión en el debido proceso, pero que ningún efecto tienen sobre la calificación.

Más aún: si el censor atribuye error de subsunción, resulta inconsecuente que aduzca como norma infringida el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo que no existe dentro del proceso prueba que demuestre la responsabilidad de su acudido, falencia que hace indescifrable la fundamentación de su demanda.

De esta manera, en obedecimiento a lo previsto por el artículo 226 ejusdem, la Corte debe rechazar la demanda, por los requisitos formales que incumple, y declarar desierto el recurso interpuesto. Contra esta determinación, que adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.), no cabe recurso alguno.

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

RESUELVE:

Rechazar In Limine la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Rodrigo López Bedoya y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO/ NORMA SUSTANCIAL/ NORMA INSTRUMENTAL

El debido proceso en virtud de su carácter esencial y por constituir un derecho fundamental, acorde con el artículo 29 de la Carta, suele calificarse como norma sustancial; sin embargo, dentro de la sistemática del recurso de casación y en el lenguaje jurídico corriente, por regla general, se utiliza el término "sustancial" por oposición a lo "instrumental". Así entonces, los preceptos referidos a la regulación de los delitos y sus consecuencias, como presupuestos de la persecución penal del Estado, son normas sustanciales; mientras que las disposiciones sobre el proceso penal son instrumentales porque señalan el método y las formas de comprobación de las condiciones de la pena (acción típica, lesividad, culpabilidad).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., quince(15) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Aprobado Acta N° 51

Rad. 9761

Vistos

Se interpuso el recurso extraordinario de casación por parte del procesado Luis Alberto Castro Balzón, condenado a la pena principal de veinticinco (25) años y diez (10) meses de prisión, en relación con la sentencia de segundo grado dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Como el Tribunal concedió debidamente el recurso, continuó el trámite con la demanda de sustentación que presentó el defensor del impugnante, siguió el auto de ajuste formal inicial proferido por la Sala y se obtuvo después el concepto del

Procurador Delegado.Regularmente sustanciada la impugnación, la Corte dictará la sentencia que corresponde a la propuesta y al debate, de acuerdo con los artículos 228 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 4 de marzo de 1993, aproximadamente a las 5 horas de la tarde, el joven Carlos Alberto Cano Pérez ingresó a una salsamentaria situada en la calle 45E con carrera 73A, nomenclatura urbana de la ciudad de Medellín, y fue atendido por la señorita *Yazmín Zuluaga Aristizábal*, a quien le solicitó una gaseosa, un pan y un cigarrillo.Después de consumir las especies servidas, el visitante salió del establecimiento y apenas había caminado escasos metros, cuando aparecieron en el lugar dos individuos en una motocicleta, mientras el conductor detuvo la marcha del automotor, sin apagarlo, y quedó en actitud de espera, el parrillero se apeó del vehículo, extrajo un arma de fuego corta, cubrió su rostro con la camiseta que llevaba puesta, y le propinó dos disparos al desprevenido viandante, los cuales entraron por el lado derecho del mentón y el izquierdo del occipital.El tirador rápidamente volvió al puesto que ocupaba en el motovehículo y los dos extraños emprendieron la huída, dejando en el lugar el cuerpo sin vida del agredido.

Afortunadamente, a corta distancia del sitio donde esto ocurría, sobre la carrera 73, rodaban también en motocicleta dos servidores policiales, quienes, alertados por el primer disparo, alcanzaron a percibir los movimientos de los agresores, salieron tras ellos y a tres cuadras de distancia, concretamente en la carrera 72B con la calle 47, capturaron a los dos sujetos, quienes se desplazaban en la moto marca "kawasaki" 100, "sport", de color rojo y de placas DBB 69.Se procede entonces por la policía a la identificación y requisa de los capturados, acto en el cualel parrillero se presenta como Luis Albeiro Castro Balzón, quien llevaba consigo un revólver marca "colt", calibre 38 largo, número interno 602255, sin salvoconducto, provisto de dos (2) vainillas y cuatro (4) cartuchos; mientras que el conductor dijo que se llamaba Ricardo León Bahamón Dávila y no portaba armas.

En relación con este episodio sangriento y la responsabilidad de los imputados, la administración de justicia desplegó los siguientes esfuerzos:

La Unidad Primera de Vida de la Dirección Seccional de Fiscalías de Medellín, previa apertura formal de la instrucción, vinculó por medio de indagatoria a los sindicados *Luis Albeiro Castro Balzán y Ricardo León Bahamón Dávila*; a quienes posteriormente se les impuso la medida de aseguramiento de la detención preventiva, sin derecho a excarcelación, el primero como autor del concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, y el

segundo como cómplice en la realización del primer hecho punible, según se determinó en la resolución fechada el 11 de marzo de 1993, obra de la Fiscal Primera de la Unidad Segunda de Vida (fs. 13, 15, 22v., 24 y 26).

Finalizada formalmente la fase instructiva del proceso, la Fiscal Décima Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, adscrita a la Unidad Segunda Especializada en delitos contra la Vida, dictó la resolución acusatoria fechada el 1° de julio de 1993, por medio de la cual se convoca a juicio a los procesados *Castro Balzán* y *Bahamón Dávila*, quienes debían responder por los mismos cargos propuestos en la situación jurídica, de acuerdo con los artículos 323 del Código Penal, modificado por la Ley 40 de 1993, y 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991, a título de autor y cómplice, respectivamente (fs. 113, 117 y 121).

Se asume el conocimiento del proceso por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín, despacho que abre la oportunidad para la solicitud de pruebas y nulidades y para preparar la audiencia pública, acto éste que se realiza el 31 de enero de 1994, y se habilita de tal manera el fallo de primera instancia que está datado el 28 de febrero siguiente, de acuerdo con el cual se condena al procesado *Luis Albeiro Castro Balzán* a la pena principal de veinticinco (25) años y diez (10) meses de prisión, a título de autor del concurso de delitos ya expresado en la resolución de acusación, y a la sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual período al de la pena principal. Adicionalmente, se ordena el comiso del arma utilizada en el hecho violento. Y en relación con el acusado *Ricardo León Bahamón Dávila*, el juez decide absolverlo de los cargos antes formulados (fs. 142, 177 y 191).

Como la decisión final fue apelada tanto por el defensor del procesado *Castro Balzán* como por la fiscal delegada que intervino en el juicio, esta última por su manifiesta inconformidad con la absolución del segundo acusado, se abrió paso la intervención revisora del Tribunal Superior de Medellín, Corporación que, por medio de sentencia de fecha conocida, confirma la sentencia en relación con *Castro Balzán*, pero la revoca en lo atinente a la absolución del coprocesado *Bahamón Dávila*, a quien declara penalmente responsable, a título de cómplice, y le impone la pena principal de catorce (14) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años (fs 236).

PLANTEAMIENTOS DE LA DEMANDA

El abogado que sustenta el recurso de casación aduce que ampara la censura en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín "es violatoria

de la ley sustancial del debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Nacional...", dado que se han preterm itido por dicho fallador las formas legales a las que debió sujetarse el proceso.

Para referirse al alcance de la impugnación, el censor explica que pretende de la Corte la invalidación de la sentencia cuestionada, por medio de una declaración de nulidad del proceso a partir del testimonio del doctor *Juan Bernardo Betancur Escobar*, fiscal que llevó a cabo la diligencia de levantamiento del cadáver de *Carlos Alberto Cano Pérez*.Concretamente, dice el impugnante, acusa la sentencia por haber sido dictada al interior de un proceso que no sólo transgredió el artículo 29 de la Carta Fundamental, sino que también contiene irregularidades que afectaron el derecho de defensa del procesado.

En el capítulo que le dedica al "concepto de violación", el demandante dice que el fiscal *Juan Bernardo Betancur Escobar*, antes de ponerle de presente los derechos al capturado, se entrevistó con él y por tal razón resulta irregular el interrogatorio que le formuló al momento de la diligencia de levantamiento del cadáver; además, porque esa doble condición de investigador y testigo que le figura al funcionario dentro del mismo proceso, es contraria a la Constitución y la ley y conculca los derechos del investigado, aunque reconoce que no de manera fundamental.

El concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, de una vez, señala la falta de técnica y de argumentación en el fundamento de la censura. Esta desvalorización del libelo la desarrolla el funcionario de la siguiente manera:

No es suficiente invocar someramente la causal primera de casación para ingresar correctamente en la dinámica del ataque por vía de casación, pues resulta indispensable indicar con precisión el motivo y sentido de la infracción.Es decir, se requiere evidenciar el carácter directo o indirecto del quebrantamiento de la ley sustancial, por interpretación errónea, exclusión palpable o aplicación indebida, en el primer caso, y por error de hecho o de derecho con sus respectivas modalidades, que son los que propician la aplicación o inaplicación de la norma, en el segundo.

Pero en el *subjudice*, agrega el Procurador, el casacionista no sólo desatiende esa mínima fundamentación, sino que pretende demostrar la causal invocada con planteamientos propios de la causal tercera, actitud que desborda principios básicos de la casación, lo cual indica que el escrito obedece más a la factura de un alegato de instancia, que si tolera el discurso de la libre sustentación, pero que es improcedente para el recurso extraordinario.

La violación al principio del debido proceso, en los términos ahora propuestos por el censor, corresponde exactamente a la inquietud que el mismo planteó en el devenir de la apelación, los que obviamente ya fueron superados con el pronunciamiento pertinente del *ad quem*, argumentos que no ameritan una nueva controversia si no se quiere revelar el deseo de convertir la casación en sede de "tercera instancia". Las consecuencias esperadas en relación con las mencionadas irregularidades ya fueron satisfechas por el Tribunal, órgano que invalidó esa parte de la actuación procesal y le restó cualquier mérito probatorio.

De este modo, concluye el Delegado, no pueden recibirse como serios los planteamientos del impugnante, pues, ignorada la exigencia de comprobación del vicio, también se carece de motivación sobre el peso del mismo en la vulneración del principio del debido proceso.El cargo, en consecuencia, está signado por el fracaso.

Con todo, agrega la Procuraduría, se requiere el uso de la facultad oficiosa para casar parcialmente el fallo de segunda instancia (art. 228 C. P. P.), pues, en punto a la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, se ha excedido el límite de diez (10) años que legalmente se dispone para la misma, de acuerdo con el artículo 44 del Código Penal, dado que en el fallo de primer grado se fijó en el mismo *cuantum* de la pena principal (25 años y 10 meses), error que no advirtió el tribunal.

Consideraciones de la Sala

Ciertamente, como lo sostiene el Procurador Delegado, la demanda de casación no es un escrito de libre y caprichosa composición; por el contrario, está vinculado a un mínimo de exigencias formales plasmadas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, formas finalísticamente dispuestas para afirmar la connotación extraordinaria del recurso de casación, ambientar la taxatividad de las causales de procedencia y mantener sensatamente la independencia y autonomía de los fallos judiciales de instancia, que de esta manera se ponen a salvo de inútiles y repetitivas objeciones.

Con la precaución de mantener la vigencia real de los derechos fundamentales, bien por ruego de las partes ora por deber funcional, la Corte habrá de declarar que el memorial de pretensiones carece de la elemental técnica que echa de menos del Ministerio Público. En efecto:

1. Se exalta la causal primera de casación, de acuerdo con las previsiones del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pero no se precisa el modo de violación atribuido a la sentencia de segundo grado, es decir, si se trata de una

vulneración directa o indirecta de la ley sustancial. Tampoco se explica si los defectos del fallo cuestionado tienen que ver con falsas interpretaciones, aplicaciones indebidas u omisiones en la adaptación de la norma básica que trata de capitalizar el demandante; o si, por otra vía, el precepto esencial ha sido lastimado indirectamente por errores de hecho o de derecho en el aprontamiento y estimación de la prueba.

2. Pero si en gracia de discusión se asumiera que al impugnante le interesa es la violación indirecta, supuesto que ha exteriorizado su desagrado con el testimonio del fiscal *Juan Bernardo Betancur Escobar*, la verdad es que la demanda resulta esquiva a las precisiones, pues, en lugar de argumentar consecuentemente el cargo en dicho sentido, que sigue siendo el de la causal primera, se traslada inopinadamente a expresiones propias de la causal tercera, tales como que la sentencia se profirió al interior de un proceso afectado de anomalías que atentan no sólo contra la debida ritualidad sino también contra la garantía de defensa (motivos 2° y 3° de nulidad, art. 304 C. P. P.). Algo más, las irregularidades en el curso de las pruebas, aunque inicialmente pueden afectar el debido proceso probatorio y con tal visión incompleta pueden estimarse como constitutivas de nulidad (causal 3ª), finalmente avanzan hacia un error *in iudicando*, pues, si estos medios de información procesal, después de ser correctamente recolectados, sólo producen efectos cuando sean valorados racionalmente por el juez en la respectiva providencia, la equivocación trascendental culmina con la apreciación por parte del fallador de una prueba que debió desestimar por haber sido irregularmente aportada al proceso. Esto último solamente puede ventilarse por la vía de la violación indirecta, en virtud del error de derecho transunto en un falso juicio de legalidad.

De esta manera, por ese ir y venir de una causal de casación a otra bien distinta, ni siquiera puede la Sala intentar una interpretación benigna del libelo, pues fácilmente se corre el riesgo de suplantar la voluntad del censor.

3. De otro lado, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, el principio lógico de la razón suficiente enseña que el escrito de casación debe bastarse a sí mismo, en el sentido de que le obligan al demandante las referencias exactas de la sentencia que causan agravio por acción, o el señalamiento de los espacios o vacíos en la argumentación del proveído que comportan daño por omisión, pues, el mero repudio genérico del fallo, sin remisiones concretas a sus fallas de estimación y valoración, no puede constituir un verdadero ataque en sede de casación. Es necesaria la exigencia de acometer analíticamente la sentencia, no sólo porque de esta manera se comprende de entrada la dialéctica razonable del recurso, sino con el fin de evaluar *ab initio* el cumplimiento de los requisitos formales, pues, la anhelada claridad y precisión de los fundamentos de la demanda no sólo ponen al descubierto las posiciones e intereses del recurrente, sino que también dejan en

evidencia la mínima razonabilidad de la impugnación de cara a las motivaciones del fallo.

4. Pero también se requiere en la realización del principio rector de la lealtad, de acuerdo con los artículos 83 de la Constitución Política y 18 del C. de P. P., que el censor se ocupe de las soluciones ofrecidas al problema planteado en el fallo atacado, así sea para decir que no lo persuade o que es insatisfactoria la respuesta, pues, las reservas descuidadas o especiosas en este orden, pueden conducir al error y provocar inútiles, antieconómicos y repetitivos debates en el trámite de un recurso de casación que desde sus albores está tocado por el fracaso.Sobre este particular, nótese como el Tribunal había advertido y declarado sobre la inexistencia de las diligencias en las cuales la policía judicial y el fiscal intercambiaroncon los capturados asuntos referentes a la responsabilidad penal de éstos, sin la presencia del defensor, a pesar de lo cual el demandante soslayó la elocuente y decidida reflexión judicial, que es del siguiente tenor:

"Las manifestaciones de los acusados, tanto las provocadas por los miembros de la Policía Nacional al momento de la captura como por el Fiscal Delegado que practicó la diligencia de levantamiento poco después, se recibieron con violación del debido proceso y son inexistentes o nulas de pleno derecho, de conformidad con el texto del art. 29 inciso final de la Constitución Política.

"Tales manifestaciones, eso es cierto, constituyen una forma irregular de versión libre y ésta tiene que recibirse o realizarse siempre en presencia del defensor, aún en los casos de flagrancia, como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia del 22 de abril de 1.993, con ponencia del H. magistrado Fabio Morón Díaz, al declarar la inexequibilidad parcial del art. 322 del Código de Procedimiento Penal..."

"...

"De conformidad con el art. 145 del Código de Procedimiento Penal, además, el fiscal no puede comunicarse con el sindicado sin la presencia de su defensor, en ningún caso, menos aún para producir declaraciones de responsabilidad o para obtener la versión o explicación de los hechos y cualquier diligencia que se realice con violación o desconocimiento de esta prohibición es inexistente 'para todos los efectos procesales', como lo sanciona el art. 161 de la misma obra.

"Sin embargo, a pesar de la intrínseca nulidad o inexistencia de esas manifestaciones, que conducen a tenerlas como no producidas, ninguna incidencia tienen en la sentencia de la Sala que, para los efectos de la declaratoria de

responsabilidad penal, parte del supuestò de su nulidad y se apoya en medios de convicción muy diferentes" (fs. 244 y 245).

5. Y es que también hace parte de la consistencia del argumento fundante, como requisito formal de procedibilidad de la demanda, el señalamiento de la trascendencia de la irregularidad destacada.Si por otros medios de convicción distintos a los que están afectados de invalidez o inexistencia, como lo hizo el *ad quem*, se llega a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado, que son los presupuestos sustanciales para dictar sentencia condenatoria, vano resulta el esfuerzo por capitalizar aisladamente las pruebas irregularmente aportadas, pues tal despliegue se opone al método legal de evaluación conjunta y racional del material probatorio (C. P. P., art. 254).

6. Esta necesidad y suficiencia en materia de prueba para condenar es la que pone de relieve el fallo cuestionado, sin que de ello se haya ocupado el recurrente para darle un matíz de razonabilidad a la censura, pues juiciosamente el tribunal hizo un recorrido crítico por la situación de flagrancia en la cual fueron capturados los responsables; el testimonio del dragoneante *Roger Campo Domínguez*, uno de los captores, que señala sin dubitación alguna el papel que cumplieron cada uno de los aprehendidos en la agresión y el arma incautada a uno de ellos; la declaración de la dama *Jazmín Zuluaga Aristizábal*, que se refiere a la actividad de la víctima antes del ataque y a los preámbulos de éste; y la evidencia física de la congruencia entre los hallazgos del protocolo de necropsia (dos orificios de entrada de proyectil calibre 38 largo) y las características y circunstancias del arma decomisada a *Luis Albeiro* al momento de la retención (revólver de igual calibre y dos cartuchos disparados de los seis que albergaba el arma).

7. Finalmente, la Sala quiere destacar una confusión que se propicia por el contexto en el cual se actúa, pues ciertamente el debido proceso en virtud de su carácter esencial y por constituir un derecho fundamental, acorde con el artículo 29 de la Carta, suele calificarse como norma sustancial; sin embargo, dentro de la sistemática del recurso de casación y en el lenguaje jurídico corriente, por regla general, se utiliza el término "sustancial" por oposición a lo "instrumental". Así entonces, los preceptos referidos a la regulación de los delitos y sus consecuencias, como presupuestos de la persecución penal del Estado, son normas sustanciales; mientras que las disposiciones sobre el proceso penal son instrumentales porque señalan el método y las formas de comprobación de las condiciones de la pena (acción típica, lesividad, culpabilidad).

Esto supuesto, como lo propone acertadamente el Procurador Delegado, se desestimarán los cargos de la demanda por manifiestos errores de técnica en su formulación.

Con todo, y en ello también se concede la razón al Ministerio Público, la Sala dispondrá de la potestad de oficio para casar el fallo en lo atinente al término de duración de la sanción accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta al procesado *Castro Balzán*, pues, desbordado por el tribunal el límite máximo de diez (10) años que tolera el artículo 44 del Código Penal, no hay duda de que se ha lastimado el derecho fundamental a la legalidad de la pena, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, y la Corte está habilitada *ex officio* para reparar el agravio (C. P. P., art. 228).La pena se fijará entonces en el monto superior legalmente permitido, y en tal sentido se revocará el falto cuestionado.

Finalmente, la Sala advierte que el coprocesado *Ricardo León Bahamón Dávila* actuó material y jurídicamente como coautor de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, no como mero cómplice en el primer hecho punible; mas como tal no es objeto del recurso extraordinario, ni la anomalía se traduce en un desquiciamiento arbitrario de las formas propias del juicio, la disfuncionalidad relacionada con el homicidio no podrá remediarse en esta sede.Como en relación con el otro hecho punible no hubo imputación en las instancias, se compulsarán las copias pertinentes para tal fin (fs. 1, 2, 4 y 6).

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

RESUELVE

Desestimar por improcedentes los cargos formulados en la demanda en contra del ameritado fallo de segunda instancia.

Casar de oficio y parcialmente la sentencia de segundo grado fechada el 11 de mayo de 1994, obra del Tribunal Superior de Medellín, sólo en lo referente a la cantidad de pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado Luis Albeiro Castro Balzón. En lugar de los veinticinco (25) años y diez (10) meses deducidos en las instancias, el sentenciado quedará inhabilitado por el término de diez (10) años.

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 (no firmó). *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/ AUDIENCIA ESPECIAL / DEMANDA DE CASACION

El numeral 4o. del artículo 37B del estatuto procesal establece, que tratándose de sentencia anticipada o de audiencia especial, la sentencia es recurrible por el procesado y por su defensor, pero únicamente respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.

Como es obvio, la ley no puede permitir que un instrumento de terminación anticipada del proceso penal se convierta en un juego en manos de los sindicados, de suerte que si de manera voluntaria aceptan los cargos debidamente formulados y sobre ellos se profiere sentencia, tienen que asumir las consecuencias que de allí se derivan, y las posibilidades de impugnación se reducen a los puntos ya mencionados.

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

Magistrado Ponente: Doctor: *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 50

Rad. 12640

VISTOS

Se resuelve sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fredy Anulfo Tocarruncho Castañeda, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual lo condenó a la pena de dieciséis años y ocho meses de prisión por el delito de homicidio.

HECHOS

Hacia las nueve y media de la noche del 25 de marzo de 1996, en la tienda de María Magdalena Sandoval Ayala ubicada en la calle 14 No. 27-24 del Barrio Veinte de Julio de la ciudad de Tunja, se encontraban jugando cartas e ingiriendo licor Fredy Arnulfo Tocarruncho Castañeda, José Ernesto Cabrera Ibagué, Oscar Mauricio López Castiblanco, Guillermo Martínez Nunpaque y Luis Alberto Cabrera Ibagué. En el lugar también estaba Elizabeth Ortiz Becerra, compañera permanente de José Ernesto Cabrera.

En un momento en que Luis Alberto Cabrera se levantó para ir al baño, Fredy Arnulfo Tocarruncho le tocó las nalgas, acto que provocó un enfrentamiento entre los dos, en el cual el segundo le propinó una puñalada al primero a la altura de la clavícula derecha, herida que horas después le produjo la muerte.

El acusado Tocarruncho Castañeda solicitó sentencia anticipada.

LA DEMANDA

El escrito no contiene la identificación de los sujetos procesales ni de la sentencia impugnada, así como tampoco la síntesis de la actuación procesal.

El ataque contra la sentencia lo presenta así: "Fincamos nuestra pretensión de revocatoria en la causal primera del artículo 220 del C. P. P., por ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial".

A manera de sustentación agrega: "Debe recalcarse que el protocolo de necropsia, obrante a folio 90, determina que una sola fue la herida encontrada en la humanidad del occiso Luis Alberto Cabrera Ibagué. A lo anterior debe sumarse el estado de alicoramiento y de tensión reinante entre los contertulios por estar jugando naipe. Es de capital importancia tener en cuenta, que si las intenciones del hoy encausado hubieran sido letales, no se habría conformado con propinar una sola puñalada al hoy occiso, sino que le habría propinado varias, o por lo menos más de una y en partes vitales; pero la realidad es que lo lesionó a la altura del hombro; de manera tal que si se produjo el deceso fue porque no se le atendió medicamente de manera pronta, y fue así que solo varias horas después se produjo la muerte".

Estima que el hecho de solicitar sentencia anticipada no debe ser camisa de fuerza para que se de por cierto lo afirmado en el pliego de cargos, porque se han dado casos en que los procesados por obtener reducción de pena o condena de ejecución condicional aceptan la responsabilidad. En el caso de autos, dadas las

circunstancias en que ocurrió el hecho se estaría frente a un homicidio preterintencional y no uno simple.

Se vulneraron los artículos 1, 10, y 22 del Código de Procedimiento Penal; y 325 del Código Penal por falta de aplicación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El numeral 4o. del artículo 37B del estatuto procesal establece, que tratándose de sentencia anticipada o de audiencia especial, la sentencia es recurrible por el procesado y por su defensor, pero únicamente respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.

En el caso que nos ocupa el acriminado solicitó sentencia anticipada, la cual efectivamente se le dictó con el reconocimiento de la rebaja de pena correspondiente.

Atendiendo a ese antecedente procesal, es muy claro que la demanda de casación no podía dirigirse a cuestionar el fallo en el sentido de que en lugar del homicidio simple por el cual se le acusó y sentenció, se ha debido reconocer que el homicidio fue preterintencional, pues esa alegación está por fuera de las alternativas previstas en la norma que regula el interés para recurrir, como el mismo defensor lo advierte, solo que trata de justificar su insistencia con la inaceptable tesis de que lo admitido por el procesado puede no ser cierto, porque en no pocos casos lo hacen simplemente para obtener la reducción de pena.

Como es obvio, la ley no puede permitir que un instrumento de terminación anticipada del proceso penal se convierta en un juego en manos de los sindicados, de suerte que si de manera voluntaria aceptan los cargos debidamente formulados y sobre ellos se profiere sentencia, tienen que asumir las consecuencias que de allí se derivan, y las posibilidades de impugnación se reducen a los puntos ya mencionados.

En estas condiciones es claro que el Tribunal no se equivocó al admitir el recurso, lo que sucede es que el defensor lo sustentó centrando su único reproche contra un aspecto de la sentencia para cuya impugnación carecía de interés, razón suficiente para que la demanda deba ser rechazada.

2. Al margen de lo anterior, es oportuno destacar que el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal señala los requisitos formales que debe contener el libelo sustentatorio del recurso de casación, de los que el escrito presentado no cumple

prácticamente con ninguno, pues ni siquiera la síntesis de los hechos corresponde a los que fueron objeto de juzgamiento, ya que el censor pone en duda detalles del inicio del incidente que en la parte pertinente del fallo son muy claros.

No se identificó a los sujetos procesales ni a la sentencia impugnada, ni se elaboró la síntesis de la actuación cumplida.

En cuanto al único cargo formulado, se infiere que es por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 325 del Código Penal, pero carece por completo de demostración, o por lo menos de un intento de ella, pues es obvio que no puede dársele ese nombre a la simple afirmación de que si la intención del acusado hubiera sido matar, le habría dado más de una puñalada.

Además, para que la vía directa fuera procedente se necesitaba que el juzgador hubiera reconocido que la intención del autor probada en el proceso era la de lesionar, y sin embargo se produjo el resultado muerte, el cual era previsible, pero no siendo así, como en efecto lo es, la inconformidad tenía que presentarse por violación indirecta.

Así las cosas, si el defensor no hubiera carecido de interés, de todas maneras el destino del libelo era su rechazo in límine.

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

RESUELVE

Rechazar la demanda presentada por el defensor del procesado Fredy Arnulfo Tocarruncho, y en consecuencia declarar desierto el recurso.

En virtud de lo previsto en 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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PREVARICATO/ CULPABILIDAD

El delito de prevaricato consiste, en su forma activa, en el hecho de que un servidor público (sujeto activo cualificado) profiera resolución ostensiblemente contraria a la ley, o en otras palabras, manifiestamente opuesta a la solución jurídica que el funcionario está en la obligación legal de aplicar frente al caso específico.

En torno a la culpabilidad en el delito de prevaricato, el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia.

La ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el artículo 149 del Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la ley: basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia del dolo, sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación.

No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo "simpatía" o "animadversión" hacia una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 47 (mayo 8/97)

Rad. 6746

VISTOS

Procede la Corte a dictar sentencia en el proceso seguido contra los doctores Daniel Sinisterra Dominguez y Miguel Ángel Torres Calero, ex Magistrados del Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, quienes fueron convocados a juicio por el delito de prevaricato por acción.

I. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El entonces Juzgado 2° Superior de Cali adelantó proceso contra los médicos Custavo Bergonzoli Peláez y Ancizar Bejarano Riaño, a quienes se imputó los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado por apropiación, por cuanto el primero en su condiciónde Secretariode Salud del Departamento del Valle del Cauca suscribió 4 resoluciones, 4 constancias y 2 órdenes de pago, documentos que le permitieron al segundo cobrar una asignación mensual de $58.028 desde marzo hasta julio de 1983, para un total de $290.435, como "Coordinador Técnico de la Unidad Regional de Salud de Zarzal", nombramiento éste que había sido revocado por medio de resolución número 25 del 24 de enero de 1983 y que surtió efectos a partir del 28 de febrero de dicho año, toda vez que el doctor Bejarano Riuño desatendió su horario de trabajo por estar adelantando un Magister en Salud Pública en la Universidad del Valle, de tiempo completo.

Dicho asunto fue calificado por primera vez mediante providencia de marzo 30 de 1985, dictada por el doctor Miguel Ángel Torres Calero como Juez 2° Superior de Cali, en el sentido de sobreseer temporalmente a los implicados (fs. 253 y Ss. cdno. 1).

Al conocer en virtud del grado jurisdiccional de consulta el auto de fecha febrero 5 de 1986, por medio del cual el Juzgado 2° Superior de Cali sobreseyó temporalmente por segunda ocasión, a los implicados Bergonzoli Peláez y Bejarano Riaño, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de aquella ciudad, integrada por los Magistrados doctores Daniel Sinisterra Domínguez, Miguel Ángel Torres Calero y Roberto Triviño Paz, el primero como ponente, mediante providencia de 28 de febrero de 1987 (fs. 22 y Ss. cdno. 1), revocó el auto consultado,para en su lugar "llamar a responder en juicio criminal" a

los sindicados como presuntos autores de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

En sentencia de fecha 12 de agosto de 1987 (fs. 118 y Ss. cdno. 1), los doctores Bergonzoli Peláez y Bejarano Riaño fueron absueltos de los hechos punibles atribuidos, pues no obstante reconocer la tipicidad y antijuridicidad de su comportamiento, el Juez 2° Superior apartándose del criterio del Ministerio Público que pidió fallo de condena, acogió la tesis de la defensa que pregonó la causal de inculpabilidad prevista por el artículo 40.4 del Código Penal.

Recurrido el fallo anterior, el Tribunal Superior de Cali, Sala de DecisiónPenal integrada por los Magistrados aquí procesados, en providencia de agosto 24 de 1988 (fs. 1 y Ss. cdno. 1), lo confirmó, pero no por los motivos expuestos por el a quo (causal de inculpabilidad), sino por fallas probatorias en torno a que no se determinó, en primer lugar, si la Seccional de Salud del Valle del Cauca patrocinó el curso de pos-grado adelantado por el doctor Bejarano Riaño y bajo qué modalidades; como segundo aspecto, porque no se aclaró si el presunto contrato celebrado entre la administración de Salud del Valle del Cauca con el médico Bejarano Riaño sobrepasó en su cuantía y término el límite fijado por la ley, situación que, según el Tribunal, ha podido dilucidarse, entre otras, mediante inspección judicial (f. 19 cdno. 1).

Al conocer del recurso de casación que contra el fallo anterior interpuso la Fiscal 4a del Tribunal Superior de Cali, la Corte en sentencia de 26 de octubre de 1989 (fs. 38 y Ss. cdno. 1), casó la providencia impugnada y decretó su anulación. Señaló esta corporación que "existe incongruencia lógica entre la parte motiva de la sentencia,y la parte resolutiva de la misma, a tal punto que sería de suponer que el Magistrado Ponente la redactó sin conocer el proceso, si no hubiera sido él mismo quien elaboró la ponencia en que se revocó el auto de segundo sobreseimiento temporal", pues en lugar de tratar los delitos de falsedad y peculado imputados a los implicados y sus circunstancias, "se ocupa, por el contrario, de dilucidar dos problemas muy distintos ..., el primero ... se refiere a un tema colateral que podría haber incidido en la cuantía de la pena en caso de que se hubiera establecido la responsabilidad penal de los procesados, como sería el de saber si los dineros apropiados estaban destinados a patrocinar el curso de pos-grado adelantado por el doctor Bejarano; y el segundo que se refiere más a la posible comisión de un ilícito relacionado con la celebración indebida de contratos, y no con los que fueron motivo de la sentencia que por apelación estaba conociendo".

Dispuso entonces la Corte compulsar las copias pertinentes, "para que se determine si al expedir la providencia que se estudia, hubo conducta ilícita por parte de los Magistrados que la suscribieron".

Es derecordar que aquel asunto terminócon sentencia condenatoria de fecha 10 de agosto de 1990 (f. 1 cdno. anexos), fallo que esta corporación no casó al resolverrecurso de casación interpuesto por el procesado Gustavo Bergonzoli Peláez (sept. 18/91, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz, fs.171 y Ss. cdno. 1).

2. Según se aprecia en las correspondientes indagatorias, los procesados pueden ser individualizados de la siguiente manera:

2.1. El doctor*Daniel Siniserra Domínguez* nació en Buga (V.) el 6 de septiembre de 1947, hijo de Carlos Guillermo Siniserra y Matilde Domínguez. Separado y luego en unión libre; residíaal tiempo de la indagatoria en Cali, en la calle 10 Nº 5-13 apartamento 506. Abogado egresado de la Universidad Santiago de Cali, profesor universitario, desempeñó funciones judiciales durante 17 años, la última como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali. Refirió ser portador de la cédula de ciudadanía Nº 6.186.800 de Buga.

El doctor *Miguel Ángel Torres Calero* nació en Bolivar (V.); al momento de la indagatoria (febrero 10/93) tenía 61 años de edad y residía en Cali en la carrera 60 Nº 4-49. Hijo de Sabulón E. Torres y Rosa María Calero de Torres; estado civil, separado. Abogado egresado de la Universidad Javeriana. También de amplia trayectoria en la Rama Judicial del Poder Público, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali al tiempo de los hechos y de la indagatoria. Refirió ser portador de la cédula de ciudadanía Nº 2'411.972 de Cali.

3. Por auto de octubre 30 de 1991, se ordenó la práctica de pruebas en diligencias preliminares.

Con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, la actuación fue remitida a los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, por competencia.

El 15 de enero de 1993 se abrió investigación, siendo escuchados en indagatoria los doctores Daniel Siniserra Domínguez y Miguel Ángel Torres Calero, a quienes mediante resolución de fecha 12 de abril de 1993, fue resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva con derecho a excarcelación, como probables responsables del delito de prevaricato por acción. En esta misma providencia se declaró extinguida la acción penal respecto del tercer Magistrado, doctor Roberto Triviño Paz, por muerte (fs. 323 Ss. cdno. 2).

Cerrada la investigación, en proveído de 10 de febrero de 1994, la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia formuló resolución de acusación contra

los doctores Daniel Sinisterra Domínguez y Miguel Ángel Torres Calero, "como autores probablemente responsables del delito ... de prevaricato".

De las consideraciones de la Fiscalía en torno a la culpabilidad, cabe extractar los siguientes apartes:

"Que existe una manifiesta desconección entre la sentencia y el proceso es tan evidente que ese fue el motivo expresado por la Corte para compulsar las copias que dieron origen a esta investigación, así como es ostensible que su motivación poca relación tiene con la resolución. Tal constatación se erige así en el indicio de responsabilidad, porque del hecho probado se infiere intención manipuladora de la prueba que se expresa en la mención y apreciación de aquellas piezas no relacionadas con los hechos, acompañada de la omisión de mencionar las contundentes pruebas de cargo para rebatirlas o cuando menos explicar por qué si permitieron afirmar tan categóricamente la responsabilidad indudable, ahora esas mismas pruebas ya no eran suficientes.

...Por otra parte, existe un indicio adicional del dolo predicable tanto del Magistrado ponente como del Dr. Torres, quien integró la Sala de Decisión. En efecto, fue este último quien en calidad de Juez Superior profirió el primer sobreseimiento temporal ..., providencia en la cual quedaron expresadas, respecto de la culpabilidad de los delitos que se imputaban a los médicos Bergonzoli y Bejarano, exactamente las mismas dudas en que se fundamentó la sentencia de segunda instancia. Sin embargo después, ya en la calidad de Magistrado y sobre ponencia del Dr. Sinisterra aquellas dudas las tuvieron los mismos funcionarios por superadas enteramente y de manera categórica, al extremo de permitir las afirmaciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio, providencia mediante la cual se revoca el segundo sobreseimiento temporal. Significa entonces lo anterior que en la subjetividad de los Magistrados, especialmente en la del Dr. Torres, las falencias probatorias y la incertidumbre acerca de la culpabilidad que en la primera ocasión él había expresado, en la segunda ya no existían porque de haber persistido o el Dr. Torres insistido en ellas, no hubiere sido posible la revocatoria del segundo sobreseimiento temporal y sobre todo en los términos en que tal revocatoria se produjo, demostrativos de que las dudas ya habían sido despejadas hasta obtener certeza. El súbito cambio de criterio contenido en la sentencia de segunda instancia, simplemente para repetir prácticamente las mismas dudas que según los mismos funcionarios, con lujo de detalles y profundidad en el análisis ya habían sido completamente dilucidadas, no se explica racionalmente sino como expresión de conciencia e intención de vulnerar la ley"(fs. 17 y 18 cdno. 2).

En la etapa del juicio no se practicaron pruebas.

4. *Audiencia Pública.*

4.1. *Intervención del Fiscal General de la Nación.*

Tanto en intervención oral como en resumen escrito, pide que la Corte profiera sentencia condenatoria contra los doctores Daniel Siniterra Domínguez y Miguel Ángel Torres Calero, como coautores responsables del delito de prevaricato por acción.

Para sustentar la petición anterior, sostiene el Fiscal que los Magistrados investigados, al proferir la sentencia de segunda instancia en el asunto seguido contra los médicos Bergonzoli Peláez y Bejarano Riaño, lo hicieron con manifiesto desconocimiento de la realidad procesal que tenían presente y que no aplicaron, pues terminaron absolviendo a dichos implicados por conductas que no fueron objeto de investigación y de juzgamiento, análisis desviadoque "no tuvo en cuenta ni las conductas objeto de juzgamiento ni las pruebas abundantes e incontrovertibles de la responsabilidad penal que ha debido declarar en la parte resolutiva, condenando a los procesados, para en su lugar absolverlos con base en una inexistente 'duda probatoria'". (f. 109 cdno. 3).

Al ocuparse de la culpabilidad, señala el Fiscal que los Magistrados investigados obraron con pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta y con voluntad libremente dirigida al desconocimiento de la ley, toda vez que son funcionarios experimentados en las lides del derecho penal, circunstancia que no permite aceptar que incurrieron en error. Por el contrario, fueron los autores del llamamiento a juicio proferido contra los médicos Bergonzoli y Bejarano, oportunidad en la que hicieron afirmaciones categóricas sobre los delitos por éllos cometidos y sobre su culpabilidad, sin que en la etapa del juicio se produjera variación probatoria, de allí que los funcionarios investigados "se inventan la inexistente duda probatoria" para absolver, cuando conocían ampliamente el proceso y las pruebas que sustentaron la acusación.

4.2. *Intervención del Procurador Segundo Delegado en lo Penal.*

Después de un pormenorizado recuento de los hechos que dieron lugr al proceso seguido contra los médicos Bergonzoli y Bejarano, al igual que de las providencias que allí se dictaron, destaca que el doctor Torres Calero también participó en dicho asunto como funcionario de primera instancia y señala que los ex Magistrados juzgados ignoraron dolosamente el material probatorio existente, de manera que incurrieron en el delito de prevericato.

Como sustento de la conclusión anterior, señaló el Ministerio Público que los implicados fueron quienes dictaron llamamiento a juicio contra los médicos Bergonzoli Peláez y Bejarano Riaño, por los delitos de falsedad ideológica en documento público y su uso, en concurso con peculado por apropiación, en providencia que luego de acertado análisis probatorio y por su proyección jurídica, descartó las explicaciones vertidas por los implicados, al punto de establecer que no existió contrato que vinculara a Bejarano Riaño con la Secretaría de Salud del Valle y que un eventual acuerdo no podía ser verbal. Al doctor Bejarano Riaño se le dejó de pagar por motivos diversos a los de terminación legal y normal del pretendido contrato de trabajo, de manera que en tales condiciones no se podía confundir la suma aproximada a los $300.000 que cobró, con el valor que exigía el Decreto 222 de 1983 para que pudiera realizarse en forma verbal.

Enfatiza que las imputaciones hechas en la providencia que calificó el mérito de aquél sumario, no fueron desvirtuadas por las pruebas practicadas en la etapa del juicio, pues éstas hacen relación a varias declaraciones, en su mayoría de los abogados de la División Jurídica de la Secretaría de Salud que dijo el doctor Bergonzoli lo asesoraron, quienes dirigieron sus versiones a demostrar que el contrato con el doctor Bejarano había sido verbal. Pese a lo anterior, los Magistrados acusados al dictar sentencia absolutoria se apartaron de los delitos que habían sido materia de acusación (falsedad en documentos públicos y peculado por apropiación), para adentrarse en temas que, como dijo la Corte al casar el fallo y decretar su anulación, ninguna relación guardaban con la providencia calificatoria. Esto es, absolvieron con una motivación que nada tenía que ver con la decisión que tomaron.

Esto porque frente a la falsificación de documentos y la apropiación de dineros públicos, ninguna trascendencia tenía demostrar si la Secretaría de Salud del Valle le pagó o no los estudios de pos-grado al doctor Bejarano, o cómo fue la vinculación de éste con la Universidad del Valle, de manera que los documentos que encontró ausentes el Tribunal al proferir el fallo no guardan relación con los temas base de acusación.

4.3. *Intervención de la defensora del doctor Daniel Siniterra Domínguez.*

Comienza sus argumento sindicando que de acuerdo con la diligencia de indagatoria rendida por su representado, en su condición de Magistrado Ponente en el Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, confirmó la sentencia absolutoria que había dictado el Juzgado 2° Superior, "basado en que las pruebas no conducían a la certeza de la responsabilidad de quienes estaban siendo juzgados, al encontrar dentro del acervo probatorio documentos que no cumplían el requisito de la autenticidad como lo establecía el artículo 248 del Decreto 050 de 1987 en

concordancia con los artículos 251 y Ss. del Código de Procedimiento Civil", y si estas disposiciones fueron aplicadas al caso sometido a su consideración, "falló en derecho al dar aplicación a los artículos antes citados" (f. 95 cdno. 3).

Asevera que si bien en este caso están demostradas la tipicidad y la antijuridicidad del delito de prevaricato, el tercer elemento del hecho punitivo, esto es, la culpabilidad,fallaensu configuración, al no aparecer demostrado que los funcionarios acusados obraron con la intención de quebrantar la ley al dictar la providencia de fecha 24 de agosto de 1988.

Pudo acontecer, dice la defensora del doctor Sinisterra Domínguez, que su asistido "creyendo que estaba aplicando la norma correcta, la aplicó por error de manera incorrecta, lo que lo hace subsumirse en el llamado error de tipo" (f. 139 cdno. 3), pero como el delito de prevaricato solamente admitemodalidad dolosa, debe exonerarse de responsabilidad por el hecho punible atribuido.

Reitera que el dolo debe probarse;en este caso, el material probatorio no indica la incorrección moral de su representado al dictar la sentencia, de manera que se hace "benefactor de una de las causales de inculpabilidad contempladas en el numeral 4° del artículo 40 de nuestra legislación penal" (f. 142 ib.).

4.4. *Intervención del defensor del doctor Miguel Angel Torres Calero.*

Tanto en su intervención oral como en el resumen escrito aportado, al pedir absolución para su representado, en los primeros apartes, se refiere a los cargos contenidos en la resolución de acusación, para anotar con vista en la providencia cuestionada,que los Magistrados del Tribunal de Cali hicieron amplio análisis tanto formal como material sobre las razones que los llevaron a proferirabsolución, acometiendo en comienzo estudio sobre la validez de la prueba documental aportada para establecer que no cumplía con los requisitos previstos por la ley, en tanto no fue allegada en original o copia auténtica o reconocida mediante inspección judicial, de manera que al señalar los funcionarios acusados "la no existencia de documento público auténtico que indique que el Servicio de Salud del Valle, estuviese patrocinando por alguna de las modalidades consagradas en la ley, el pago de los estudios de pos-grado en salud pública" (f. 152 cdno. 3), eran esos los hechos juzgados, pues se estaba hablando de falsedad y peculado.

También estimaron que algunas aseveraciones del médico Bergonzoli no fueron comprobadas mediante las pruebas pertinentes, de manera que la sentencia de fecha 24 de agosto de 1988 sí reúne todos los requisitos previstos por el artículo 186 del anterior Código de Procedimiento Penal, luego no existe la incongruencia entre la parte motiva y la resolutiva que dedujo la Corte al ordenar la expedición

de copias; al fin y al cabo, se absolvió por duda en aspectos probatorios, así no se esté de acuerdo con dicho análisis o éste hubiera resultado incompleto, de manera que no puede deducirse reproche por prevaricato, conclusión a la que también llegó el Magistrado Jorge Enrique Valencia Martínez al sustentar los motivos por los cuales se declaró impedido en su momento para conocer de este asunto.

Al ocuparse de la personalidad del doctor Torres Calero, dice que se trata de persona que dedicó mucho tiempo, casi toda su vida, a la judicatura, sin reproche alguno, no siendo merecedor de calificativos de "criminal", "delincuente", "antisocial", "desviado", que es lo que se está haciendo desde el momento en que se ordenaron las copias para investigación y ahora en el curso del proceso.

En torno a los delitos de falsedad y peculado atribuidos a los médicos Bergonzoli y Bejarano Riaño, señala que a lo largo del proceso se plantearon diversas formas de pensamiento en torno a los hechos, al punto que en primera instancia fueron proferidos dos sobreseimientos temporales y una sentencia absolutoria donde se reconoció causal de inculpabilidad (error de tipo), al igual que en asunto disciplinario el médico Bergonzoli fue exonerado de responsabilidad, luego no hay plena coincidencia en el plano probatorio sobre la ostensible contrariedad con la ley, de la sentencia absolutoria dictada por los Magistrados acusados.

Por último anota el defensor que el doctor Torres Calero carecía de motivos, de razones, de fundamentos o de propósitos para querer torcer o maltratar el derecho. Y si no existe conducta inmotivada, como lo reconoce la Fiscalía en la providencia calificatoria, se pregunta si podrá reprocharse el comportamiento de un buen hombre, como lo es su defendido, al igual que sugiere si no será que el delito de prevaricato reitera "tácitamente los viejos 'sentimientos' de simpatía y animadversión,con un verbo rector fuertemente matizado, con el 'manifiestamente'". (f. 172 cdno. 3).

Consideraciones de la Corte

1° Se imputa a los ex Magistrados del Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, doctores Daniel Sinisterra Domínguez y Miguel Ángel Torres Calero, haber proferido una decisión manifiestamente contraria a la ley, dentro de un proceso que se adelantaba contra los médicos Gustavo Bergonzoli Peláez y Ancizar Bejarano Riaño, por los delitos de falsedad en documento público y peculado, cuando tuvieron oportunidad de revisar por vía de apelación el fallo que en primera instancia dictó el Juzgado 2° Superior de aquella ciudad.

Es de insistir, como ya quedó dicho, que la acción penal fue extinguida en relación con el tercer integrante de aquellaSala, doctor Roberto Triviño Paz, como consecuencia de haberse demostrado su deceso.

2º La resolución de acusación proferida en este caso, hace alusión al prevaricato por acción descrito en el artículo 149 del Código Penal, sancionable con pena de prisión "de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término", disposición aplicable frente a los hechos controvertidos, consumados el 24 de agosto de 1988, en atención a que en virtud del principio de favorabilidad no los afecta el incremento punitivo introducido por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995.

El delito de prevaricato consiste, en su forma activa, en el hecho de que un servidor público (sujeto activo cualificado) profiera resolución ostensiblemente contraria a la ley, o en otras palabras, manifiestamente opuesta a la solución jurídica que el funcionario está en la obligación legal de aplicar frente al caso específico.

En cuanto a lo primero, la actuación abunda en prueba documental que demuestra que para la fecha de los hechos, los doctores Daniel Sinisterra Domínguez y Miguel Ángel Torres Calero se desempeñaban como Magistrados del Tribunal Superior de Cali, Sala Penal (fs. 58 y ss. cdno. 1).

Para establecer si al dictar la sentencia absolutoria de fecha 24 de agosto de 1988, lo hicieron con desconocimiento de las preceptivas legales, ha de atenderse, en primer término, las razones de hecho y de derecho que tuvieron los Magistrados acusados cuando al conocer en virtud de apelación del segundo sobreseimiento temporal proferido en favor de los médicos Gustavo Bergonzoli Peláez y Ancizar Bejarano Riaño, lo revocaron, para en su lugar abrir causa penal contra los mismos, a efectos de que respondieran en juicio por el concurso de los delitos de falsedad ideológica en documento público, su uso y peculado por apropiación.

En la providencia calificatoria se dejó sentado de manera inequívoca que el doctor Bergonzoli Peláez, en su condición de Jefe Seccional del Servicio de Salud del Valle, produjo cuatro resoluciones con sus correspondientes constancias y cuentas de cobro, reconociendo y autorizando pagar a favor del doctor Ancizar Bejarano Riaño, la suma de $58.087 mensuales por el tiempo comprendido entre el 1º de marzo y el 30 de julio de 1983, por concepto de servicios prestados en el cargo de "Coordinador Técnico de la Unidad Regional de Salud de Zarzal", dineros que éste cobró en la Pagaduría; documentos que fueron así elaborados con el fin de "evitar la glosa de auditoría", según expresó el doctor Bergonzoli en su indagatoria (fs. 101 a 103 cdno. 1 original). Se destacó, de igual manera, que Bejarano Riaño fue desvinculado del mencionado cargo el 28 de febrero de dicho año de 1983, de manera que lo consignado en los documentos que permitieron el cobro de dineros del erario público contrariaba la verdad que estaban llamados a demostrar.

Enfatizaron los Magistrados acusados que entre la Seccional de Salud del Valley el médico Bejarano Riaño no existió ninguna clase de vinculación desde el punto de vista legal, luego de revocarse el nombramiento del cargo que desempeñó en el Hospital de Zarzal, toda vez que no se firmó contrato, ni se creó cargo con funciones específicas, y que aún aceptando que la investigación que éste realizó en sus estudios de pos-grado constituía laprestación de "servicios ocasionales", ello en manera alguna,sin contrariar las disposiciones sobre contratación administrativa, podía asimilarse al cargo de Coordinador Técnico de la Unidad Regional de Salud de Zarzal, que ya no desempeñaba, al contrario de lo que se indicó en los documentos redargüidos de falsos.

Se indicó también que la investigación realizada por el doctor Bejarano Riaño fue presentada en el año de 1984, luego, por obvias razones, no pudo haberse entregado para justificar el pago de salarios por el tiempo comprendido entre marzo y julio de 1983, sumas quedejaron de cobrarse a partir del mes de agosto, no por agotamiento del presupuesto como pretendió justificarlo su beneficiario, sino porque para ese momento el doctor Jaime Hernández Vásquez, Director de la Unidad Regional de Salud de Zarzal, advirtió las irregularidades en los documentos expedidos por el Jefe del Servicio de Salud del Valle.

Este análisis, comprensivo también de las explicaciones vertidas por los procesados, las cuales fueron desvirtuadas, llevó a la Sala conformada por los funcionarios acusados a precisar:

"Es indiscutible, por la forma como fueron consumados los hechos punibles, que entre el Dr. Gustavo Bergonzoli Peláez y el Dr. Ancizar Bejarano Riaño, obraron en absoluta complicidad, mediando un acuerdo previo y sobre la base de una preparación ponderada o minuciosa de los ilícitos. Por tal motivo, tanto el Dr. Gustavo Bergonzoli Peláez como el Dr. Ancizar Bejarano Riaño, deberán responder en juicio criminal por las conductas relacionadas en el párrafo anterior, porque el Dr. Gustavo Bergonzoli Peláez, en su condición de funcionario público, elaboró los documentos públicos apócrifos para que sirvieran como medio de prueba al Dr. Ancizar Bejarano Riaño paro el pago de las asignaciones en ellos contenidas, y esa documentación fué usada por ambos cuando se le imprimió el trámite interno en pagaduría, a efectos de obtener, como así ocurrió un beneficio económico en detrimento de las arcas del Estado" (f. 36 cdno. 1).

Estas disquisiciones también llevaron a negar la libertad provisional y ordenar la captura de los implicados Bergonzoli Peláez y Bejarano Riaño, "Ante la gravedad de los hechos punibles atribuidos en este proveído" (f. 37 ib.).

Al inclinarse por la sentencia absolutoria, los Magistrados acusados hacen referencia a que existen "dudas" probatorias, en la medida que algunos documentos aportados en fotocopia no fueron autenticados. Y que tal falla en el proceso de aducción de esta clase de medios de comprobación no permite dilucidar, de un lado, si el Servicio Seccional de Salud del Valle le costeó los estudios de pos-grado que el doctor Ancizar Bejarano Riaño adelantó en la Universidad del Valle, y, de otra parte, bajo qué condiciones se realizó dicho auxilio y si fue verificado seguimiento a la investigación adelantada. Expresó la Sala cuestionada que si bien el médico Bejarano Riaño no estaba inhabilitado para celebrar contratos con la administración central de Salud del Valle, pues la desvinculación ocurrió cuando prestaba sus servicios en el Hospital de Zarzal, quedaba en "duda dentro del proceso, si el contrato ... iba a continuar indefinidamente a partir, inclusive, de agosto de 1983, sobrepasando en su cuantía y término el límite señalado en la ley, caso en el cual se habría violado el Estatuto de Contratación" (f. 19 cdno. 1).

Estos temas fueron traídos como sustento de la absolución, puntos que ninguna trascendencia tenían en relación con las categóricas valoraciones sobre tipicidad y compromiso penal que los mismos Magistrados realizaron en el auto calificatorio, en torno al concurso de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado atribuidos a los médicos Bergonzoli y Bejarano, y que en esta oportunidad despreciaron, desconociendo tanto el aspecto jurídico como el probatorio expresado en aquella oportunidad, sin que se quiera significar que la resolución de acusación conduce fatalmente a un fallo de condena, pues las exigencias son diversas y bien puede variar por los resultados del acopio durante la causa.

Pero este cambio probatorio no ocurrió en el asunto sometido al examen de los Magistrados acusados, toda vez que para avalar la absolución hicieron referencia a hechos diferentes de aquéllos por los cuales se formuló llamamiento a juicio. En efecto, sin que pueda olvidarse el formalismo en la aducción de medios de prueba documental traídos en copia al proceso, ninguna incidencia tenían aquéllos que el Tribunal adujo faltos de autenticación, en orden a demostrar si el doctor Bejarano Riaño fue beneficiado por el Servicio Seccional de Salud del Valle para adelantar estudios de pos-grado, pues si se hubiese demostrado que a la Universidad del Valle se realizaron pagos indebidos, tales conductas pudieran tener repercusiones en otros delitos, pero no en los que fueron materia de acusación.

Igual sucede con la existencia o inexistencia de un "contrato de prestación de servicios", que el mismo Tribunal había estimado inexistente, y que de asumirse como hipótesis, al sobrepasar la cuantía y el término señalado por la ley para poder acordar de manera verbal constituiría una violación al estatuto de contratación, pero dejaba indemnes las imputaciones hechas en cuanto los médicos

Bergonzoli y Bejarano falsificaron documentos públicos, que fueron utilizados para obtener dineros públicos por servicios que no fueron prestados.

Queda claro entonces que la sentencia absolutoria dictada por la Sala que conformaron los doctores Sinisterra Domínguez y Torres Calero, al desatender los aspectos cardinales atinentes al juicio de adecuación típica y a la responsabilidad penal, y disimular la situación mediante el tratamiento de puntos ajenos al núcleo centralde la acusación, incurrieron en una resolución manifiestamente contraria a la ley, que remite al delito de prevaricato.

La evidencia de esta situación motivó que esta corporación se pronunciara de la siguiente manera, en su providencia de fecha 26 de octubre de 1989, M.P. doctor Jaime Giraldo Angel, mediante la cual se casó y declaró la nulidad de la sentencia de agosto 24 de 1988, materia de este proceso penal:

"En el caso en estudio no aparece el análisis de los elementos que constituyen los delitos de falsedad y peculado, que son las infracciones objeto de decisión, y poresta razón, tampoco aparece el análisis de las pruebas encaminadas a determinar la existenciaono de estas conductas delictuosas, y en caso afirmativo, la de sus autores o partícipes. Faltando estos elementos de juicio es necesario concluir que la parte resolutiva de la providencia carece de toda motivación."... (f. 49 cdno. 1).

Al soslayar de esta manera el motivo central del pronunciamiento, los Magistrados integrantes de la Sala evidenciaron su proceder antijurídico, propiciatorio de una absolución ostensiblemente opuesta a lo que dictaban las pruebas recopiladas, que en todo caso debieron ser objeto de una valoración directa y no evasiva, por la probabilidad de que condujeran a una sentencia diferente, como posteriomente se determinó.

Por esa actuación de dicha Sala, resultaron vulnerados el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal entonces vigente y las disposiciones sustantivas definitorias de la participación y de los delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Conductas como la realizada por los otrora Magistrados enjuiciados vulneran el bien jurídico de la administración pública, al punto de atentar contra el interés que tiene el Estado en que las determinaciones de sus servidores se ajusten a la legalidad y constituyan fiel instrumento para resolver, de acuerdo con la ley, el suceso que se les plantea.

Al dictar la sentencia controvertida, los procesados, contrariamenteasudeber jurídico deactuar conforme a derecho, conculcaron sin justificación alguna aquel bien, cuya tutela les fue confiada en razón del cargo que ocupaban.

3° En torno a la culpabilidad en el delito de prevaricato, el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia.

Los defensores de los antaño Magistrados, apoyan la aseveración de la ausencia de dolo en afirmaciones como las siguientes: no está demostrado qué al dictar la sentencia cuestionada los implicados quisieron quebrantar la ley; pudo ocurrir que al aplicar las disposiciones relativas a la aducción de pruebas documentales incurrieron en error; el proveído sí reune los requisitos previstos en la ley; se absolvió por duda en aspectos probatorios y, así no se esté de acuerdo con dicho análisis o éste hubiera resultado incompleto, nopuede deducirse reproche por prevaricato; no hay prueba de las motivaciones que hubieran podido tener para torcer el derecho.

La respuesta a estos planteamientos conlleva, como primer punto, que la ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el artículo 149 del Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la ley; basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia del dolo,sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación.

No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo "simpatía" o "animadvesión" hacia una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así.

En relación con los otros argumentos, es claro que la acusación por prevaricato no versa sobre desconocimiento de requisitos de la sentencia cuestionada, ni sobre aspectos relativos a la interpretación de normas o de pruebas en la que pudo apoyarse. La manifiesta ilegalidad del fallo absolutorio que benefició a los médicos Bergonzoli y Bejarano, obedece a que se simuló una motivación con aspectos irrelevantes, con la consecuente desatención consciente de la prueba suficiente e idónea que imponía condenar a dichos implicados.

En otras palabras, el fallo absolutorio no tuvo motivación valedera y desconoció, intencionalmente por quienes lo profirieron, el materialprobatorio, resultando claro que, a conciencia de su ilicitud, los procesados profirieron una decisión contraria a derecho.

La amplia trayectoria y formación jurídica de los otrora Magistrados; el hecho de que hubieran sido éllos mismos quienes redactaron y suscribieron la providencia que revocó el segundo sobreseimiento temporal, para en su lugar llamar a juicio; la realidad probatoria que apreciaron entonces y que no fue modificada en la etapa del juicio; la información adicional que el doctor Torres Calero tenía del asunto, por haberlo ventilado como juez de primera instancia, son sin duda elementos adicionales serios y graves de comprobación del conocimiento y la voluntad, que permiten inferir que no fue por negligencia, o por carencia de ilustración o de idoneidad, sino que obraron con dolo y merecen, por tanto, el juicio de reprochabilidad por haber actuado intencionalmente, estando muy lejano de la realidad el reconocimiento del error invocado.

Es que, se insiste, no existió valoración de normas o de pruebas en punto a las imputaciones hechas a los médicos Bergonzoli y Bejarano por los delitos de falsedad y peculado, sino que, desconociendo la realidad contenida en el proceso, se sustentó la absolución con intrascendencias, frente a la solidez por éllos mismos expresada en la acusación.

Se reunen entonces los requisitos que para condenar exije la ley, particularmente en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

4° En punto a los criterios previstos en el artículo 61 del Código Penal para fijar la pena, resulta evidente que los ex Magistrados no tienen antecedentes penales y que su conducta anterior siempre fue buena. Pese a lo anterior, la gravedad que implica el investigado quebranto a la recta administración de justicia y la circunstancia genérica de agravación contenida en el numeral 11 del artículo 66 del mismo estatuto, por la ilustración de los acusados y su elevada posición laboral, impiden que la pena aplicable sea la mínima de un año de prisión; por tanto, ésta se fijará en veinte (20) meses, término que será igual para la interdicción de derechos y funciones públicas.

5° Al reunirse los requisitos exigidos por el artículo 68 del Código Penal, se otorgará a los implicados el subrogado de la condena de ejecución condicional en cuanto a la pena privativa de la libertad, con un período de prueba de dos años y con el compromiso de cumplir con las obligaciones establecidas en el artículo 69 ibidem, cuyo cumplimiento garantizarán en la correspondiente diligencia de compromiso y bajo la caución prendaria que prestaron para disfrutar de la

excarcelación concedida en la resolución que definió su situación jurídica (fs. 338 y 339 cdno. 2).

La pena de interdicción de derechos y funciones públicas se hará efectiva, a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

6° Al no aparecer demostrado que con su conducta los procesados hayan ocasionado específicos perjuicios, no se proferirá condena en cuanto a este aspecto.

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. Condenar a quienes fueron Magistrados del Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, doctores *Daniel Sinisterra Domínguez y Miguel Ángel Torres Calero,* de las condiciones civiles y personales mencionadas en la parte motiva de esta providencia, a la pena principal de veinte (20) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautores del delito de prevaricato por acción por el cual se dictó en su contra resolución acusatoria.

2o. Conceder a los procesados en mención la condena de ejecución condicional en cuanto a la pena privativa de la libertad, por un período de prueba de dos (2) años, con el compromiso de cumplir con las obligaciones y bajo la caución señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

3o. *Abstenerse* de proferir condena a indemnización de perjuicios.

4o. *Expedir* las copias ordenadas en el artículo 501 del C. de P. P.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Luis Arnoldo Zarazo Oviendo, Conjuez; Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ HABER ACTUADO COMO FISCAL

Como atinadamente lo apuntan los Magistrados que rechazaron el impedimento, es apenas natural entender que –quien lo declara– está obligado a precisar los hechos por los cuales se da la causal en que se apoya tal declaratoria. Un enunciado simplemente general en el sentido de que se actuó como Fiscal dentro del mismo proceso que se debe ahora atender como Juez, sin concreción de qué fue exactamente lo que se hizo en la fase investigativa y de qué manera ello va contra la imparcialidad e independencia del funcionario que nuevamente debe actuar, comporta una motivación insuficiente que fácilmente puede llevar, y lleva,al rechazo del declarado impedimento.

No puede desconocerse el acierto de quien predica que si lo actuado como Fiscal fue poco o nada trascendente en orden a las providencias importantes del sumario (resolución de la situación jurídica o calificación de la instrucción), o, dicho de otro modo, si limitó lo suyo a la realización de diligencias que ni quitan ni ponen a la sustancia de lo debatido procesalmente, mal puede tenérsele con criterio comprometido como para asumir imparcial e independientemente el rol de juez.

Lo que busca el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 11, es que el obvio apego y respeto por la obra propia cumplida en la etapa averiguatoria, no interfiera en la imparcialidad e independencia con que debe cumplirse la actividad de juzgamiento. Pero si lo realizado en el sumario fue ocasional, tangencial, intrascendente y –así–, conceptualmente, sin ninguna incidencia en el criterio del juzgador, no existe ninguna razón para dar por existente la causalimpediente de que se trata.

Son –indudablemente pertinentes los siguientes apartes jurisprudenciales:

"...la manifestación de impedimento del Magistrado M.P. es jurídicamente insostenible,no solo porque en este proceso nunca ha asumido el carácter de fiscal, en cuyo cargo debía haber realizado la actuación precedente, sino porque el tangencial contacto que tuvo en el proceso, en el que apenas se limitó a delegar la práctica de unas pruebas, no permite suponer que dejó adelantado algún concepto o criterio que en su labor juzgadora lo extravíe del camino de la equidad y la justicia. Ahora, la simple práctica de diligencias no es función exclusiva y excluyente de la Fiscalía, pues en la etapa del juzgamiento el juez legalmente está facultado para recepcionar pruebas y no por ello queda desvertebrada su función ni alterado su buen juicio". (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, auto de mayo 11 de 1994)

"Hay que resaltar aquí, en orden al rechazo del impedimento, que la actuación del Magistrado G.O.fue harto limitada, pues se circunscribió, se recalca, a disponer diligencias preliminares y a ordenar la apertura de la investigación penal, sin que pueda asegurarse que de alguna manera comprometió su criterio jurídico. Tan leve participación procesal no permite fundamentar, bajo ningún criterio, una separación del conocimiento del proceso". (M.P. Dr. Valencia M. Auto de dic. 19 de 1994).

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

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado: Acta No. 53

Rad. 13134

VISTOS

Procede la Corte a resolver de plano el incidente de impedimento propuesto por un Magistrado del Tribunal Nacional y declarado infundado por una Sala Dual de Decisión de esa Corporación, dentro del presente expediente de Radicación Nos. 10231 y 10231 A, en el que es procesado Roberto de Jesús Escobar Gaviria.

Reseña fáctica y de la actuación procesal:

Se consigna la realizada por la indicada Sala Dual, así:

"A) Los hechos que originaron los dos fallos, condensados ahora en una sola actuación procesal sometida al conocimiento del Tribunal Nacional, ocurrieron

entre el 21 y 22 de julio de 1992, cuando de la Cárcel 'La Catedral' se fugaron diez reclusos, entre ellos, Roberto de Jesús Escobar Gaviria, John Jairo Velásquez Vásquez y el extinto Pablo Emilio Escobar Gaviria, quienes empleando armas de fuego –fusil AR15 y subametralladoras– retuvieron a varios funcionarios públicos que se encontraban en el penal –el Viceministro de Justicia, el Director(E) de la Cárcel y el Director General de Prisiones, para luego, en horas de la madrugada del 22 de julio, evadir el cerco militar tendido alrededor de la penitenciaría, perdiéndose todo contacto con ellos.

B) Antes de cumplirse tres meses desde la fecha de la evasión, se entregaron Roberto de Jesús Escobar Gaviria y John Jairo Velásquez Vásquez, a quienes el 10 de septiembre de 1992 les fue resuelta la situación jurídica por los anteriores hechos, con detención preventiva, sin excarcelación, por los delitos de Fuga de Presos, Posesión Ilegal de Armas de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas y Secuestro Extorsivo Agravado –Art. 6°., Dto. 2790/90, art. 268 y 270/5°/6° del C.P., decisión modificada el 27 de junio de 1995, en cuanto al secuestro, precisando que el mismo era en la modalidad simple y agravado por las circunstancias señaladas en el artículo 270 del C.P., numerales 2° y 5°.

C) Durante la etapa instructiva Velásquez Vásquez y Escobar Gaviria expresaron su deseo de acogerse a la terminación anticipada del proceso mediante la figura señalada en el artículo 37 del C. de P.P., razón por la cual el 20 y 26 de agosto se llevó a cabo audiencia de formulación de cargos con fines de sentencia anticipada, en la que el primero de los nombrados aceptó los tres delitos endilgados, es decir, Fuga de Presos, Secuestro Simple Agravado, y Posesión Ilegal de Armas de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas, mientras que el segundo sólo aceptó los dos primeros reatos (fls. 59 C. Trib. Rad. 10231 y 1 Tomo Duplicado # 39).

D) Consecuente con lo anterior, el 21 de octubre de 1996, un Juez Regional de Medellín dictó sentencia condenatoria contra Velásquez Vásquez y Escobar Gaviria, por los punibles que cada uno aceptó, imponiéndoles pena principal de cuarenta y ocho y veinte meses de prisión, respectivamente, más la accesoria de ley en cada caso por igual lapso de la privativa de la libertad, y sin derecho a la condena de ejecución condicional. La sentencia fue impugnada por Roberto de Jesús Escobar Gaviria y su defensor, habiendo llegado las diligencias a esta Corporación para desatar el recurso el 28 de febrero del año en curso (fls. 55 Tomo Duplicado 39y 3 C. Trib. Rad. 10231).

E) Con ocasión de la ruptura de la unidad procesal frente al cargo que no aceptó el procesado Escobar Gaviria continuó el trámite ordinario de la actuación y el 17 de octubre de 1996 el Fiscal Regional de Medellín elevó pliego de cargos contra aquel en calidad de coautor de Conservación de Armas

de Fuego de Uso Privativo de la Fuerza Pública; ante nueva petición de sentencia anticipada en la etapa del juicio, se practicó la correspondiente diligencia el 20 de diciembre de 1996, habiendo aceptado el acusado los cargos, y mediante fallo de enero 10 de 1997, fue condenado a pena principal de treinta meses de prisión y a la accesoria de ley; empero, inconformes con la sentencia, procesado y defensor la impugnaron habiéndose recibido la actuación en esta Colegiatura para los fines de ley el pasado 7 de abril (fls. 37, 109, 122 y 129 C.O. #39 y 2 C. Trib. Rad. 10231 A)".

MOTIVACIÓN DEL MAGISTRADO QUE SE DECLARA IMPEDIDO

Considera que se da la causal consagrada en el numeral 11 del artículo 103 del C. de P.P. ("Que el Juez haya actuado como fiscal"), por cuanto 'releído el voluminoso expediente se detectó que al suscrito le correspondió actuar como Fiscal Delegado en el proceso de la referencia' (no concreta cuáles fueron esas actuaciones).

Según el Magistrado, la siguiente jurisprudencia de esta Corporación, respalda su decisión:

"...Luego, cuando se profirió la ley 81 de 1993 y se establecieron dos nuevas causales, la 11 y la 12, la Sala de igual manera se pronunció advirtiendo que con la primera se procura acomodar la institución de los impedimentos y recusaciones al sistema acusatorio que se ha querido establecer en el nuevo estatuto procedimental en el que la instrucción y la acusación se encuentran en cabeza del Fiscal, transformándose en sujeto procesal en el juicio. Por tal razón, en la fase sumarial el juez no puede practicar pruebas ni formular dicha acusación y por ello en el supuesto de haberlo hecho en calidad de fiscal, le queda vedada su participación como juez...". (M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M., Auto de julio 27 de 1995)

También ésta:

"..., se procura con esta norma acomodar la institución de los impedimentos y recusaciones al sistema acusatorio que se ha querido establecer en el nuevo C. de P.P., donde el juez no tiene competencia para investigar ni practicar pruebas ni formular acusación, pues esta es una función propia del fiscal instructor, quien no solo realiza esa labor, sino que sostiene la acusación en todo el proceso, primero como fiscal acusador durante el sumario y luego como sujeto procesal en el término de la causa, se quiere evitar que quien instruya y acuse sea la misma persona que falle". (M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas, Auto de enero 28 de 1994).

FUNDAMENTOS DE LA SALA QUE RECHAZÓ EL IMPEDIMENTO:

Luego de afirmarse que el instituto delos impedimentos busca garantizar la imparcialidad, independencia, severidad y rectitud de los funcionarios que administran justicia, se llama la atención en el sentido de que quien se declara impedido está en la obligación de explicar en forma razonada qué exactamente lolleva a separarse del conocimiento del proceso, cosa que aquí no hizo quien se declaró impedido.

A continuación se precisa que –ciertamente-, dentro del sistema procedimental que nos rige,los fiscales son los encargados de investigar y acusar, y los jueces los responsables del juzgamiento; de ahí que, por mandato del artículo 103, en su numeral 11, a quien ha actuado como fiscal, esto es, 'sustentado la acusación', no le es dable asumir el papel de juez, dentro del mismo proceso.

"Pero ello obviamente ocurre cuando el juez ha actuiado como fiscal, valga decir, cuando ha desplegado una actividad instructiva y valorativaen la investigación del delito, merced a la cual se logra cristalizar un pronunciamiento (llámese resolución de la situación jurídica, resolución de acusación, etc.), dentro del asunto sometido a su conocimiento... ".

La actuación como fiscal para que sea constitutiva de impedimento comporta eldespliegue de una actividad averiguatoria propia que evidencie el compromiso jurídico de quien la realiza; sólo podrá –entonces– alegarla "el juez que actuó como fiscal de manera propia, autónoma, gobernando la fase instructiva según su criterio y política de investigación", ya que únicamente así podrá decirse que la resolución acusatoria con que aquella termine, es obra suya y que –como tal– estará naturalmente inclinado a defenderla.

Pero la actividad desplegada por el Magistrado que se declaró impedido fue sólo la de, en su condición de Fiscal Regional de Manizales, coordinar unas diligencias previamente ordenadas por el Fiscal del conocimiento, en Medellín, así: el envío de un oficio al Jefe de Telecomunicaciones de aquella ciudad, solicitando la interceptación de unas líneas telefónicas y la práctica –con resultados negativos de un allanamiento a un inmueble donde se presumía se encontraban algunos de los reclusos evadidos de la cárcel 'La Catedral' (fls. 219, 226, 232, 234, Tomo # 11 Original). Y la de disponer la apertura de una investigación preliminar contra Brance Alexander Muñoz Mosquera, ordenado allí –igualmente con resultados negativos-que se interceptaran algunas líneas telefónicas, diligencias estas que antes de un mes fueron remitidas al Fiscal Regional de Medellín para que se anexaran al proceso 9253 adelantado por fuga de presos contra Pablo Emilio Escobar Gaviria y otros (fls. 13 a 24 Tomo # 14 Original).

Así las cosas –concluyen los Magistrados– quien se declara impedido no tuvo "compromiso probatorio ni conceptual en la formación del sumario". Luego desatinó al declararse impedido. Y, encuentran, para este su criterio, apoyo en las jurisprudencias de la Corte de enero 28, mayo 11 y diciembre 19 de 1994.

CONSIDERACIONES

1. Como atinadamente lo apuntan los Magistrados que rechazaron el impedimento, es apenas natural entender que –quien lo declara– está obligado a precisar los hechos por los cuales se da la causal en que se apoya tal declaratoria. Un enunciado simplemente general en el sentido de que se actuó como Fiscal dentro del mismo proceso que se debe ahora atender como Juez, sin concreción de qué fue exactamente lo que se hizo en la fase investigativa y de qué manera ello va contra la imparcialidad e independencia del funcionario que nuevamente debe actuar, comporta una motivación insuficiente que fácilmente puede llevar, y lleva,al rechazo del declarado impedimento.

2. No puede desconocerse el acierto de quien predica que si lo actuado como Fiscal fue poco o nada trascendente en orden a las providencias importantes del sumario (resolución de la situación jurídica o calificación de la instrucción), o, dicho de otro modo,si limitó lo suyo a la realización de diligencias que ni quitan ni ponen a la sustancia de lo debatido procesalmente, mal puede tenérsele con criterio comprometido como para asumir imparcial e independientemente el rol de juez.

Lo que busca el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 11, es que el obvio apego y respeto por la obra propia cumplida en la etapa averiguatoria, no interfiera en la imparcialidad e independencia con que debe cumplirse la actividad de juzgamiento. Pero si lo realizado en el sumario fue ocasional, tangencial, intrascendente y –así–, conceptualmente, sin ninguna incidencia en el criterio del juzgador, no existe ninguna razón para dar por existente la causalimpediente de que se trata.

Son –indudablemente– pertinentes los siguientes apartes jurisprudenciales:

"*...la manifestación de impedimento del Magistrado M... P... es jurídicamente insostenible,no solo porque en este proceso nunca ha asumido el carácter de fiscal, en cuyo cargo debía haber realizado la actuación precedente, sino porque el tangencial contacto que tuvo en el proceso, en el que apenas se limitó a delegar la práctica de unas pruebas, no permite suponer que dejó adelantado algún concepto o criterio que en su labor juzgadora lo extravíe del camino de la equidad y la justicia. Ahora, la simple práctica de diligencias no es función exclusiva y*

excluyente de la Fiscalía, pues en la etapa del juzgamiento el juez legalmente está facultado para recepcionar pruebas y no por ello queda desvertebrada su función ni alterado su buen juicio". (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, auto de mayo 11 de 1994)

"Hay que resaltar aquí, en orden al rechazo del impedimento, que la actuación del Magistrado G... O...fue harto limitada, pues se circunscribió, se recalca, a disponer diligencias preliminares y a ordenar la apertura de la investigación penal, sin que pueda asegurarse que de alguna manera comprometió su criterio jurídico. Tan leve participación procesal no permite fundamentar, bajo ningún criterio, una separación del conocimiento del proceso". (M.P. Dr. Valencia M. Auto de dic. 19 de 1994).

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

RESUELVE

Declarar que le asiste razón a los Magistrados del Tribunal Nacional que rechazaron el impedimento declarado por uno de sus compañeros de Sala para conocer de la apelación de las sentencias anticipadas dictadas contra Roberto de Jesús Escobar Gaviria, por los delitos de fuga de presos, secuestro simple, agravado, y posesión ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ RECUSACION

El capítulo IX del Título II del Código de Procedimiento Penal regula de manera especial el tema de los impedimentos y recusaciones. No solamente el legislador se limitó a catalogar las diferentes circunstancias constitutivas de impedimento del funcionario judicial (art. 103), sino que estableció con precisión el procedimiento a seguirse ante una manifestación de esa naturaleza por parte del funcionario, lo mismo que los requisitos y el trámite correspondiente cuando la discusión sobre el impedimento tenga como origen una propuesta de recusación de una de las partes.

En el primer caso, la declaración de impedimento es controlada por el funcionario que sigue en turno; o por otro del lugar más cercano cuando en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido, o todos estuvieren impedidos; o por los demás componentes de la Sala cuando el impedimento sea planteado por un Magistrado. Sólo en el caso de que quien controla la expresión de impedimento no comparta los argumentos del funcionario, así lo precisa el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal, interviene el superior jerárquico y decide de plano la diferencia. En caso contrario, la decisión del funcionario mediante la cual admite los fundamentos del impedimento pone fin al incidente y contra la misma no procede ningún recurso, de acuerdo con el artículo 117 de la misma obra.

Ocurre de manera similar frente a la recusación. Si el funcionario la acepta, se continúa el trámite previsto para cuando se acepta una causal de impedimento. Y si no lo hace, remite el caso a quien le corresponde resolver (los demás miembros de la Sala cuando la recusación versa sobre un Magistrado), para el control respectivo, el cual se materializa en una decisión de plano.

Es claro, entonces, frente a los incidentes de impedimento o recusación de funcionarios, que la única intervención del superior jerárquico prevista en la ley se presenta cuando los argumentos en los cuales se sustenta una manifestación de impedimento no son compartidos por el funcionario a quien se envía el expediente para resolver sobre la misma. Y se trata de una intervención impuesta por la ley y no originada en el uso de los recursos por parte de los sujetos procesales.

Significa lo dicho que las decisiones que se adopten en el trámite de un impedimento o una recusación, aunque deben ser motivadas, no son susceptibles de recursos y por lo tanto no deben ser objeto de notificación a las partes, sino simplemente de comunicación. Aquí se excedió el Tribunal de Neiva al disponer que se notificara la providencia cuya apelación pretende el recurrente, circunstancia que no solamente le permitió a éste sostener que era impugnable a través de los recursos ordinarios, sino que llevó al proceso a una parálisis significativa.

En conclusión, la única participación de las partes en el trámite de un impedimento o recusación es exclusivamente la formulación de la última en los términos del artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, sin que la ley les permita la utilización de ningún recurso en su trámite, como en forma clara lo preceptúa el artículo 117 del mismo Estatuto. Y el trámite del incidente, a diferencia de como lo plantea el defensor, obviamente incluye la decisión que le pone fin.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C.,mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Doctor *Carlos E. Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 53

Rad. 13105

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de hecho interpuesto por el defensor del doctor Gerardo Cuéllar Botello, contra la resolución de abril 10 de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva no accedió a concederle el recurso de apelación a través del cual impugnó la providencia de diciembre 12 de 1996, emanada de la misma Corporación.

ANTECEDENTES

El Tribunal Superior de Neiva adelanta la fase del juicio en el proceso seguido contra el doctor Héctor Ramiro Trujillo, ex-Juez 2o. Laboral de esa ciudad, Gerardo Cuéllar Botello, Gilberto Cuéllar Botello, Mauricio González Cuéllar, Mauricio Silva Ruiz, Alvaro Medina Valderrama, Hernando Díaz Castro, Agustín Soto Botello y José Domingo Fernández Villalba, por los delitos de prevaricato, peculado, falsedad en documento público, uso de documento público falso y concierto para delinquir.

El defensor suplente del procesado Gerardo Cuéllar Botello, con sustento en el numeral 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, recusó a dos de las Magistradas que forman parte de la Sala de Decisión a cargo del caso. Las funcionarias, mediante decisión de diciembre 10 de 1996, rechazaron la propuesta y dispusieron remitir la actuación al tercer Magistrado de la Sala. Este integró una nueva y mediante providencia de diciembre 12 de 1996, que se ordenó notificar, fueron aceptados los planteamientos de las funcionarias recusadas por encontrarse acordes con los lineamientos legales.

La defensa interpuso contra el pronunciamiento los recursos de reposición y apelación. El Magistrado Ponente los consideró improcedentes, con apoyo en el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal. Y fue contra tal determinación que se concedió el recurso de hecho el pasado 17 de abril. Los siguientes son los argumentos en los cuales lo sustentó la parte recurrente:

1. Que la resolución del Tribunal mediante la cual se acogieron los motivos para no aceptar la recusación propuesta "puede catalogarse de interlocutoria, dado que resuelve una cuestión de trascendencia en el proceso, como que toca con aspectos relacionados con la competencia para conocer de él".

2. Que cuando exista acuerdo entre el funcionario que no se declara impedido y quien le sigue en turno, debe darse la oportunidad a los sujetos procesales para que lleven la cuestión ante el superior jerárquico, lo cual significa que "...la decisión del funcionario o la Sala que sigue en turno es impugnable por la vía de los recursos ordinarios" y naturalmente notificable.

3. Que el artículo 117 del Código de Procedimiento Penal señala que las decisiones que se profieran *en el trámite* de un impedimento o recusación no tendrán recurso alguno, lo cual traduce que la que decide el incidente es impugnable.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El capítulo IX del Título II del Código de Procedimiento Penal regula de manera especial el tema de los impedimentos y recusaciones. No solamente el legislador se limitó a catalogar las diferentes circunstancias constitutivas de impedimento del funcionario judicial (art. 103), sino que estableció con precisión el procedimiento a seguirse ante una manifestación de esa naturaleza por parte del funcionario, lo mismo que los requisitos y el trámite correspondiente cuando la discusión sobre el impedimento tenga como origen una propuesta de recusación de una de las partes.

En el primer caso, la declaración de impedimento es controlada por el funcionario que sigue en turno; o por otro del lugar más cercano cuando en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido, o todos estuvieren impedidos; o por los demás componentes de la Sala cuando el impedimento sea planteado por un Magistrado. Sólo en el caso de que quien controla la expresión de impedimento no comparta los argumentos del funcionario, así lo precisa el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal, interviene el superior jerárquico y decide de plano la diferencia. En caso contrario, la decisión del funcionario mediante la cual admite los fundamentos del impedimento pone fin al incidente y contra la misma no procede ningún recurso, de acuerdo con el artículo 117 de la misma obra.

Ocurre de manera similar frente a la recusación. Si el funcionario la acepta, se continúa el trámite previsto para cuando se acepta una causal de impedimento. Y si no lo hace, remite el caso a quien le corresponde resolver (los demás miembros de la Sala cuando la recusación versa sobre un Magistrado), para el control respectivo, el cual se materializa en una decisión de plano.

Es claro, entonces, frente a los incidentes de impedimento o recusación de funcionarios, que la única intervención del superior jerárquico prevista en la ley se presenta cuando los argumentos en los cuales se sustenta una manifestación de impedimento no son compartidos por el funcionario a quien se envía el expediente para resolver sobre la misma. Y se trata de una intervención impuesta por la ley y no originada en el uso de los recursos por parte de los sujetos procesales.

Significa lo dicho que las decisiones que se adopten en el trámite de un impedimento o una recusación, aunque deben ser motivadas, no son susceptibles de recursos y por lo tanto no deben ser objeto de notificación a las partes, sino simplemente de comunicación. Aquí se excedió el Tribunal de Neiva al disponer que se notificara la providencia cuya apelación pretende el recurrente, circunstancia

que no solamente le permitió a éste sostener que era impugnable a través de los recursos ordinarios, sino que llevó al proceso a una parálisis significativa.

En conclusión, la única participación de las partes en el trámite de un impedimento o recusación es exclusivamente la formulación de la última en los términos del artículo 108 del Código de Procedimiento Penal,sin que la ley les permita la utilización de ningún recurso en su trámite, como en forma clara lo preceptúa el artículo 117 del mismo Estatuto. Y el trámite del incidente, a diferencia de como lo plantea el defensor, obviamente incluye la decisión que le pone fin.

Así las cosas, en atención a que la decisión del Tribunal de diciembre 12 de 1996 no era susceptible del recurso de apelación (ni del de reposición), es natural que no prospere el de hecho, por lo que la Sala así lo resolverá (C.P.P. 210).

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

RESUELVE

No se concede el recurso de apelación intentado a través del hecho, interpuestos por el defensor del procesado Gerardo Cuéllar Botello. En consecuencia, devuélvase la actuación 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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/ VERSION LIBRE/ NULIDAD

Es cierto que los sindicados no estuvieron asistidos por un defensor en la diligencia de versión libre, y también lo es que en el acta en que se consignó la exposición de (...) no aparece firma en el espacio que dice "interrogo", pero si está suscrita por el Jefe de la Sección de Sustanciaciones y de la secretaria.

Ahora, independientemente de las consecuencias que pudiera generar la falta de esa firma, lo importante es que para efectos de recibir las versiones a los sindicados era necesaria la asistencia de su defensor de confianza, o de uno designado de oficio, so pena de que de no ser así, dichas diligencias no pueden ser tenidas en cuenta al evaluar elmaterial probatorio, porque como lo precisa la Constitución Política en el artículo 29, son nulas de pleno derecho.

Pero lo que está viciada es la prueba, no el proceso, pues lo que ocurrió es que al recibir las versiones no se le dio cumplimiento a una formalidad establecida como garantía fundamental, consistente en que el sindicado debe estar acompañado por un defensor. Esa falla no trasciende a la estructura del proceso, de manera que no es necesario retrotraer la actuación para repetir la diligencia, ya que la versión libre no es presupuesto procesal de ninguna actuación o decisión posterior. Situación diferente se presentaría si se hubiera tratado de la indagatoria, pues ella además de ser un medio de defensa y un elemento de juicio, es un medio de vinculación del imputado al proceso, y un requisito previo a la definición de la situación jurídica.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta No. 53

Rad. 9591

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Hyun Sup Shin, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado setenta y cuatro Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado recurrente a la pena principal de cien (100) meses de prisión por los delitos de tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado e incendio, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, así como a la expulsión del territorio nacional.

I. HECHOS

Fueron sintetizados por el Procurador así:

"Tuvieron ocurrencia en ésta ciudad en la residencia del ciudadano coreano Soo Kil Ham, ubicada en la calle 75 No. 22-44, en la madrugada del siete de agosto de mil novecientos noventa, cuando el individuo mencionado se disponía a ingresar a su casa y en ese momento fue agredido por Byun Hwan Choi y Hyun Sup Shin quienes se hallaban esperándolo y luego de golpearlo le proporcionaron escopolamina y lo amarraron y colocaron en el segundo piso de la casa. Horas más tarde el mismo día los mencionados sujetos decidieron desocupar la residencia hurtando todo lo de valor que en ella encontraron y lo trasladaron a la residencia de Martha Gómez Orozco al sur de la ciudad, así como otros bienes de Ham que se hallaban en una bodega de San Andresito. En las horas de la madrugada del ocho de agosto del mismo año, le prendieron fuego a la residencia y gracias a la ayuda de los vecinos y el cuerpo de bomberos de la ciudad, Soo Kil Ham fue rescatado y trasladado a un centro hospitalario, salvando su vida".

II. ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Tercero de Instrucción Criminal abrió la investigación, y luego de oír en indagatoria a Hyun Sup Shin le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de hurto calificado y agravado, incendio y tentativa de homicidio.

Cerrada la investigación calificó el mérito del sumario en providencia de octubre 24 de 1991, con resolución de acusación contra Hyun Sup Shin por los delitos imputados en el auto de detención y ordenó la cesación de procedimiento en favor de Byung Hwan Choi por haberse acreditado su fallecimiento.

La etapa de la causa correspondió al Juzgado Treinta Superior de Bogotá, clasificado luego como Setenta y Cuatro Penal del Circuito, despacho que una vez celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria con los resultados antes reseñados.

Apelado el fallo anterior, el Tribunal lo confirmó con la modificación de revocar el plazo concedido para el pago de los perjuicios.

III. La demanda

Al amparo de la causal tercera de casación, el libelista formula un cargo único al estimar que la sentencia ha sido dictada en un juicio viciado de nulidad.

Considera el censor que se vulneró el derecho de defensa del procesado Hyun Sup Shin, porque en la versión que rindió ante la Dirección de Extranjería del DAS no le fue designado defensor ni le fue hecha la advertencia de que podía hacerlo, por lo que puede decirse que el acusado careció de defensa técnica.

Esta irregularidad genera la nulidad consagrada en la causal tercera de casación, por cuanto dicha versión y la del extinto Byung Hwan Choi rendida en idénticas condiciones, sirvieron de fundamento al funcionario instructor y a los falladores de instancia para deducir responsabilidad penal por los hechos investigados a su representado.

Transcribe apartes del auto que resolvió la situación jurídica de los implicados Hyun Sup Shin y Byung Hwan Choi, con el fin de que se pueda observar lo contundentes que resultaron para la investigación aquellas pruebas irregulares "constitutivas de nulidad constitucional por comprometer el Derecho de Defensa, sin pregonarse para este evento el estado de flagrancia".

Otra situación irregular que vulneró el derecho de defensa del procesado, fue aquella que sin encontrase en contumacia, y frente a las dubitaciones sobre su participación en los insucesos enunciados, consistió en no haberse presentado alegatos de conclusión a su favor por parte de quien lo representaba judicialmente sin que se pueda afirmar olímpicamente la no vulneración del mismo, no se dio en el asunto flagrancia de por medio y el acervo probatorio adjunto si bien resultó demostrativo de los hechos a nivel objetivo, no aconteció lo mismo frente a su subjetividad, y por ello no se puede tener la impugnación presente como estrategia defensiva atinente a dicha situación irregular".

Por esta serie de irregularidades se llegó a la violación del debido proceso, como quiera que la vulneración del derecho a la defensa compromete esa garantía.

Volviendo a la diligencia de exposición rendida en el DAS, en ella además de lo resaltado se omitió la firma del funcionario que recibió la versión, "lo que atenta contra el acto procesal mismo en cuanto no cumplió la finalidad para la cual estaba destinado, pues si bien se empleó esa prueba en contra de los intereses del ciudadano coreano Hyun Sup Shin con el fin de atribuirle responsabilidad penal a título de coautor de los punibles que fueron investigados, no es menos cierto que las irregularidades que lo identifican son generadoras de nulidad supralegal".

Como consecuencia de tal irregularidad debe dársele plena credibilidad a lo afirmado por su representado en la indagatoria, en la que negó su participación a todo título en los hechos investigados, y donde además con espontaneidad atribuyó su autoría integral a Byung Hwan Choi.

Las fallas advertidas tienen la entidad suficiente como para afectar lo actuado, pues la única posibilidad existente para subsanarlas es la nulidad supralegal que se intenta por la ostensible violación del debido proceso.

Frente a los cargos que se le hicieron al hoy sentenciado con base en una diligencia irregular "no se le dió por consiguiente la oportunidad plena a nivel procesal de controvertir la acusación, ni menos sus exculpaciones merecieron la más mínima credibilidad, las que fueron tenidas como inverosímiles frente a aquellas otras pruebas de cargo que de manera alguna lo señalan inequívocamente como coautor de las conductas típicas investigadas, y que la responsabilidad imputada se concluyó a nivel indiciario, por el sólo hecho de haber sido observado primeramente cerca de la residencia del ofendido, y luego porque éste mismo (afectado) acotó que Hyun Sup Shin estuvo en su residencia momentos antes de cometer el hurto de sus pertenencias".

Cita jurisprudencia de la Corte sobre el tema de la violación al debido proceso y al derecho a la defensa, e invoca como causales de nulidad las contenidas en los numerales 2o. y 3o. del artículo 304 del C. de P.P.

Finalmente solicita que se case la sentencia y se anule el proceso para retrotraer la investigación al estado instructivo para que se subsanen las irregularidades que comprometieron los intereses del acriminado.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

Tratándose de vicios en la práctica de las pruebas por violación a las reglas previstas para ello, tales irregularidades –en el caso de existir– no generan en

manera alguna nulidad del proceso por cuanto tal medida extrema solo ha de tomarse cuando han sido socavadas las bases de la instrucción o del juzgamiento y el vicio no puede ser subsanado de manera diversa, o se han violado las garantías fundamentales.

Para el caso concreto, las irregularidades denunciadas efectivamente se presentaron respectode la versión libre del imputado, pero ellas no generan la nulidad del proceso ni la obligación de retrotraer la actuación, porque las fallas afectaronexclusivamente la diligencia cumplida durante la investigación preliminar, puesto que en las actuaciones subsiguientes el implicado proveyó lo necesario para su defensa, y por lo demás esta afectación de la garantía judicial no determinó similares consecuencias en el posterior trámite ni socavó las bases fundamentales del juzgamiento.

El derecho a la defensa técnica y material fue preservado durante todas las posteriores diligencias, de manera que no se ha vulnerado tal derecho, pues al contrario, el procesado estuvo siempre representado por un abogado.

De lo anterior se infiere que el vicio señalado por el censor en la producción de la prueba mencionada hace relación, no al quebrantamiento de una garantía judicial, sino a un vicio que afecta la legalidad de la prueba por haberse practicado con desconocimiento de las exigencias para su propia validez, lo que determina que el funcionario ha de estimar como inexistente la diligencia, (art.161 del C.P.P.), y por tanto no debe tener en cuenta su contenido probatorio al momento de la valoración. El problemaque tal situación comporta radica en que el sentenciador toma en cuenta un medio de convicción para valorarlo, debiendo desestimarlo; de ahí que se ubique dentro de los errores in iudicando por oposición al error in procedendo, fundamento de la nulidad.

Una posibilidad diversa, como sería la nulidad de la actuación propuesta en la demanda, es improcedente. No tendría ningún fundamento la invalidación de todo el proceso puesto que la ilegalidad de la actuación se encuentra en un solo acto del que no dependen los restantes medios producidos en forma legal ni los demás actos procesales también legalmente realizados.

Surge así con claridad que la vía de la alegación de esta clase de yerros in iudicando es la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho –falso juicio de legalidad-, cuya consecuencia es la eliminación, en el juicio del sentenciador, del medio ilegal y el reexamen de la sentencia a la luz del nuevo haz probatorio, siempre y cuando se demuestre que la trascendencia de la equivocación respecto al fallo impugnado es de tal magnitud que logre derrumbarlo, puesto que en virtud del principio de limitación a la Corte

le está vedado corregir los errores de la demanda o resolver sobre los cargos no presentados en ella.

Fácil se advierte en los fallos de instancia que el medio de prueba atacado –versión– no fue el único tenido en cuenta por los juzgadores para deducir la participación y consiguiente responsabilidad del procesado en los hechos investigados, por lo que, aunque hubiese sido presentado el cargo en forma correcta, habría fallado en su trascendencia por no corresponder a la realidad procesal.

En cuanto a la segunda irregularidad denunciada –ausencia de alegatos previos a la calificación por omisión del defensor del procesado–, es pertinente hacer un comentario adicional a lo ya expresado en el punto en que se demuestra cómo el procesado estuvo durante todo el proceso asistido por un defensor de confianza, y para aquella específica etapa su apoderada fue notificada de la resolución de acusación.

El solo hecho de que la profesional del derecho se haya abstenido de presentar alegatos precalificatorios y hubiese decidido no apelar dicha decisión, no puede indefectiblemente ser entendido como desidia de la abogada, pues perfectamente puede tratarse de una táctica defensiva dados los diversos medios de convicción que hasta ese momento procesal comprometían seriamente la responsabilidad de su defendido.

Como sustento de su tesis el censor acude a jurisprudencia de la Sala de Casación que cita en un aparte del libelo a fin de que se reconozca la vulneración que demanda, pero el caso presente resulta diferente al de la jurisprudencia en cuanto al estado de flagrancia que la Corte en esa oportunidad menciona como elemento que refuerza su tesis de no violación del derecho a la defensa.

Lo que la Corte ha querido expresar en tal jurisprudencia es que si bien el defensor no presentó alegatos previos a la calificación, no puede ello ser entendido como negligencia y por ende violación de derecho a la defensa, máxime cuando se trataba en ese caso de un evento de flagrancia en los que normalmente es muy difícil derrumbar los medios de convicción que hacen referencia a la identificación del autor y las circunstancias que rodearon el hecho.

Además de no ser ese el argumento base de la sentencia comentada, en el presente caso puede decirse que si bien el procesado no fue capturado en estado de flagrancia, sí fue reconocido por el propio denunciante quien lo identificó como uno de los sujetos que lo agredió e intervino en el hurto de todos sus bienes y en el incendio de su residencia en el que casi pierde la vida, así mismo hay algunos vecinos que declaran haber visto a SHIN junto con Choi haciendo el trasteo,

buscando la llave de la residencia durante los dos días en que sucedieron los hechos investigados; también el conductor del denunciante declaró que vió al implicado el día de los sucesos en compañía de Choi. "Todo ello constituye el concepto de flagrancia que, en estricto sentido, describe la situación objetiva de aquél autor de un hecho punible que ha sido sorprendido en el momento de la realización de una conducta típica, independiente de que sea o nó capturado; es además una definición legal según la cual, aparte de esta situación meramente material, se consideran otras condiciones que obligan a calificar como flagrancia –que confunde el censor con captura en flagrancia y más grave: con ***cuasiflagrancia***–, circunstancias que van más allá de la simple percepción del agente en el momento de cometer el delito, como cuando 'es perseguido por la autoridad' o cuando por voces de auxilio se pide su captura, situación que si bien no integran en concepto rígido de flagrancia, sí han entrado a formar parte de su definición legal por virtud de la descripción normativa correspondiente (artículo 370 del Decreto 270 de 1991)".

Es por ello que la jurisprudencia ha precisado que son elementos integrantes de la flagrancia la actualidad y la individualización o identificación del agente del hecho punible, en el sentido de que la percepción del delito no necesariamente ha de ser por parte de la autoridad, sino que cubre a todas aquellas personas que directamente se dieron cuenta de la realización de una conducta que, cuando menos se considera adecuable a un tipo penal previamente definido, y que el sujeto puede ser reconocido a pesar de que haya huido y no pueda ser capturado.

"A partir de este concepto jurídico de flagrancia, reconocido por la jurisprudencia y la doctrina la Corte, en el caso traído a colación por el demandante en esta oportunidad, consideró que no constituía violación al derecho a la defensa o falta de defensa técnica una situación de técnica defensiva, aunado al hecho de haber sido observado el procesado en la comisión del punible e identificado e individualizado; pero ello como argumento extra a su posición que, en el caso de estudio se ajusta no solo por ser un evento de flagrancia también, sino por el hecho de haber tenido representación el procesado durante toda la actuación habiendo cambiado en diversas oportunidades al profesional del derecho que había de representarlo en las varias etapas, tal vez por no compartir su táctica defensiva".

Luego de hacer algunos comentarios respecto al ejercicio del derecho a la defensa y a la garantía del debido proceso, concluye que ninguna de las dos afirmaciones que contiene la demanda se desarrolla correctamente, y la Delegada no advierte que exista ostensible irregularidad que pueda ser declarada por la Corte acudiendo a su facultad oficiosa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En el único cargo que formula el libelista al amparo de la causal tercera de casación, expresa que a su juicio se cometieron irregularidades que violan el derecho a la defensa de su representado, y el debido proceso.

La primera inconformidad del impugnante radica en que para la versión libre que rindieron los vinculados Hyun Sup Shin y Byung Hwain Choy ante la Dirección de Extranjería del DAS, no les fue nombrado un defensor de oficio, ni se les advirtió el derecho que tenían a designar uno de confianza, y que en la del primero de los nombrados no aparece la firma del funcionario que la recibió.

Es cierto que los sindicados no estuvieron asistidos por un defensor en la diligencia de versión libre, y también lo es que en el acta en que se consignó la exposición de Hyun Sup Chin no aparece firma en el espacio que dice "interrogo", pero si está suscrita por el Jefe de la Sección de Sustanciaciones y de la secretaria.

Ahora, independientemente de las consecuencias que pudiera generar la falta de esa firma, lo importante es que para efectos de recibir las versiones a los sindicados era necesaria la asistencia de su defensor de confianza, o de uno designado de oficio, so pena de que de no ser así, dichas diligencias no pueden ser tenidas en cuenta al evaluar el material probatorio, porque como lo precisa la Constitución Política en el artículo 29, son nulas de pleno derecho.

Pero lo que está viciada es la prueba, no el proceso, pues lo que ocurrió es que al recibir las versiones no se le dio cumplimiento a una formalidad establecida como garantía fundamental, consistente en que el sindicado debe estar acompañado por un defensor. Esa falla no trasciende a la estructura del proceso, de manera que no es necesario retrotraer la actuación para repetir la diligencia, ya que la versión libre no es presupuesto procesal de ninguna actuación o decisión posterior. Situación diferente se presentaría si se hubiera tratado de la indagatoria, pues ella además de ser un medio de defensa y un elemento de juicio, es un medio de vinculación del imputado al proceso, y un requisito previo a la definición de la situación jurídica.

En las condiciones anotadas es muy claro que el demandante se equivocó de causal, ya que cuando el vicio que se aduce es haber sustentado la sentencia en pruebas ilegales, (error in iudicando), el reproche debe presentarse por la causal primera, inciso segundo, por error de derecho debido a un falso juicio de legalidad.

2. En cuanto a la afirmación de que se violó el derecho de defensa del procesado porque su abogado no presentó alegato de conclusión, reiteradamente ha dicho la Corte que esa omisión no entraña en sí misma afectación de ninguna garantía, ya que es una oportunidad que los sujetos procesales pueden utilizar discrecionalmente, y razones de distinta índole pueden llevar al defensor a estimar que no es conveniente u oportuno hacer conocer su pensamiento en ese momento, y más bien decide esperar la calificación, para en el evento de que se formule acusación contra su cliente, utilizar los recursos teniendo como punto de referencia concreto el pliego de cargos.

Otra hipótesis puede ser la expuesta en la providencia que cita el libelista, (enero 21 de 1993. M. P. Edgar Saavedra), en donde la Sala analizó que tratándose de un caso de flagrancia y de abundante prueba de cargo, era posible que el defensor fuera conciente de que resultaba inútil tratar de evitar el enjuiciamiento, y por eso optó por reservar sus argumentos para una intervención posterior. Se equivoca el censor al inferir de éste proveído la idea de que cuando no hay flagrancia la no presentación de alegato de conclusión genera nulidad, pues esa es una clara tergiversación del planteamiento expuesto por la Corte.

También se ha dicho por parte de esta Corporación, que la no presentación de alegatos de conclusión puede ser en determinados casos un elemento de juicio, que sumado a otras circunstancias que revele el proceso, permitan concluir que hubo una verdadera ausencia de defensa técnica, balance que no es el que se obtiene en este caso, como acertadamente lo destaca el Procurador delegado.

Ante lo dicho, la queja en estudio, que ha debido formularla como un cargo independiente del de la prueba ilícita, carece por completo de fundamento.

3. Al margen de lo explicado en el numeral primero, suficiente para desestimar la censura en virtud del principio de limitación que rige el recurso, (art. 228 del C. de P. P.), la Sala estima oportuno recordar que para que el ataque prospere no basta que el demandante demuestre la existencia de un error, sino que es necesario que sea trascendente, esto es, que vicie de ilegalidad la sentencia recurrida, de modo tal que dependiendo de la causal invocada, no quede más alternativa que anular el proceso o dictar el fallo de reemplazo que corresponda.

Esto explica que en el caso específico de la violación indirecta de la ley sustancial, (que es como el actor debía haber presentado el reproche), se deben atacar todas las pruebas que le sirven de sustento a la sentencia, pues resulta inocuo demostrar que hubo error en la apreciación de una, o de algunas de ellas, si siguen vigentes otras que mantienen la solidez de la decisión.

En el fallo impugnado es muy claro que la versión libre no fue su fundamento único, y ni siquiera se puede decir que la referencia a él fue importante, pues se apreciaron los testimonios de Hortencia Becerra de Contreras, Adriana de los Angeles Roldán, Luis Enrique Valencia Escobar, Ricardo Enrique Valencia Bernal, y Olga Villegas, vecinos del ofendido que vieron a los implicados en compañía de una mujer sacando los enseres hurtados y cargando dos camiones de mudanzas, en los cuales se los llevaron hasta la casa de la fémina en donde fueron recuperados por la policía.

Pero además obra la declaración de la víctima Soo Kil Ham, quien directamente y sin duda alguna señaló a Hyun Sup Shin como uno de sus agresores, prueba ésta que acompañada de lo anterior ofrece plena certeza sobre lo ocurrido y sus responsables, y en nada podría incidir la no apreciación de la versión cuestionada.

De otra parte, el defensor se equivoca al traer como argumento que la prueba tachada sirvió de fundamento al auto de detención, e incluso a la sentencia de primera instancia, pues la impugnada es la decisión de segunda, y lo que correspondía demostrar es que sin la versión libre la sentencia del Tribunal habría sido absolutoria, tema que ni siquiera aborda.

Por las razones anotadas se desestimará el cargo formulado.

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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA

De nada le sirve al accionante argumentar que la preclusión de la investigación por el delito de fraude procesal es pronunciamiento desavenido con la realidad procesal y manifiestamente contrario a derecho, si no se aporta prueba que demuestre que por dicha decisión se hubiese adelantado proceso y culminado mediante decisión que haya adquirido ejecutoria.

La desatención a la exigencia de acompañar a la demanda de revisión la prueba concerniente a los hechos básicos de la petición, de acuerdo con la causal invocada (artículo 232-4 y 234-4 del C. de P. P.), obligan a no admitirla.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.53

Rad. 10609

VISTOS

Habiendo sido presentada demanda de revisión a nombre del ciudadano José Ismael Ladino Rojas, titular de la acción civil, es del caso calificar su idoneidad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 235 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

1. Cursó en el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad capital, proceso ejecutivo por obligación de hacer promovido por José Ismael Ladino Rojas contra Indalecio Landínez Afanador, ya fallecido, por incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa de una finca ubicada en el municipio de Soacha

(Cundinamarca), dentro del cual se decretó el embargo del remanente del bien inmueble objeto del contrato, que pudiera quedar en el proceso ejecutivo adelantado por el Banco de Bogotá contra el mismo demandado ante el Juzgado Veintidós Civil del Circuito.

2. El demandado Indalecio Landínez Afanador designó como su apoderado al abogado doctor Rosemberg Feria Sánchez, de quien se afirma que, obrando en connivencia con su representado y la señora María Helena Cubillos de Mayorga dispusieron, mediante escritura pública, de parte del bien embargado y secuestrado con el propósito de perjudicar la acreencia.

Muerto el demandado, refiérese que el abogado Feria Sánchez valiéndose de maniobras fraudulentas encaminadas a impedir la notificación del crédito a los herederos del difunto, solicitó el desembargo del inmueble con fundamento en el séptimo inciso del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil; petición acogida por el Juzgado Trece Civil del Circuito mediante providencia signada el 23 de agosto de 1988.

3. Por estos hechos, el demandante José Ismael Ladino Rojas presentó denuncia penal contra el mencionado profesional y la señora María Helena Cubillos de Mayorga, "por los delitos que hayan cometido con su actuar".

La Fiscalía Delegada 224 de Santafé de Bogotá, a la cual correspondió conocer de tal denuncia, ordenó medidas de aseguramiento contra los denunciados y dispuso también vincular mediante indagatoria a Luis Alejandro Herrera y María Inés Cubillos de Landínez, como posibles partícipes en el delito investigado.

Mediante providencia de fecha 3 de marzo de 1994 tomó las siguientes determinaciones: ordenó medidas de aseguramiento contra Luis Alejandro Herrera Robayo y María Inés Cubillos de Landínez, como coautores del delito de fraude procesal; dispuso el cierre parcial de la investigación respecto al abogado Rosemberg Feria Sánchez y la señora María Helena Cubillos de Mayorga, y se abstuvo de decretar la cancelación de los títulos escriturarios obtenidos por los procesados; decisión recurrida en reposición y apelación subsidiaria por los sujetos procesales afectados.

4. Negada la reposición, correspondió conocer de la alzada a la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, que por auto del mes de septiembre de 1994 (no aparece señalado el día), ordenó la preclusión de la investigación "en favor de todos los sindicados", por encontrarse prescrita la acción penal correspondiente al delito de fraude procesal, y dispuso proseguir la instrucción "por el hecho punible de estafa".

5. Habiendo fracasado una acción de tutela promovida ante la Sala Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá, con segunda instancia en esta Sala, contra la mencionada providencia, el señor José Ismael Ladino Rojas, mediante apoderado especial, solicita la revisión de la misma.

CAUSAL INVOCADA

Es la cuarta de revisión, consagrada en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el inciso final ibídem: cuando con posterioridad a la sentencia, la cesación de procedimiento o la preclusión de la investigación, se demuestre, mediante decisión en firme, que tal providencia fue determinada por un hecho delictivo del juez o de un tercero.

Afirma el actor que el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia denegaron una acción de tutela, por considerar que laacción de revisión "se abría paso" cuando la decisión ostensiblemente contraria a derecho tipificaba el delito de prevaricato.

Argumenta que la providencia dictada en segunda instancia por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca lo fue "con prescindencia de un examen total de la prueba, de manera parcial y amañada, ya que se concretó a un supuesto fraude del 30 de junio de 1988 y lo que es aún mas grave, dejando de lado demostraciones calificadas y aspectos contundentes de los hechos ilícitos averiguados correspondientes al desembargo ordenado el 23 de agosto de 1988, motivo de fraude procesal que es el que ventila en el presente proceso".

"Al proferir la Fiscal Delegada –agrega– una decisión de preclusión de investigación no sólo sin respaldo en los elementos de convicción cursantes en autos sino con prescindencia de las pruebas determinantes de la responsabilidad penal de los comprometidos, por el fraude cometido el 23 de agosto de 1988 incumplió sus obligaciones como funcionario judicial y profirió una providencia ostensiblemente contraria a derecho...".

Da por existente una absoluta desconexión entre la realidad procesal que muestra el expediente y la decisión tomada por la Fiscalía Delegada; repite que ésta no advirtió la configuración de dos fraudes procesales cometidos por el abogado denunciado y "se inventa por arte de magia una prescripción por un delito que nunca fue objeto de querella". Termina solicitando declarar sin ningún valor la cuestionada providencia de 9 de septiembre de 1994, "dada su ostensible inconstitucionalidad e ilegalidad" y se dicte la que deba reemplazarla.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Es del caso consignar estas observaciones previas:

1.1. El accionante no adjunta una constancia que expresamente acredite su titularidad, pero de los documentos cuyas copias anexa y de lo señalado por esta Sala en la sentencia que definió la impugnación en la acción de tutela Nº 1549 aquí referida, se constata que José Ismael Ladino Rojas está constituido como parte civil en el proceso penal dentro del cual se profirió la preclusión que se demanda revisar.

1.2. A falta de disposición expresa, el entendimiento integral de lo dispuesto por los artículos 68.2, 70.3 y el inciso final del 232 del Código de Procedimiento Penal, permite asumir analógicamente y en cuanto no se puede dejar sin competente el adelantamiento de una acción legalmente establecida, que a esta corporación le corresponde conocer de la acción de revisión que se intenta, por ir dirigida contra la preclusión proferida por Unidad de Fiscalía Delegada ante Tribunales Superiores.

2. Acompañado del correspondiente poder, el escrito mediante el cual se incoa esta acción de revisión cumple con lo requerido en los numerales 1º y 2º del artículo 234 del C. de P. P. y, en cuanto a lo determinado por el inciso final de la misma norma, trae fotocopia de las decisiones de primera y segunda instancias –esta última la que decretó la preclusión de la acción en cuanto al fraude procesal–, con constancia de autenticidad y de ejecutoria.

Pero no adjunta copia ni constancia de la "decisión en firme" requerida para sustentar la causal cuarta de revisión, que para el caso sub-examine, sería un pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada, proferido por los estrados competentes, en el sentido de que la preclusión de la investigación dispuesta por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, fue determinada por un hecho delictivo del funcionario judicial o de un tercero.

Ese hecho delictivo no puede acreditarse con una mera afirmación, ni surgir de una disparidad de criterios entre funcionario judicial y accionante respecto a la legalidad de la decisión cuestionada, o de una crítica acerba a sus fundamentos, sino que debe sobrevenir a la sentencia, la cesación de procedimiento o, para el caso, la preclusión de investigación, como culminación de un proceso en donde tal acto delincuencial haya sido comprobado; es decir, que el hecho punible determinante de la decisióncuya revisión se solicita, debe aparecer demostrado mediante "decisión en firme".

De nada le sirve al accionante argumentar que la preclusión de la investigación por el delito de fraude procesal es pronunciamiento desavenido con la realidad procesal y manifiestamente contrario a derecho, si no se aporta prueba que demuestre que por dicha decisión se hubiese adelantado proceso y culminado mediante decisión que haya adquirido ejecutoria.

La desatención a la exigencia de acompañar a la demanda de revisión la prueba concerniente a los hechos básicos de la petición, de acuerdo con la causal invocada (artículo 232-4 y 234-4 del C. de P. P.), obligan a no admitirla.

3. Para concluir, es pertinente agregar:

3.1. La preclusión de la instrucción, por el específico delito de fraude procesal que prescribió, es decisión judicial que se encuentra en firme. Pero el proceso penal originado en la denuncia de José Isamel Ladino Rojas, continuó en cuanto al punible de estafa.

3.2. En la decisión que cita el accionante, tomada por esta Sala el 22 de marzo de 1995, acción de tutela Nº 1549 interpuesta por José Ismael Ladino Rojas, M. P. Dr. Guillermo Duque Ruiz, al definir el recurso confirmando la denegación, efectivamente expresó la Sala que "de concurrir alguna de las causales previstas por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal contra esa decisión procede la acción de revisión, como así lo autoriza el inciso final de esa norma, medio judicial para cuyo ejercicio está facultada la parte civil...", pero de esta manera ni comprometía su criterio, ni exoneraba del cumplimiento de los requisitos legales que harían procedente la acción.

Simplemente se daba alcance abstracto a una posibilidad, que podría materializarse de resultar verdadero lo expresado por el actor de la tutela ("constituye una providencia ostensiblemente contraria a derecho"), lo cual él mismo trató de contradecir en la impugnación.

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

RESUELVE

1. *Reconocer* al doctor Luis Enrique Ladino Romero como apoderado de José Ismael Ladino Rojas, titular de la acción civil, en los términos del poder conferido.

2. *No admitir* la demanda de revisión formulada por el mencionado apoderado, respecto de la preclusión de la investigación por el delito de fraude procesal,

dispuesta por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en las circunstancias referidas en la parte motiva de esta providencia.

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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ PRUEBA-Práctica

No toda omisión en la práctica de pruebas puede generar nulidad, por desconocimiento del derecho a la defensa o quebrantamiento del debido proceso, pues para ello es necesario que la prueba omitida por el juzgador sea de tal fuerza demostrativa, que de haberse acopiado habría podido cambiar la definición del proceso.

La simple omisión en la práctica de una prueba, imperfección muy frecuente por varios motivos, no es suficiente por sí sola para configurar la invalidez del proceso, sino que es preciso examinar en cada caso concreto los elementos de juicio valorados por el juez para fundamentar la sentencia, con el propósito de determinar cuál hubiese sido la incidencia en ella de la prueba omitida y si ésta podía tener la virtualidad de variar su sentido.

Habiéndose consagrado en nuestro ordenamiento procesal penal los principios de libertad de prueba y racional apreciación de la misma, resulta por lo general inaceptable la objeción por falso juicio de convicción.

Además, la jurisprudencia ha resaltado la dificultad de atacar con éxito una decisión sustentada en prueba indiciaria, entre otras razones porque en el planteamiento y fundamentación de la censura es inmanente el riesgo de contraponer a la apreciación del Tribunal, provista de la presunción de legalidad y acierto, la personal y subjetiva estimación del impugnante.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobada Acta No. 53

Rad. 9992

VISTOS

El 15 de julio de 1994 el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó, con modificaciones, la sentencia dictada por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó, entre otros, a Hermenegildo Henríquez Castro, como coautor de los concursos de delitos de peculado por apropiación y falsedad en documentos, decisión por él recurrida en casación.

HECHOS

A raíz de averiguación administrativa adelantada por el Jefe de Suministros del Senado de la República, ordenada por la Mesa Directiva de dicha corporación, vino a establecerse una serie de anomalías ocurridas a finales de 1986 y continuadas durante los años de 1987 y 1988, tales como el cobro de doble sueldo, la pérdida de cheques pertenecientes a empleados del Senado, el levantamiento de los sellos restrictivos de pago al primer beneficiario y consiguiente cobro de los mismos por particulares; irregularidades de las cuales se responsabilizó, entre otros, al Pagador del Senado Hermenegildo Henríquez Castro, al Jefe de la Oficina de Registro y Control del mismo, Luis Reynaldo Hernández Rojas, al ex-empleado de la misma corporación José Alfredo Celedón Quiroz y al particular Rafael Gómez.

TRÁMITE PROCESAL

Correspondió al Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal de Bogotá iniciar la investigación con base en las copias de la averiguación administrativa, a la cual fueron allegadas las diligencias adelantadas sobre los mismos hechos por la Contraloría General de la República.

El 5 de abril de 1989 el Juzgado Sesenta y Cinco de Instrucción Criminal Ambulante profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra José Alfredo Celedón Quiroz (persona ausente) por el delito de peculado, Hermenegildo Henríquez Castro por los delitos de peculado y falsedad y Rafael Gómez (persona ausente) por el delito de peculado, absteniéndose de proferir dicha medidnen contra de Luis Reynaldo Hernández Rojas.

Perfeccionada en lo posible la investigación con el acopio de abundante prueba documental y testimonial, el 24 de mayo de 1991 el Juzgado Ciento Tres de Instrucción Criminal calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de José Alfredo Celedón Quiroz y Hermenegildo Henríquez Castro por el delito de peculado por apropiación y de Luis Reynaldo Hernández Rojas por el delito de peculado culposo; ordenó reabrir la investigación respecto a Henríquez

Castro por el delito de falsedad en documento privado, y tomó otras determinaciones (fs.63 a 105 cdno. 4); enjuiciamiento recurrido por la defensa.

En proveído del 30 de junio de 1992, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá decidió la alzada, entre otros puntos de la siguiente manera: confirmó las resoluciones de acusación proferidas en contra de Hermenegildo Henríquez Castro y Rafael Gómez, aclarando que deben responder como autor y cómplice, respectivamente, del delito de peculado por apropiación; revocó la reapertura de investigación sobre Henríquez Castro por el delito de falsedad en documentos y en su lugar también incluyó tal punible en la resolución de acusación; adicionó la resolución de acusación contra Rafael Gómez llamándolo así mismo a responder en juicio por el delito de falsedad en documentos; y modificó la resolución de acusación en contra de José Alfredo Celedón Quiroz, a quien enjuició por el delito de estafa (fs.25 a 62 cdno. 1 Trib.).

Rituado el juicio, el 20 de enero de 1994 (fs. 135 y Ss. cdno. 5) el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de esta ciudad finiquitó la instancia, condenando a los acusados, entre éllos a Hermenegildo Henríquez Castro a la pena principal de 50 meses de prisión, multa de doscientos mil pesos, interdicción de derechos y funciones públicas por dos años y al pago en concreto de los perjuicios causados; fallo apelado por la defensa y modificado parcialmente por elTribunal Superior de este Distrito mediante el que es objeto del recurso de casación, en lo pertinente rebajándole la pena principal a Henríquez Castro a 42 meses de prisión y cien mil pesos de multa y confirmándola en lo demás.

Demanda de Casación

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación, se formulan sendos cargos a la sentencia impugnada, referidos a los delitos de falsedad en documentos, a saber:

Causal primera, cargo único

Violación indirecta, errónea valoración de la prueba por falso juicio de convicción, que condujo a la aplicación indebida del artículo 221 del Código Penal.

Comienza el libelista refiriendo, con citas de jurisprudencia, "la improsperidad tradicional del ataque" a la prueba indiciaria "por vía del falso juicio de convicción en ausencia de tarifa legal". Sin embargo, insiste en el replanteamiento de dicho criterio, cuando la responsabilidad penal deducida al procesado recurrente se basa exclusivamente en prueba de tal naturaleza.

Afirma que los dos únicos indicios tenidos en cuenta por el sentenciador para responsabilizar penalmente a Hermenegildo Henríquez Castro por el punible de falsedad en documentos, el de oportunidad para delinquir y el de amistad existente entre el pagador del Senado y el particular cobrador de los cheques, Rafael Gómez, no pueden servir de base probatoria para arribar a la certeza que exige la ley procesal para condenar.

Aduce que el juzgador queda atado a las determinaciones adoptadas durante el curso del proceso, por lo cual se muestra extrañado que en la sentencia impugnada se afirme la "indubitabilidad" de la responsabilidad penal de su prohijado, no obstante que en la providencia calificatoria emitida por el Tribunal en segunda instancia, en relación con uno de los inicialmente vinculados (Roberto Angarita Chinchilla), quien también entregó varios cheques al cobrador Rafael Gómez, se haya dudado acerca de su participación en el hecho, profiriéndose en su favor una reapertura de investigación.

Siguiendo la misma orientación, opina que existe una limitante a la librevaloraciónde la prueba, referida a que la evaluación que de ella se hiciere en anteriores pronunciamientos no puede desconocerse, so pena de entronizar el "desbarajuste al disciplinamiento lógico" del proceso penal, por lo que resulta absurdo que en la calificación del mérito del sumario la prueba ofreciera dudas de la responsabilidad y al momento de la sentencia, por el contrario, se llegue a la certeza sobre dicha responsabilidad.

Advera finalmente que el yerro probatorio denunciado trasciende a la sentencia, pues no existiendo otra probanza demostrativa de la responsabilidad del acusado en los delitos de falsedad en documentos, se impone su absolución, por lo menos mediante el reconocimiento del beneficio de la duda.

Causal tercera, cargo único

Nulidad del juicio por violación del derecho a la defensa, al omitirse la práctica de la prueba grafológica determinante de la inocencia del recurrente, quebrantándose de tal modo lo dispuesto en los artículos 29 de la Carta Política y 304-3 del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis, argumenta el censor que no habiéndose practicado la pericia grafológica solicitada por el defensor del procesado recurrente en el curso del proceso, con la finalidad de demostrar suinocencia,se le vulneró el derecho a la defensa, máxime que la prueba omitida por los juzgadores es de tal trascendencia que hubiera cambiado los resultados del fallo, o por lo menos dado "paso a una ruborosa duda" en cuanto a la responsabilidad penal del acusado en la falsedad.

Consecuente con esa manera de razonar solicita a la Corte, en primer término, casar parcialmente la sentencia impugnada, absolviendo al recurrente por el concurso en el delito de falsedad documental; o, en subsidio, decretar la nulidad de la actuación "hasta el mismo periodo probatorio de la causa", a fin de evacuar la prueba pericial omitida, nulidad que a su juicio debe ser integral y no parcial, de acuerdo al principio de favorabilidad, "del modo que permitía a la sazón el Decreto 050/87".

El Ministerio Público

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, examina los cargos formulados a la sentencia impugnada, en el orden en que fueron presentados, para concluir que no se case porque ninguno de ellos está llamado a prosperar.

En cuanto al primer reparo, argumenta que en él se trata de revivir el sistema tarifado de la prueba; aparece mal planteado, por sustentarse en falsos juicios de convicción respecto a pruebas que se valoran dentro del principio de la sana crítica, e incurre en el equívoco de asimilar la demostración obrante sobre la conducta del inculpado Roberto Angarita Chinchilla, en cuyo favor se ordenó reabrir la investigación, con la del procesado recurrente Hermenegildo Henríquez Castro, buscando el mismo tratamiento probatorio para ambos, lo cual no es pertinente pues, como señala con ilustrativas transcripciones, "se puede establecer claramente la diferente situación procesal de los inculpados" en mención.

Respecto a la segunda objeción a la sentencia, opina que no se da la nulidad reclamada, porque el impugnante se conformó con afirmar la importancia de la prueba grafológica omitida, "sin mencionar siquiera cuál podría ser el objeto de la prueba y de qué forma sus resultados podrían incidir en la decisión de condena, no obstante indicar que la confrontación pericial debe hacerse entre las muestras grafológicas tomadas al procesado y las firmas que aparecen en el primer endoso de los cheques con los cuales se concretó la ilícita apropiación", cuando tal prueba "bien podría arrojar resultados negativos sobre la imposición de la firma con la mano del procesado –y sería más lógico que así sucediera–,en tanto que el endoso no era necesariamente impuesto por éste sino por otro...".

Consideraciones de la Corte

Por razones prácticas, la Sala acometerá el examen de la demanda comenzando por el cargo que tiene que ver con la nulidad del proceso.

Causal tercera: En forma por demás reiterada ha sostenido esta corporación que no toda omisión en la práctica de pruebas puede generar nulidad, por desconocimiento del derecho a la defensa o quebrantamiento del debido proceso, pues para ello es necesario que la prueba omitida por el juzgador sea de tal fuerza demostrativa, que de haberse acopiado habría podido cambiar la definición del proceso.

La simple omisión en la práctica de una prueba, imperfección muy frecuente por varios motivos, no es suficiente por sí sola para configurar la invalidez del proceso, sino que es preciso examinar en cada caso concreto los elementos de juicio valorados por el juez para fundamentar la sentencia, con el propósito de determinar cuál hubiese sido la incidencia en élla de la prueba omitida y si ésta podía tener la virtualidad de variar su sentido.

En el caso examinado, el libelista se limitó a mencionar la prueba omitida por los juzgadores, calificándola de importante para definir favorablemente la suerte de su representado, pero sin adentrarse en ninguna demostración al respecto, lo que deja el cargo en el terreno de la mera expectativa.

A más de ello, en elevento de practicarse la prueba grafológica notada de menos por el censor, su recaudo resultaría francamente irrelevante para su pretensión infirmatoria porque, como también anota la Delegada alrededor de lo anteriormente transcrito, "los sentenciadores de instancia, con sustento en los elementos de convicción recaudados durante el proceso concluyeron que Hermenegildo Henríquez Castro, pagador del Senado, actuó en los delitos que motivaron su enjuiciamiento como un copartícipe con división de trabajo, en tanto que dentro de todo el proceso criminal orientado a la ilícita apropiación, a él correspondía levantar los sellos restrictivos de pago que habitualmente se imponían a los títulos valores, a fin de que un tercero los cobrara ante el banco girado lo que suponía por tanto, no la directa participación de Henríquez Castro en la imposición de la firma del endoso, sino su compromiso con todo el proceso defraudatorio y su decidida acción en uno de los pasos del mismo... de manera tal que el dictamen del perito en el que se afirmara que Henríquez Castro no firmó el endoso de los cheques, no restaría fuerza a las argumentaciones y deducciones de los sentenciadores, quienes jamás aseveraron que el inculpado hubiera suscrito los aludidos documentos".

De modoque si la sentencia impugnada conserva su carácter condenatorio, también por falsedad documental,pudiendo subsistir sin la prueba omitida cualquiera fuese el resultado de ésta, la *inocuidad* del cargo de nulidad se muestra patente, por la manifiesta *inconducencia* del medio persuasivo notado de menos. Correlativamente, no debe olvidarse que en elreparto de actividades ilícitas, aparece Rafael Gómez como la persona que firmaba los cheques, luego de que con la

participación de Henríquez Castro se les levantaba el sello restrictivo, para poder hacerlos efectivos.

Así, en nada se afectó el derecho a la defensa ni resultaron vulneradas las bases fundamentales del debido proceso.

No prospera el cargo de nulidad.

Causal primera: Con sobrada razón replica la Procuraduría Delegada, y lo vaticina el mismo accionante, que el cargo por falso juicio de convicción predicado sobre la prueba indiciaria, tenida como soporte de la responsabilidad penal del procesado Hermenegildo Henríquez Castro en el concurso de delitos de falsedad en documentos, está llamado al fracaso porque la ley instrumental no le asigna ningún valor específico a la prueba por indicios, sino que defiere su evaluación al racional arbitrio del juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y porquelreproche se sustenta en el equívoco de pretender equiparar la situación jurídica del procesado recurrente con la de otro de los vinculados a la instrucción, el Revisor de Documentos de la Contraloría General de la República Roberto Angarita Chinchilla, respecto a quien se calificó con reapertura de investigación.

Efectivamente,habiéndoseconsagrado en nuestro ordenamiento procesal penal los principios de libertad de prueba y racional apreciación de la misma, resulta por lo general inaceptable la objeción por falso juicio de convicción.

Además, la jurisprudencia ha resaltado la dificultad de atacar con éxito una decisión sustentada en prueba indiciaria, entre otras razones porque en el planteamiento y fundamentación de la censura es inmanente el riesgo de contraponer a la apreciación del Tribunal, provista de la presunción de legalidad y acierto, la personal y subjetiva estimación del impugnante.

Frente a tales postulados, también en este caso la impugnación se queda corta,pues se basa únicamente en la escueta manifestación de que los indicios incriminatorios deducidos al procesado no llevan a la certeza de su responsabilidad en las falsificaciones punibles, sin entrar en real demostración sobre el particular, ni controvertir las bases estructurales del indicio, las reglas de la lógica y de la experiencia en que se fundan las inferencias inculpatorias, ni su relación y correspondencia con otros medios de convicción obrantes en autos.

Al pagador Hermenegildo Henríquez Castro se le dedujo responsabilidad en los delitos de falsedad en documentos, a título de coautor, porque de acuerdo a su competencia funcional era persona habilitada para levantar el sello restrictivo de pago de los cheques, como en efecto se hizo permitiendo con ello que un particular,

Rafael Gómez, los cobrara en el banco girado fingiendo la firma del beneficiario de cada título valor, inferencia que emerge integralmente de la prueba recaudada y no contradice los dictados de la ciencia, ni la lógica, ni las reglas de la experiencia.

De otra parte, evidente resulta que nada tiene que ver la situación procesal del vinculado Roberto Angarita Chinchilla, respecto a quien, como ya se dijo, fue calificada su conducta con reapertura de investigación por duda probatoria, con la del procesado Henríquez Castro, acerca de quien ninguna duda cueda sobre su responsabilidad en los hechos punibles por los cuales fue juzgado y condenado.

No prospera la impugnación.

Decisión

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese y devuélvase a la oficina 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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION/ FAVORABILIDAD

La Sala estima que ninguna razón le asiste al censor porque el fenómeno de la favorabilidad se refiere al conflicto de leyes en el tiempo, evento en el cual la ley posterior si es permisiva o favorable preferirá a la anterior restrictiva o desfavorable, y tal hipótesis normativa no corresponde al caso presente, ya que ningún conflicto se presenta entre los artículos 329 y 330.1 del C. P. y la ley 48 de 1987 que pudiera ser solucionado por aplicación de la disposición más benigna. Tal conflicto existiría si la tan mentada disposición hubiera rebajado específicamente la sanción para el tipo de homicidio culposo, o hubiera suprimido la agravante del artículo 330-1, y no obstante lo cual, se hubiera aplicado la norma vigente en el momento de la comisión del hecho.

Tal disposición lo que le está ordenando al fallador es que al imponer la pena, tasada de acuerdo con los límites mínimo y máximo señalados en la ley, que permanecen inalterables, la rebaje en una sexta parte, siempre que se refiera a hechos punibles cometidos antes del 1o. de julio de 1986 y no se trate de los casos exceptuados; y en el evento de que la pena ya haya sido impuesta se haga la misma deducción.

Descartado este yerro teórico, tampoco tiene razón el censor.

En efecto, conforme al artículo 80 del C. P., la acción penal prescribirá en el máximo de la pena fijada en la ley, cómputo para el cual se deberán tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, como el parentesco en el homicidio, las del 351 del C.P., en el hurto, las del 359, ibidem, en el abuso de confianza, la atenuante del 373, en los delitos contra el patrimonio económico, la ira, etc., sin que la aminorante de la ley 48 pueda ser calificada como circunstancia del delito, como tampoco lo son la rebaja por confesión, o por sentencia anticipada, o por colaboración eficaz, o por trabajo o estudio, etc.,motivo por el cual no puede ser considerada para efecto del cómputo del lapso prescriptivo. Además, basta leer el texto de la norma invocada para percatarse que no hace referencia al máximo de las penas que consagran los respectivos tipos penales, que es

el que se debe estimar para efectos de la prescripción,sino a la sanción imponible (o a la ya impuesta) dosificada por el juzgador, para cada hecho punible, dentro de los límites mínimo y máximo fijados en la ley.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor Jorge E. Córdoba Poveda

Aprobado acta Nº 53

Rad. 12438

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentenciafechada el veinte de junio de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo,reformando parcialmente la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, condenó al señor Hugo Roberto Mesa Holguín a las penas principales de28 meses de prisión, multa de mil doscientos pesos y 14 meses de suspensión en el oficio de conducir, a la accesoria de interdicción de derechos y funcionespúblicas porun período igual al de la pena principal y al pago de 300 gramos oro,por concepto de perjuicios materiales y 200,por los morales, o su equivalente en moneda nacional,como autor del delito de homicidio culposo agravado, cometido en la persona del señor Armando Alvarez.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la tarde del 12 de marzo de 1984, cuando en estado de alicoramiento, el señor Mesa Holguín conducía el automóvil Renault 4, de placas JG-1568, en la ruta de Duitama a Sogamoso, acompañado de sus amigos Armando Alvarez Niño y Pedro Pablo Matallana, al llegar al sitio denominado Patrocinio, ubicado en jurisdicción del municipio de Tibasosa, se produjo su volcamiento, como consecuencia del cual falleció elseñor Armando Alvarez y se causaron heridas menoresa Pedro Pablo Matallana.

La investigación fue iniciada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tibasosa, el 15 de marzo de 1584, el cual dispuso la práctica de las diligencias necesarias para los fines de la investigación, vinculó mediante indagatoria al señor Mesa y le definió situación jurídica, el 30 de marzo de 1984, absteniéndose de decretarle detención preventiva.

Después de transitar el expediente por el Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Duitama y transcurridos ocho años desde el acaecimiento de los hechos, el Juez Veintiuno de Instrucción Criminal de la misma ciudad declaró cerrada la investigación y el 12 de marzo de 1992 calificó el mérito del sumario dictando resolución de acusación contra el procesado, por homicidio culposo agravado por la causal primera del artículo 330 del C. P., por encontrarse bajo el influjo de bebidas embriagantes en el momento de la comisión del hecho. En la misma providencia se dispuso la detención preventiva y se le concedióla libertad provisional. Así mismo, declaró prescrita la acción penal por las lesiones personales en Pedro Pablo Matallana y dispuso la cesación del proceso por tal reato.

Apelada la anterior providencia, fue confirmada íntegramente porla Sala Penal de Tribunal de Santa Rosa, el 17 de junio de 1992.

La etapa de juzgamiento correspondió al Juzgado Primero del Circuito de Duitama , el cual, después de rituada la diligencia de audiencia publica, profirió fallo de primera instancia el 22 de abril de 1996, en la que condenó al acusado a las penas principales de 28 meses de prisión, multa de mil doscientos pesos y 14 meses de suspensión en el oficio de conducir, como autor del delito de homicidio culposo. Así mismo lo condenó a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principaly al pago de 150 gramos oro, como lucro cesante, y diecisiete millones quinientos diecisiete mil doscientos ochenta y dos pesos ($17.517.282), como daño emergente y a doscientos gramos oro, como valor de los perjuicios morales ocasionados.

Apelada la anterior decisión, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, el 20 de junio de 1996, la reformó parcialmente, en el sentido de condenar por perjuicios materiales a la suma de trescientos gramos oro, o su equivalente en moneda nacional, y confirmándola en todo lo demás.

Demanda de Casación

Un solo cargo formula el censor, con apoyo en la causal tercera del artículo 220 del C. de P. P. por "haberse dictado la sentencia recurrida en un juicio viciado de nulidad, por violación del principio de favorabilidad de la ley penal".

Como fundamento expone que cuando quedó en firme la resolución de acusación (junio 17 de 1992) habían transcurrido 99 meses contados desde cuando se cometió el punible (12 de marzo de 1984) y que, por lo mismo, ya se había completado el término de prescripción de la acción penal, si se tiene en cuenta que el mismo sería de 9 años (108 meses), considerando la agravante del artículo 330-1 de. C.P., pero que ese lapso se debe reducir, por razón de la diminuente

consagrada en el artículo 1o. de la Ley 48 del 4 de diciembre de 1987, en una sexta parte para los delitos cometidos antes del 1o. de julio de 1986, de manera que el lapso prescriptivo "sería de 7 años y 6 meses o su equivalente de 90 meses". Como el plazo que tenía el Estado para administrar justicia en este proceso, dice, era de 90 meses y desde la ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria de la resolución acusatoria transcurrieron 99 "ya operaba el fenómeno extintivo de la acción penal, por el modo de prescripción, consagrado en el artículo 80 del C. P".

Argumenta que al no haberse aplicado la mentada Ley 48, se desconoció el principio de favorabilidad, según el cual, en materia penal la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable y se vulneró el artículo 29 del Constitución Nacional. Siendo tal norma posterior y favorable ha debido aplicarse, pero tanto el juez 21 de Instrucción criminal, al calificar el sumario, como la Sala Penal del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, al confirmar la decisión calificatoria, ignoraron la norma constitucional y el principio allí consagrado, "omisión que encuadra en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., viciando de nulidad la sentencia".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Primero delegado en lo penal

Solicita no casar el fallo, pues el reproche planteado nada tiene que ver con el principio de favorabilidad, el que supone un conflicto de leyes en el tiempo que no se da en el presente caso porque "la falta de aplicación del artículo 1o. de la Ley 48 de 1987 no se produjo como consecuencia de la aplicación preferente por parte del juzgador de otro canon legal relativo a la misma materia, anterior o posterior a aquel, que la regulara en forma desfavorable al procesado. Simplemente el fallador guardó silencio respecto de la posibilidad de conceder o no la rebaja de pena establecida en la norma citada por el actor; circunstancia ésta que no corresponde a la naturaleza del principio de favorabilidad que equivocadamente ahora se invoca".

También conceptúa que desde el punto de vista sustancial tampoco tiene razón el casacionista, pues la jurisprudencia tiene claro que tal rebaja no hace referencia a las penas máximas que consagran las normas penales, que son las que se deben considerar para el cómputo de la prescripción, "sino a la tasación de la pena que el juzgador debe realizar en el fallo".

Por otra parte, solicita casar oficiosamente la sentencia porque al dosificar la sanción impuesta no se dio aplicación al artículo 1o. de la citada ley 48 de 1987, que consagra una rebaja punible equivalente a la sexta parte de la pena a imponer,

por delitos cometidos antes del 1o. de julio de 1986, y el hecho a que se refieren los autos tuvo ocurrencia el 12 de marzo de 1984. Así mismo, porque el artículo 4º, ibídem, ordenó la concesión de plano de esa disminución. "El desconocimiento de esta gracia constituyó una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso consagrado en el artículo 29 de nuestra Carta Política", pero que como tal error in procedendo afecta exclusivamente el fallo impugnado, solicita a la Corte lo case y dicte el que deba reemplazarlo, subsanando la irregularidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Un solo cargo formula el impugnante, al estimar que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por haberse producido el fenómeno de la prescripción de la acción penal, pues para hacer el cómputo del término correspondiente debe tenerse en cuenta la rebaja de la sexta parte de la Ley 48 de 1987, por ser norma posterior y favorable, de manera tal que el juez de instrucción que emitió la resolución de acusación, como el Tribunal que la confirmó, al ignorarla desconocieron el artículo 29 de la Constitución y se generó una causal de nulidad, viciando la sentencia objeto del recurso.

Compartiendo el criterio del Agente del Ministerio Público, la Sala estima que ninguna razón le asiste al censor porque el fenómeno de la favorabilidad se refiere al conflicto de leyes en el tiempo, evento en el cual la ley posterior si es permisiva o favorable preferirá a la anterior restrictiva o desfavorable, y tal hipótesis normativa no corresponde al caso presente, ya que ningún conflicto se presenta entre los artículos 329 y 330.1 del C. P. y la ley 48 de 1987 que pudiera ser solucionado por aplicación de la disposición más benigna. Tal conflicto existiría si la tan mentada disposición hubiera rebajado específicamente la sanción para el tipo de homicidio culposo, o hubiera suprimido la agravante del artículo 330-1, y no obstante lo cual, se hubiera aplicado la norma vigente en el momento de la comisión del hecho.

Tal disposición lo que le está ordenando al fallador es que al imponer la pena, tasada de acuerdo con los límites mínimo y máximo señalados en la ley, que permanecen inalterables, la rebaje en una sexta parte, siempre que se refiera a hechos punibles cometidos antes del 1o. de julio de 1986 y no se trate de los casos exceptuados; y en el evento de que la pena ya haya sido impuesta se haga la misma deducción.

Descartado este yerro teórico, tampoco tiene razón el censor.

En efecto, conforme al artículo 80 del C. P., la acción penal prescribirá en el máximo de la pena fijada en la ley, cómputo para el cual se deberán tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, como el parentesco en el homicidio, las del 351 del C.P., en el hurto, las del 359, ibídem, en el abuso de confianza,

la atenuante del 373, en los delitos contra el patrimonio económico, la ra, etc., sin que la aminorante de la ley 48 pueda ser calificada como circunstancia del delito, como tampoco lo son la rebaja por confesión, o por sentencia anticipada, o por colaboración eficaz, o por trabajo o estudio, etc., motivo por el cual no puede ser considerada para efecto del cómputo del lapso prescriptivo. Además, basta leer el texto de la norma invocada para percatarse que no hace referencia al máximo de las penas que consagran los respectivos tipos penales, que es el que se debe estimar para efectos de la prescripción, sino a la sanción imponible (o a la ya impuesta) dosificada por el juzgador, para cada hecho punible, dentro de los límites mínimo y máximo fijados en la ley.

Por otra parte, como lo recuerda el Procurador Delegado, este aspecto ya ha sido aclarado por la jurisprudencia, entre otras, en la decisión de agosto 9 de 1989, siendo Magistrado Ponente el Doctor Guillermo Duque Ruiz, en la que se dijo:

"Es cierto que la ley 48 de 1987 consagra una rebaja o aminorante de pena, pero se repite que es una atenuante no referida a la ley sino al juez que en un momento dado la está dosificando, es decir, que es una rebaja para la pena 'imponible', para la que llegare a determinar el juzgador, y no una rebaja referida a las penas máximas que consagran los diferentes dispositivos legales, que es, esta sí, la que se debe tener en cuenta para los efectos de la prescripción".

En el mismo sentido está la providencia de marzo 3 de 1994, con ponencia del doctor Dídimo Páez Velandia, en la que se expresó:

"Se recuerda que el fenómeno prescriptivo, tal como está concebido en el precepto mencionado, tiene en cuenta la pena fijada en la ley en forma abstracta para el delito respectivo, pero atendida siempre la presencia de circunstancias específicas que aumenten o disminuyan esa tarifa abstracta, señalando límites máximos para la ocurrencia del fenómeno.

"Por lo demás, la tesis de que en la contabilización del término prescriptivo debe surtir efectos la rebaja de pena de la Ley 48 de 1987 dado que el delito se cometió antes del 1° de julio de 1986, tampoco merece acogida, pues que tal rebaja incide en la tasación de la pena que el Juez debe realizar, y no modifica el máximo abstracto punitivo del delito para los efectos prescriptivos".

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

Solicita el Procurador Primero Delegado se case oficiosamente el fallo y se dicte el que deba reemplazarlo, por haberse vulnerado el principio de la legalidad

de la sanción, al no haberse reconocido, al dosificarla, la rebaja del artículo 1o. de la Ley 48 de 1987, partiendo de la base de que el hecho se cometió el 12 de marzo de 1984.

Compartiendo su criterio, la Sala considera que tal principio fue infringido, máxime si se estima que la rebaja de la tan mentada ley, según al artículo 4o. de la misma, debe ser reconocida de oficio, en el momento de dictar sentencia o cuando se den las circunstancias establecidas para gozar de dicho beneficio y siempre que no se trate de los casos excluidos por ella.

Sin embargo, no comparte la opinión de que se trate de un error de actividad que comporte nulidad, sino de uno de juicio que se puede corregir modificando la sentencia y ajustándola a la legalidad.

Por los anteriores motivos se casará el fallo parcialmente y de manera oficiosa, conforme a los artículo 228 y 229-1 del C. de P.P., en el sentido de reducir en una sexta parte la pena de prisión impuesta, la que, en consecuencia, quedará en 23 meses y 10 días, reducción que, según el artículo 52 del C. P., se extiende a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

RESUELVE

1. Desestimar la demanda de casación.

2. Casar parcial y oficiosamente la sentencia impugnada para condenar al señor Hugo Roberto Mesa Holguín a la pena principal de 23 meses y 10 días de prisión, según lo expuesto en la parte motiva.

3. En todo lo demás queda sin modificación el fallo impugnado.

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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUEZ ESPECIALIZADO/ JUSTICIA PENAL MILITAR/ ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/ NULIDAD/ REFORMATIO IN PEJUS

La Ley 2a de 1984 creó en su artículo 1º los Jueces Especializados, con la misma categoría de Jueces del Circuito, a quienes atribuyó el conocimiento de unas específicas conductas delictivas mediante un procedimiento concretamente señalado allí para su juzgamiento: en esa misma norma determinó que la designación de esos jueces se haría por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito Judicial para periodos de dos (2) años.

A su turno el artículo 050 de 1987 (estatuto procesal que regía para la época de los hechos) preceptuaba en su artículo 69 inciso 2o, que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocían en primera instancia de los procesos que se siguieran contra los jueces de instrucción, entre otros, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones.

Para la Sala no resulta acertada la posición del recurrente en tratar de asimilar al evento en examen, el juzgamiento de los militares por parte de la justicia castrense, porque si bien se ha especializado el tratamiento de las conductas tipificadas en la Ley 30 de 1986 en el sentido de crear una jurisdicción dedicada a su tratamiento, ello no obedece a razones de complejidad o conocimiento que sobre la materia deban tener los funcionarios que las adelantan, sino a una política criminal del Gobierno, conforme a la cual por el auge de esos comportamientos delictivos, se hacía necesaria la solución de los problemas de orden público, creando una jurisdicción especial dentro de la ordinaria para disminuir la impunidad en esa materia.

En cambio, la causa que justifica la existencia de la justicia castrense, no es otra que la complejidad y especialidad que implica la vida militar para lo cual resulta necesario tener un conocimiento de ella y así entender a cabalidad lo relativo a las infracciones que se cometieran en ejercicio de la vida castrense.

Violación al principio de la reformatio in pejus

También resulta equivocada la tesis de que el cambio de denominación jurídica ha conculcado el artículo 31 de la Carta Política; aceptarlo así, sería dejar abierta la posibilidad, eso sí en contra de toda lógica, que frente a un error en la denominación jurídica solo se pudiera hacer la nueva adecuación cuando se tratare de tipos penales de menor entidad, esto es, que contengan una pena privativa de la libertad menor a la prevista en el delito erróneamente calificado, posición que francamente raya con el absurdo.

El precepto constitucional es muy claro y se refiere a la situación de los condenados, es decir aquellos contra quienes se ha proferido sentencia condenatoria, a efectos de que puedan mejorar su situación en segunda instancia, con la garantía de que si se trata de apelante único ésta no empeorará.

Con la perspectiva anterior, resulta necesario reconocer que un cambio en la denominación jurídica de la infracción, cuando el nuevo delito resulta ser más grave, no implica vulneración al artículo 31 de la Constitución y menos la consecuencia de tener que declarar nulo el proceso pues, se reitera, este principio de no agravación solo hace referencia a que la decisión que se tome en la segunda instancia no desmejore la situación del procesado respecto de la condena impuesta por el a quo.

La hipótesis presentada por el recurrente también lo llevó a mal interpretar las limitaciones del juez de segunda instancia, cuyas decisiones priman sobre las del a quo; si bien el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal ordena que el superior solo puede revisar los aspectos impugnados, cuando se trate del recurso de apelación, es su deber pronunciarse sobre las irregularidades que encuentre en el trámite del proceso para purgar de ilegalidades y vicios sustanciales el rito.

Ilógico resultaría que ante la evidencia de situaciones anormales en el curso de la actuación, el superior deba prohijarlas con su silencio o pasarlas por alto so pena de la limitación de que habla la norma en comento la que si bien impone un condicionamiento, ello no se convierte en obstáculo para corregir los errores que se encuentren en el trámite de la investigación.

El ámbito del error de adecuación sancionado con la nulidad frente al del error subsanable en el fallo con la modificación de su contenido, está claramente delimitado en el artículo 308 del C.P.P. Por eso los errores de

nominación que trascienden el capítulo o título respectivo, o que generan incompetencia, sólo pueden sanearse mediante la invalidación. Es la estructura del proceso colombiano y la regulación legal de su rito las que lo disponen así. Otros yerros son enmendables por la vía de la revocatoria de la sentencia o su modificación siempre que no agraven, con ello, la situación del reo o le impidan su defensa.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., mayo veintidós (22) de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No. 53 (20-05-97)

Rad. 12341

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, de fecha julio veintidós de mil novecientos noventa y seis, por medio de la cual denegó la solicitud de nulidad presentada por el defensor del procesado Orlando Sánchez Mozo, dentro de la investigación que cursa en su contra por infracción a la conducta tipificada en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, cuando se desempeñaba como Juez 15 de Instrucción Criminal Especializado.

ANTECEDENTES

Con ocasión de la investigación penal radicada bajo el No 760 que en el entonces Juzgado 15 de Instrucción Criminal Especializado de Cúcuta cursaba en contra de los señores Luis Humberto Tavares Valencia y Alvaro Jesús Mendoza García por infracción a la ley 30 de 1986, el titular de ese Despacho, doctor Luis Orlando Sánchez Mozo profirió el 3 de diciembre de 1990, sentencia absolutoria en favor de los mencionados.

Enterado el Presidente (E) de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, Dr. Rafael Angarita Zerpa que dicha absolución obedeció al pago de cuarenta (40) millones de pesos que habían sido cancelados para obtener la libertad de los dos procesados, solicitó a la Procuraduría Departamental practicar una visita al proceso en mención, a consecuencia de lo cual se produjo la apertura de formal investigación disciplinaria en contra del citado ex-funcionario judicial y a la compulsación de copias para ante el Tribunal Superior de Cúcuta, a efectos de que se adelantara la correspondiente investigación penal.

Cabe anotar que la sentencia absolutoria en comento fue apelada por el Ministerio Público a efecto de lo cual el Tribunal Nacional al desatar el recurso la revocó respecto de Alvaro Jesús Mendoza propietario de la Volqueta en la que se incautó el alcaloide, en tanto que confirmó la absolución para el conductor de la misma, Luis Humberto Tavares Valencia.

ACTUACIÓN PROCESAL

Ordenada la apertura de investigación por el Tribunal Superior de Cúcuta y vinculado el Dr. Sánchez Mozo mediante indagatoria, los Magistrados de la Sala Penal de esa Corporación se declararon impedidos por enemistad con el defensor del procesado, por lo que se hizo necesario el sorteo de conjueces.

El 8 de noviembre de 1991 se declaró cerrada la investigación pero con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal (julio 1o de 1992), el asunto pasó al conocimiento del Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cúcuta, Dr. Juan Carlos Conde Serrano quien revocó el cierre de investigación el 15 de julio de 1992, por considerar que no se había indagado lo relacionado al supuesto recibo de los 40 millones. Contra esa decisión el defensor interpuso recurso de reposición pero el Fiscal la mantuvo, procediendo luego a resolver la situación jurídica del doctor Sánchez Mozo el 8 de octubre de 1992, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como presunto autor responsable del delito de prevaricato por acción, con derecho a la libertad provisional bajo caución prendaria. La decisión fue recurrida, pero se mantuvo incólume.

A consecuencia de ello, el defensor del acusado recusó al Fiscal quien se negó a declararse impedido mediante decisión que fuera respaldada por su superior.

Una vez cerrada nuevamente la investigación, se calificó el mérito del sumario mediante proveído del 15 de marzo de 1993 en la que el mismo Fiscal Delegado profirió resolución acusatoria contra el doctor Orlando Sánchez Mozo, por el delito de prevaricato por acción.

Al quedar ejecutoriada la acusación por no haber sido recurrida por los sujetos procesales, el conocimiento del asunto pasó al Tribunal Superior de Cúcuta, pero ante el impedimento de todos los Magistrados, debió ser asumido por la sala de conjueces, donde nuevamente el defensor del procesado deprecó la nulidad del asunto, y solicitó la práctica de una serie de pruebas, peticiones estas que resultaron denegadas, tanto en primera como en segunda instancia.

A su turno, el doctor Sánchez Mozo instauró ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta acción de tutela contra los citados conjueces, obteniendo

resultados negativos, en ámbas instancias. Además, recusó al representante del Ministerio Público dentro del proceso, pero este funcionario se negó a separarse del conocimiento de la investigación, decisión que fue confirmada por el Procurador General de la Nación quien calificó de temeraria e infundada la recusación, motivo por el cual, luego de ser llamado a rendir descargos fue sancionado por la Sala de Conjueces con multa equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del C de P.P.

Luego, una vez se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública entre el 23 y el 29 de agosto de 1994, se dictó sentencia condenatoria en contra del doctor Orlando Sánchez Mozo por el delito de prevaricato por acción, imponiéndole la pena de dos (2) años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual. Así mismo, lo condenó a la pena accesoria de pérdida del empleo que desempeñaba como Fiscal Seccional de Cúcuta, Norte de Santander y le concedió la condena de ejecución condicional mediante caución prendaria.

Apelada la decisión por el defensor del procesado y surtidos los respectivos trámites relacionados con la sustentación del recurso, esta Corporación, en providencia del 23 de octubre de 1995 decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria, por error en la calificación jurídica del hecho punible atribuido al doctor Sánchez Mozo, a consecuencia de lo cual se dispuso su envío a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta, para que se variara la calificación jurídica del delito que se atribuyó al procesado.

Fue así como la Fiscal Delegada ante el Tribunal, Dra. Elcida Molina Méndez, en proveído del veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995) resolvió acusar al doctor Orlando Sánchez Mozo como autor responsable de violar el Estatuto Nacional de Estupefacientes, según delito que tipifica el artículo 39 de la Ley 30 de 1986. Allí mismo dispuso revocar el beneficio de libertad provisional que se le había concedido, le sustituyó la medida de detención preventiva por la de detención domiciliaria para que la cumpliera en su casa de habitación y precluyó la investigación por el delito de cohecho.

Contra la anterior decisión, sindicado y defensor interpusieron recurso de apelación, en el cual la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en providencia del veintinueve de febrero del año que transcurre, resolvió confirmarla en su integridad.

Ejecutoriada la providencia, la Sala de Conjueces del Tribunal Superior de Cúcuta avocó nuevamente su conocimiento y ordenó dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, a efectos de

preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hubieren originado en la etapa de instrucción y las pruebas que fueren conducentes.

Por tal motivo, una vez reconocida la personería del nuevo defensor del procesado, este solicitó ante la Sala de Conjueces declarar la nulidad del proceso por falta de competencia, violación al principio de juez natural, violación del derecho de defensa, violación al artículo 31 de la Carta Política y por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

El Tribunal Superior de Cúcuta, resolvió denegar las nulidades impetradas así como la petición de que se suscitara colisión de competencia negativa al Tribunal Nacional, mediante proveído del 22 de julio del año en curso contra el cual interpuso recurso de apelación que a continuación la Sala procederá a decidir.

Fundamentos de la solicitud de nulidad

Manifestó en aquella oportunidad el defensor del procesado Dr. Sánchez Mozo, que el proceso se encuentra viciado de nulidad por violación al principio de Juez Natural, del derecho a la defensa y del artículo 31 de la Constitución Nacional.

Sobre el primer aspecto consideró que al integrarse una sala de conjueces, por impedimento de todos los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta que viene actuando como Juez de Primera Instancia, genera la inconstitucionalidad de los artículos 8o. 2o, 16, 17 y 18 del Decreto 1265 de 1970 que regían la institución de los Conjueces, porque los particulares pueden ser investidos de facultades judiciales sólo como conciliadores o árbitros, por lo tanto, conforme al artículo 116 de la Carta y la cesación de los motivos que determinaron la conformación de esa sala, el competente para tramitar este asunto es el Tribunal Nacional.

En cuanto al derecho a la defensa consideró vulnerada esta garantía cuando la Corte anuló el proceso a partir de la Resolución acusatoria, privando a su procurado de ampliar su indagatoria para defenderse de la nueva acusación y por lo tanto la nulidad debió comprender también la resolución que declaró cerrada la investigación.

Y, finalmente, la violación al artículo 31 de la C.N., la hizo consistir en que la decisión de la Corte, al declarar la nulidad, agravó la situación del procesado, al ser acusado, tanto en primera como en segunda instancia, por infracción al artículo 39 de la ley 30 de 1986.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

La sala de Conjueces del Tribunal Superior de Cúcuta no compartió los argumentos expuestos por el defensor del procesado, pues la calidad del funcionario inculpado y la naturaleza de la infracción cometida son las que determinan el fuero especial y señalan la competencia.

Por ello aclaró que para la época en que el Dr. Orlando Sánchez Mozo profirió la sentencia absolutoria en favor de los señores Humberto Tavares Valencia y Alvaro de Jesús Mendoza García, se desempeñaba como Juez Quince de Instrucción Criminal Especializado, siendo su nominador el Tribunal Superior de Cúcuta, por lo tanto la competencia para investigarlo estaba en cabeza de esa Corporación, conforme al artículo 69 del decreto 050/87.

Si bien es cierto, agrega, la Ley 2a de 1984 creó los Jueces Especializados con competencia para investigar algunos delitos, no por ello dejaron de pertenecer al Tribunal Superior del Distrito Judicial que los había nominado, tanto que el decreto 1631 de agosto 27 de 1987 mediante el cual se crearonlos Juzgados de Orden Público dispuso en su artículo 10 que concluida la instrucción, el Juez debía rendir un informe a la Sala Penal del respectivo Tribunal sobre los resultados de la misma, por ser los Tribunales Superiores sus nominadores, observándose que el Dr. Sánchez Mozo nunca ejerció como Juez Regional, ni ha dependido o dependió del Tribunal de Orden Público hoy Tribunal Nacional.

En cuanto a la nulidad por falta de competencia por violación del principio del Juez Natural, tampoco es de recibo para esa Corporación, sobre la base de criterios aplicables a la Jurisdicción Penal Militar que en nada se relacionan con el asunto concreto.

Además trajo a colación lo relacionado con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, al estudiar la exequibilidad del artículo 61 sobre la designación de Conjueces y la Reforma Constitucional de 1968 que en su artículo 61 creó la Sala Constitucional, análisis que le sirvió de respaldo para concluir que el Juez Natural de la causa para juzgar al Dr. Sánchez Mozo es su nominador, el Tribunal Superior de Cúcuta y no el Tribunal Nacional.

Tampoco acepta la tesis de la defensa consistente en que por la nueva calificación de la conducta del procesado, esto es, la prevista en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 o Estatuto Nacional de Estupefacientes, se vulnere el derecho a la defensa por no habérsele permitido la ampliación de indagatoria y los pertinentes descargos frente al nuevo cargo imputado. Para ello se respalda en el pronunciamiento efectuado por la Fiscalía Delegada ante la Corte, al desatar el

recurso de apelación interpuesto contra la nueva Resolución Acusatoria cuyo aparte transcribe.

En términos generales allí se dijo que si bien el nomen iuris de la infracción fue modificado a consecuencia del nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, tal mutación no generaba vulneración, por cuanto el procesado ha tenido la posibilidad de defenderse y ha contado con la defensa técnica y además que esa circunstancia puede ser ampliamente debatida en la fase del juzgamiento. Además, la nueva calificación no ha modificado la sindicación que desde un comienzo se le formulara al procesado.

También se aclaró, respecto de la nulidad por violación al artículo 31 de la Carta Política, que una cosa es la calificación que le merece la conducta del procesado al decretar la nulidad por error en la calificación jurídica y otra, las consecuencias que tal calificación ha generado, fundadada en las decisiones proferidas con posterioridad por la Fiscalía Delegada ante la Corte, sin que por ello se esté violando ese principio constitucional, pues la Corte en su decisión no modificó la sentencia recurrida, para incrementar la pena impuesta por el a quo.

Para finalizar reiteró que el Juez Natural para el juzgamiento de Sánchez Mozo es el Tribunal Superior de Cúcuta ya que para la época en que se dictó la sentencia absolutoria que favoreció al sindicado Alvaro de Jesús Mendoza García, el procesado se desempeñaba como Juez Quince de Instrucción Criminal Especializado, cuyo nominador era precisamente esa Corporación.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Solicita el apelante se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que declaró cerrada la investigación, alegato que inicia haciendo alusión a una jurisprudencia de esta Sala sobre el Juez Natural en la Justicia Castrense cuyo aparte pertinente dice:

"La jurisdicción castrense puede llegar a tener su justificación política, única y exclusivamente para el juzgamiento de militares en servicio activo y por conductas delictivas realizadas en ejercicio de sus funciones (art. 221), porque es evidente que la vida militar es una función compleja y muy especializada, que requiere tener un conocimiento muy propio de la misma para poderla entender en toda su dimensión y más aún, cuando se trata de infracciones cometidas por militares por vulneración de los reglamentos que la gobiernan.

"Dentro de tales perspectivas es mucho más fácil para personas formadas dentro de la cultura castrense, entender delitos como la deserción, ataque al superior, el delito de centinela y otros, que posiblemente serían de muy difícil comprensión o justificación para un civil..."(Negrillas del recurrente). (Magistrado Ponente Dr. Edgar Saavedra Rojas)

Para el memorialista, esos comentarios son aplicables al caso en estudio, porque el conocimiento de los hechos corresponde a una jurisdicción especial, en razón a varios aspectos: la sentencia proferida el 3 de diciembre de 1990 por su representado (origen de esta investigación), fue revisada por el entonces Tribunal de Orden Público; el conocimiento de las violaciones a la Ley 30 de 1986, ha correspondido a jurisdicciones especiales y, la filosofía que sustenta la existencia de la Justicia Penal Militar relativa a que las personas formadas en ella, pueden entender los comportamientos punibles de los Militares. Según él, *"el juez natural del que conoce materias especiales debe ser igualmente especializado porque así se facilita el mejor entendimiento de sus decisiones cuando son sometidas a controversia en los estrados penales". (resaltado del texto).*

A renglón seguido hace un análisis de lo que en materia legislativa se ha hecho con las jurisdicciones especiales, empezando por la ley 2 de 1984 y siguiendo por los decretos 1038/84, 180/88, 474/88, 99/91 y finalmente el 2700/91, de lo cual concluye que la política adoptada para combatir el narcotráfico consiste en especializar las competencias para la investigación y el juzgamiento y la sanción de las conductas en que puedan incurrir los titulares de esas competencias, a los que se ha reservado un fuero especial, garantía de que será investigado y juzgado por un juez natural para conocer de los delitos descritos en la ley 30 de 1986, que no es otro que el Tribunal Nacional.

La creación de esta corporación (Tribunal Nacional), agrega, obedeció a la de los Juzgados de Orden Público y tenía a su cargo las funciones de la segunda instancia y adelantar las investigaciones de jueces cuyo nombramiento les correspondía, es decir, los de esa especialidad. Además, el decreto 99 de 1991 que modificó algunas normas del 2790 de 1990 transfirió al Tribunal Superior de Orden Público el conocimiento en primera instancia 'de las actuaciones y procesos que se inicien o adelanten contra jueces de instrucción o de conocimiento de orden público 'entre quienes se encuentra su prohijado.

De otro lado, el numeral 3o del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal radicó en los Jueces Regionales el conocimiento de los delitos descritos en el artículo 39 de la ley 30 de 1986, norma que debe interpretarse en concordancia con el artículo 69, ordinal segundo de la misma obra, pues esa competencia no puede desarticular la regla general que atribuye a los Tribunales el conocimiento

de los delitos imputados a los jueces, lo cual supone que el funcionario competente para calificar el mérito del sumario en el proceso seguido en contra del doctor Sanchez Mozo era el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional.

No acepta el defensor la tesis de la sala de Conjueces relativa a que la nulidad proferida dentro de este proceso no afectó el derecho de defensa del acusado, porque de haber gozado de todas las posibilidades de una defensa material y técnica, no excluye que en etapas posteriores se pueda ver limitada. Tal afirmación la respalda en un pronunciamiento de esta Sala con ponencia del Dr. Edgar Saavedra Rojas del 27 de agosto de 1992, sobre la importancia de la diligencia de indagatoria dentro del proceso penal.

Por otra parte, la sentencia de la Corte desmejoró la situación del ex-juez de instrucción porque el delito imputado es más grave desde el punto de vista de la punibilidad como del reproche social; además, contrario al prevaricato, dicho punible no deja abierta la posibilidad de una condena de Ejecución Condicional.

Por ello eran necesarios los descargos y explicaciones del comportamiento del acusado ante el Juez Natural, a fin de presentar una causal de justificación o inculpabilidad, lo cual solo es posible en la diligencia de indagatoria; a su juicio, el interrogatorio previsto en el artículo 449 del Código de Procedimiento Penalno suple esa diligencia, no solo por las formalidades, sino por la época de su realización –juzgamiento– cuando ya nada se puede hacer para probar las justificantes o exculpantes a que haya lugar; por ello la declaratoria de nulidad de la Corte debió cobijar la resolución que cerró la investigación.

Igualmente estimó vulnerado el artículo 31 de la Carta Política, porque la providencia de la Corte si bien no modificó la sentencia para incrementar la pena impuesta, sí lo condenó a que todas las decisiones posteriores lo responsabilicen por violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

Para ello se respalda en un pronunciamiento de la Corte Constitucional cuyo criterio, agrega, prima sobre el de la Corte Suprema de Justicia y por ende, sobre el Tribunal Superior de Cúcuta y las Fiscalías Delegadas ante cada Corporación.

Si la Fiscalía y el Ministerio Público no recurrieron la sentencia proferida, no era dado a la Corte suplir su inactividad decretando la nulidad y de ahí la nulidad que denuncia; las facultades de la Corte estaban limitadas a la segunda instancia confirmando o reformado el fallo. Por ello, no es procedente que el ad- quem so pretexto de una irregularidad, decrete la nulidad y menos cuando de ella se sigue el empeoramiento de la situación del procesado.

Agrega que al provenir el cambio de calificación de una Corporación de tan alta jerarquía como la Corte le restó toda autonomía a funcionarios de rangos inferiores "que condenarán" a su defendido como responsable de la violación a la Ley 30 de 1986.

Considera que el proceso está viciado de nulidad en la medida que vulnera una garantía constitucional, íntimamente relacionada con la plenitud de las formas propias del juicio.

Para finalizar, luego de referir gran parte de la sentencia SU 327 del 27 de julio de 1995, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz solicita se revoque la providencia y se ordene al Tribunal Superior de Cúcuta suscite colisión negativa de competencia al Tribunal Nacional para que determine en qué autoridad radica el conocimiento del asunto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación que ahora ocupa la atención de la sala, contiene, en cuanto a la solicitud de nulidad , varios aspectos que constituyen el objeto de reproche del impugnante y que se pueden concretar así:

Juez natural:

Al respecto estima el recurrente que el Tribunal Superior de Cúcuta no es el competente para juzgar la conducta del procesado Dr. Sánchez Mozo, porque este en su condición de Juez de Instrucción Criminal Especializado asumía el conocimiento de las conductas tipificadas en la ley 30 de 1986 y por ello debía ser investigado por el Tribunal Nacional, en la medida que es el superior encargado de la segunda instancia en esa materia y de adelantar las investigaciones de los funcionarios cuyo nombramiento les corresponde, es decir los de esa especialidad, tal como ocurre en la justicia castrense para el juzgamiento de los militares en servicio activo.

Sea lo primero aclarar que la Ley 2a de 1984 creó en su artículo 1o los Jueces Especializados, con la misma categoría de Jueces del Circuito, a quienes atribuyó el conocimiento de unas específicas conductas delictivas mediante un procedimiento concretamente señalado allí para su juzgamiento; en esa misma norma determinó que la designación de esos jueces se haría por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito Judicial para periodos de dos (2) años.

A su turno el artículo 050 de 1987 (estatuto procesal que regía para la época de los hechos) preceptuaba en su artículo 69 inciso 2o, que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocían en primera instancia de los procesos que se siguieran

contra los jueces de instrucción, entre otros, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones.

Siendo entonces que la conducta imputada al Dr. Sánchez Mozo se cometió el 3 de diciembre de 1990 cuando dictó la sentencia absolutoria en favor de los señores Humberto Tavares Valencia y Alvaro de Jesús Mendoza García, no existe duda, frente a la claridad de las normas en comento, que la competencia para conocer del juzgamiento del citado ex-funcionario radica en el Tribunal Superior de Cúcuta.

De otra parte, para la Sala no resulta acertada la posición del recurrente en tratar de asimilar al evento en examen, el juzgamiento de los militares por parte de la justicia castrense, porque si bien se ha especializado el tratamiento de las conductas tipificadas en la Ley 30 de 1986 en el sentido de crear una jurisdicción dedicada a su tratamiento, ello no obedece a razones de complejidad o conocimiento que sobre la materia deban tener los funcionarios que las adelantan, sino a una política criminal del Gobierno, conforme a la cual por el auge de esos comportamientos delictivos, se hacía necesaria la solución de los problemas de orden público, creando una jurisdicción especial dentro de la ordinaria para disminuir la impunidad en esa materia.

En cambio, la causa que justifica la existencia de la justicia castrense, no es otra que la complejidad y especialidad que implica la vida militar para lo cual resulta necesario tener un conocimiento de ella y así entender a cabalidad lo relativo a las infracciones que se cometieran en ejercicio de la vida castrense.

Tratar de asimilar el caso en examen a tal perspectiva resulta desatinado, ya que para el examen de las infracciones a la ley 30 de 1986 no se requiere de la formación en una determinada cultura o disciplina para entender en qué momento se están frente a uno de los comportamientos tipificados en esa normatividad y el procedimiento a seguir conforme lo ordena la ley.

Por tanto se insiste, la competencia está determinada y a la vez limitada por la ley a efecto de que varios funcionarios no puedan conocer del mismo asunto y se caiga eninterpretaciones como la propuesta por el recurrente.

Violación del derecho a la defensa

Considera que a su prohijado se le vulneró esta garantía en cuanto al nuevo cargo imputado porque no tuvo la posibilidad de defenderse frente a él y no se excluye la posibilidad de que en un futuro ésta se vea limitada.

Dicha garantía no puede entenderse de la manera como lo plantea el recurrente porque ésta supone la actividad que tanto el defensor como el procesado despliegan

para contradecir los cargos y las pruebas arrimadas al plenario y a aportar o solicitar las que consideren pertinentes para sus intereses. A manera de ejemplo, si el impugnante consideró que se debió escuchar al Dr. Sánchez Mozo en diligencia de descargos respecto de la nueva infracción, el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal consagra la posibilidad de que el sindicado solicite, sin necesidad de motivación alguna, cuantas ampliaciones de indagatoria considere indispensables, siendo deber para el funcionario judicial recibirlas dentro del menor término posible.

Si en la oportunidad que la ley otorga a los sujetos procesales para hacer uso de los mecanismos previstos para su defensa estos no los han utilizado, no se puede dar por descontado el quebrantamiento del derecho a la defensa, mucho menos sobre futuras expectativas de que más adelante se vaa ver menguada esa garantía.

No encuentra la Sala obstáculo alguno para que el procesado pueda ejercer su defensa, por lo tanto no se puede concluir anticipadamente que en este caso la garantía constitucional se ha hecho inoperante. Sólo si se advierte que al efectuar peticiones sobre la práctica de alguna prueba esclarecedora o una manifestación trascendental, que no le es tramitada, sí podría hablarse de su vulneración.

Tampoco es de recibo el argumento consistente en que por la etapa en que se encuentra el proceso –juzgamiento– ya nada se puede hacer para demostrar alguna justificante o exculpante; es bien sabido que en esta oportunidad procesal, la ley prevé que las partes puedan solicitar nulidades, pedir las pruebas que no se hayan realizado o que se originen en razón de la resolución acusatoria y lógicamente preparar el debate público. De esta manera se está garantizando no solo el ejercicio del derecho a la defensa de cara a la acusación, sino la posibilidad de demostrar, si es del caso, la concurrencia de causales que favorezcan la situación del procesado o, en el mejor de los eventos, su inocencia.

Por otro lado, el legislador ha consideradola posibilidad de un cambio en la denominación jurídica de la infracción,cuando en el proceso de adecuación típica se encuentre un yerro cuya enmienda solo es posible mediante la declaratoria de nulidad porque, se reitera, es un error fundamental que afecta el debido proceso que de no subsanarse a través de este remedio, generaría el quebrantamiento del principio de congruencia y a la par se vería afectado el derecho a la defensa ya que el procesado no tendría la posibilidad de defenderse frente a la infracción en la cual se adecua su conducta, sino respecto de la erradamente calificada.

Antes por el contrario constituye garantía del derecho a ladefensa y de la legalidad del proceso, el deber que se le impone al funcionario judicial de adecuar atinadamente la conducta imputada al procesado, pues lo contrario sería permitir

que éste desvíe su ataque a desvirtuar cargos o infracciones diversas a las realmente evidenciadas en el investigativo.

Violación al principio de la Reformatio In Pejus

También resulta equivocada la tesis de que el cambio de denominación jurídica ha conculcado el artículo 31 de la Carta Política; aceptarlo así, sería dejar abierta la posibilidad, eso sí en contra de toda lógica, que frente a un error en la denominación jurídica solo se pudiera hacer la nueva adecuación cuando se tratare de tipos penales de menor entidad, esto es, que contengan una pena privativa de la libertad menor a la prevista en el delito erróneamente calificado, posición que francamente raya con el absurdo.

El precepto constitucional es muy claro y se refiere a la situación de los condenados, es decir aquellos contra quienes se ha proferido sentencia condenatoria, a efectos de que puedan mejorar su situación en segunda instancia, con la garantía de que si se trata de apelante único ésta no empeorará.

Con la perspectiva anterior, resulta necesario reconocer que un cambio en la denominación jurídica de la infracción, cuando el nuevo delito resulta ser más grave, no implica vulneración al artículo 31 de la Constitución y menos la consecuencia de tener que declarar nulo el proceso pues, se reitera, este principio de no agravación solo hace referencia a que la decisión que se tome en la segunda instancia no desmejore la situación del procesado respecto de la condena impuesta por el a quo.

En este caso no se resolvió la sentencia apelada, pues nada se dijo sobre sus consideraciones ni los motivos de impugnación, sino que se procedió a la declaratoria de nulidad de lo actuado ante la errónea calificación que traía la conducta imputada al Dr. Sánchez Mozo.

La hipótesis presentada por el recurrente también lo llevó a mal interpretar las limitaciones del juez de segunda instancia, cuyas decisiones priman sobre las del a quo; si bien el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal ordena que el superior solo puede revisar los aspectos impugnados, cuando se trate del recurso de apelación, es su deber pronunciarse sobre las irregularidades

que encuentre en el trámite del proceso para purgar de ilegalidades y vicios sustanciales el rito.

Ilógico resultaría que ante la evidencia de situaciones anormales en el curso de la actuación, el superior deba prohijarlas con su silencio o pasarlas por alto so pena de la limitación de que habla la norma en comento la que si bien impone un condicionamiento, éllo no se convierte en obstáculo para corregir los errores que se encuentren en el trámite de la investigación.

Si en este caso la Corte encontró que el comportamiento endilgado al Dr. Sanchez Mozo no se adecuaba al delito de prevaricato, era lo indicado proceder a su corrección, pues el mandato constitucional en nada se opone a que el ad quem corrija las irregularidades generadas de la incongruencia entre el acontecer procesal y el tipo penal imputado. El ámbito del error de adecuación sancionado con la nulidad frente al del error subsanable en el fallo con la modificación de su contenido, está claramente delimitado en el artículo 308 del C.P.P. Por eso los errores de nominación que trascienden el capítulo o título respectivo, o que generan incompetencia, sólo pueden sanearse mediante la invalidación. Es la estructura del proceso colombiano y la regulación legal de su rito las que lo disponen así. Otros yerros son enmendables por la vía de la revocatoria de la sentencia o su modificación siempre que no agraven, con ello, la situación del reo o le impidan su defensa.

Precisamente en este caso, el regreso a la etapa calificatoria conduce a las garantías anotadas a fin de que el fallo pueda moverse dentro de los parámetros previstos por el legislador para el rito y sin afectar en las instancias tan categóricos principios.

Tampoco por la normativa constitucional -art. 31 le está vedado al superior, en su facultad de examinar el proceso, hacer los ajustes que considere necesarios para evitar eventuales errores formales o sustanciales, con lo cual está garantizando un debido proceso, máxime cuando se trata de una nulidad cuya declaratoria debe hacerse de oficio en cualquier momento del proceso (Art. 305 C.P.P) y de cara alcanon, también superior, del imperio del principio de legalidaddel delito y de la pena.

Estos mismos razonamientos conducen a la certeza de que tampoco se ha vulnerado la plenitud de las formas propias del juicio, porque no se están irrespetando las formalidades del proceso, antes por el contrario, al subsanar la irregularidad detectada, se está garantizando la estructura del proceso que más adelante se vería quebrantada por la ausencia del remedio procesal y con consecuencias funestas para las partes, para la sociedad, y para la seguridad jurídica.

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

RESUELVE

Confirmar la providencia impugnada a nombre de Orlando Sánchez Mozo, de fecha, origen y naturaleza señalados en precedencia.

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/ PRUEBA/ DEMANDA DE CASACION

El derecho a la defensa técnica como bien se sabe, es una modalidad específica del debido proceso y debe regir a lo largo de la actuación penal. Consiste en la posibilidad de que el procesado pueda ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aportadas al proceso o solicitar las que considere pertinentes para la defensa de sus intereses e impugnar las decisiones que le sean contrarias, asistido o a través de persona idónea para ello como es un abogado titulado u otra de las habilitadas por la ley en casos muy específicos para hacerlo.

Sobre la base de lo anterior, resulta claro que la no asistencia de un abogado titulado a la mencionada diligencia se constituye es en la inobservancia de uno de los requisitos formales de la prueba, que como bien lo anunció la Delegada, es posible alegarlo al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, en el ámbito de un error de derecho por falso juicio de legalidad, que en caso de prosperar, generaría la inexistencia del medio probatorio en particulary no la declaratoria de nulidad del proceso, como erradamente lo solicita el censor.

La Nulidad en cambio, resulta de haberse comprobado la existencia de vicios sustanciales e insubsanables que comprometen la estructura y bases fundamentales del proceso o las garantías del imputado frente a lo cual resulta inminente la invalidez del acto.

El hecho de que fundadamente no se acepte la práctica de una prueba, no se constituye en la vulneración de esa garantía, porque el Juez en su función de administrar justicia y como supremo director del proceso, tiene la facultad de rechazar los elementos de juicio que en su sentir no sirvan para los fines de la investigación.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado Acta No. 53 (20-05-97)

Rad. 9182

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto contra el fallo pronunciado por el Tribunal Superior de Ibagué el primero de julio de mil novecientos noventa y tres, mediante el cual confirmó, con modificación a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Espinal el cinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, que impuso a Anderson García Gamboa, entre otros, la pena principal de dieciséis (16) años de prisión como coautor responsable del delito de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 10 de abril de 1992, a la altura de la calle 8 entre carreras 5a y 6a de la localidad de Espinal (Tolima) a eso de las 5 y 30 de la tarde, los hermanos David y Luis Arturo Ramírez Pérez se dirigían hacia la ciudad de Girardot y en mitad de la cuadra les salieron tres individuos que venían corriendo detrás de ellos y con cuchillo en mano, bajo amenaza de muerte les solicitaron dinero.

De ahí surgió un enfrentamiento del cual resultó mortalmente herido David Ramírez, quien fue llevado al Hospital San Rafael de esa ciudad donde falleció.

Por tal motivo el entonces Juzgado Décimo de Instrucción Criminal del Espinal vinculó mediante indagatoria a Anderson García Gamboa, Wilson Saavedra Hernández y René Velásquez, a quienes les profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva para los dos primeros y conminación para el último de lo nombrados.

Más adelante, con fecha 27 de julio de 1992, la Fiscalía 30 de Espinal declaró cerrada la investigación y calificó el mérito del sumario en providencia del 30 de agosto siguiente, con resolución acusatoria en contra de García Gamboa y Saavedra Hernández por los delitos de homicidio y hurto de que trata el Código Penal en su libro 2o, título 13, capítulo 1o y en el libro 2o, título 14, capítulo 1o. También profirió resolución acusatoria en contra de René Velásquez por el delito de encubrimiento.

Avocado el conocimiento del asunto por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, ordenó la apertura del juicio a pruebas y luego, una vez celebrada la correspondiente audiencia pública, profirió fallo condenatorio en el que impuso a Anderson García Gamboa y Wilson Saavedra Hernández, la pena principal de dieciséis años de prisión como coautores del delito de homicidio agravado, la de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal y a cada uno el pago de perjuicios materiales y morales en cuantía de 700 y 300 gramos oro, respectivamente, a favor de los herederos de David Ramírez Pérez, al precio en pesos que certifique el Banco de la República al momento de su efectiva cancelación.

Allí mismo los absolvió de los cargos que por el delito de hurto les habían sido formulados.

Al procesado René Velásquez lo condenó a la pena principal de seis (6) meses de arresto, por el delito de encubrimiento.

Apelado el fallo, fue confirmado por el Tribunal Superior de Ibagué, con la modificación a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas que procedió a fijar en diez años.

La demanda de Casación

Primer Cargo:

Al amparo de la causal 3a del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa el censor la sentencia porque, a su juicio, el derecho a la defensa del procesado se violó ostensiblemente, al habérsele nombrado como apoderado de oficio para la diligencia de reconocimiento en fila de personas, el señor Arnulfo Corrales Garzón quien es persona conocida en la ciudad de Espinal, pero no es abogado o por lo menos así no está demostrado en el proceso.

Explica al respecto que el derecho a la defensa se viola en forma ostensible cuando al procesado se le nombra oficiosamente un apoderado que no es abogado inscrito, cuando en materia penal ello solo se autoriza para la diligencia de indagatoria.

Por lo tanto, durante el desarrollo del sumario el procesado debe estar debidamente asistido por un abogado, no sólo en las diligencias de la instrucción sino al momento del cierre de la investigacióna fin de presentar los argumentos defensivos en favor de su representado.

En este caso, fue el procesado quien presentó un memorial alegando que carecía de defensa, pero en el juicio se presentó una situación similar, porque si bien hubo

defensa desde el punto de vista formal, ésta no existió como garantía constitucional y el único acto defensivo lo viene a constituir una intervención en la audiencia pública que es una actuación tardía y no suple ni corrige la ausencia de defensa técnica durante todo el proceso.

Agrega que el Juez de primer grado se negó a decretar nuevamente la diligencia de reconocimiento en fila de personas para así contrainterrogar a su defendido y dilucidar muchos aspectos, con lo cual perturbó el derecho de defensa de su patrocinado.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se decrete y declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de reconocimiento en fila de personas efectuada el 28 de abril de 1992.

Segundo Cargo:

En esta oportunidad acusa la sentencia con respaldo en la causal primera de casación, por ser violatoria de una norma de derecho sustancial, proveniente de un error de hecho en la apreciación del testimonio del señor Jaime Campos Pérez.

Fundamenta el reproche en que al momento de calificarse el mérito del sumario esta declaración no ofrecía reparos, pero en la sentencia se convirtió en una prueba del montón, "no obstante no haberse menguado su credibilidad, no haberse destruido por ningún medio probatorio su génesis intrínseco, su órbita desprevenida y desinteresada, y lo que es más notorio, su gran verdad. Porque, es indudable que tal declaración coloca a mi patrocinado fuera de los terrenos de los hechos, ya que es tan certera al señalar que el mismo se encontraba precisamente en el mismísimo momento de los hechos a muchas cuadras, es decir, fuera del alcance violatorio del código de los delitos y de las penas".

Y agrega: "En el calificatorio era idónea y consecuente, pero como existían otros indicios en contra de mi cliente, se presenta la consecuente Resolución Acusatoria; pero ya en el momento de la Sentencia, tal prueba testimonial no podía en ningún caso llevar a la certeza necesaria como requisito sine cuan (sic) non para condenar".

Según él, si la prueba se hubiera apreciado y valorado conforme a la sana crítica, fuerza concluir que se presenta la duda que encamina hacia una sentencia absolutoria.

Por ello solicita se case la sentencia y se dicte el fallo que deba reemplazarla.

Adicional a ello solicita que se haga un pronunciamiento sobre la libertad del procesado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA TERCERA DELEGADA EN LO PENAL

Sobre el primer cargo estima el señor Procurador que pese a haberse invocado por la vía de la causal tercera, la verdad es que el mismo corresponde a lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado error de derecho por falso juicio de legalidad que es posible alegar en el ámbito de la causal primera, cuerpo segundo de casación.

Resalta entonces que como el reproche se dirige contra el reconocimiento en fila de personas porque en él no se designó a un abogado titulado sino a un ciudadano honorable, se violó el principio de legalidad de la prueba, cuya alegación en sede de casación está supeditada a otras reglas técnicas. Para esa representación del Ministerio Público la censura no responde a los conceptos acerca de lo que constituye una causal de anulación y lo que apenas alcanza el marco de la ilegalidad de la prueba.

Dentro de los motivos denulidad, explica que el relativo a la violación del derecho a la defensa se debe analizar desde la concreta regulación procesal, que toma algunos elementos de las garantías judiciales para presentarlos dentro de ese esquema como vicios que afectan la validez de las diligencias y que tienen consecuencias diversas a las de la anulación, por consistir en errores que impiden el nacimiento de la prueba a la vida jurídica.

Es decir que esa garantía constitucional se integra al sistema procesal a través de diversas regulaciones: el fundamental, es la institución del defensor del procesado, existiendo también la llamada defensa material.

Adicional a ello se encuentran otra regulaciones procesales que constituyen formas propias del debido proceso y generan ilegalidad en las pruebas y que también se constituyen en manifestación de derecho de defensa, en la medida que por ese medio se establecen una serie de parámetros para la controversia normativa, que afectan solamente la prueba y no tienen la capacidad de anular la actuación posterior.

Esas exigencias también son condiciones para permitir la valoración de las pruebas y así se construye una doble perspectiva: la de analizar si los medios de convicción fueron practicados o allegados respetando las normas para ello y luego sí, analizarlas bajo las reglas de la sana crítica.

Tales vicios corresponden al campo de la legalidad, pues implican la confrontación de una norma jurídica con un acto de trascendencia procesal a fin de determinar si hubo o nó, plena observancia de los parámetros establecidos en la ley, única vía por la cual los elementos de convicción son admitidos como tales.

Todo lo anterior para concluir que el nombramiento de un ciudadano que no ostenta el título de abogado, no afecta sino la actuación correspondiente, más no trasciende a los motivos de nulidad taxativamente señalados en la ley. Por lo tanto, para la Delegada, la demanda sometida a estudio resulta insuficiente para los fines de la casación en la medida que el censor equivocó la vía y la alegación y dejó sin demostración la censura invocada.

Sobre el Segundo Cargo, advierte que si bien la causal aducida puede aceptarse como válida, no ocurre lo mismo al momento de desarrollar el cargo, pues lejos de demostrar un falso juicio de existencia o uno de identidad, se dedicó a criticar al sentenciador por haber dado mayor importancia a unas pruebas en detrimento de la que pretende el libelista sea tenida en cuenta como elemento para la formación del convencimiento, incurriendo así en una alegación propia del error de derecho por falso juicio de convicción.

Por lo tanto, solicita que no se case la sentencia.

Consideraciones de la Sala

La demanda de casación que ahora ocupa la atención de la Sala, contiene insalvables errores de orden técnico que impiden su prosperidad.

Para empezar, en el primer cargo, en una entremezclada argumentación se dedicó a enunciar una serie de irregularidades, a efectos de demostrar una supuesta causal de nulidad que al paso que se adelanta en su lectura es fácil observar que el reproche se quedó en el enunciado.

Es así como al amparo de la causal tercera de casación, plantea el censor el desconocimiento de la garantía fundamental a la defensa técnica por cuanto al procesado se le nombró un abogado que no era titulado para la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

La censura así formulada amerita varios reparos, a saber:

El derecho a la defensa técnica como bien se sabe, es una modalidad específica del debido proceso y debe regir a lo largo de la actuación penal. Consiste en la posibilidad de que el procesado pueda ejercer el derecho de

contradicción respecto de las pruebas aportadas al proceso o solicitar las que considere pertinentes para la defensa de sus intereses e impugnar las decisiones que le sean contrarias, asistido o a través de persona idónea para ello como es un abogado titulado u otra de las habilitadas por la ley en casos muy específicos para hacerlo.

Sobre la base de lo anterior, resulta claro que la no asistencia de un abogado titulado a la mencionada diligencia se constituye es en la inobservancia de uno de los requisitos formales de la prueba, que como bien lo anunció la Delegada, es posible alegarlo al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, en el ámbito de un error de derecho por falso juicio de legalidad, que en caso de prosperar, generaría la inexistencia del medio probatorio en particulary no la declaratoria de nulidad del proceso, como erradamente lo solicita el censor.

La Nulidad en cambio, resulta de haberse comprobado la existencia de vicios sustanciales o insubsanables que comprometen la estructura y bases fundamentales del proceso o las garantías del imputado frente a lo cual resulta inminente la invalidez del acto.

Aparte de lo anterior cuando el ataque se dirige a cuestionar un determinado medio probatorio con miras a quebrantar el fallo atacado, como en este caso su legalidad, es necesario abordar el estudio de los demás elementos de juicio que el juzgador tuvo en cuenta en su elaboración, so pena de que la sentencia permanezca incólume tal como ocurre en el caso que nos ocupa.

En efecto, observa la Sala que el reconocimiento en fila de personas que el testigo Luis Arturo Ramírez Pérez hizo del procesado Anderson García Gamboa, es apenas uno de los elementos de convicciónque se aportaron al proceso para individualizarlo y a consecuencia de ello determinar la autoría y responsabilidad frente a los hechos a él imputados; por lo tanto, su inexistencia o invalidez, en caso de haberse planteado correctamente el cargo, no tendría mayor incidencia en la sentencia objeto de reproche. Para ello basta verificar ante todo, que la captura de los atracadores y su identificación se logró gracias a la información de una testigo que pasaba por el lugar el momento de perpetrarse el ilícito y demás informaciones obtenidas por personal de la Sijin. En el caso concreto de García Gamboa apodado "Cornelio" su aprehensión se efectuó con anterioridad a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, en cumplimiento de la orden expedida por el Juzgado instructor que tuvo como base el informe de la policía, donde se decía que según el señor Luis Arturo Ramírez, los otros atracadores –aparte de René Velásquez quien ya estaba identificado– eran los individuos apodados "El Cura" y "Cornelio". (fls 9 y 61 c.o No 1).

A ello debe sumarse que el mencionado señor Luis Arturo Ramírez, hermano de la víctima y quien lo acompañaba el día de los hechos desde el momento de su primera declaración, ya había hecho la descripción física de los tres sujetos. Por lo tanto, el reconocimiento en fila de personas se viene a configurar otro de los elementosque sirvieron de respaldo al fallo de condena, pero no en la principal prueba de cargo, como pretende hacerlo ver el recurrente.

De otro lado, faltando a una sana metodología en la presentación de los diferentes yerros en esta sede, plantea el censor otra irregularidad consistente en la negativa, por parte del funcionario judicial a efectuar un nuevo reconocimiento en fila de personas lo cual también, a su juicio, vulneró el derecho de defensa de García Gamboa. Al respecto, observa la sala que la titular del juzgado de conocimiento negó la practica de la misma porque estimó que era inconducente: pero además el hecho de que fundadamente no se acepte la práctica de una prueba, no se constituye en la vulneración de esa garantía, porque el Juez en su función de administrar justicia y como supremo director del proceso, tiene la facultad de rechazar los elementos de juicio que en su sentir no sirvan para los fines de la investigación.

En conclusión, como el cargo no reúne técnica ni jurídicamente los presupuestos exigidos para su prosperidad en esta sede, su rechazo es inminente.

Segundo Cargo:

Tampoco en esta oportunidad se superan las falencias de orden técnico del recurso, a pesar de que el libelista enuncia un error de hecho por falso juicio de identidad.

Esto porque se dedica a criticar la valoración probatoria otorgada al testimonio del señor Jaime Campos Pérezcon un desarrollo argumental impropio de la casación para simplemente concluir que si se hubiere apreciado como él propone, se habría llegado a una sentencia absolutoria.

Un planteamiento como el descrito, resulta totalmente ajeno a los parámetros que exige la alegación por la vía anunciada, en la medida que la tergiversación de un determinado medio de convicción implica que el fallador le dá un alcance mayor o menor del que realmente tiene; en cambio de ello, el casacionista se dedicó a enfrentar su personal perspectiva con el criterio del fallador, achacándole a este sin fundamento ni razón, un total desapego a las reglas de la sana crítica, con el único propósito de que se le otorgue al testimonio del señor Campos Pérez la credibilidad que en las instancias le fue negada.

Es así como asegura que el testimonio en mención al momento del calificatorio era una prueba que no ofrecía reparos, pero al dictarse la respectiva sentencia se convirtió, según sus propias palabras en una prueba del montón.

Al respecto observa la Sala que si bien es cierto cuando se dictó la resolución acusatoria en contra de los procesados, se dijo que dicha declaración no ofrecía reparos, a renglón seguido resaltó lo siguiente:

"Pero tengamos en cuenta que la hora precisa de los hechos no se puede establecer, entre 6 o 6 y media de la mañana, y de otra, que el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal vigente, solamente exige además de estar demostrada la ocurrencia del hecho una prueba que comprometala responsabilidad del sindicado; cualquier medio de prueba es apto para formar el convencimiento del funcionario judicial y en este caso la declaración ya comentada de Luis Arturo Ramírez Pérez nos llevan a ese convencimiento respecto de Wilson Saavedra Hernández y Anderson García Gamboa, por lo tanto, lo procedente es decretar en su contra Resolución de acusación por Homicidio y Hurto". (fól 158. c.o No 1).

No se trata entonces de que la precitada declaración haya adquirido importancia en esta fase del proceso y luego la haya perdido, porque finalmente se le dio plena credibilidad al dicho del señor Ramírez Pérez, hermano de la víctima y sobre él se edificó la acusación. Lo mismo ocurrió al proferirse el fallo de primer grado, donde el fallador tuvo en cuenta "pruebas que acreditan la certeza del hecho punible", la declaración y ampliaciones rendidas por Luis Arturo Ramírez Pérez, Rosa Evelia Guzmán de Zarta, Daniel Prada Zaiz y el reconocimiento en fila de personas efectuado por el mismo señor Luis Arturo Ramírez Pérez.

Lo que ocurre es que el fallador, al momento de analizar la prueba recopilada dentro del plenario puede, a su criterio, apreciarla razonablemente; es un examen en el que debe sopesar todo el conjunto probatorio amparado en los principios de la lógica y la experiencia acogiendo los elementos que le merezcancredibilidad y desechando los que no.

Debe concluirse entonces que como el casacionista no demostró el error de hecho denunciado el cargo deberá rechazarse.

Para finalizar, necesario es aclarar que durante el trámite de este recurso extraordinario, en tratandose de la libertad de los procesados, esta Corporación sólo emite pronunciamientos respecto de las causales de que trata el numeral 2o del artículo 55 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 pena. Por lo tanto, como no se evidencia que el procesado reuna las condiciones de alguna de tales causales y frente a una solicitud tan abstracta como la efectuada por el libelista, no se encuentra motivo alguno para incursionar en su examen.

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado, de fecha y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese 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.

NULIDAD/ SITUACION JURIDICA

Lo que el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal regula al prescribir que no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, dejando a salvo el derecho de defensa, o cuando impone a quien la alega el deber de demostrar que la irregularidad afecta las garantías de los sujetos procesales, cuando no las bases de la instrucción o el juzgamiento, y cuando advierte que es la nulidad el último medio procesal para subsanar las irregularidades sustanciales, luego de reconocer que el perjudicado puede convalidar los actos irregulares.

No desconoce la Sala que el Código de Procedimiento Penal entonces vigente sí imponía la obligación de pronunciarse sobre ese tema cuando su artículo 413 indicaba un término para definir la situación provisional del procesado presente y otro distinto para el vinculado en contumacia. Sin embargo, no solamente omitía aquél ordenamiento el señalamiento de una consecuencia similar a la que hoy opera, sino que además contemplaba la posibilidad de que al calificar de fondo la actuación pudiera definirse también la operancia de la medida de aseguramiento, o aún identificarse las dos dentro del procedimiento abreviado (cfr. artículos 198y 474 y siguientes), lo que llevó a la doctrina y la jurisprudencia a admitir la contingencia de ese pronunciamiento previo, y ante todo la irrelevancia de su incumplimiento, distanciando la operancia del vicio que en este asunto se argumenta, que, como queda visto, no se ubicaba dentro del principio de taxatividad de las nulidades.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,veintidos (22) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *uan Manuel Torres Torres.*

Aprobado Acta No.53 (mayo 20/97)

Rad. 9451

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto a nombre del acusado Eynar Azael Huertas Guepud en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juan de Pasto, por medio de la cual se imparte confirmación integral a la emitida en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, condenando al recurrente por el delito de homicidio cometido en la persona de Servio Tulio Tepud Guepud, a la pena principal de diez (10) años de prisión y a las accesorias de ley, y al co-acusado Everardo Luiprando Huertas a la pena de seis meses de prisión por el delito de lesiones personales inferidas a los hermanos Luis Edgar y Orlando Tepud Guepud.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En horas de la noche del 5 de enero de 1990 durante la celebración del carnaval en el municipio de Pupiales, los hermanos Servio Tulio, Orlando Alirio, Luis Edgar y Germán Ramiro Tepud Guepud acompañados por Jaime Chamorro se disponían a regresar a sus viviendas ubicadas en la vereda "La Concordia", cuando en el camino encontraron a Eynar Azael Huertas con quien departieron unos instantes, hasta que éste se retiró luego de cruzar unas palabras con Servio Tulio, las que no fueron escuchadas por los allí presentes.

Minutos más tarde, cuando el grupo llegaba a la carrera 4a. entre calles 4a. y 5a. reapareció Eynar Azael acompañado de su hermano Everardo, suscitándose una gresca en la que resultó muerto Servio Tulio por herida con arma corto punzante, y heridos Luis Edgar y Orlando Tepud Guepud, así como el imputado Everardo Huertas.

2. La investigación le correspondió al Juzgado 27 de Instrucción Criminal de Ipiales que abrió la investigación el 10 de enero de 1990 disponiendo la vinculación de Everardo Huertas como único capturado, a quien indagó y definió su situación provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva como cómplice del homicidio y autor de las lesiones personales.

Eynar Azael Huertas Guepud se dijo tempranamente enterado de la investigación, pero en lugar de presentarse ante el funcionario optó por otorgar poder al mismo abogado que defendía a Everardo, a quien el instructor le reconoció personería y le fue escuchando en sus diversas solicitudes formuladas a nombre de los dos imputados.

Avanzando el recaudo probatorio, mediante auto de mayo 15 siguiente se dispuso realizar los trámites de vinculación del ausente, y luego de recibir

información negativa sobre su captura se le emplazó mediante edicto del 31 de julio, declarándole en contumacia según providencia de septiembre 19 que ratificó la intervención del abogado de confianza.

El 11 de diciembre de 1991 se declaró cerrada la instrucción y el 9 de marzo siguiente se calificó su mérito con resolución de acusación en contra de los dos sindicados, decisión que sometida al recurso de apelación sirvió para que el Tribunal modificara los cargos con su pronunciamiento del 18 de junio de 1992 emanado del Tribunal Superior del Distrito, aclarando que Eynar Huertas respondería por el delito de homicidio, y Everardo por los de lesiones.

En firme la acusación, el asunto pasó al conocimiento del Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales, ante el cual propuso la defensa la declaratoria de nulidad por tardía vinculación de Eynar Azael y la práctica de algunas pruebas, petición primera que le fue despachada desfavorablemente, mientras que las probanzas fueron acogidas y decretadas, lo que no obstó a la interposición del recurso de alzada, frente al cual el Tribunal se inhibió de un pronunciamiento de mérito al considerar que el recurrente carecía de legitimación tras haber prosperado su pedimento subsidiario.

Rituada la diligencia de audiencia, el 24 de agosto de 1993 se produjo el fallo de primer grado y su confirmación ante el Tribunal Superior el 14 de diciembre siguiente, decisión esta última que se hace ahora objeto del recurso extraordinario de casación, por iniciativa de la defensa.

La demanda

Invoca el censor la causal tercera de casación por haber recaído la sentencia dentro de un proceso viciado de nulidad, bajo los ordinales 2o y 3o. del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 29 constitucional, censura que fundamenta mediante la proposición de tres cargos que en su orden advierten:

Primero: Se dio una violación del principio estructural y fundamental de la doble instancia, dado que cuando la defensa propuso la nulidad ante el juez de la causa, y ésta la denegó, para responder la apelación el Tribunal incurrió en falsa motivación interpretando erradamente lo propuesto y querido por el apelante, quien jamás renunció, como allí se dijo, a su propuesta de nulidad de lo actuado en gracia de la vinculación tardía de Eynar Azael Huertas.

Contrario a lo afirmado por el Tribunal, lo que la defensa pretendía era que se concediera la apelación en efecto suspensivo para decidir lo relacionado con la nulidad impetrada, y de no aceptarse la propuesta, que en subsidio se ordenara la

práctica de las pruebas solicitadas, sin que éste último aparte pudiera entenderse como el abandono de la decisión de fondo. Tal dimisión, agrega, solo debe entenderse cuando no se interpone el recurso, cuando expresamente se renuncia, o cuando no se sustenta oportunamente.

Segundo: El proceso es nulo a partir del cierre de la investigación por no haber sido resuelta la situación jurídica provisional del procesado Eynar Huertas después de su declaración de ausente, lo que constituye el soslayo de una etapa procesal, que pese aparecer de modo expreso en una legislación posterior a los hechos (Decreto 2700 de 1991), tenía que reconocerse operante al constituirse aún de antes en un deber perentorio, por cuanto en esa providencia es donde se fija la materialidad del delito y la prueba de responsabilidad.

Por ello estima vulnerado el debido proceso, y obligado retrotraer la actuación para que previa la calificación del mérito del sumario le sea resuelta la situación jurídica a Azael Huertas Guepud

Tercero: Se dio también en el proceso la violación del derecho de defensa con la tardía vinculación de éste enjuiciado, pues la instrucción se inició por denuncia presentada el 9 de enero de 1990, y aún cuando Azael Huertas le otorgó poder al doctor Edgardo Gaitán Mutis Paz el 12 del mismo mes y año, su vinculación sólo se vino a disponer hasta el 19 de septiembre de 1990 con la declaratoria de ausencia, lo que implicó una denegación de oportunidades para controvertir las pruebas y ejercitar el derecho de defensa en igualdad de condiciones a las de los acusadores.

Con fundamento en lo expuesto el impugnante solicita que la sentencia se case y en su lugar se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de diciembre 11 de 1991 –cierre de la investigación–, o en su lugar a partir del auto de mayo 28 para que el Tribunal resuelva la apelación debida y oportunamente interpuesta.

Concepto del Procurador

Como antesala al estudio individual de los cargos propuestos por el casacionista, el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal recuerda que no toda irregularidad manifiesta acarrea la declaratoria de nulidad, a menos que produzca la afectación cierta e irreparable de un derecho sustancial o afecte la estructura del proceso, demostración que le compete a quien lo alegue, tal como lo dispone el artículo 308 numeral 2 del Código de Procedimiento Penal, debiendo precisar si se trata de un vicio en la actuación procesal, de violación de garantías de los sujetos procesales, del desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, así como la relación de causalidad que exista entre la actuación ilegal y el daño causado a las garantías procesales o a las formas propias del juicio.

Dice que al lado de los vicios trascendentes de la actuación existen otros denominados inexistencias e irregularidades que no alcanzan la entidad de nulidad, ya que de ninguna manera podrían llegar a afectar el contenido o la validez de la sentencia.

Entrando propiamente en materia, a la primera censura responde que el trámite de los recursos de alzada fue debidamente observado por los juzgadores de instancia, así la determinación del ad-quem de fecha 28 de mayo de 1993 en que se abstuvo de "proveer sobre el fondo y por vía de apelación en relación con la legalidad del auto de fecha" 27 de enero de ese año, emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales evidencie una equivocación, si se tiene en cuenta que del escrito del defensor no se deduce el abandono de la petición principal, ya que éste fue anterior a la interposición del recurso de alzada, y estaba encaminado a un pronunciamiento sobre la validez del proceso.

El Tribunal, al interpretar la pretendida subsidiariedad, construyó la ilegitimidad del recurrente desconociendo que el objeto del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil es el de estudiar la cuestión decidida en la providencia de primer grado, pero es lo cierto que tal incorrección no amerita la declaratoria de nulidad propuesta en esta sede, ya que con ella no se afectaron derechos o garantías del acusado, ni se atentó en forma grave e irreparable contra la estructura básica del proceso.

La defensa contó con la posibilidad de promover esa nulidad antes y durante el desarrollo de la diligencia de audiencia, bien al interponer la apelación contra el fallo de primera instancia, o aún través del recurso de casación como efectivamente lo ha hecho; pues aparte de la aparente restricción del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, la existencia de una nulidad inhibe al fallador para tomar una decisión de fondo en el proceso.

El desconocimiento de la doble instancia fundado en una equivocación del criterio valorativo del ad-quem, no implica la desestructuración del debido proceso, dado que ahora la defensa ejerce el derecho de atacarla. Así las cosas, el reproche apenas constituye una simple irregularidad, por lo que el cargo debe desecharse.

El segundo vicio, atenido al principio de favorabilidad y consistente en que no se resolvió la situación provisional del implicado antes de la clausura de la investigación, constituye otra apreciación equivocada, pues el auto de cierre se dispuso el 11 de diciembre de 1991 en vigencia del Decreto 050 de 1987, y éste no contemplaba como forzosa la circunstancia alegada por el recurrente.

La disposición para entonces vinculante admitía que si antes no se había resuelto la situación jurídica provisional, pudiera hacerse al momento de la calificación de

fondo, pronunciamiento exigente de mayores requisitos que los de la medida de aseguramiento. Ello hace inadmisible la retroactividad del artículo 438 del Código de Procedimiento Penalque hoy rige, pues la instrucción ya estaba superada cuando el precepto invocado entró en vigencia, lo que se suma al hecho de que las normas procesales tienen efecto general inmediato, y bajo esas circunstancias el reproche no puede aceptarse.

El tercer cargo también es descalificado por cuanto en este caso el impugnante no demuestra la trascendencia del supuesto vicio consistente en un desconocimiento del derecho de contradicción.

Según la Delegada, en el proceso aparece una irregularidad consistente en que el instructor dispuso la apertura de la investigación y la vinculación únicamente del procesado capturado: Everardo Luiprando Huertas Guepud, sin incluir a Eynar Azael Huertas Guepud. Pero ello carece de fuerza necesaria para invalidar lo actuado, como tampoco la tiene el que luego de surgir evidencias serias de la participación de Eynar se hubiese limitado el instructor a librar la orden de captura sin previa providencia que así la ordenara, ya que la efectividad de la aprehensión apenas se logró después de corregir la omisión, anulando cualquier violación a los derechos del procesado.

También recuerda que desde el inicio de la investigación el implicado otorgó poder a un abogado para que lo representara, y así se le admitió un día después del auto de apertura –11 de enero de 1990–, comenzando su actuación dinámica en representación del asistido a partir del quinto día. Pero además, que a partir de la vinculación mediante emplazamiento y declaración de ausencia –mes de julio del mismo año– la defensa contó con la oportunidad de controvertir las pruebas y ejercer sin mengua sus derechos.

Si el reparo apunta a la defensa material, se ha de admitir que ello fue fruto de la voluntaria determinación del acusado de no concurrir ante las autoridades judiciales.

Por último, y en la que denomina anotación adicional, dice la Delegada que el fallo de primer grado incurrió en aplicación indebida del artículo 332 del Código Penal, pero que ello no admite remedio en casación por no haber sido contemplado en la demanda, ya que su corrección implicaría la agravación punitiva en contra de uno de los procesados. Pero siendo inadmisible la declaración oficiosa, le sugiere a la Corte hacer su pronunciamiento dentro de los fines de la casación, la unificación de la jurisprudencia.

Sobre el particular advierte que el Juzgado 27 de Instrucción Criminal al proferir la resolución de acusación en contra de Eynar Azael Huertas Guepud y Everardo

Luiprando Huertas Guepud, lo hizo por los delitos de homicidio y lesiones personales, pero sin mencionar a cual de los preceptos reguladores del delito de lesiones refería, lo que no se desprende del cuerpo de la providencia.

Por ello, al desatar la alzada el Tribunaldebió acusar a Eynar Azael Huertas Guepud como autor del delito de homicidio; y a Everardo Luiprando Huertas Guepud por el de lesiones personales, adecuando su conducta a la abstracta descripción del artículo 334 del Código Penal en atención a la transitoria perturbación funcional sufrida por el afectado con el delito.

El a-quo aceptó que al momento de la calificación existían los dictámenes del 11 y el 31 de enero de 1990, incapacitando provisionalmente el primero a Orlando Alirio Tepud Guepud en 30 días por la deformación y depresión de la parte media de la clavícula derecha por fractura, y recomendando tratamiento especializado. En el siguiente se dice que el ofendido fue enyesado para la corrección de la fractura clavicular, y que era necesario un tercer reconocimiento al término de la incapacidad provisional de 30 días. El funcionario al interpretarlos dijo: "Entendemos que estos últimos treinta días de incapacidad empiezan a correr el día del segundo examen, de donde tendríamos que, hasta el momento se ha señalado una incapacidad provisional de sesenta (60) días".

Durante la etapa de la causa llegó el tercer reconocimiento de marzo 11 de 1993, en el cual se consigna que la incapacidad definitiva es de treinta días sin consecuencias, desestimado por el Juzgador con apoyo en el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, al entenderlo carente de fundamentación, ya que no tuvo en cuenta que en los anteriores los 30 días se fijaban de modo individual.

Con base en tales premisas señaló que la incapacidad final no podía ser de treinta días, argumentando que diferencias entre el concepto de incapacidad y el de perturbación, siendo esta última consecuencia de la anterior. Así se le impusieron a Everardo Luiprando Huertas Guepud los seis meses de prisión contemplados en los artículos 331 y 332 inciso segundo del Código Penal, tipos penales distintos de aquel por el que se le formulara la acusación.

Tal determinación, pese al yerro indicado no ameritó pronunciamiento del fiscal, ni del agente del Ministerio Público, ni de quienes recibieran la notificación personal, razón por la que el ad-quem no se ocupó de aquel asunto. Sin embargo, no puede pregonarse la inconsonancia prevista en la causal segunda de casación, por conservarse la unidad del respectivo capítulo, y resultar la sentencia a favor de los intereses del procesado, sin vulnerarle alguna a sus garantías procesales.

Mas, si se hubiera demandado por esta vía, podría predicarse una indebida aplicación del artículo 332 del Código Penal, en tanto los hechos realizados (daño en el cuerpo que produjo perturbación funcional transitoria de un miembro), fueron subsumidos en el artículo 334 inciso primero del mismo estatuto.

El error del sentenciador consistió en entender que debía acumular los treinta días de cada uno de los reconocimientos provisionales, lo que no resulta acertado, porque de ser viable la acumulación, partiendo de los primeros 26 días, más los 30 restantes, la incapacidad totalizaría 56 días y no 60 como se dedujo.

La incapacidad médico legal se determina con base en el tiempo que el tejido lesionado dura en restablecerse, y por ello cada reconocimiento reitera el tiempo inicialmente calculado. De lo contrario, si resultan complicaciones que demoren la sanación, debe el legista señalar la nueva incapacidad, y otro tanto hará cuando la primera apreciación resulte equivocada.

Así las cosas, el tercer dictamen de 30 días de incapacidad resulta coherente con los anteriores, término que de reconocer el a-quo implicaba pérdida de su competencia, pues en la infracción constituiría una contravención establecida en la Ley 23 de 1991.

Esto último, sin embargo, también sería equivocado, porque el fallador refunde consecuencias dispares dentro de una sola, (subsume la perturbación en la incapacidad), lo que deja de lado el artículo 337 del Código Penal que enseña que en tratándose de perturbación funcional transitoria la consecuencia se deduce del segundo reconocimiento, recordando que el Código Penal de hoy separa las consecuencias de la incapacidad para trabajar, de aquellas que transciendan ese marco y generen efectos más graves.

El juzgador conjugó los diversos resultados con fundamento en la duración de la incapacidad, lo que implicaría la pérdida de la autonomía punitiva, y con ello se estaría prescindiendo de una de las consecuencias de la acción, o el tener que recurrir a la figura del concurso delictivo en contravía con lo dispuesto en el artículo 337 del Código Penal.

Por lo anterior espera la Delegada que la Corte haga un pronunciamiento clarificador, al tiempo que solicita no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

Tiene razón la Procuraduría Delegada cuando atenida a los pronunciamientos de esta Sala, comienza por precisar que no toda informalidad ocurrida en el curso

de la actuación se constituye per sé en motivo para la invalidación del trámite cumplido, siendo tan solo aquellas que rompen la estructura base del proceso, o desconocen o hacen inefectivos los derechos de los intervinientes procesales, las que constituyendo un verdadero quebrantamiento del debido proceso, podrían llevar a la reposición de lo viciado. Ello, en otros términos, es, ni más ni menos, lo que el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal regula al prescribir que no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, dejando a salvo el derecho de defensa, o cuando impone a quien la alega el deber de demostrar que la irregularidad afecta las garantías de los sujetos procesales, cuando no las bases de la instrucción o el juzgamiento, y cuando advierte que es la nulidad el último medio procesal para subsanar las irregularidades sustanciales, luego de reconocer que el perjudicado puede convalidar los actos irregulares.

Desde este punto de partida es procedente responder al cargo primero de la demanda que el censor falló en su presentación creyendo que la invalidación obra por la sola invocación del defecto, sin alertar que otros medios o circunstancias pudieron tornar el vicio en irrelevante, como también al subestimar su obligación de indicar y probar cual fue el perjuicio irreparable recibido para el sujeto o para la estructura del proceso, porque, así se tenga que reconocer que no acertó el Tribunal cuando en su auto de mayo 28 de 1993 se abstuvo de revisar aquel que denegaba la nulidad dentro de la etapa de la causa, es innegable que con esa errada interpretación no clausuró otras vías con las que la defensa contó para hacer valer aquellas argumentaciones, al punto de hacer inoficioso el retorno de la actuación a aquel estadio superado.

En efecto, inobjetable resulta el desacierto del Tribunal al pretender que por acogerse una petición subsidiaria de pruebas, el recurrente renunciaba a su pedido principal de nulidad, cuando el simple sentido de las cosas deja entender que la complementación de medios estaba supeditada al fracaso de la invalidación, sobre el cual se requería un pronunciamiento en dos instancias.

Pero de ese solo desacierto no deriva ni la ruptura del esquema base de la causa, ni un desconocimiento de garantías para el frustrado apelante, pues como bien lo dice la Procuraduría Delegada en su concepto, otras opciones más de proponer la misma invalidación tenía la defensa, como lo prueba el hecho de formular aquí dentro de la demanda de casación el mismo vicio, y con la idéntica perspectiva de retrotraer la actuación hasta el sumario, por consecuencia de la vinculación tardía de Eynar Azael Huertas Guepud.

Esa sola circunstancia indica que el vicio acusado era irrelevante, que del pronunciamiento omitido no derivaron forzosamente otros actos que no pudieran

ahora definirse respecto de su validez, y que no se pudiera, por lo mismo, retrotraer la actuación hasta el momento de darse aquel defecto que en la formulación de la instancia, quería la defensa le fuera admitido.

Conlleva lo anterior al reconocimiento de la existencia de otro medio procesal idóneo para subsanar la irregularidad que el demandante acusa, y ese solo argumento que tiene arraigo legal en el artículo 308-5 del Código de Procedimiento Penal, es más que suficiente para desestimar el cargo formulado, motivo para que la demanda en ello no prospere.

En el segundo cargo la nulidad se impetra porque se proveyó el cierre de la instrucción sin definirle antes la situación provisional al procesado.

Para este caso, ha sido el casacionista el primero en recordar que al clausurar la etapa instructiva, aún no regía el artículo 438 del Decreto 2700 de 1991 y por lo mismo tampoco el condicionamiento irreductible de ese acto procesal a la previa definición de situación jurídica del vinculado.

No desconoce la Sala que el Código de Procedimiento Penal entonces vigente sí imponía la obligación de pronunciarse sobre ese tema cuando su artículo 413 indicaba un término para definir la situación provisional del procesado presente y otro distinto para el vinculado en contumacia. Sin embargo, no solamente omitía aquel ordenamiento el señalamiento de una consecuencia similar a la que hoy opera, sino que además contemplaba la posibilidad de que al calificar de fondo la actuación pudiera definirse también la operancia de la medida de aseguramiento, o aún identificarse las dos dentro del procedimiento abreviado (cfr. artículos 198y 474 y siguientes), lo que llevó a la doctrina y la jurisprudencia a admitir la contingencia de ese pronunciamiento previo, y ante todo la irrelevancia de su incumplimiento, distanciando la operancia del vicio que en este asunto se argumenta, que, como queda visto, no se ubicaba dentro del principio de taxatividad de las nulidades.

Por último y en cuanto hace referencia al cargo tercero propuesto por el casacionista, remitido a la que considera tardía vinculación del procesado Eynar Azael Huertas, se ha de insistir en que por apuntar la nulidad a la ocurrencia de fallas estructurales, cuando no al desconocimiento de garantías superiores del procesado, no basta en ello la sola cotejación de fechas para inferir que la vinculación devino mucho después de la apertura de la instrucción para de allí derivar el vicio, cuando el proceso advierte que entre la vinculación del ausente y el cierre instructivo transcurrió un tiempo importante y suficiente para que el procesado, mediante su defensor de confianza, hubiese conocido y debatido con amplitud los medios allegados, lo mismo que solicitado aquellos de descargo que hubiese estimado pertinentes.

En tal sentido se hace pertinente resaltar que si bien es cierto la indagatoria de este acusado no se previó en el auto cabeza de proceso y tampoco antes del auto de mayo 15 de 1990, sí es evidente que si con esa vinculación se busca enterar al imputado sobre la existencia de la incriminación y darle la oportunidad de su defensa, una y otra finalidades fueron superadas, pues desde los albores de la instrucción –folio 25– se acreditó que Eynar Azael ya conocía la existencia del sumario y las imputaciones, al punto de haber otorgado poder para su representación al mismo abogado que estaba representando al co-sindicado.

Es más: sin que ello obedeciera a una correcta ortodoxia procesal, consta en el sumario que el Juzgado de Instrucción reconoció al apoderado la representación del ausente, quien de ese modo mostraba su interés por esquivar las consecuencias procesales negativas, sin descuidar sus propios intereses, y que también de modo irregular se le admitieron las solicitudes que el abogado hizo invocando la representación de los dos imputados, cuando tan solo podía actuar a nombre de Everardo.

Pero dejando a salvo esta oportunidad real de disponer de una prematura defensa técnica, lo que ha de descollar es el hecho evidente de que a partir de la vinculación de Eynar Azael, con la ratificación de su defensor de confianza (septiembre 19 de 1990), hasta el auto de cierre instructivo, pedido por su propio defensor, transcurrieron casi quince (15) meses, tiempo más que bastante para habilitar la posibilidad de ejercer una defensa eficiente, mediante el aporte de nuevas pruebas y la controversia de las ya allegadas, lo que de ninguna manera significa ni el desamparo del procesado, ni su sorprendimiento, ni mucho menos la imposibilidad de intervenir activamente en el debate, oportunidades que en la causa también se le brindaron con largueza.

Así las cosas, ninguna utilidad demuestra la invalidación pedida, como que su decreto no constituiría más que una indebida dilación para la conclusión de la controversia, lo que deriva forzosamente en la desestimación final de la demanda.

Al margen del anunciado fracaso del libelo, el Ministerio Público propugna por un pronunciamiento de la Sala, con el que busca, en su criterio, la unificación de la jurisprudencia en tema del delito de lesiones personales.

No empece, el solo hecho de que la Delegada apunte, como es lo evidente, que aquí ninguna posibilidad de modificación le queda a la Sala sobre ese aspecto de la sentencia, por cuanto sobre él no hubo demanda, ni hay motivos para que medie un pronunciamiento oficioso (artículos 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal), no se vislumbra la posibilidad de que la Sala ingrese a analizar lo sucedido dentro de la función que le adscribe el artículo 219 ibídem.

Tiénese en cuenta que si hubo error del juez, él redundó a juicio de la Delegada en beneficio para el procesado, lo que descuenta la posibilidad de restituir el derecho material o resarcir agravios inferidos, y ni siquiera en lo atañedero con la orientación unificadora de criterios sería el pronunciamiento de recibo, cuando lo que se observa no es una interpretación doctrinal equivocada, sino a lo sumo una deformación respecto del contenido del dictamen del perito, lo que exclusivamente afectaría este proceso y en términos que exigirían para su rectificación por parte de la Sala, la acusación formal y oportuna de una violación indirecta de la ley, por errores de hecho derivados de un falso juicio de identidad.

En este caso, la ausencia de demanda, sumada a la operancia del principio de limitación (artículo 228 del Código de Procedimiento Penal), y a la inutilidad de la rectificación pedida, constituyen motivo suficiente para inhibir el estudio adicional que se insinúa.

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado por el defensor del acusado Eynar Azael Huertas Guepud.

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, Didimo Páez Velandia, (no firmó) *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FAVORABILIDAD/ RECEPTACION

Según las voces del artículo 85 de la Constitución Política, el derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, y establece que "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (artículo 29 ejusdem).

En el presente caso se presenta un fenómeno de tránsito de legislación al haber sido modificada la vigente al momento de la comisión del hecho –Ley 190 de 1995, art. 31– por la dictada con posterioridad Ley 365 de 1997, art. 7°–, debiéndose confrontar una y otra, para establecer cuál resulta más favorable al procesado y con base en ella adoptar la decisión que corresponda.

Sin duda, la pena privativa de la libertad prevista para el delito de receptación en la segunda de las disposiciones citadas –prisión de uno a cinco años–, resulta objetivamente para el procesado más benigna que la señalada en la primera –prisión de tres a ocho años–.

Acorde con esta nueva regulación punitiva, y siguiendo los parámetros de dosificación adoptados por el fallador de instancia, se partiría de veinticuatro (24) meses de prisión, incrementados en doce (12) por el concurso de hechos punibles, para un total de treinta y seis (36) meses, guarismo que, reducido en la tercera parte por la aplicación de la sentencia anticipada en la fase sumarial –art. 37 del C. de P. P., modificado por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997–, arrojaría una pena finalmente imponible de veinticuatro (24) meses de prisión.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Aprobado acta No. 56

Rad. 12162

1. Asunto

Resolver la solicitud de libertad provisional hecha por el defensor del procesado Jaime Alfonso Forero Cepeda, quien considera que ha cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, habida consideración de la disminución de pena establecida por el artículo 7° de la Ley 365 del presente año para el delito de receptación, norma que, por resultar más favorable, resulta aplicable en estos momentos para efectos liberatorios.

2. Consideraciones de la Corte

Según las voces del artículo 85 de la Constitución Política, el derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, y establece que "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (artículo 29 ejusdem).

Acorde con esta premisa, y como la libertad deprecada con fundamento en el numeral segundo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993–, "será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", la Sala se ocupará del tema de la favorabilidad planteado por el memorialista con fundamento en la modificación de la punibilidad introducida para el delito de receptación por el artículo 7° de la Ley 365 de 1997.

Lo anterior no sin antes dejar en claro que este ejercicio hermenéutico se hace en forma provisional, con la sola finalidad de resolver la solicitud de libertad, y sin perjuicio del pronunciamiento que deba realizar la Corte con ocasión del recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado.

Jaime Alfonso Forero Cepeda fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, a la pena principal de 40 meses de prisión, como coautor del punible de receptación en concurso homogéneo (fl. 28 cuaderno del Tribunal).

La pena prevista para el delito de receptación al momento de la comisión de los hechos, era la del artículo 31 de la Ley 190 de 1995, esto es, de tres (3) a ocho (8) años, por cuanto "el valor de los bienes que constituye el objeto material o el producto del hecho punible" no supera los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ocurrencia de los hechos.

El juez de instancia tasó la pena con los siguientes parámetros:

"Teniendo en cuenta lo prescrito por el Art. 61 del C. P. para imponer la pena al procesado, se partirá de cuarenta y ocho (48) meses, según lo establecido en el Art. 177 del C. P., modificado por la Ley 190 de 1995, art. 31 que trata de la receptación (...) aumentada en doce (12) meses más por el concurso, para un total de sesenta (60) meses de prisión; ahora por haberse acogido a la Sentencia Anticipada y aceptar su responsabilidad, se le hará una disminución de la pena en una tercera (1/3) parte, por cuanto fue solicitada una vez ejecutoriada la resolución de situación jurídica y antes de cerrada la investigación, como se observa a folio 108 del c.o., es decir, veinte (20) meses, para en definitiva condenarse al señor Jaime Alfonso Forero Cepeda a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión".

En el presente caso se presenta un fenómeno de tránsito de legislación al haber sido modificada la vigente al momento de la comisión del hecho –Ley 190 de 1995, art. 31- por la dictada con posterioridad –Ley 365 de 1997, art. 7°–, debiéndose confrontar una y otra, para establecer cuál resulta más favorable al procesado y con base en ella adoptar la decisión que corresponda.

Sin duda, la pena privativa de la libertad prevista para el delito de receptación en la segunda de las disposiciones citadas –prisión de uno a cinco años-, resulta objetivamente para el procesado más benigna que la señalada en la primera –prisión de tres a ocho años–.

Acorde con esta nueva regulación punitiva, y siguiendo los parámetros de dosificación adoptados por el fallador de instancia, se partiría de veinticuatro (24) meses de prisión, incrementados en doce (12) por el concurso de hechos punibles, para un total de treinta y seis (36) meses, guarismo que, reducido en la tercera parte por la aplicación de la sentencia anticipada en la fase sumarial –art. 37 del C. de P. P., modificado por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997–, arrojaría una pena finalmente imponible de veinticuatro (24) meses de prisión.

Al ser ésta la pena a aplicar, no se satisface el presupuesto objetivo que para liberar provisionalmente al procesado establece el artículo 72 del Código Penal, cual es que haya sido "condenado a la pena de arresto mayor de tres (3) años o a la de prisión que exceda de dos (2)". Y recuérdese que el artículo 415-2 del ordenamiento procesal penal –modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993– establece:

"Se considerará que ha cumplido la pena, el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla" (Subrayas fuera de texto).

Tampoco ha purgado la totalidad de la pena aplicable con la nueva normatividad –24 meses de prisión–, por cuanto si su captura se produjo el ocho (8) de septiembre de 1995 (fl. 1 c.o.), a la fecha llevá en privación efectiva de libertad 20 meses y 15 días, sin que hasta ahora se haga acreedor a redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza.

No se satisfacen entonces los requisitos del artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal –modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993–, en concordancia con el artículo 72 del Código Penal, para liberar provisionalmente al interno Forero Cepeda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, *Niega la libertad provisional* solicitada en favor del procesado Jaime Alfonso Forero Cepeda.

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

Es la demanda de casación un juicio jurídico contra la sentencia de segunda instancia, tendiente a lograr de la Corte la enmienda de los errores judiciales objetivos, trascendentes, y susceptibles de esta extraordinaria solución, en que hubiera podido incurrir el fallador, bien sea en la aplicación o interpretación de la ley sustancial directamente, o en el examen de la prueba allegada al proceso, o, en el procedimiento aplicado al caso. Por este motivo, la demostración de la o las censuras debe ser clara y precisa, vale decir, guardar armonía con la causal invocada para solicitar la infirmación de la sentencia; y si de error en la apreciación probatoria se trata, señalar la prueba en la cual ha recaído, discriminar el error de hecho o de derecho en su evaluación y demostrar la trascendencia del mismo en el sentido o/y alcance del fallo.

No es entonces la demanda, y así lo ha venido precisando con insistencia la Corte, una oportunidad graciosa de descalificación del criterio plasmado en la sentencia de las instancias, en la que el censor pueda consignar su oposición a las consideraciones del fallador sin allanarse a las precisiones demostrativas mencionadas, buscando que en la sede extraordinaria se las prefieran caprichosamente a las judiciales, desconociéndose el principio de la sana crítica de que está investido el juzgador en el análisis de la prueba, la doble presunción de acierto y de legalidad que ampara las sentencias judiciales, y la garantía del debido proceso.

Si se omite precisar la naturaleza de los errores que se pregonan, se cuestiona solamente ***la credibilidad*** *otorgada a determinados elementos de juicio por el sentenciador ad quem, con reflexiones y deducciones que sólo reflejan una subjetiva visión del acontecer fáctico-procesal, la demanda* ***no se aviene a los requisitos de forma*** *previstos en el numeral 3° del artículo 225 del C. de P. P. y asume el riesgo de ser rechazada por no conferir viabilidad al recurso de casación.*

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

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No.057

Rad. 11572

En observancia de lo dispuesto en el artículo 226 del C. de P.P. verifica la Corte si reúne los requisitos formales previstos en la ley la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto por *Alejandro Aza Romero* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de *Cundinamarca* proferida el 1o. de noviembre de 1995, que por confirmación de la de primera instancia lo condena en calidad de autor material del delito de homicidio en la persona de *Juan de Jesús Laguna.*

ANTECEDENTES

1o. Refiere la sentencia de segundo grado que "El día 25 de septiembre de 1994, a las cuatro y media de la tarde aproximadamente, en zona rural, vereda Quitasol, jurisdicción del municipio de Viotá, en un camino de herradura, entre los predios de Luis Molano y Luis Bermúdez, se produjo la muerte de *Juan de Jesús Laguna*, por múltiples heridas con arma cortopunzante (cuchillo), ubicadas en la región toráxica y precordial, que le ocasionaron la muerte, la cual se atribuye a *Alejandro Aza Romero*, de conformidad a la prueba recaudada". (fl. 58 cd. Tr., resaltado fuera de texto).

2o. El mérito probatorio de la investigación iniciada, a la cual se vinculó con indagatoria el sindicado, fue calificado el *11 de enero de 1995 con resolución acusatoria*, en la que se le imputó el delito de homicidio simple (fls. 131-138 cd. ppl.), siendo condenado, una vez cumplido el rito de la causa,a la pena principal de veinticinco años de prisión por este mismo hecho punible (fl. 331), pues el Tribunal Superior del Distrito, al conocer por apelación de la parte acusada la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Girardot, la confirmó en su integridad (cd. Tr.).Impugnado este fallo en casación por la defensa, el recurso ha sido sustentado mediante la demanda cuyo aspecto formal revisa la Corte.

LA DEMANDA

El cargo que la conforma aparece formulado en estos términos:

"Acuso la sentencia con fundamento en la causal primera, inciso segundo del art. 220 del C. de P. P., violación indirecta *de la Ley sustancial,*por interpretación

errónea *del Art. 21 del C. P., lo que condujo a quebrantartambién en forma indirecta, por aplicación indebida, los arts. 24(autores),26 (concursode tipospenales infringidos), 323, ibid.(que tipifica el homicidio), en concordancia con los arts. 61 y 66-3, 4 y 12 del C. P. (referentes a los criterios para fijar la pena)". (negrillas fuera de texto).*

Bajo el acápite "Fundamentos de la causal..." el censor hace consistir el cargo en "que la sentencia ... reconoce una serie de circunstancias que han debido llevar al Juzgador a la conclusión" de que el procesado *no* tuvo participación en el delito y precisa que la decisión condenatoria se edificó "a partir del análisis separado y escindido" de las versiones de María Dolores Yepes, Claudina Portes, María Claudina Mendoza, José William Hernández y Carlos Eduardo Cárdenas, que:

"refrendan el comentario público extendido por Jacinto Hernández, pues las deposiciones vertidas al proceso por el protagonista de la prueba histórica aunque materialmente se contradigan,excluyan, se comportan ambivalentes y elusivas".

Luego asevera que "al no haberse apreciado las partes pertinentes de los distintos medios probatorios"indicativos de que el mencionado Jacinto Hernández no presenció los hechos:

"no se hubiese dado por probado la coetaneidad del tránsitode los reyertantes, yporlomismo, se hubiese evitado la indebida aplicación del Art. 21 del CódigoPenal...". *(negrillas fuera de texto).*

En la "Explicación del cargo" afirma que el Tribunal incurrió "en errores de hecho al pretermitir la apreciación de importantes pruebas o apartes de ella",y luego de transcribir un segmento de las consideraciones del fallo acusado respecto de los testimonios de Hernández, de Eduardo Bernal y de Claudina Mendoza, *ofreciendo*, para poner en entredicho las inferencias del fallo, *un reexamen de la prueba apreciada por el Tribunal*, copia apartes de los testimonios de esta última deponente y del de otra declarante que identifica apenas como "la consorte de Hernández" destacando circunstancias temporales que en su sentir contradicen las conclusiones del Tribunal porque descartarían la presencia delacusado en el sitio del homicidio a la hora en que acaeció.

Descalificando por *falta de veracidad* del testimonio de Hernández, del que pregona repetitivamente no fue presencial de los hechos,dice que los apartes de *las actas de testimonio que transcribió fueron los pretermitidos* por el Tribunal y considera que habrían sido suficientes para determinar la no autoría del delito en cabeza de su cliente, puntualizando:

"Veamos pues, sus dichos y sus inconsistencias que de haberse sabido valorar con las reglas de critología científica y desapasionada de un verdadero investigador, hubiera podido advertirse sin mayores exigencias mentales: La respuesta no puede ser distinta, hubo error en la apreciación de la prueba que llevó a indebidaaplicación de la ley".

"Al proceder así el Tribunal apreció erróneamente el contenido del Art. 247 a 249 y 253 a 254 del C. de P. P. ... lo cual implicó la aplicación indebida del Art. 323 del C. P. ...".

"El juez ..., ha debido inferir, con una recta inteligencia de lo que significa la crítica testimonial inicial y probatoria general posteriormente, que dadas la diferencia de edades y de las condiciones físicas del occiso, este perfectamente habríapodido despojar del cuchillo al acusado y con ella misma, darle muerte".

Después de consignar algunos comentarios sobre el instituto de la legítima defensa *y sin explicar la razón de esta digresión*, pues todo alegato estuvo orientado a desechar la presencia de su cliente en el lugar del crimen, culmina su discurso así:

"En consecuencia, al estimar la Sala del H. Tribunal ...que se daba la veracidad de los dichos(sic) por el testigo acerca del encuentro entre el agresor y su repulsa, se le dio un entendimiento equivocado a tal requisito, se interpretó erróneamente el cuadro descriptivo y se adecuó indebidamente la actividad (inexistente) de mi mandante en el reato investigado para fulminarlo con la sentencia atacada".

Consideraciones de La Corte

Es la demanda de casación un juicio jurídico contra la sentencia de segunda instancia, tendiente a lograr de la Corte la enmienda de los errores judiciales objetivos, trascendentes, y susceptibles de esta extraordinaria solución, en que hubiera podido incurrir el fallador, bien sea en la aplicación o interpretación de la ley sustancial directamente, o en el examen de la prueba allegada al proceso, o, en el procedimiento aplicado al caso. Por este motivo, la demostración de la o las censuras debe ser clara y precisa, vale decir, guardar armonía con la causal invocada para solicitar la infirmación de la sentencia; y si de error en la apreciación probatoria se trata, señalar la prueba en la cual ha recaído, discriminar el error de hecho o de derecho en su evaluación y demostrar la trascendencia del mismo en el sentido o/ y alcance del fallo.

No es entonces la demanda, y así lo ha venido precisando con insistencia la Corte, una oportunidad graciosa de descalificación del criterio plasmado en la sentencia de las instancias, en la que el censor pueda consignar su oposición a las

consideraciones del fallador sin allanarse a las precisiones demostrativas mencionadas, buscando que en la sede extraordinaria se las prefieran caprichosamente a las judiciales, desconociéndose el principio de la sana crítica de que está investido el juzgador en el análisis de la prueba, la doble presunción de acierto y de legalidad que ampara las sentencias judiciales, y la garantía del debido proceso.

Si se omite precisar la naturaleza de los errores que se pregonany, se cuestiona solamente *la credibilidad* otorgada a determinados elementos de juicio por el sentenciador ad quem, con reflexiones y deducciones que solo reflejan una subjetiva visión del acontecer fáctico-procesal, la demanda *no se aviene a los requisitos de forma* previstos en el numeral 3° del artículo 225 del C. de P. P. y asume el riesgo de ser rechazada por no conferir viabilidad al recurso de casación.

En el presente caso, el demandante se limita a protestar por el *crédito* conferido en las instancias al testigo principal de los hechos materia de la sentencia y a otorgar especial importancia a dos fragmentos testificales distintos, que dice fueron omitidos en el estudio probatorio, a los que confiere eficacia para desvirtuar esa credibilidad, *olvidando que al comienzo de su discurso afirmó* que el Tribunal analizóasí mismonumerosos testimonios –los de María Dolores Yepes, Claudina Portes, José William Hernández y Carlos Eduardo Cárdenas–, de los cuales simplemente pregonó que fueron estudiados de modo "separado y escindido",pero sin explicar en qué consistió el error en la apreciación de estas pruebas para las resultas del fallo y su papel protagónico frente a los testimonios en que basa su tesis fundamental, dejando así incompleta la censura y por tantoimpidiendo que su estudio a fondo encuentre posiblidad, como que a la Corte, sujeta por el principio de limitación, le está vedado corregir los errores de la demanda o pasarlos por alto.

Ante la situación deficitaria de la demanda, debe rechazarse y en consecuencia, declarar *Desierto* el recurso.

Por lo expuesto, 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 incoado a nombre de *Alejandro Aza Romero* contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca que lo condena en calidad de autor del delito de homicidio en la persona de *Juan de Jesús Laguna*.

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 197 y 226 del C. de P.P. esta decisión no admite recurso.

En firme, *Devuélvase* el expediente al Tribunal 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 (no firmó), *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

No es la demanda de casación, y así muchas veces lo ha precisado la Corte, un alegato de forma libre en el que el interesado pueda verter sus personalísimas opiniones sobre el criterio judicial plasmado por el fallador en la sentencia acusada,pretendiendo ello suficiente para desquiciar un fallo judicial que arriba a la sede extraordinaria precedido de la doble presunción de acierto y de legalidad.

Debe el escrito contener, a más de las exigencias informativas a que se refiere el artículo 225 del C. de P.P. en sus numerales 1o. y 2o.,la fundamentación de las causales que se aducen para solicitar la revocación de la sentencia, **expuesta en forma clara y precisa**, *según lo dispone el mismo precepto en su numeral 3o., vale decir, indicando y demostrando los errores judiciales que constituyen el motivo de casación, sea que recaigan sobre la norma sustancial en forma directa, o en la misma, pero través del examen probatorio, esto es, en forma indirecta, o sobre aspectos procedimentales, ello según sea el yerro que estima dado el demandante. Al disponer en su inciso segundo el numeral 1o. del artículo 220 del estatuto, que "si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente",* **no está** *reabriendo arbitrariamente el debate probatorio superado en las instancias,* **sino determinando que el reexamen probatorio que se propone, debe tener como causa eficiente el error del fallador en la apreciación de la o las pruebas que sirven de soporte a la sentencia demandada;** *lo que implica que debe ser un error detectable objetivamente por la Corte, que hubiera determinado un criterio judicial de segunda instancia equivocado, susceptible de modificación en sede casacional.*

Se ha dicho por ello en desarrollo del instituto de la casación, que ese error, en tratándose de cuestionamiento probatorio, debe ser de hecho o de derecho y trascendente, lo que corresponde a omisión o invento de la prueba, o distorsión de su contenido material o de su obvio sentido jurídico –todos

estos eventos de la primera clase de yerro mencionada-; o en otorgarle incidencia probatoria a elementos de juicio practicados o incorporados ilegalmente al proceso, o apreciados en exceso o defecto respecto de determinada tarifa legal, caso éste hoy no viable en materia penal, por regla general –error de derecho–.

En resumidas cuentas, la acusación debe decantar la prueba afectada y el error cometido y demostrarlo con fundamentos claramente expresados, supuestos éstos que excluyen meras consideraciones personales del actor en las que se aparta del criterio del fallador con una visión diferente de la prueba o con unas inferencias que a su juicio debieron ser las plasmadas en la sentencia, pero huérfanas de los atributos de claridad y precisión que impone la forma de la demanda en cuanto concierne a lo intrínseco de la censura.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Dídimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 057

Rad. 11684

Se pronuncia la Corte sobre el aspecto formal de la demanda presentada para sustentar el recurso de casación interpuesto a nombre de *Salomón Mare* contra la sentencia proferida el *5 de septiembre de 1995* por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, que por confirmación de la de primera instancia lo condena en calidad de coautor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado en la persona y bienes de *Hernando Loboguerrero Bedoya.*

ANTECEDENTES

1. El 8 de septiembre de 1991 fueron interceptados por autoridades de policía en la vía Santafé de Bogotá-Villavicencio dos vehículos camperos, uno de los cuales era conducido por un individuo que se identificó con el nombre de Oliverio Herrera, pero cuya identidad verdadera resultó ser *Salomón Mare,* a quien se capturó y se decomisó un revólver calibre38,arma ésta que según la experticia de Medicina Legal fue la misma con la que *el 28 de agosto de 1991* se había dado muerte enpredios de la finca 'Tibabita 'en la vía a 'La Caro', jurisdicción de esta ciudad capital de la República, al ciudadano *Hernando Loboguerrero Bedoya,* al que también le habían hurtado su vehículo

en que se movilizaba y sus documentos de identificación y tarjetas de crédito, que por la misma época pretendió usar en la ciudad de Cúcuta la mujer Leonor Gómez, a raíz de lo cual se adelantaron pesquisas tendientes a la captura de los sujetos Enain Rangel Rangel, Luis Alfonso Parra Basto y Luis Javier Galvis Rueda, quienes el mismo día en que fue hallado el cadáver del ofendido, se transportaron entre Santafé de Bogotá y Villavicencio en el automotor de éste.

2. Al proceso, que inició el entonces Juzgado 8° L.C. (fl 35 cd.ppl. 1), fueron vinculados los últimamente mencionados así como la mujer que pretendió usar los documentos del occiso en Cúcuta, el nombrado *Salomón Mare* y uno de los individuos que con él viajaba, pero al calificarse el mérito sumarial *el 27 de mayo de 1994* –la decisión de primera instancia fue apelada y confirmada con algunas modificaciones–, *solamentes e profirió resolución acusatoria* contra los tres que usaron el vehículo del occiso y *Mare* por homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, ya que respecto de los otros se precluyó la investigación (cd. Fisc.2a.I.).

Ya en el curso del juicio, por virtud de una anulación parcial de lo actuado se rompió la unidad procesal en cuanto a Parra Basto (fls. 9-10 cd. Tr.), siendo dictada la *sentencia, condenando* en ambas instancias por los delitos materia de la resolución de acusación *a los tres restantes individuos juzgados, excepción parcial hecha de Mare*, respecto de quien se ordenó la cesación de procedimiento *por porte ilegal de arma de fuego de defensa personal* (cd. Tr.).

Contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito, emitido al conocer por apelación del dictado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, interpusieron recurso de casación el procesado Rangel Rangel y el defensor de *Mare*, pero como el primero no lo sustentó, la impugnación fue declarada desierta.

La demanda

El cargo que la constituye acusa la sentencia de ser violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, por error de hecho :

"... al distorsionarse el sentido probatorio de los testimonios, documentos y dictámenes, produciendo efectos que no derivan de su contexto en contraposición a lo dispuesto para tal fin regulador del procedimiento, en su artículo 254 y 294 del C. P. Penal...".

El ataque, dice el censor, se concreta en la "interpretación errónea" de la prueba porque de ésta:

"se desprende con meridiana claridad que no contiene lo concluído, sino por el contrario su interpretación obedeció al desconocimiento de las normas que la reglan.".

Agrega, luego de reiteraciones de lo dicho, que el Tribunal al formarse su criterio desconoció el todo que integra la prueba, "sus parámetros y el alto grado de duda" que emergía del juicioso análisis de la prueba y que hubiera determinado la aplicación del principio de la duda en favor de su cliente.

En la "Demostración" relaciona resumidamente las argumentaciones coincidentes en los fallos de las instancias, para predicar a seguido que riñen con el "verdadero sentido de la prueba". Luego de cíclicas reiteraciones del planteamiento transcribe textualmente los artículos 254 y 294 del C. de P.P.; pregonando que estos dispositivos legales debieron tenerse en cuenta en el estudio probatorio para no incurrir en distorsionesde la realidad procesal.

Tras admitir la existencia de indicios comprometedores de su cliente, tales como la tenencia del arma respecto de la cual el peritaje de balística afirmó haber sido la disparada contra la víctima, niega la presencia de prueba de cargo indicativa de que él hubiera sido autor de los hechos punibles y, luego de insistir en que debió declararse la duda para absolver a su poderdante, discurre ampliamente sobre generalidades relativas a la evaluación de la prueba. Añade que la misma norma procedimental obliga al funcionario a escudriñar la verdad; se refiere a las explicaciones de su cliente y a las críticas que éste formuló al estudio probatorio del Juzgado y añade que "igualmente" deben tenerse en cuenta los planteamientos que él como defensor presentó en la sustentación" del recurso" –parece estar refiriéndose a una apelación–,en los que dice, advirtió la inexistencia de requisitos para condenar, agregando que los otros coprocesados dieron cuenta de la inocencia de su cliente.

Consideraciones de la Corte

No es la demanda de casación, y así muchas veces lo ha precisado la Corte, un alegato de forma libre en el que el interesado pueda verter sus personalísimas opiniones sobre el criterio judicial plasmado por el fallador en la sentencia acusada,pretendiendo ello suficiente para desquiciar un fallo judicial que arriba a la sede extraordinaria precedido de la doble presunción de acierto y de legalidad.

Debe el escrito contener, a más de las exigencias informativas a que se refiere el artículo 225 del C. de P.P. en sus numerales 1o. y 2o.,la fundamentación de las causales que se aducen para solicitar la revocación de la sentencia, *expuesta en forma clara y precisa*, según lo dispone el mismo precepto en su numeral 3o.,vale

decir, indicando y demostrando los errores judiciales que constituyen el motivo de casación, sea que recaigan sobre la norma sustancial en forma directa, o en la misma, pero a través del examen probatorio, esto es, en forma indirecta, o sobre aspectos procedimentales, ello según sea el yerro que estima dado el demandante.

Al disponer en su inciso segundo el numeral 1o. del artículo 220 del estatuto, que"si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente", *no está* reabriendo arbitrariamente el debate probatorio superado en las instancias, *sino determinando que el reexamen probatorio que se propone, debe tener como causa eficiente el error del fallador en la apreciación de la o las pruebas que sirven de soporte a la sentencia demandada*;lo que implica que debe ser un error detectable objetivamente por la Corte, que hubiera determinado un criterio judicial de segunda instancia equivocado, susceptible de modificación en sede casacional.

Se ha dicho por ello en desarrollo del instituto de la casación, que ese error, en tratándose de cuestionamiento probatorio, debe ser de hecho o de derecho y trascendente, lo que corresponde a omisión o invento de la prueba, o distorsión de su contenido material o de su obvio sentido jurídico –todos estos eventos de la primera clase de yerro mencionada–; o en otorgarle incidencia probatoria a elementos de juicio practicados o incorporados ilegalmente al proceso, o apreciados en exceso o defecto respecto de determinada tarifa legal, caso éste hoy no viable en materia penal, por regla general –error de derecho–.

En resumidas cuentas, la acusación debe decantar la prueba afectada y el error cometido y demostrarlo con fundamentos claramente expresados, supuestos éstos que excluyen meras consideraciones personales del actor en las que se aparta del criterio del fallador con una visión diferente de la prueba o con unas inferencias que a su juicio debieron ser las plasmadas en la sentencia, pero huérfanas de los atributos de claridad y precisión que impone la forma de la demanda en cuanto concierne a lo intrínseco de la censura.

El libelo que ocupa la atención de la Sala, tal cual lo enseña lo mas caracterizado de su contexto, justamente omite los presupuestos en referencia, pues además de no precisar cada una de las pruebas afectadas con el error que propala, tampoco indica en qué consistió ese error, limitándose a repetir una y otra vez que la prueba fue distorsionada y, en forma genérica, a reflexiones sobre la obligatoriedad del estudio de la prueba con observancia de los artículos 254 y 294 del C. de P.P., pregonando sin base argumental distinta, la presencia de la duda suficiente para absolver, pero todo ello bajo la convicción manifiesta de que el Tribunal debió arribar a conclusiones distintas, dando crédito a las explicaciones del procesado y a la alegación de alzada de la defensa e interpretando de manera distinta la prueba de compromiso.

No suministra el censor a la Corte una alegación técnica que otorgue viabilidad al recurso, pues no le permite verificar error alguno que la Corporación pueda remediar, en la medida en que la objeción se reduce a proponerle que desconozca el estudio probatorio del Tribunal y declare, sin fundamento conocido,que la prueba de cargo fue tergiversada y que la merecedora de credibilidad es la que favorece al implicado, todo ésto bajo consideraciones subjetivas impropias de una impugnación de naturaleza básicamente técnica como lo es el recurso de casación, que sustenta un juicio jurídico contra el fallo que pone fin al debate de las instancias procesales.

En estas condiciones, impera rechazar la demanda y declarar la deserción del recurso, como en efecto se hará.

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 presentado a nombre de *Salomón Mare*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que lo condena en calidad de coautor de los delitos de homicidio agravado en la persona de *Hernando Loboguerrero Bedoya* y hurto calificado y agravado en bienes del mismo ofendido.

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 (no firmó), *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL/ PERSONALIDAD DEL PROCESADO

Para el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional ha de repercutir en la excarcelación del implicado, ha reiterado la Corte que es indispensable que la personalidad del procesado, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.
También ha dicho que cuando el artículo 72 del Código Penal alude a la personalidad, ello impone un pronóstico valorativo sobre el análisis del modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, estudio que comprende la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana expresiva del concepto de personalidad.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No.57

Rad. 9752

VISTOS

El defensor del procesado Argemiro Velásquez Estremor, quien se halla detenido enel Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 5 de Corozal, Sucre, reclama para su asistido la libertad provisional apoyada en la causal segunda del artículo 55 de la ley 81 de 1993, finalidad para la cual sostiene que se dan los requisitos previstos por el artículo 72 del Código Penal.

Es de aclarar que no se hace indispensable sustituir al Conjuez doctor Jaime Bernal Cuéllar, actual Procurador General de la Nación, quien reemplaza al Magistrado Carlos Augusto Galvez Argote por aceptación de impedimento en razón de su función como Procurador Segundo Delegado en lo Penal, por cuanto

el quórum deliberatorio y decisorio se mantiene con los demás integrantes de la Sala (art. 54 L. 270/96).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Mediante sentencia de fecha 28 de febrero de 1994, el Juzgado 1° Penal del Circuito de Sincelejo condenó a Argemiro Velásquez Estremor a la pena privativa de la libertad de 10 años de prisión (120 meses), como responsable del delito de homicidio, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en fallo de 6 de mayo siguiente, el cual ahora es objetodel recurso extraordinario de casación.

El incriminado se halla detenido desde el 23 de octubre de 1992, fecha en que fuera dejado a disposición del funcionario instructor por el Comandante del Batallón donde actualmente se halla detenido (f. 65), de manera que a la fecha por tiempo físico ha descontado 55 meses y 5 días; por trabajo acredita 12048 horas que de conformidad a lo previsto en el artículo 82 de la ley 65 de 1993, le representanuna redención de pena equivalente a 25 meses y 5 días, guarismos que sumados arrojan un total de 80 meses y 10 días, superando en esta ocasiónlas dos terceras partes de la sanción, equivalente, en su caso, a 80 meses, con lo cual satisface las exigencias objetivas establecidas en el artículo 72 del Código Penal.

Los que no aparecen cumplidos son los requisitos de naturaleza subjetiva a que hace mención la norma acaba de citar, pues para el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional ha de repercutir en la excarcelación del implicado, ha reiterado la Corte que es indispensable que la personalidad del procesado, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.

También ha dicho que cuando el artículo 72 del Código Penal alude a la personalidad, ello impone un pronóstico valorativo sobre el análisis del modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, estudio que comprende la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana expresiva del concepto de personalidad.

En este caso, de acuerdo con los fallos de instancia, se imputa al acusado Velásquez Estremor que siendo miembro activode la Armada Nacional, la noche del 17 de octubre de 1992, en el municipio de San Onofre,pasó con varios acompañantes por la droguería atendida por Paul Erick Dickson Zapata y la novia de éste, a quienes insultaron y cuando Paul reaccionó, el implicado, a pesar de superarle por estar en gavilla, mostrando un temperamento insensible e irrespetuoso del derecho a la vida, percutió un arma de fuego causándole la muerte.La ausencia

de inhibición que evidenció con tal conducta, en principio indica a la Corte que, para los fines de readaptación social, el incriminado debe cumplir en su integridad con la pena impuesta, por el diagnóstico negativo sobre su personalidad que emerge de tal comportamiento.

Adicionalmente y con incidencia definitoria, es claro que el delito cometido por un miembro de la fuerza pública, en las circunstancias anotadas, produce mayor desconcierto e intranquilidad, al provenir de quien debe protección y no agresión.

Desconocer de tal manera sus deberes y traicionar la investidura, es cruel realidad que se ofrece contraria a la liberación provisional que aquí se pretende, pues no basta que la conducta del implicado haya sido calificada en forma satisfactoria, tampoco la dedicación al trabajo y la ausencia de antecedentes, factores que tan sólo hacen parte de la valoración integral que debe efectuarse, la cual en este caso subjetivamente amerita que Velásquez Estremor siga cumpliendo la pena impuesta en los fallos de instancia.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, niega al procesado Argemiro Velásquez Extremor la libertad provisional pedida por su defensor.

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 (no firmó), *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal al cual se atiene el solicitante, indica que el cambio de radicación procede

"...cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal".

Ello obedece, ante todo, al deber del Estado de intervenir para preservar la imparcialidad e independencia de la administración de justicia frente a la ocurrencia de circunstancias especiales que la colocan a riesgo en el Municipio, Circuito o Distrito Judicial donde se lleva a cabo el juzgamiento, o bien para asegurar la integridad del enjuiciado frente a hechos relevantes que en ese lugar podrían ponerla particularmente a riesgo.

Que la familia del requirente resida en ciudad distinta de aquella donde se debe adelantar la causa, o que el asiento de la actividad profesional del defensor tampoco esté en la sede del Juzgado, no constituyen razones válidas para variar el sitio donde por ministerio de la ley se ha de adelantar el juzgamiento, pues como queda dicho, otras son las razones de índole excepcional y grave, y ajenas al sujeto pasivo de la acción penal, las que se imponen para una variación de esa laya.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No. 57

Rad. 13156

VISTOS

De plano decidirá la Sala el cambio de radicación del proceso que el Juzgado 3o. Penal del Circuito de Valledupar adelanta en contra de Gabriel Ruiz Quijano como autor del delito de hurto agravado y calificado.

ANTECEDENTES

Dice el solicitante que en la cárcel del Distrito Judicial de Valledupar donde se halla recluido, se han perpetrado hechos violentos con saldo trágico ampliamente conocido, los que han puesto en peligro la vida de los reclusos, incluida la suya, por lo que solicita se le traslade a la ciudad de Bucaramanga donde residen su familia y su apoderado, con lo que se le evitarían los consiguientes gastos de pasajes y viáticos. Agrega como fundamento su mal estado de salud debidamente certificado, y aún adiciona que si bien consintió que se le hubiese negado la "libertad domiciliaria" (sic), hoy son otras las razones que le obligan a procurar el cambio de radicación.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar confirma que en la actualidad tramita una causa en contra del peticionario por el delito de hurto calificado, dentro de la cual se afectaron los bienes del Banco de la República de Valledupar, mas no le da otro apoyo al reclamante, mientras que éste adjunta por toda prueba, un recetario de la Unidad Médica Odontológica de la Gobernación del Departamento (no dice cual), Servicio Nacional de Salud de la Alcaldía Municipal (tampoco indica de donde, ni de manera legible al médico tratante), donde se advierte que el señor Gabriel Ruiz Quijano, de 57 años de edad, padece insomnio desde hace varias semanas, compatible con una crisis nerviosa. Por ello al final propone su remisión para valoración psicológica.

Breves consideraciones de la Sala

El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal al cual se atiene el solicitante, indica que el cambio de radicación procede

"... cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal".

Ello obedece, ante todo, al deber del Estado de intervenir para preservar la imparcialidad e independencia de la administración de justicia frente a la ocurrencia

de circunstancias especiales que la colocan a riesgo en el Municipio, Circuito o Distrito Judicial donde se lleva a cabo el juzgamiento, o bien para asegurar la integridad del enjuiciado frente a hechos relevantes que en ese lugar podrían ponerla particularmente a riesgo.

Para el caso presente, sin embargo, no es aquella clase de circunstancias la que se invoca ni prueba por el reclamante, quien advierte inminente la culminación de la causa que se le sigue ante los Juzgados del Circuito, sino factores de índole diverso que no le corresponde asumir ni remediar a esta Sala de la Corte, sino al funcionario del conocimiento, y aún al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario conforme puede verse.

En efecto, que la familia del requirente resida en ciudad distinta de aquella donde se debe adelantar la causa, o que el asiento de la actividad profesional del defensor tampoco esté en la sede del Juzgado, no constituyen razones válidas para variar el sitio donde por ministerio de la ley se ha de adelantar el juzgamiento, pues como queda dicho, otras son las razones de índole excepcional y grave, y ajenas al sujeto pasivo de la acción penal, las que se imponen para una variación de esa laya.

Tampoco las condiciones de salud del procesado dan pie para radicar en sede distinta su proceso, pues tanto ellas como la inseguridad del centro carcelario, a lo sumo conllevarían a un cambio de la reclusión, pero sin alterar ni la radicación del proceso ni los funcionarios competentes que deben culminar el juzgamiento. Tales son las previsiones que trae el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) en los artículos 106 y 73 y siguientes, y en las que está excluída la intervención de esta Sala de la Corte para la adopción de la solución que corresponde.

Siendo, entonces, claro, que ninguno de los motivos expuestos por el solicitante habilita el cambio reclamado, no tiene esta Colegiatura alternativa distinta a la de su negación, como así en efecto lo dispone.

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

RESUELVE

Denegar el cambio de radicación de la causa seguida ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar, en contra del procesado Gabriel Ruiz Quijano.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROCESO PENAL/ AUDIENCIA PUBLICA

El proceso penal como método legalmente consagrado en orden a establecer la verdad histórica y determinar judicialmente la aplicabilidad de las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento para los supuestos de hecho definidos como delito, está compuesto de una serie armónica y sucesiva de actos concatenados dentro de los cuales se halla la audiencia pública como máxima expresión de los principios de oralidad, publicidad y contradicción que gobiernan el juicio o debate oral, preámbulo necesario de la sentencia.

Se tiene, entonces, que la vista pública, como acto en el cual se concreta la acusación y se ejerce a plenitud la defensa, es la última de las oportunidades para purgar de vicios la actuación, dirimir incidentes y, en general, llevar a efecto todo aquello que por su naturaleza no deba ser diferido para su decisión en el fallo, al punto que con posterioridad a su celebración solo procede el proferimiento de la correspondiente sentencia de mérito.

La dinámica del juicio impone en la audiencia, la materialización de las garantías fundamentales, la concreción de las pretensiones probatorias de las partes, y, con carácter general, el ejercicio de la facultad oficiosa en procura de poner la actuación a tono para el fallo, la definición de los incidentes y las peticiones de libertad. Se trata, por tanto, de una actuación unitaria y compleja que, contrario a la común opinión, trasciende la intervención de los sujetos procesales en defensa de sus intereses: involucrando, en muchos eventos, tal como viene sucediendo en el presente caso, decisiones y actividad de la más variada índole, como el recaudar las pruebas oportunamente decretadas y ordenar aquellas que siendo indispensables para la concreción de la verdad material aún no hubieren sido practicadas, resolver la acumulación de procesos, las peticiones de nulidad, las objeciones a los dictámenes periciales, etc.. Más compleja se torna cuando, como aquí acontece, se trata del juzgamiento de varios procesados, en causas acumuladas, por varios delitos, a su vez cometidos en concurso.

Pese a esa complejidad, como ha sido sostenido por esta Sala, "la audiencia pública constituye un solo acto procesal, así se realice en sucesivas etapas" (Sent. 27 de junio de 1995. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla), en donde su interrupción para dar paso a la definición de las incidencias que le son propias en cuanto no existe otra oportunidad para su resolución, no es sino la manera de confirmar esa naturaleza unitaria que se ha venido reseñando.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No. 59

Rad. 12987

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto de cuatro de abril del corriente año proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, dentro de las causas acumuladasque se siguen contra el Ex Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá. doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

I. Antecedentes

En el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en contra del Ex Juez Cuarto Laboral del Circuito, doctor Luis Alvaro Sanchez Rodriguez, han sido acumulados cuatro juicios penales en virtud de haberse proferido en su contra igual número de resoluciones de acusación por el concurso de delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión, peculado por apropiación, concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público y enriquecimiento ilícito, cometidos en ejercicio del mencionado cargo.

La diligencia de audiencia pública fue iniciada el 7 de junio de 1996 (fl. 73 cno. 4), y dispuesta su continuación para el día 11 del mismo mes, fecha en la cual no se remitió el procesado desde el establecimiento carcelario por presentar problemas de salud, según adujo, (fl. 76). Reanudada el día 12 (fl. 77), el defensor solicitó se le concediera término no menor a treinta días a fin de estudiar el expediente.

Se reinició el 12 de julio, y el 6 de agosto del mismo año (fl. 9 cno. 5), el ahora recurrente solicitó la lectura de todo el expediente y posteriormente interpuso recurso de hecho contra la negativa del juzgador de acceder a esta pretensión (fl. 18 y ss. cno. 5); ese día se señaló el 16 de agosto para continuar con el debate. En

esta fecha, no concurrió el defensor del procesado Omar Cabrera Polanco, motivo por el cual se fijó el 28 siguiente para su continuación (fl. 31-5).

El día 28 no compareció el procesado, quien dejó de presentarse para la remisión de la Cárcel argumentando problemas de salud (fl. 35), y se señaló el 10 de septiembre, fecha en la cual sí pudo proseguirse con el desarrollo de la vista pública, siendo continuada el 19 de septiembre (fl. 40) día en el que se llevó a cabo una sesión más, señalándose otra para el primero de octubre (fl. 42), lo cual así se cumplió (fl. 55).

Luego de varios incidentes procesales relacionados con la acumulación de una nueva causa, y con la solicitud de libertad presentada por el procesado, en auto de 26 de febrero de 1997, el Tribunal fijó el 19 de marzo como fecha para continuar con la audiencia, la cual no se pudo llevar a efecto ante la renuncia presentada por el defensor de Mercedes Cabrera Polanco quien adujo haber sido designado para el desempeño de un cargo público (fl. 5 cno. 6).

Superado este último incidente, mediante auto de once de abril se señaló el 6 de mayo para continuar el desarrollo de la vista pública (fl. 46-6), el que fue aplazado para el día 21 por cuanto el defensor de Mercedes Cabrera Polanco adujo coincidirle dicha fecha con otra diligencia judicial previamente programada (fl. 77).

2. La petición presentada por el procesado y la respuesta del Tribunal mediante la providencia recurrida.

2.1. En el escrito que corre a folios 20 y siguientes del c. o. No. 6 del Tribunal Superior, el procesado Luis Alvaro Sanchez Rodríguez, solicita se le conceda el derecho a ser liberado provisionalmente, pretensión que apoya en los siguientes argumentos:

– Dentro del proceso que se sigue en su contra, el 10 de junio de 1996 se dio inicio a la audiencia pública, suspendiéndose en varias oportunidades, la última de ellas el 1o. de octubre de 1996, lo cual indica que a la fecha de la presentación del escrito (1° de abril de 1997) han transcurrido más de seis meses sin que la misma haya sido reanudada.

– La última suspensión no fue ocasionada por causas atribuibles a él o su defensor.

– Ha solicitado en varias oportunidades que se tome una decisión definitiva sobre su situación legal, pues lleva en detención física más de 57 meses.

– Estima que la doctrina nacional, para llenar el vacío normativo, ha sido partidaria de conceder el derecho a libertad provisional cuando hayan transcurrido seis meses de suspensión de la audiencia pública.

– El derecho a ser juzgado dentro de términos racionales, es una garantía constitucional como así lo establece el artículo 29 de la Carta.

– El legislador autoriza el procedimiento analógico que resulte más benigno a los intereses del procesado.

2.2. Mediante providencia de cuatro de abril de mil novecientos noventa y siete (fls. 26 y ss. cno. 6), el Tribunal Superior negó la pretensión liberatoria presentada por el procesado, con apoyo en las siguientes consideraciones:

– La causal invocada por el detenido (art. 415 Num. 5 del C. P. P.),no tiene aplicación cuando la audiencia se haya iniciado, así ella se encuentre suspendida, o cuando pese haberse señalado fecha para su celebración, no hubiere podido hacerse por causas atribuibles al sindicado o su defensor.

– En este caso la audiencia pública ya fue iniciada, lo cual descarta cualquiera otra consideración sobre el particular.

– Los jueces deben ceñirse a lo establecido en la ley y donde ella no distingue, al intérprete no le es dado distinguir.

– No ha habido inactividad en el proceso aunque aclara que la paralización de la audiencia obedeció a la circunstancia de la renuncia del defensor de uno de los procesados y además, en ese período, fue resuelta otra solicitud de excarcelación elevada por el mismo peticionario.

– Tampoco el procesado ha cumplido la pena que pudiera corresponderle por los delitos por los cuales está siendo juzgado como para considerar ese motivo de liberación.

3. El recurso

Contra la anterior determinación, el procesado Luis Alvaro Sanchez Rodríguez, oportunamente interpuso recurso de apelación.

Sustenta su inconformidad en que el Juzgador consideró erróneamente que su solicitud se funda en el término transcurrido desde la resolución de acusación cuando ella se basa es en la suspensión de la audiencia de juzgamiento.

– Con el criterio del Tribunal se viola el principio in dubio pro reo, según el cual toda duda debe ser resuelta en favor del procesado, no obstante en este caso, el juzgador resolvió la duda en contra suya.

– Le parece que el juzgador muestra marcada animadversión en su contra, debido, tal vez, a las presiones de aquellas personas interesadas en que permanezca privado de la libertad.

– Si bien es cierto no existe norma expresa que autorice la liberación por el concepto que invoca, es la oportunidad para que la Corte se pronuncie y evite interpretaciones ambiguas para negar este tipo de solicitudes (fls. 39 y ss.).

El a quo concedió el recurso en el efecto devolutivo y remitió las diligencias a la Corte para su resolución (fl. 94).

4. Consideraciones de la Corte

Se advierte, en primer lugar, que la causal liberatoria propuesta, relacionada con el término de privación de la libertad cuando la audiencia ha sido suspendida, no se halla prevista en el ordenamiento procesal, de suerte que, aún admitiendo la tesis que recoge la solución de continuidad de este acto, la concesión que persigue el procesado recurrente carece del correspondiente respaldo legal, pese a los esfuerzos que, en sentido contrario, hace con apoyo en los doctrinantes por él citados.

Los motivos de excarcelación son taxativos y, se insiste, dentro de ellos no se encuentra la hipótesis sobre la cual se sustenta el pedimento –aunque el Tribunal supuso que el soporte de la pretensión radicaba en las previsiones del artículo 415 ordinal 5 del C. de P. P.–; sucede asimismo, tal como acaba de demostrarse con la amplia reseña de la actuación procesal, que la audiencia pública fue iniciada y su desarrollo viene llevándose a efecto en sucesivas sesiones dado el número de procesados, de juicios acumulados, de incidentes suscitados, y, además, de las actitudes dilatorias de los enjuiciados, condiciones éstas que precisamente fueron previstas por el legislador al disponer expresamente que "no habrá lugar a la libertad provisional cuando la audiencia se hubiere iniciado, así ésta se encuentre suspendida por cualquier causa", lo cual de plano excluye la existencia de vacío normativo en torno al punto, razón de ser del ejercicio hermenéutico que, por vía analógica, ha propuesto el recurrente.

Tampoco se trata de un problema de falta de aplicación del principio in dubio pro reo, cuya formulación por parte del implicado queda en el campo de la pura enunciación sin soporte de alguna naturaleza; la pregonada incertidumbre solo tiene cabida en la particular concepción que del acto de juzgamiento y de las

causales de libertad provisional posee el peticionario. Mucho menos, de falta de aplicación del derecho constitucional a ser juzgado dentro de la racionalidad de los términos que el proceso prevé, por cuanto la actuación revela que el juicio ha venido adelantándose conforme a las circunstancias e incidencias que procesalmente han sido previstas sin que haya existido la inactividad que se denuncia, de todo lo cual se colige la ausencia de asidero en esta argumentación.

Ahora bien; como el impugnante alude que la audiencia pública dentro del juicio que se sigue en su contra, ha sido suspendida por causa no atribuible a él o a su defensor, debe dejarse establecido al respecto que la Sala trajo a colación el recuento de la actividad procesal llevada a cabo para significar las ocasiones en que tal acto formal de intervención se ha visto entrabado en su desarrollo por motivo imputable al procesado, su defensor e incluso a los defensores de los otros encausados.

El proceso penal como método legalmente consagrado en orden a establecer la verdad histórica y determinar judicialmente la aplicabilidad de las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento para los supuestos de hecho definidos como delito, está compuesto de una serie armónica y sucesiva de actos concatenados dentro de los cuales se halla la audiencia pública como máxima expresión de los principios de oralidad, publicidad y contradicción que gobiernan el juicio o debate oral, preámbulo necesario de la sentencia.

Se tiene, entonces, que la vista pública, como acto en el cual se concreta la acusación y se ejerce a plenitud la defensa, es la última de las oportunidades para purgar de vicios la actuación, dirimir incidentes y, en general, llevar a efecto todo aquello que por su naturaleza no deba ser diferido para su decisión en el fallo, al punto que con posterioridad a su celebración solo procede el proferimiento de la correspondiente sentencia de mérito.

La dinámica del juicio impone en la audiencia, la materialización de las garantías fundamentales, la concreción de las pretensiones probatorias de las partes, y, con carácter general, el ejercicio de la facultad oficiosa en procura de poner la actuación a tono para el fallo, la definición de los incidentes y las peticiones de libertad. Se trata, por tanto, de una actuación unitaria y compleja que, contrario a la común opinión, trasciende la intervención de los sujetos procesales en defensa de sus intereses; involucrando, en muchos eventos, tal como viene sucediendo en el presente caso, decisiones y actividad de la más variada índole, como el recaudar las pruebas oportunamente decretadas y ordenar aquellas que siendo indispensables para la concreción de la verdad material aún no hubieren sido practicadas, resolver la acumulación de procesos, las peticiones de nulidad, las objeciones a los dictamenes periciales, etc. Más compleja se torna cuando, como aquí acontece, se

trata del juzgamiento de varios procesados, en causas acumuladas, por varios delitos, a su vez cometidos en concurso.

Pese a esa complejidad, como ha sido sostenido por esta Sala, "la audiencia pública constituye un solo acto procesal, así se realice en sucesivas etapas" (Sent. 27 de junio de 1995. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla), en donde su interrupción para dar paso a la definición de las incidencias que le son propias en cuanto no existe otra oportunidad para su resolución, no es sino la manera de confirmar esa naturaleza unitaria que se ha venido reseñando.

Recuérdese que desde el primero de octubre de 1996, fecha de la realización de la última sesión de la vista pública, hasta el primero de abril de 1997, día en que el procesado presenta la petición de libertad que ahora ocupa a la Corte, el Tribunal produjo las siguientes actuaciones relacionadas con la etapa que atraviesa el proceso:

– El 4 de octubre, dispuso la acumulación al proceso 3557C, seguido contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez y los abogados Luis Henry Trujillo Sánchez y Omar Cabrera Polanco, de la causa radicaba bajo el número 3826D que se sigue contra Omar Cabrera Polanco y Mercedes Cabrera Polanco. En la misma decisión ordenó que antes de continuar con la vista pública se colocara en ese mismo estado procesal el asunto cuya acumulación decretaba. Contra esta determinación la procesada interpuso recurso de apelación que fue resuelto por la Corte en providencia de dieciocho de febrero último.

– Por auto de ocho de octubre, en consideración a no hallarse ejecutoriado el auto que dispuso la acumulación del proceso contra Omar y Mercedes Cabrera Polanco, ordenó que una vez ello se cumpliera, se señalaría fecha para continuar con el desarrollo de la vista pública (fl. 67 cno. 5).

– El procesado Luis Alvaro Sanchez Rodríguez, mediante escrito que corre a folios 69 del cuaderno original número 5, solicitó al Tribunal la cancelación de las órdenes de captura impartidas en su contra y la autorización de tres sesiones para revisar el expediente, petición que fue resuelta favorablemente por auto de cinco de noviembre del mismo año (fl. 71-5).

– Mediante proveído de enero catorce de mil novecientos noventa y siete (fl. 73 cno. 5), ordenó obedecer y cumplir lo dispuesto por la Corte en providencia de dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y seis (fl. 71 y ss. cno. 7 Corte) mediante la cual se resolvieron los recursos de apelación interpuestos contra los autos de 24 de noviembre de 1995, 15 de abril, 3 y 16 de mayo y 19 de junio de 1996, respectivamente.

– El 16 de enero, el procesado Luis Alvaro Sanchez Rodríguez, solicitó reconocimiento del derecho a la libertad provisional (fl. 82 cno. 5 Tribunal), petición que fue resuelta el 31 siguiente (fls. 109 y ss. cno. 5) contra la cual interpuso recurso de apelación que la Corte resolvió en providencia de primero de abril del corriente año (fls. 3 y ss. cno. 8 Corte).

– Por auto de 26 de febrero de 1997, el Tribunal señaló el 19 de marzo como fecha para reiniciar la vista pública (fl. 180 cno. 5 Tribunal).

– En escrito presentado el 14 de marzo, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca(fl. 8 cno. 6), solicitó la expedición de copias de los procesos ejecutivos laborales tramitados por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito que hacen parte de la actuación seguida contra el doctor Luis Alvaro Sanchez Rodríguez, petición que fue resuelta en auto de la misma fecha (fl. 12).

– Mediante memorial que corre a folios 5 del C. O. no. 6, el defensor de Mercedes Cabrera Polanco presentó renuncia al cargo, la que le fue aceptada en auto de marzo dieciocho, concediéndose dos días como término dentro del cual la acusada debía designar defensor, suspendiéndose asimismo la continuación de la audiencia (fl. 4 cno. Tribunal.)Contra esta decisión la procesada interpuso recurso de reposición (fl. 16-6), el que fue negado en auto de primero de abril del mismo año.

Las actuaciones puestas de presente por la Corte, indican, por sí solas, que el acto de juzgamiento no ha sido suspendido ilegalmente como lo pretende hacer ver el recurrente, sino, por el contrario, pese a las maniobras dilatorias, dentro del mismo se han realizado actividades inherentes a la naturaleza de la audiencia pública, etapa dentro de la cual se encuentra el proceso penal que se sigue en su contra.

Por esos motivos, bajo la concepción de la vista pública que aquí se expone, deviene erróneo el criterio según el cual la audiencia pública está constituida solamente por el acto de intervención oral de los sujetos procesales, y que el simple transcurso del tiempo entre una sesión y otra, representa la suspensión del juicio, dando lugar, por vía analógica, al derecho a ser liberado pasados seis meses desde la última interrupción, pues esta eventualidad, excluida expresamente en la legislación, de suyo implicaría desconocer la naturaleza unitaria del acto de juzgamiento y los diversos incidentes que a su interior pueden presentarse, y admitir, contrario a lo dicho, la posibilidad de transgredir el claro precepto legal so pretexto de colmar un inexistente vacío normativo, lo cual por supuesto es inadmisible.

Se confirmará, en consecuencia, la providencia objeto de recurso, no sin antes advertir que en favor del procesado no concurre ningún motivo legal de liberación como para que la Sala oficiosamente se ocupe de él.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar el auto proferido por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá el cuatro de abril de mil novecientos noventa y siete, por lo anotado en la motivación de este proveído.

Segundo. La Secretaría de la Sala dejará constancia sobre los Magistrados impedidos para conocer del presente asunto.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ NULIDAD/ RESOLUCION DE ACUSACION

Cierto es que la causal primera de casación en materia penal se funda en errores de mérito o in iudicando, y la tercera en vicios de actividad o in procedendo, y que es la naturaleza del yerro, por tanto, lo que determina en cada caso la causal aducible, pero no siempre que se está en presencia de errores de juicio la causal a plantear será la primera, pues puede suceder que la prosperidad de la censura trascienda la validez de la sentencia misma, como ocurriría en el presente caso si se llegara a declarar que se presenta una modalidad concursal.

Igual acontece, para traer a colación un ejemplo, cuando se alega por el recurrente error en la denominación jurídica del hecho punible, cuya naturaleza de vicio in iudicando nadie discute, pero que debido a los efectos rescisorios que proyecta sobre la actuación procesal, debe plantearse dentro del ámbito de la causal tercera.

En estos casos, ha dicho la Corte, la demanda es de fundamentación mixta, puesto que la censura debe formularse al amparo de esta causal, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.

Preciso es señalar que en los casos de sentencia anticipada, la función calificadora no se traslada al Juez, como parece entenderlo equivocadamente el recurrente. Esta sigue siendo exclusiva del fiscal, quien debe, en ejercicio de ella, al igual que en toda resolución de acusación, concretar los hechos y ubicarlos en el derecho, con el señalamiento de las disposiciones de la ley penal que fueron infringidas, las circunstancias específicas de agravación o atenuación concurrentes, las genéricas no objetivas, y los grados y formas de participación en el hecho y deculpabilidad, a efecto que el procesado pueda conocerlos y decidir si acepta o rechaza los cargos que así le son imputados.

Esta concreción fáctico jurídica determina los límites del juzgamiento y por tanto de la sentencia, sea o no anticipada, no pudiendo el Juez, sin sacrificar la consonancia del fallo e incurrir en irregularidad susceptible de ser atacada al amparo de la causal segunda de casación, incluir nuevas conductas delictivas, o adicionar circunstancias específicas de agravación punitiva, o genéricas no objetivas, ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado o las formas de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidadde cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo.

Todos los cargos, ha dicho esta Sala, deben quedar incluidos en la resolución acusatoria, para que el procesado tenga certeza de la imputación que le es formulada y pueda enderezar su defensa en relación con ella, debiéndose circunscribir el juicio a su comprobación, degradación o desvirtuación, no siendo posible introducir modificaciones que impliquen la concreción de nuevos reparos (Cas. agosto 2/95 Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Este derrotero debe, por igual, presidir el proferimiento de la sentencia anticipada, no solo por las razones consignadas en el mencionado fallo, sino porque una decisión al margen de los cargos admitidos por el acusado tornaría ilegítima la terminación anticipada del proceso, que, como se sabe, debe fundarse en acuerdos previos, o por la concurrencia de varios sujetos procesales a la producción del acto, no en posturas unilaterales, y porque la limitación consagrada en el artículo 37B del estatuto procesal, modificado por el artículo 5° de la ley 81 de 1993, numeral 4°, le cerraría al condenado toda posibilidad de controversia, con la consecuente afectación del derecho de defensa.

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

Magistrado Ponente:Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No.53 mayo 20/97

Rad. 9485

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de enero de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó al procesado *Henry Cala Suelta* a la pena principal de 30

meses y 20 días de prisión, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 29 de octubre de 1993, en la vía que comunica las ciudades de Bucaramanga y Barrancabermeja, aproximadamente a las once (11) de la noche, tres sujetos que viajaban en un bus afiliado a la empresa Copetran, despojaron de sus pertenencias a los pasajeros, utilizando armas de fuego y cortopunzantes, y ocultando sus rostros con pasamontañas.

En las primeras horas de la mañana del día siguiente, unidades del ejército nacional, alertadas por las víctimas del insuceso, capturaron a Henry Cala Suelta y Harley Marcelino Olaya Vargas, en cuyo poder hallaron un revólver hechizo de un cartucho y elementos varios producto del delito.

La Fiscalía 30 de la Unidad Especializada con sede en la ciudad de Barrancabermeja inició la investigación por estos hechos, vinculó mediante indagatoria a Henry Cala Suelta y ordenó expedir copias de la actuación con destino a los Juzgados Promiscuos de Familia para que por separado se investigara la conducta de Olaya Vargas, quien resultó ser menor de 18 años (fls.14, 19 y 20-1).

Definida su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado, y precluida la investigación en su favor por porte ilegal de armas, el procesado Cala Suelta solicitó sentencia anticipada conforme a lo previstoen el artículo 37 del estatuto procesal (modificado por el 3° de la ley 81 de 1993), para cuyo efecto admitió los cargos por el citado delito contra el patrimonio económico,calificado por la violencia (art.350.1 C. P.) y agravado por concurrir las circunstancias señaladas en los numerales 4° (persona disfrazada), 6° (sobre vehículo automotor), 9° (de noche) y 10° (por dos o más personas) del artículo 351 ejusdem, y la establecida por razón de la cuantía en el numeral 1° del artículo 372 del mismo estatuto (fls.73 y ss.).

Remitido el proceso al Juez competente para el proferimiento de la sentencia respectiva, el Segundo Penal del Circuito de Barrancabermeja, condenó a Cala Suelta a la pena principal de 24 meses y 22 días de prisión, en calidad de coautor responsable del delito imputado en la diligencia de formulación y aceptación de cargos, pero en concurso material homogéneo sucesivo, conforme a las previsiones del artículo 26 del Código Penal. Al dosificar la pena, partió de 28 meses de prisión, los cuales aumentó en 8 meses por concurrir las circunstancias de agravación de los numerales 4° (utilizando disfraces), 9° (de noche) y 10° (por dos o más personas) del artículo 351 del Código Penal, y en 8 meses más por la cuantía

(art.372.1), para un total de 44 meses, sobre los cuales dijo aplicar un descuento de 1/3 parte por virtud de la sentencia anticipada. Por razón del concurso, el fallador dejó de aplicar el incremento respectivo, con base en que no fue objeto de imputación en la diligencia de aceptación de cargos. Paralelamente, impuso al acusado la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la aflictiva, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, y se abstuvo de proferir condena por perjuicios (fls.80 y ss).

Inconforme con esta decisión, por considerar que no le podía deducir responsabilidad al procesado por una modalidad concursal no aceptada en la diligencia de formulación de cargos, ni desechar la agravante prevista en el numeral 6° del artículo 351 del Código Penal (sobre vehículo automotor o sus partes importantes u objetos que se lleven en ellos), expresamente admitida, el Fiscal del proceso interpuso recurso de apelación. El Tribunal Superior de Bucaramanga modificó el fallo ajustando la sentencia al pliego de cargos, no por las razones anotadas por el impugnante, sino porque concluyó que se trataba de una sola conducta delictiva, y que la referida agravante del numeral 6° había sido correctamente imputada. Al dosificar nuevamente la pena, fijó un total de 46 meses de prisión, de los cuales descontó la tercera parte por sentencia anticipada, quedando en 30 meses y 20 días la privativa de la libertad. Aclaró que el a quo, al aplicar esta diminuente, hizo un descuento mayor del que matemáticamente correspondía, y dispuso condenar al procesado al pago de perjuicios (fls.3 ss del cuaderno No. 2).

Contra este pronunciamiento, interpuso recurso de casación el Procurador Judicial 54 en lo Penal.

La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar directamente la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 26 del Código Penal, que consagra el concurso de hechos punibles.

Sostiene que la infracción consiste en haberse unificado en la sentencia delitos autónomos de hurto, que poseen su propia individualidad fáctica y dañina, en un solo hecho punible, mediante el artificio mágico unificante de la acción finalista, "a donde traslada la sentencia el contenido de la culpabilidad".

Inicia el desarrollo del cargo afirmando que en nuestra legislación ya no se consagra la figura del delito continuado, que es una forma clara de concurso homogéneo de hechos punibles ficticiamente considerado por el legislador como

un solo ilícito, razón por la cual hay que estar a la figura de los concursos, conforme se establece en el citado artículo 26.

Seguidamente sienta la premisa de que el hecho punible no surge de la mera acción finalista, como lo sostiene la sentencia recurrida, puesto que a tenor del artículo 2º ejusdem, para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable. Alrededor de los conceptos de acción, de unidad de acción, finalidad, plan de autor, bien jurídico entendido como realidad social, entre otros, con los cuales trabaja el ad quem, no existe un concepto unificado. La opinión de los autores es tan contradictoria como el número de ellos. El acto, es la acción misma, y en ésta "no importa lo que hubiese pensado u organizado el autor en su plan delincuencial, lo que tiene trascendencia jurídica frente al derecho, es lo que toma cuerpo cierto en la realidad", y el llamado 'plan de autor 'o finalidad, será tema de análisis en la culpabilidad si elhecho es antijurídico, y no en la acción, como se hace en la sentencia y lo hace 'la teoría de la acción finalista', no seguida por la legislación nacional ni por la doctrina de los autores que la rechazaron en su gran mayoría.

El Código Penal Colombiano, se estructura sobre el concepto de "culpabilidad", lo que quiere decir que al autor se le reprocha y sanciona equitativamente por la cantidad y variedad del daño que tomó cuerpo cierto en la realidad material de la vida, que es de donde extrae el derecho sus valoraciones.

A continuación se refiere al concepto de *bien jurídico protegido como realidad social* para señalar que "es inentendible o entendible como algo abstracto que engloba genéricamente a toda la sociedad humana porque no pertenece a los animales, pero en su operancia o concretización en la realidad se efectiviza su vigencia en cabeza de cada uno de los titulares vivos, que son los que sienten y a los que les duele el hurto de sus bienes patrimoniales y no a la 'sociedad 'que es una abstracción jurídica" (fls.38-2).

Transcribe doctrina acerca del valor jurídico de los denominados derechos sociales y económicos, y sostiene que la protección de los derechos fundamentales en la nueva Carta Política, verbigracia el patrimonio económico, no es colectiva, como se da a entender en la sentencia, sino individual, porque el sistema político que rige es el de la propiedad privada, no el socialista o colectivo que permita hablar en sentido social. El concepto de propiedad privada "asume en el mundo moderno capitalista un valor similar al de la vida y determinante de su subsistencia, sin la cual le es imposible vivir a su titular individual, al que el derecho penal está en la obligación de proteger" (fls.41).

Finalmente alude a la estructura objetiva del tipo penal que describe el hurto, para indicar que está conformada por el apoderamiento de una cosa

mueble ajena, venciendo los controles y mecanismos de protección del propietario, "quien sufre el consiguiente empobrecimiento de los bienes fundamentales, como los de la propiedad y la vida, que corren grave peligro en estos asaltos a mano armada" (fls.42). Insiste en que las figuras del delito continuado, la unidad de designio y la unidad de acción, fueron ficciones legales, ideadas para evitar acusaciones concursales y así poder sustraer al procesado de la pena de muerte, pero que esto ha sido superado en las democracias modernas, en donde el derecho penal es más culpabilista y retribucionista, que preventivo, protector y resocializador (fls.42).

Afirma que en el asalto a un bus, a un motel, o a un edificio de apartamentos o de oficinas, la actividad o mecanismos de fuerza que los delincuentes despliegan para despojar individualmente de sus propiedades a cada una de las víctimas, "constituyen *hechos punibles* individuales y autónomos en toda la estructuración material", lo cual se evidencia en el hecho de no ser el proceso delincuencial unificado en una acción unitaria, "como cuando se lanza el anzuelo o la atarraya y caen varios peces, pues en estos operativos criminales, las actividades del apoderamiento no coinciden y exigen diferentes modalidades, unas más intensas que otras, pues corresponden a las diferentes reacciones que asuman las víctimas" (fls.43).

Agrega que la actividad delincuencial de ir enfrentando uno a uno los pasajeros, para despojarlos de los anillos, las pulseras, los relojes, las cadenas y el dinero, es una acción individualizada e independiente que se cumple y consuma cuando "se le mete la mano al bolsillo" a cada uno de los afectados, "que no tienen el bolsillo común o comunidad de bienes jurídicos protegidos por el derecho, cuando abordan una unidad de transporte colectivo, ni el crimen tiene el poder, eso si es absurdo, de hacer esa arbitraria fusión o comunidad de bienes para favorecer al delincuente con esa ficción o suposición de la realidad, inadmisible en el derecho moderno, que es la síntesis de la realidad material normativizada y no de suposiciones mentales" (fls.43).

Consecuente con sus planteamientos, pide a la corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para condenar al procesado a la pena principal de 64 meses de prisión, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado, en concurso material homogéneo de hechos punibles. Dice que de acuerdo con el artículo 67 del Código Penal, habría que partir para la dosificación de la pena de 4 años de prisión, los que deben ser aumentados en 15 meses por concurrir las circunstancias de agravación de los numerales 4°, 9° y 10° ejusdem, mas otros 15 meses por la cuantía (art.372.1 C. P.), y en 18 meses más por razón del concurso, para un total de 8 años, a los cuales se le aplicaría la rebaja de una tercera parte.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que la demanda está llamada a prosperar, por cuanto en el caso materia de estudio no se dio una unidad de acción como lo concibe el Tribunal, sino un concurso material homogéneo sucesivo de hurtos calificados y agravados.

Advierte que en vigencia del Código Penal de 1936, doctrina y jurisprudencia interpretaron las normas reguladoras del concurso y del llamado delito continuado, con el criterio de *unidad de hecho*, el cual fue reemplazado por el de *unidad de acción* al entrar en vigencia el actual estatuto, según se infiere del contenido de su artículo 26, en donde aparece consagrado el criterio diferencial "de que el *hecho* es un comportamiento humano de carácter óntico, pero desvalorado a través de los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, en tanto que *acción* se reserva para el comportamiento óntico del ser humano, sin valoración alguna". Hacia este criterio apuntan también el artículo 2º y las disposiciones del Título III, que se refieren diferencialmente a la *acción* y al *hecho punible*.

Dice que la *unidad de acción*, para que pueda ser considerada como "un objeto único de valoración jurídico penal", debe mirarse no en forma abstracta, sino frente a supuestos concretos, "en una univocidad no solo de finalidad de la intención del sujeto sino de una unitaria materialidad de la conducta, como desde antes del nuevo Código Penal de 1980 lo enseñó la jurisprudencia de la H. Corte, cuando afirmó: La sola unidad de la acción con prescindencia del fin y de la intención del agente, no es pues suficiente para sustentar la teoría del concurso (sept.2 de 1971)" –fls.101 cd. Corte–.

Para que la *unidad de fin* conduzca a una sola acción, es necesario que exista lo que se ha dado por llamar *unidad de sentido para la prohibición*, teniendo en cuenta queel tipo penal abarca una dualidad de elementos de doble carácter: *Lo concreto-objetivo* y por tanto particular; y, *lo abstracto valorativo* de carácter general.El criterio de los bienes jurídicos en sentido social no basta para señalar el alcance de la *unidad de acción*, puesto que esto pretermite el problema fundamental "de que la protección social de los bienes jurídicos pasa a través de la protección individual del derecho subjetivo que ello crea para cada uno de los integrantes de la agrupación social, que obviamente hace surgir un interés subjetivo de dicha protección general" (fls.102).

Es por esto que las generalizaciones del tipo respecto del objeto de la acción y del sujeto pasivo, se vinculan al interés jurídico protegido, en concreto a un sujeto pasivo, y cada lesión a ese interés subjetivo indicará una acción penal. Luego "no basta la unidad de lesión al bien jurídico socialmente considerado, sino que será

indispensable contar con la unidad de lesión *al interés jurídico particular* que como derecho subjetivo ha surgido de la protección genérica del derecho. De no ser así, *la unidad de acción* devendrá en una única lesión de la objetividad abstracta del bien jurídico, que por su carácter general no cumple la función de protección adecuadamente, en cuanto desatiende el interés jurídico particular" (fls.102). Esta noción, agrega, permite solucionar problemas de casuística, como el del homicida que pone una bomba en el cinematógrafo, en donde sin bien hay una sola acción óntica, una sola finalidad del autor y una sola lesión al bien jurídico socialmente considerado, será incontrovertible que hay varias lesiones al interés jurídico de la vida de cada una de las personas que fallece.

Se entiende, por tanto, que hay unidad de acción, cuando los dos elementos del hecho punible, la materialidad de lo actuado y la voluntad final del autor, muestran la coherencia propia de lo unitario e indivisible, no cuando a pesar de existir unidad de fin, se presentan pluralidad de acciones y de objetos materiales, pues cada acción separada ónticamente, o cada objeto material, "guardan íntima relación con el interés particular del sujeto pasivo, que perdura mientras la protección general al bien jurídico exista, y que por lo tanto no se agota en los estrechos límites de cada acción o de cada objeto material de ella. De manera que si el interés subjetivo surge y permanece en cada sujeto pasivo (derecho subjetivo) en tanto exista la regla general de protección que le da origen, será evidente que cada acto de lesión única a ese interés dará lugar a un hecho punible" (fls.103).

Apoyado en estas premisas concluye que en el caso de autos se presentaron varios hechos punibles, como que hubo pluralidad de lesiones y diversos intereses jurídicos (los de cada sujeto pasivo). Finalmente advierte que el *plan de autor* no hace parte del delito, pudiendo abarcar eventualmente varias conductas punibles, y que siendo más amplia que la finalidad del actor, rebasa la posibilidad de equiparar la finalidad de cada acción con un programa o designio para realizar varias ofensas a distintos intereses jurídicos, como aconteció en el caso estudiado, donde los delincuentes debían tomar frente a cada pasajero del bus "una resolución criminal de afectar el específico interés jurídico del patrimonio particular (no existe un patrimonio general) despojándolos de sus bienes" (fls.103).

Pide, pues, que se case parcialmente la sentencia impugnada para condenar al procesado como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado en concurso de hechos punibles, y se hagan los ajustes punitivos del caso.

SE CONSIDERA

En el presente caso, el recurrente plantea como causal de casación la primera, sobre la base de que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 26 del

Código penal que establece el concurso de hechos punibles, para solicitar, siendo consecuente con su planteamiento y la causal aducida, que la Corte case la sentencia impugnada y dicte fallo de sustitución por el delito por el cual se formularon los cargos, pero en concurso homogéneo sucesivo, integrado por tantos hurtos como personas fueron desposesionadas de sus bienes en la acción delictiva.

La primera observación que debe hacerse a la pretensión del demandante, es que, de aceptarse su tesis sobre el concurso, la competencia para conocer del asunto, por razón de la cuantía, estaría dada por el valor de lo arrebatado a cada pasajero del bus, no por la suma de todo lo apropiado, pues si cada acto de apoderamiento constituye un hecho punible autónomo, forzosamente cada uno tendrá su propio objeto material, y la cuantía, como factor objetivo de competencia, se establecerá por el valor del mismo.

La demostración de los hechos, tal como aparece declarada en el fallo, indica que en ninguno de los casos hasta ahora conocidos, el valor de lo apropiado llegó a superar los cincuenta salarios mínimos mensuales, circunstancia que haría radicar la competencia para conocer de los distintos ilícitos, por razón de la cuantía, en los funcionarios judiciales del orden Municipal, no del Circuito, según lo establecido en los artículos 73 (modificado por el artículo 11 de la ley 81 de 1993) y 127 del Código de Procedimiento Penal.

Siendo ello así, la Corte no podría entrar a dictar fallo de sustitución como lo pide el impugnante y como jurídicamente correspondería hacerlo, habida cuenta que la causal de casación aducida ha sido la primera, sino que tendría que decretar la nulidad del proceso a partir de la formulación del pliego de cargos, por incompetencia de los funcionarios que adelantaron la instrucción y el juzgamiento.

Tales efectos, indican que el reproche debió plantearse al amparo de la causal tercera de casación, no obstante que el error invocado es conceptualmente in iudicando, solución que habría de proponerse, se repite, por los efectos anulatorios que comportaría la prosperidad de la censura.

Cierto es que la causal primera de casación en materia penal se funda en errores de mérito o in iudicando, y la tercera en vicios de actividad o in procedendo, y que es la naturaleza del yerro, por tanto, lo que determina en cada caso la causal aducible, pero no siempre que se está en presencia de errores de juicio la causal a plantear será la primera, pues puede suceder que la prosperidad de la censura trascienda la validez de la sentencia misma, como ocurriría en el presente caso si se llegara a declarar que se presenta una modalidad concursal.

Igual acontece, para traer a colación un ejemplo, cuando se alega por el recurrente error en la denominación jurídica del hecho punible, cuya naturaleza de vicio in iudicando nadie discute, pero que debido a los efectos rescisorios que proyecta sobre la actuación procesal, debe plantearse dentro del ámbito de la causal tercera.

En estos casos, ha dicho la Corte, la demanda es de fundamentación mixta, puesto que la censura debe formularse al amparo de esta causal, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.

La situación planteada, debió ser advertida por por el actor, quien, en desarrollo del compromiso asumido de demostrar el error invocado y señalar sus consecuencias, estaba en la obligación de complementar la censura en este sentido, indicando la solución al problema, que no podía ser otra que la nulidad de la actuación a partir del acta de formulación y aceptación de cargos, por incompetencia de los funcionarios que conocieron del proceso.

Otra inconsistencia de orden técnico, no menos relevante, que de igual manera contribuye a evidenciar que el tratamiento del error achacado al fallo ha debido ser en el marco de la causal tercera, surge de la pretensión del demandante porque la Corte entre a dictar sentencia de condena por un concurso de hechos punibles, cuando él no fue deducido por el Fiscal, ni consentido por el procesado en la diligencia de formulación de cargos, puesto que al hacerlo, se terminaría profiriendo un fallo al margen de la acusación, dando lugar al surgimiento de una nueva causal de casación (la segunda), y concluyendo anticipadamente un proceso por cargos respecto de los cuales no ha mediado aceptación del procesado, siendo ésta de la esencia del procedimiento abreviado a que se dio aplicación.

Preciso es señalar que en los casos de sentencia anticipada, la función calificadora no se traslada al Juez, como parece entenderlo equivocadamente el recurrente. Esta sigue siendo exclusiva del fiscal, quien debe, en ejercicio de ella, al igual que en toda resolución de acusación, concretar los hechos y ubicarlos en el derecho, con el señalamiento de las disposiciones de la ley penal que fueron infringidas, las circunstancias específicas de agravación o atenuación concurrentes, las genéricas no objetivas, y los grados y formas de participación en el hecho y culpabilidad, a efecto que el procesado pueda conocerlos y decidir si acepta o rechaza los cargos que así le son imputados.

Esta concreción fáctico jurídica determina los límites del juzgamiento y por tanto de la sentencia, sea o no anticipada, no pudiendo el Juez, sin sacrificar la consonancia del fallo e incurrir en irregularidad susceptible de ser atacada al amparo de la causal segunda de casación, incluir nuevas conductas delictivas,

o adicionar circunstancias específicas de agravación punitiva, o genéricas no objetivas, ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado o las formas de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidadde cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo.

Todos los cargos, ha dicho esta Sala, deben quedar incluidos en la resolución acusatoria, para que el procesado tenga certeza de la imputación que le es formulada y pueda enderezar su defensa en relación con ella, debiéndose circunscribir el juicio a su comprobación, degradación o desvirtuación, no siendo posible introducir modificaciones que impliquen la concreción de nuevos reparos (Cas. agosto 2/95 Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Este derrotero debe, por igual, presidir el proferimiento de la sentencia anticipada, no solo por las razones consignadas en el mencionado fallo, sino porque una decisión al margen de los cargos admitidos por el acusado tornaría ilegítima la terminación anticipada del proceso, que, como se sabe, debe fundarse en acuerdos previos, o por la concurrencia de varios sujetos procesales a la producción del acto, no en posturas unilaterales, y porque la limitación consagrada en el artículo 37B del estatuto procesal, modificado por el artículo 5° de la ley 81 de 1993, numeral 4°, le cerraría al condenado toda posibilidad de controversia, con la consecuente afectación del derecho de defensa.

Es lo que sucedería en el presente caso si la Corte accediera a lo solicitado por el demandante, en el sentido de proferir sentencia de condena por un número plural de delitos con aplicación del incremento de pena previsto en el artículo 26 del Código Penal, desbordando los marcos de la acusación, en donde al procesado, como se dejó visto, se le imputó un solo hecho punible.

Aun cuando lo hasta aquí anotado sería suficiente para desestimar la demanda, debe la Sala precisar que las conclusiones del ad quem en torno a la existencia de un delito único, se fundamentan en criterios doctrinales que hoy día, con algunos condicionamientos y señalamientos adicionales, han venido siendo aplicados por la propia Corte para resolver, en el mismo sentido, casos en los cuales el tipo penal admite pluralidad de sujetos pasivos y la acciónde sujeto agente ha estado encaminada hacia la obtención de un fin único. En Sentencia de Casación de 3 de diciembre de 1996, con ponencia del Magistrado doctor Carlos Augusto Galvez Argote, se dijo, por ejemplo, sobre el particular:

"*Tráiase, por tanto, en casos como este, de* una acción única con pluralidad de actos ejecutivos, *que de suyo excluye la posibilidad del delito continuado,*

que por definición exige una pluralidad de conductas. Lo que sucede es que al recaer cada uno de los actos ejecutivos que la conforman en diversas personas, esto no significa que se trate de acciones independientes con relevancia jurídico penal, sino que estos son actos ejecutivos de la conducta integralmente considerada, que como única, tipifica una sola acción delictiva con pluralidad de sujetos pasivos, pues no en pocas ocasiones exige la puesta en marcha de una multiplicidad de actos dependientes de los medios utilizados, que naturalística y jurídicamente se tornan en necesarios para que la acción final defraudadora pueda consumarse.

"Y, esto porque el considerar cada inducción en error como una acción autónoma y no como un acto integrante de la acción final propuesta por el defraudador, implica desconocer que la pluralidad de medios ideados y puestos en ejecución tienen como objetivo no el de estafar a una sola persona, sino a la pluralidad anticipadamente prevista y mutar esta voluntad para anteponerle una simple causalidad material, agotada en la obtención de cada una de las cantidades de dinero integradoras de la suma total que se pretende obtener por el estafador y para lo cual ha puesto en marcha los medios que ha creído idóneos para lograrlo, es nada menos que crear por parte del juzgador su propia conducta desconociendo la que realizó el autor del delito, con la impunidad que un tal proceder generaría en la práctica cuando se trate de cuantías menores tipificables como contravenciones.

"No obstante, este reconocimiento de la voluntad como contenido de la acción no puede conducir al equívoco de desconocer la valoración normativa que implica la prohibición típica, como que ésta constituye su límite para los efectos de la unidad de acción; debiéndose tener en cuenta, igualmente, el contenido y sentido del tipo para establecer hasta dónde permite que vaya esa voluntad y a partir de qué momento se inicia otra acción originaria de una imputación concursal, esto es, deben examinarse tanto la finalidad concreta propuesta por el autor, como el tipo penal correspondiente dentro del ámbito social en el cual es aplicado.

"No se trata, así, de buscar una solución recurriendo a un híbrido conceptual temporizador de inconsistencias teóricas, sino de poner en su punto el reconocimiento del fundamento de la acción con la prohibición normativa objeto de reproche, que impone recuperar todo el contenido material del tipo llevándolo hacia la relevancia jurídico penal que centrada en el bien jurídico objeto de tutela, suministra su real sentido y alcance".

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, 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. 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 (no firmó), *Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERJUICIOS/ PERJUICIOS MORALES/ DEMANDA DE CASACION

Dijo la Sala que la autorización del juzgador para que en virtud del artículo 106 del Código Penal señale "prudencialmente" la indemnización del ofendido, se halla precisamente referida al daño moral no valorable pecuniariamente, valga decir al derivado de la aflicción, la congoja o el "pretium doloris" ocasionado con la infracción, y además de modo complementario se añadió que esos

"... perjuicios morales "puros" o "subjetivos, de que trata el artículo 106 del Código Penal no son en su cuantificación susceptibles de avalúo por peritos: así lo tienen dicho la jurisprudencia y la doctrina. Esa tasación está, pues, reservada al buen juicio del sentenciador, que en cada caso observará lo sucedido realmente para calibrar si existe o no ese dolor íntimo y el grado de su intensidad."(cfr. sentencia de noviembre 16 de 1993, M.P. Dr.Guillermo Duque Ruíz).

También y sobre la contingencia del avalúo en materia de perjuicios, como condicionante de la intervención judicial prevista en el artículo 107 del Código Penal son varios los pronunciamientos de la Sala, uno de ellos, el auto de junio 21 de 1994, con ponencia de quien también sustancia en este fallo, donde se anota que

"La ley no tiene establecidas fórmulas predeterminadas ni herméticas dentro de las cuales deba cuantificarse exactamente el monto de los perjuicios irrogados con la infracción, surgiendo tanto de los artículos 55 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 264 ibídem, como de los artículos 106 y 107 del Código Penal, que el verdadero liquidador de esas cifras es el funcionario, a quien se le entregan como criterios valorativos la consulta de "la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible", sin perjuicio de que "según la complejidad del asunto" pueda recurrir al auxilio de peritos, determinándose aún la

posibilidad de que aquellos no valorables pecuniariamente puedan fijarse en la forma establecida en los ya invocados artículos 106 y 107 del Código Penal."

Así entonces se admita, que al menos en principio le asistiría interés a la defensa para controvertir las partes del fallo que le gravan, tiene parejamente que aceptarse que en un proceso de partes y ante la controversia de un tema que le es común a todos (en este caso el resarcimiento), no pueden reconocerse privilegios a uno de los sujetos procesales, en relación con otros y ello conduce a exigirles por igual al Ministerio Público, a la parte civil, al Fiscal a la defensa o al tercero civilmente responsable la misma sujeción a los requisitos del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, como en tal sentido han sido ya reiterados los pronunciamientos de esta Sala, y atenido el actor en cada caso a los requisitos que de acuerdo con la naturaleza de cada cargo conciernan, como se ha dicho, por ejemplo en casación de julio 30 de 1996, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel:

"Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exige en la casación civil".

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.60

Rad. 9536

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Urbano de Jesús Pérez Guisao*, en contra de la sentencia de segunda instancia por medio de la cual el Tribunal Nacional le impartió confirmación al fallo emitido por un Juzgado Regional de Santafé de Bogotá que condenó al acusado a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de

prisión como infractor del artículo 2o. del Decreto 3664 de 1986, en concurso con los delitos de hurto calificado y agravado, y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la principal, y al pago en concreto en favor del ofendido de trescientos mil pesos ($300.000) por concepto de daños y perjuicios ocasionados con la infracción. La decisión deniega el subrogado de la condena de ejecución condicional, y decreta el decomiso del arma y la munición incautadas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Dan cuenta los autos que el día ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991), en momentos en que el señor Giovanni Cerón Calderón se desplazaba por la avenida sexta con carrera cuarenta y cinco de esta ciudad en una motocicleta marca Suzuki, color amarillo, distinguida con la placa numero DWF-04 de propiedad de la empresa Funata, fue interceptado por dos individuos quienes lo intimidaron con un arma de fuego, y se apoderaron de su vehículo.Cometido el hecho, los sujetos se dirigieron a una residencia ubicada en la transversal 43 número 8A-62, barrio La Francia, lugar en donde le cambiaron las placas a la motocicleta por unas falsas.

La captura de los asaltantes se logró gracias a la información suministrada por un agente del DAS quien presenció los hechos, logrando retener e identificar a Jose Albeiro Zapata cuando se desplazaba en una motocicleta Kawasaki de color rojo, quien suministró a las autoridades la identidad de sus compinches, reseñados como Wilson de Jesús González Restrepo y Urbano de Jesús Pérez Guisao.

Los imputados fueron puestos a disposición del entonces Juzgado Ciento Veintidós de Instrucción Criminal junto con los vehículos y el arma incautada, y más tarde vinculados al proceso mediante indagatoria, siendo resuelta su situación provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva respecto de José Albeiro Zapata Galeano y Urbano de Jesús Pérez por el delito de hurto calificado, y por la misma infracción en concurso con el delito de porte ilegal de armas respecto de Wilson de Jesús González Restrepo, si bien este segundo cargo también se adicionó más tarde a los dos primeros imputados.

Por referirse el porte ilegal de armas a elementos de uso privativo militar las diligencias fueron remitidas a la entonces Dirección Seccional de Orden Público, y una vez perfeccionada la instrucción, mediante providencia del 23deabril de 1992, el respectivo Juzgado de Instrucción de Orden Público dictó resolución de acusación contra los imputados como presuntos autores de las conductas ya descritas, negándoles la libertad provisional.

Contra esta determinación se interpuso el recurso de apelación, decidiendo el Tribunal Superior de Orden Público mediante providencia del 30 de junio siguiente confirmar en un todo la acusación.

Posteriormente, a petición de los procesados se realizó la audiencia especial de que trata el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, acuerdo que resultó improbado por el Juzgado Regional en decisión del 9 de noviembre.

Ejecutoriada, entonces, la resolución de acusación, y avocado el conocimiento por parte del Juzgado Regional, se continuó el trámite del juicio hasta que el 30 de noviembre de 1993 se emitió la respectiva sentencia de condena en contra de los acusados, como se ha dicho, posteriormente confirmada ante el Tribunal Nacional.

Contra esta última determinación se ha interpuesto el recurso extraordinario de casación, de cuya decisión se ocupa hoy la Sala.

LA DEMANDA

El señor defensor del procesado Urbano de Jesús Pérez Guisao invoca como causal de casación la tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, afirmando que la sentencia resultó emitida dentro de un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso y el derecho de defensa contemplados en los artículos 304 del Código de Procedimiento Penal y 29 Constitucional, transgresión que se hizo extensiva a los artículos 1o.,6o, 10,246,247,254 y 302 del Código de Procedimiento Penal.

En desarrollo de este enunciado y en capítulos aparte concreta luego la formulación de dos cargos, dentro de la siguiente presentación:

Primer cargo

Pregona el actor que si constitucionalmente toda persona debe tener un debido proceso dentro del cual se ha de investigar lo favorable y lo desfavorable, no podía menos que tenerse en cuenta el interés manifiesto del acusado por atenderla indemnización de la víctima.

En tal sentido destaca que el artículo 106 del Código Penal solo le da al juez la facultad de valorar el daño moral cuando el perito o la parte afectada o perjudicada no pueden hacerlo, significando lo anterior que primero se han de agotar las alternativas tendientes a la fijación del valor del perjuicio, antes de recurrir a su señalamiento discrecional.

Sobre el particular recuerda que cuando se llegó a un acuerdo con la Fiscalía en procura de una sentencia anticipada, los procesados convinieron en pagar cada uno la suma de $70.000,oo para totalizar entre los tres la cantidad de $210.000,oo por concepto de daños y perjuicios, los que efectivamente depositaron según obra en el expediente.

Esta indemnización fue inacogida tácitamente por el Juez Regional, al no ser aceptado el acuerdo, remitiéndose a la autorización de los artículos 106 y 107 del Código Penal y sin haber recurrido previamente al dictamen de peritos, imponiendo a cada uno de los rematados la obligación de cancelar la suma de trescientosmil pesos ($300.000,oo) por violación del derecho de propiedad del quejoso Giovanny Cerón Calderón.

Por esa desatención del proceso y del depósito que en él habían hecho los sindicados fue que la defensa recurrió el fallo de instancia, pero el Tribunal prefirió apoyar la tesis del a-quo, argumentando que el depósito realizado por los acusados perdía fuerza vinculante al no haber sido aprobado el acuerdo dentro del cual se había convenido, hallando válida la tasación verificada en la primera instancia, solo porque al proferir el fallo tenía el juez que condenar al resarcimiento en concreto, aún recurriendo a los preceptos ya indicados (artículos 106 y 107), dada la inexistencia de dictamen.

Al no atender la suma depositada ni recurrir en su defecto a un avalúo, continúa el libelista, se coartó el derecho de defensa, pues de haber cumplido con el procedimiento establecido, se hubiera favorecido a los implicados con la diminuente del artículo 374 del Código Penal.

A juicio del censor, e interpretando, dice, la jurisprudencia de esta Sala, el juzgador ha debido citar al representante legal de la firma Alimentos Funata S.A., propietaria de la motocicleta sobre la cual recayó la acción ilícita, a fin de que se evaluara el daño causado, y a falta de esa estimación se ha debido acudir al procedimiento sustitutivo del avalúo pericial. Al pretermitir tales mecanismos legales, los sindicados fueron sorprendidos por no poder consignar suma de dinero distinta de la acordada con el Fiscal Regional, ya que la tasación de una suma superior vino a constituir un acto de adivinación.

La omisión del anterior procedimiento condujo a la violación del artículo 304, numeral 3o del Código de Procedimiento Penal, porque al obviarse la prueba pericial se ignoró el derecho de defensa, dejando a los imputados en una situación de desventaja ante la exorbitante tasación que hiciera el juez regional, marchando en contravía del derecho elemental que constituye la búsqueda de mejores ventajas frente a los cargos que formula el Estado, al permitir el resarcimiento del

perjudicado, y con él la obtención de unos descuentos de pena que harían menos gravosa su situación.

Siendo uno de los fines de la investigación la determinación de los daños y perjuicios de orden material y moral causados con la infracción, debieron practicarse de oficio o a petición de parte todas las pruebas necesarias para corroborar la cuantía y naturaleza de la indemnización, cuestión omitida tanto por el instructor como por el sentenciador.

Sobre los argumentos anteriores solicita se case la sentencia, para que en su lugar sea decretada la nulidad a partir del auto de apertura del juicio a pruebas, por violación expresa del derecho de defensa y de las disposiciones de procedimiento incipientemente mencionadas, cuya ignorancia llevó a la inaplicación del artículo 374 del Código Penal y del artículo 29 Constitucional.

Segundo cargo

Reiterando la invocación de la causal tercera de casación, el demandante aduce que el Tribunal Nacional incurrió en un nuevo error in procedendo al protagonizar irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, pues mientras es deber que toda sentencia se halle legalmente motivada, para este caso ni la dictada en primera instancia ni la del Tribunal contienen una motivación respecto de la causación de los daños y perjuicios, ya que, facultado el juzgador por los artículos 106 y 107 del Código de Procedimiento Penal, no se acudió a ningún soporte probatorio, quedando por tanto el fallo del Tribunal Nacional viciado de nulidad por falta de motivación de la tasación de daños y perjuicios, con incidencia en la negación de los beneficios del artículo 374 del Código Penal.

La fijación del monto que deben pagar los procesados (cada uno la suma de $300.000.oo), por violación al derecho de propiedad del quejoso Giovanny Cerón Calderón no trae argumento alguno, siendo no solamente excesiva esa tasación, pero además errática, pues ni siquiera era esta persona la propietaria de la motocicleta sino la compañía Alimentos Funata S.A.

En consecuencia, la sentencia censurada desconoce la obligación de indicar el motivo de la cuantía a indemnizar, sin que sea permitido –sin arbitrio– condenar por suma tan elevada, yerro que se reitera cuando respalda la decisión tomada en primera instancia, que sin mas argumentos la concluye como justa, pues se encuentra respaldada en el principio de la verdad procesal.

Ni el lucro cesante, ni el daño emergente se hallan acreditados por algún medio legal, ni está probado que la empresa Alimentos Funata S.A. hubiera sufrido mengua en su imagen o prestigio.En consecuencia, no fueron ocasionados daños morales, y en tal sentido ha debido estudiarlo el sentenciador.

Con fundamento en los anteriores argumentos solicita se case la sentencia recurrida, anulando la parte relacionada con la condena al pago de perjuicios para que en su lugar sea la Corte la que emita el fallo de reemplazo como lo autoriza el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la nulidad radicaría apenas en esa decisión.

Ya para terminar y al dar sustento a la invocada transgresión del artículo 374 del Código Penal, textualmente el casacionista agrega que como "Hay la posibilidad que esta nulidad afecte también el cuántum de la pena de prisión... ha de dictarse el fallo sustituto".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el primer cargo formulado en la demanda debe ser desestimado, pero que el segundo debe acogerse en cuanto induce a una casación parcial, lo que implica anular la decisión en lo referente a la condena de perjuicios deducida en contra del procesado Urbano de Jesús Pérez Guisao para que en su lugar se dicte el fallo de reemplazo que en derecho corresponda.

En relación con la primera censura afirma que no se configura el vicio "in procedendo" planteado, pues la objeción al procedimiento consagrado en el artículo 106 del Código Penal se muestra incierta por tratarse de una norma de aplicación reservada al criterio del juzgador, quien determinará el daño moral no valorable pecuniariamente y su monto a manera de reparación, de modo que la ausencia de perito en tal caso no conduce en manera alguna al vicio atribuido.

Igual suerte corre el argumento del previo acuerdo alcanzado frente al Fiscal Regional, y que sirvió para consignar esa suma de dinero a título de indemnización solidaria, la que tenía como fin acceder a la rebaja de pena prevista en el artículo 374 del Código Penal.

Sobre este aspecto la Delegada invoca dos fallos de esta Corporación, uno con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velázquez de agosto 26 de 1982, y el otro con ponencia del Magistrado Doctor Guillermo Duque Ruiz de Noviembre 26 de 1993, en los que se reitera sobre el daño moral subjetivado la facultad exclusiva del juez para la fijación de daños y perjuicios excluyendo por expreso mandato legal la prueba pericial.

En cuanto al segundo cargo destaca diferentes contradicciones que matizan el reproche del casacionista, mas no por ello deja de reconocerle razón en cuanto advierte la concurrencia de irregularidades sustanciales generantes de nulidad conforme al artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal, ya que específicamente la condena en perjuicios carece de motivación, circunstancia que atenta contra el debido proceso.

Este vicio in procedendo redunda como jurisprudencialmente se tiene reiterado, en una nulidad, debido a que ella surge de la consagración normativa del artículo 180 del estatuto procesal, imponiéndole al fallador la necesidad de expresar las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a la determinación de absolución o de condena.

Esa ausencia absoluta de razones jurídicas en las sentencias de primera y de segunda instancia para deducir la responsabilidad civil indemnizatoria de los sindicados respecto del resarcimiento de los perjuicios morales, conlleva indefectiblemente la estructuración de la nulidad.

Los fallos se circunscriben a citar los artículos 106 y 107 del Código Penal, sin que se puedan relevar en el imperativo de la demostración de su causación, requisito previo a la estimación del monto, sin que sea suficiente la sola cita de la norma procedimental.

No hay expresión en la sentencia de los elementos probatorios que fundamentan el convencimiento, ni el hecho generador, su naturaleza e intensidad y el nexo causal para su cuantificación en favor del perjudicado.

Por otra parte, la transgresión que anuncia el censor del mandato legal contenido en el artículo 374 del C.P. –expresa el Ministerio Público–, no puede tomarse en modo alguno como cargo subsidiario del reproche que hace, por cuanto tal propósito ha debido hacerse al amparo de la causal primera y no a manera de desarrollo de nulidad.

En estas condiciones, el concepto concluye insistiendo en la procedencia de la casación parcial en lo que respecta a la condena del procesado en cuanto al pago de los presuntos perjuicios ocasionados con la infracción, por falta de motivación de la sentencia, para que en su lugar se dicte el fallo que en derecho corresponda, en consonancia con el artículo 229 de la misma normatividad.

Consideraciones de la Sala

Es importante precisar como punto de partida las diferencias que ofrece el casacionista en la formulación de los dos cargos de la demanda, porque si bien es cierto en uno y otro se apunta a la anulación del trámite cumplido, no es idéntico

el vicio que se acusa, tampoco la materia que comprende, ni aquella parte del trámite que correspondería reponer, y mucho menos las consecuencias que proyectan, lo que desde un principio anuncia la suerte del libelo.

Así, por vía de ejemplo, en el cargo primero se tiene que la inconformidad apunta al desconocimiento del principio de la investigación integral, la omisión de pruebas relacionadas con la causación del daño moral derivado del delito (versión del ofendido, dictamen de peritos), y en su defecto a la desatención de aquellas relacionadas con el acuerdo procesados-fiscal en el que los primeros ofrecieron y depositaron una suma de dinero que a juicio del censor debió tomarse supletoriamente en consideración para la morigeración de la pena impuesta, porque al señalar el monto definitivo en el fallo, se les privó de la oportunidad de consignar lo restante y de obtener por ende la rebaja proporcional de su sanción. Por ello, la nulidad apunta sus consecuencias a los ámbitos penal y civil, e implicaría la invalidación del trámite a partir del término probatorio de la causa.

En el segundo, la proyección del vicio (falta de motivación de la sentencia), se concreta en el ámbito de la indemnización de los perjuicios, porque a juicio del actor (con el aval del Ministerio Público), su tasación carece de motivación en los fallos de instancia, lo que concretaría la invalidación a esa parte concreta de la sentencia, a fin de que la Sala la sustituya por aquella que en derecho corresponda. Solo de modo marginal, sin un concepto sobre la violación del artículo 374 del Código Penal, y como una opción discrecional de la Sala, al terminar se dice que si la modificación tiene ese alcance, se haga extensiva a la pena.

Siendo lo anterior así, e ingresando al análisis individual de cada cargo, sobre el primero se deben subrayar sus deficiencias técnicas, en la medida en que a la vez se invocan contradictoriamente la omisión en la práctica de pruebas (convocación del ofendido y realización de un avalúo), que apunta a un vicio en la actividad del juez con consecuencias de invalidez sobre lo actuado, con la omisión de una evidencia favorable a los procesados (depósito de una suma de dinero por concepto de resarcimiento), que por corresponder a un falso juicio de existencia por omisión debió invocarse por separado, y bajo el amparo de la causal primera de casación, ya que su consecuencia, de resultar probado, era la de llevar a un fallo de sustitución dentro del cual se conciliara la tasación de la sanción dentro de la proporción que indica el artículo 374 del Código Penal, indebidamente inaplicado.

Pero ni aún salvando la impropiedad que acusa esta confusa forma de alegar, podría encontrar el cargo prosperidad alguna, en cuanto parte el censor de unos supuestos que muy lejos están de ser probados.

Así sucede cuando se afirma que la jurisprudencia de esta Sala impone al juzgador que al conocer la voluntad del procesado de indemnizar perjuicios, cumpla el deber de citar al ofendido y de verificar una diligencia de avalúo, a fin de habilitar el pago ofrecido y con él la reducción de pena derivativa del resarcimiento. Al no hacerlo se sorprendió a los acusados, y se les vulneró el derecho de defensa.

Con esta alegación se olvida el impugnante que su reparo lo concretó respecto de los perjuicios morales, y que sobre ellos no ha sido ese el sentido de los pronunciamientos de la Sala, porque primero en fallo de agosto 26 de 1982 (Magistrado Ponente Doctor Gustavo Gómez Velásquez), que trae a la memoria el Delegado, dijo la Sala que la autorización del juzgador para que en virtud del artículo 106 del Código Penal señale "prudencialmente" la indemnización del ofendido, se halla precisamente referida al daño moral no valorable pecuniariamente, valga decir al derivado de la aflicción, la congoja o el "pretium doloris" ocasionado con la infracción, y además de modo complementario se añadió que esos

"... perjuicios morales "puros" o "subjetivos, de que trata el artículo 106 del Código Penal no son en su cuantificación susceptibles de avalúo por peritos; así lo tienen dicho la jurisprudencia y la doctrina. Esa tasación está, pues, reservada al buen juicio del sentenciador, que en cada caso observará lo sucedido realmente para calibrar si existe o no ese dolor íntimo y el grado de su intensidad."(cfr. sentencia de noviembre 16 de 1993, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

También y sobre la contingencia del avalúo en materia de perjuicios, como condicionante de la intervención judicial prevista en el artículo 107 del Código Penal son varios los pronunciamientos de la Sala, uno de ellos, el auto de junio 21 de 1994, con ponencia de quien también sustancia en este fallo, donde se anota que

"La ley no tiene establecidas fórmulas predeterminadas ni herméticas dentro de las cuales deba cuantificarse exactamente el monto de los perjuicios irrogados con la infracción, surgiendo tanto de los artículos 55 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 264 ibídem, como de los artículos 106 y 107 del Código Penal, que el verdadero liquidador de esas cifras es el funcionario, a quien se le entregan como criterios valorativos la consulta de "la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible". sin perjuicio de que "según la complejidad del asunto" pueda recurrir al auxilio de peritos, determinándose aún la posibilidad de que aquellos no valorables pecuniariamente puedan fijarse en la forma establecida en los ya invocados artículos 106 y 107 del Código Penal".

Y a esta desvirtuación frontal de la argumentación del demandante se añade para el concreto caso debatido la inefectividad del acuerdo logrado entre los procesados y el Fiscal - folio 372 y siguientes del primer cuaderno-, al cual se atiene el libelista, porque si bien es cierto que allí se convenía una rebaja proporcional de la sanción, sobre el depósito de una suma global de doscientos diez mil pesos ($210.000.oo) a cuenta de todos los "perjuicios causados", sin distinguir materiales de morales, es evidente que al malograrse dicho consenso ante el juzgado del conocimiento –folio 382 idem–, ninguna relevancia procesal le sobrevenía, al imponer el precepto entonces aplicable (artículo 37 del Decreto 2700 de 1991) que ante el fracaso del acuerdo, "cualquier declaración hecha por el sindicado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra".

Con semejante perspectiva se hacía forzoso formalizar la voluntad de resarcir perjuicios mediante una manifestación expresa y subsiguiente, previa además a la sentencia de primera instancia, con la cual se buscase ese pronunciamiento judicial anticipado, lo que a la vista del expediente jamás tuvo ocurrencia.

Siendo ello así, ningún quebranto al debido proceso o la defensa se observa sucedido, sea en desmedro de una reducción de pena para los procesados, ora enervante para la fijación judicial de los perjuicios al interior del fallo de condena.

La situación planteada en el segundo cargo anticipa todavía más la improsperidad de lo pedido:

Nótese aquí cómo la pretensión y la argumentación apuntan con exclusividad a la invalidación de la condena al pago de perjuicios, porque a juicio del censor, a quien en ello avala el Delegado, ni en el juzgado ni en la segunda instancia llegaron a motivarse razones que le dieran sustento a ese aparte de la declaración condenatoria.

De esta manera, la escueta proposición relega la discusión al restringido ámbito de la indemnización de los perjuicios, y ello conduce, según lo preceptúa el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, a una supeditación de la demanda –cualquiera sea la parte que sobre ese aspecto lo debata–, a las causales y a la cuantía que rigen para la casación civil.

Así entonces se admita, que al menos en principio le asistiría interés a la defensa para controvertir las partes del fallo que le gravan, tiene parejamente que aceptarse que en un proceso de partes y ante la controversia de un tema que le es común a todas (en este caso el resarcimiento), no pueden reconocerse privilegios a uno de los sujetos procesales, en relación con otros y ello conduce a exigirles por igual al Ministerio Público, a la parte civil, al Fiscal a la defensa o al tercero civilmente responsable la

misma sujeción a los requisitos del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, como en tal sentido han sido ya reiterados los pronunciamientos de esta Sala, y atenido el actor en cada caso a los requisitos que de acuerdo con la naturaleza de cada cargo conciernan, como se ha dicho, por ejemplo en casación de julio 30 de 1996, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel:

"*Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exige en la casación civil*".

Como en el caso propuesto, la obligación de resarcir no sobrepasa de los trescientos mil pesos ($300.000,oo) por cada procesado, es fácil inferir la diferencia que de esa suma hay a la de $19.600.000,oo que regía a la fecha en que se profirió el fallo de segunda instancia (Decretos 522 de 1988 y 1989 de 1989 que modificó el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil), lo que distancia la posibilidad de recurrir la imposición indemnizatoria, que además ha debido serlo por las causales de casación civil y no de las penales, dada la autonomía que reconoce el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal en relación con los distintos cargos del libelo.

Ya se ha visto que el cargo analizado remató insinuando que aquí la nulidad podría cobrar incidencia en el ámbito de pena, lo que en principio inquieta sobre la trascendencia penal de la censura. Sin embargo, es evidente que dicha anotación fue marginal y nunca intentó ser fundamentada, de modo que dentro del principio de limitación que rige este recurso extraordinario (artículo 228 del C. de P.P.), ninguna posibilidad le queda a la Sala para extender su pronunciamiento a un aspecto que no llegó a ser desarrollado por el casacionista, lo que indica al tiempo con la inocuidad de esa simple insinuación, su absoluta falta de incidencia para excluir los requisitos impuestos por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda, por consiguiente, no prospera.

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

RESUELVE

No Casar el fallo impugnado por el defensor del procesado *Urbano de Jesús Pérez Guisao*.

Comuníquese y cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Edgar Lombana Trujillo, Conjuez; 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/ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS/ NULIDAD/ PERJUICIOS

La ley 40 de 1993 modificó el artículo 44 del Código Penal –que por principio de vigencia es el aplicable al caso– constituyendo nuevos límites máximos punitivos para la duración de algunas penas, pero dejó intacta la duración máxima posible de la interdicción de derechos y funciones públicas en la suma de 10 años. Los topes máximo y mínimo previstos por la ley sustancial penal constituyen los límites de la legalidad de la pena, en cuanto a su cantidad. También hace parte de este principio, en cuanto a su calidad, que no se pueda imponer sino una clase de pena prevista en la ley, y que ella sea la consecuencia jurídica prevista para la conducta realizada.

Así pues, se viola éste principio, que la Constitución prevé como derecho fundamental en su artículo 29, cuando se impone pena no prevista en la ley; cuando seimpone pena no prevista para el hecho que se imputa, y cuando se impone pena de duración mayor o menor a los límites establecidos para cada tipo de delito o para cada tipo de pena.

Sin embargo, ese error es un defecto de juicio y no un defecto de actividad. No se corrige, a través de la nulidad sino a través de la revocatoria o de la modificación delfallo puesto que entraña la aplicación de una norma de carácter sustancial que la constitución recoge como fundamental , es decir, como fundamentadora del sistema de derecho penal. Es que no todas las garantías constitucionales tienen naturaleza procesalni se protegencon el remedio de la invalidez. Las que tienen que ver con el sistema de derecho penal material se erigen como límite para el legislador en la creación del derecho, y para el juez en su aplicación. Las que regulan la estructura o la actividad judicial para poder aplicar el derecho, se corrigen al interior del proceso y la nulidad es la manera más drástica de enmendar su desconocimiento.

Ha considerado la Corte que cuando los cargos que se formulan son de índole penal uno o unos y sobre la indemnización de perjuicios otro u otros, cada uno de los puntos a cuestionar debe reunir los respectivos requisitos

de los ordenamientos penal y civil. También, que dicha exigencia no es caprichosa sino que obedece a la distinta naturaleza de las pretensiones civil y punitiva, y a la intención de salvaguardar los principios de igualdad y lealtad entre las partes e impedir la formulación de cargos penales infundados con la sola mira de que, pretextando éstos, se tenga acceso a una impugnación de la condena en perjuicios a la cual separadamente no se tendría.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Doctor *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 60

Rad. 9364

VISTOS

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Bahía Solano, el seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), condenó a *Juan Domingo Ramírez Peñaloza* a la pena principal de veintidós (22) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de los perjuicios materiales y morales provenientes de la infracción, que se estimaron en 400 y 200 gramos oro, en su orden, como responsable de los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. El Tribunal Superior de Quibdó, al conocer de la respectiva alzada, confirmó parcialmente el fallo impugnado, modificándolo en el sentido de que la condena impuesta debía ser por homicidio simple en los dos eventos, fijando la pena en quince (15) años de prisión y dejando incólumes las demás decisiones.

Inconforme con la anterior determinación, el defensor del procesado interpuso el recurso de casación. Presentada la demanda se declaró ajustada a las prescripciones de ley y, obtenido el concepto del señor Agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para que la Corte se pronuncie al respecto.

HECHOS

En el municipio de Pie de Pató y en el establecimiento de diversión de propiedad de Romuldo Mena, el doce (12) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991), departían e ingerían licor entre otros, *Juan Domingo Ramírez Peñaloza*, Efraín García Romero, Cita del Carmen Sánchez y María Nilda Mosquera. El procesado y esta

última decidieron salir a bailar, dejando aquel en la base de la mesa la linterna que portaba. Y como al poco tiempo no la observara en su sitio, airado exigió su devolución; como no la recuperó, lanzó, en actitud de reto, una botella contra el piso, acción que fué respondida de manera similar por otro contertulio. Seguidamente, *Ramírez Peñaloza*, disparó al aire, lo que hizo que Luis Emiro Palacios Mendoza, le cuestionara su acción pero aquél le disparó y lo lesionó de muerte, resultado que efectivamente, más tarde acaeció. Otro contertulio de nombre Angel Rivas Rentería, ante ésto, afanosamente trató de retirarse del lugar, pero también recibió un tiro que le ocasionó graves lesiones en su humanidad, que le dejó "deformación física que afecta el cuerpo".

SÍNTESIS PROCESAL

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, así la consigna:

"Con base en la diligencia de levantamiento del cadáver practicada por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de la ciudad de Quibdó, la declaración de Lorenzo Palacios Mendoza y el informe que rinden los detectives Hermes Chaverra Lagarejo y Luis Antonio Martínez Sánchez, el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal –ambulante– de esa misma ciudad, da inicio a la correspondiente investigación.

Una vez se indagó al procesado, se procedió a resolver su situación jurídica mediante la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Allegada al proceso prueba de diversa índole, verbi gracia, el protocolo de necropsia, el reconocimiento médico legal del lesionado Rivas Rentería, su misma declaración y las deponencias de los testigos presenciales de los hechos, se procedió a clausurar la investigación, mereciendo el proferimiento de resolución de acusación por los delitos de homicidio y lesiones personales, que al desatarse el recurso de apelación contra ella interpuesta, es modificada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal, especificándose que la condena (sic) contemplaba los delitos de homicidio agravado en la persona de Luis Emiro Palacios Mendoza y homicidio en el grado de tentativa de Angel Rivas Rentería, al igual que por el delito de porte ilegal de armas.

Iniciada la fase del juicio, en principio por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Quibdó, quien luego de decretar la nulidad de lo hasta ese momento actuado en dicha fase, remite las diligencias al Juzgado Promiscuo del Circuito de Bahía Solano (Chocó), despacho que convoca a audiencia pública, la que verificada permite que sobrevengan las sentencias de primera y segunda instancias ya referidas, siendo contra esta última que se impugna en casación".

La resolución de acusación adquirió ejecutoria en julio 30 de 1992.

LA DEMANDA

Tres cargos formula y desarrolla el actor, así:

Primer cargo: Se presenta con fundamento en la causal tercera de casación (art. 220 del C. de P.P.) y porque al confirmar la sentencia de primera instancia, en el acápite relacionado con la condena a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, se violó flagrantemente la ley sustancial, ya que los artículos 1° , 42 y 44 del Código Penal, en concordancia con el artículo 28 de la ley 40 de 1993, señalan que el máximo de la pena a imponer por este concepto es de diez (10) años de prisión. Entonces –prosigue el demandante–, al afectarse así la legalidad de la pena accesoria que se irrogó, se patentiza la violación, al debido proceso. En consecuencia, solicita de la Corte se case parcialmente la sentencia objeto de impugnación.

Segundo cargo: Con apoyo en el mismo numeral tercero del artículo 220 del C. de P.P., ("cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"), se demanda la declaratoria de ésta por violación al derecho de defensa ya que existió falta de motivación respecto de la condena por perjuicios. Se violaron así los artículos 103, 104, 105, 106, 107, 180 y 247 del C.P. y 1 y 55 del C.P.P.

En la sentencia del a-quo, que fuera confirmada sin dar las razones para ello por parte del Tribunal, todo lo que se dijo fue: "se le condenará así mismo al pago de los perjuicios materiales y morales que ocasionó con las infracciones, en cuantía de 400 y 200 gramos oro, en su orden". Esto indica que existe falta de motivación, que se presentacuando hay ausencia total en la exposición de los motivos sobre un punto de las decisiones de la sentencia. Se vulneró de esta manera el artículo 180-6 del C.P.P.

Sostiene además el demandante que según el artículo 55 ibídem, si en el desarrollo del proceso penal no se demuestra la existencia de los perjuicios, el juez deberá absolver por este concepto. Y acudir a los artículos 106 y 107 (normas que también exigen la motivación), para condenar por perjuicios sin que se haya demostrado la existencia del daño, sería acudir a la arbitrariedad y no al libre arbitrio que 'debe presidir el fallo en equidad'.

Si el Tribunal –continúa el actor– condenó a *Ramírez Peñaloza* a la indemnización de perjuicios materiales en cuantía de 400 gramos oro y de morales en 200, sin primero identificar a las personas que se hacen acreedoras a tal reparación y, en segundo lugar, sin demostrar los daños causados a persona alguna,

procede la nulidad parcial del fallo impugnado, como así se solicita, por no haberse motivado en ningún grado la aludida condena.

Tercer Cargo: Se alega una violación indirecta de la ley sustancial , por error del sentenciador de segunda instancia, al haber omitido la consideración de medios de convicción, vulnerándose los artículos 22 del C.P. y 247 del C.P.P.

Para el censor la circunstancia de que no se hubiera practicado la prueba de balística sugerida por el Fiscal Delegado ante el Tribunal de Quibdó, en orden 'a despejar el dicho del procesado en el sentido de que con un solo proyectil, pudo haber causado las mortales lesiones en sus víctimas ', hizo que en el expediente quedara gravitando la duda de si fue o no un solo proyectil el que ocasionó la muerte de Luis Emiro Palacios Mendoza y las lesiones a Angel Rubith Rivas, pese a lo cual se condenó a Juan Domingo *Ramírez Peñalosa* por tentativa de homicidio simple, cuando se ha debido hacerlo por lesiones personales, esto es, un delito que le comportaba una pena más benigna.

Esa duda por la no práctica de la señalada prueba –continúa el actor– hizo que únicamente se llegara al 'convencimiento 'o 'convicción 'acerca de la responsabilidad del procesado, lo que es una 'certeza insuficiente 'cuando lo exigido para la condena es la certeza propiamente dicha. El mero convencimiento o convicción – agrega– puede dar lugar a que la duda se resuelva en contra del reo.

Lo que se exige para condenar es certeza sobre la existencia del hecho y de la responsabilidad, carga de la prueba que corresponde al Estado. Si las pruebas solo permiten la verosimilitud, la probabilidad o credibilidad, el juez debe absolver simplemente porque no tiene certeza.

Se omitió, pues, la consideración de un medio de convicción como fue la práctica de la prueba de balística, lo que era fundamental para determinar si con un solo proyectil se causó la muerte de Luis Emiro Palacios y las lesiones de Angel Rubith Rivas, condenándosele así indebidamente por el delito de tentativa de homicidio.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Debe prosperar, en tanto el artículo 28 de la ley 40 de 1993, que modifica el artículo 44 del estatuto penal, señala que el monto máximo de pena a imponer por concepto de interdicción de derechos y funciones públicas no podrá ser superior a diez (10) años.

Segundo cargo

Hay que entender que cuanto plantea el censor en su segundo cuestionamiento, dentro de este mismo cargo, es directo complemento del primero , ya que la falta de comprobación de los perjuicios la propone para justificar que como en su criterio no se encuentran demostrados, debió el Tribunal cumplir con la motivación, pero en el sentido de que no se imponía esta condena por no estar probados.

Equivocado se encuentra el demandante pues en el proceso sí se demostraron los perjuicios derivados de la conducta delictual. Comprobado se halla que se ocasionó la muerte de una persona y si bien no se probó el número total de sus parientes, sí al menos la existencia de un hermano, por lo que bien puede deducirse la existencia de un daño para éste. Y en el delito de que fuera víctima Angel Rubith Rivas, la cuestión es más clara, pues se le determinó una incapacidaddc cuarenta (40) días y, además, que se ocupaba, para cuando el insuceso, como Concejal, por lo que los perjuicios económicos resultan más evidentes.

Sostiene la Delegada que una cosa es la verdadera ocurrencia del daño privado que sufre el ofendido, así demostrado en el decurso del proceso, y otra la obligatoriedad del juzgador de motivar la que ha de ser la cuantificación de los perjuicios ocasionados. En este último sentido sí le asiste razón al impugnante. Los juzgadores no motivaron en lo absoluto la razón fáctica y jurídica que permitía imponer el monto de los perjuicios en la suma que lo hicieron. Ni siquiera dijeron si la tal indemnización operaba para el daño causado por el delito de homicidio en Palacio Mendoza o la tentativa en Rivas Rentería. Se trata, pues, de una falta de motivación y no de una ausencia de demostración de los mismos en el decurso procesal: Se está, pues, ante un atentado contra el debido proceso que debe ser subsanado por la Corte, casando parcialmente el fallo impugnado y dictándose el que corresponda en este aspecto.

Agrega el Delegado que no tiene mayor trascendencia que no se hubiesen señalado los titulares de la acción, indemnizatoria, ya que en esos eventos la jurisprudencia ha señalado que la condena debe entenderse en favor de quienes acrediten que han sufrido perjuicio con el delito cometido.

Tercer cargo:

Si bien el censor enmarca la tacha dentro de la violación indirecta, el alcance que pretende asignarle a la 'omisión probatoria', no está dentro de las posibilidades que tal sendero de impugnación presenta. En efecto, de escogerse el error de hecho, por falso juicio de existencia, es imperioso que el censor demuestre que se omitió la consideración de una prueba legalmente aducida al proceso o que se

apreció la que ausente se encuentra del mismo. Luego, es la crítica a la apreciación probatoria lo que sirve de sustento al cargo.

No se ataca una eventual falta de investigación por la no práctica de una prueba importante, sino que se formula una crítica muy personal al proceso en la medida en que el censor cree ver en la ausencia del acopio de la prueba, la presencia de la duda. Demostración que, además, no adquiere relevancia alguna de cara al recaudo probatorio, en tanto fueron varios los elementos de convicción que llevaron acertadamente a los juzgadores a deducir la certeza acerca de la responsabilidad del procesado, por la comisión dolosa del homicidio de que fuera víctima Luis Emiro Palacios y la tentativa del mismo en cabeza de Rivas Rentería.

Los dos cargos, pues, que en sentir de la Delegada deben prosperar serían el primero y el segundo, por lo que sugiere a la Corte casar parcialmente la sentencia y decretar la nulidad parcial de la misma, en lo que se refiere a la condena a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y en lo relacionado con la condena en perjuicios, dictando el fallo que corresponda a estos puntuales aspectos.

Consideraciones de la Sala

Primer cargo:

El asunto lo reduce el censor a que se incurrió en nulidad, por violación al debido proceso, en tanto se condenó a Juan Domingo Ramírez Peñalosa a la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 15 años, equivalentes a la duración de la pena principal de prisión. El Procurador Delegado, por su lado, acepta la existencia del vicio y convalida la pretensión del impugnante.

La ley 40 de 1993 modificó el artículo 44 del Código Penal –que por principio de vigencia es el aplicable al caso– constituyendo nuevos límites máximos punitivos para la duración de algunas penas, pero dejó intacta la duración máxima posible de la interdicción de derechos y funciones públicas en la suma de 10 años. Los topes máximo y mínimo previstos por la ley sustancial penal constituyen los límites de la legalidad de la pena, en cuanto a su cantidad. También hace parte de este principio, en cuanto a su calidad, que no se pueda imponer sino una clase de pena prevista en la ley, y que ella sea la consecuencia jurídica prevista para la conducta realizada.

Así pues, se viola éste principio, que la Constitución prevé como derecho fundamental en su artículo 29, cuando se impone pena no prevista en la ley; cuando seimpone pena no prevista para el hecho que se imputa, y cuando se impone pena de duración mayor o menor a los límites establecidos para cada tipo de delito o para cada tipo de pena.

Siendo ello así,en tanto la sentencia impugnada rebasó el tope máximo de 10 años previsto para la interdicción en el art. 44 del C.P., violó el principio de legalidad, llevado al canon constitucional como una garantía fundamental del sistemajurídico colombiano.

Sin embargo, ese error es un defecto de juicio y no un defecto de actividad. No se corrige, a través de la nulidad sino a través de la revocatoria o de la modificación delfallo puesto que entraña la aplicación de una norma de carácter sustancial que la constitución recoge como fundamental , es decir, como fundamentadora del sistema de derecho penal. Es que no todas las garantías constitucionales tienen naturaleza procesalni se protegencon el remedio de la invalidez. Las que tienen que ver con el sistema de derecho penal material se erigen como límite para el legislador en la creación del derecho, y para el juez en su aplicación. Las que regulan la estructura o la actividad judicial para poder aplicar el derecho, se corrigen al interior del proceso y la nulidad es la manera más drástica de enmendar su desconocimiento.

De ahí que frente a la pretensión del demandante y al aval a ella otorgada por el Procurador Delegado, la Corte desestimará el cargo, no obstante lo cual *casará* de manera oficiosa la sentencia, reduciendo la pena de interdicción al término de 10 años. Ello de acuerdo con la parte final del artículo 228 del C.P.P. y con el 229.1 del mismo estatuto en cuanto a que la Corte, igualmente procederá a casar de oficio el fallo cuando sea ostensible que atenta contra las garantías fundamentales.

Segundo cargo:

Este tiene que ver exclusivamente con la condena en perjuicios y por tanto, como lo ha venido señalando últimamente la Sala, está sujeto a los requerimientos previstos para la Casación civil porque así lo dispone el art. 221 del C.P.P.

Esos requerimientos tienen que ver con la legitimación, con el interés por la cuantía y con las causales que lo fundamenten. En cuanto al interés, para 1994, fecha de presentación de la demanda, la cuantía estaba fijada en 27.440.000 pesos de conformidad con lo dispuesto por los artículos 366 del C.P.C. (modificado por el Dto. 2282 de 1989 apartado 182) y 2°, 3° y 4° del Dto. 522 de 1988, suma ésta en mucho superior al monto de la condena impuesta que por ser de 600 gramos oro no superaría los 10 millones de pesos. Debe recordarse, para éste efecto, que el interés por razón de la cuantía se materializa en el valor de la resolución desfavorable al recurrente.

Ha considerado la Corte que cuando los cargos que se formulan son de índole penal uno o unos y sobre la indemnización de perjuicios otro u otros, cada uno de los puntos a cuestionar debe reunir los respectivos requisitos de los ordenamientos

penal y civil. También, que dicha exigencia no es caprichosa sino que obedece a la distinta naturaleza de las pretensiones civil y punitiva, y a la intención de salvaguardar los principios de igualdad y lealtad entre las partes e impedir la formulación de cargos penales infundados con la sola mira de que, pretextando éstos, se tenga acceso a una impugnación de la condena en perjuicios a la cual separadamente no se tendría.

Careciendo el censor de interés para recurrir por razón de la cuantía, no es procedente entonces examinar el fondo de la alegación.

Tercer cargo:

Si lo que pretendía era la condena por lesiones debió haber atacado por causal 3ª., sin embargo, afirmar en el mismo cargo la errónea calificación y la violación indirecta son planteamientos contradictorios. No obstante se observa lo siguiente:

Se propone únicamente quebrar el fallo en lo que tiene que ver con la imputación por tentativa. Como se recordará, el planteamiento se hace con base en la causal primera de casación, "por haber omitido la consideración de medios de convicción ". Se trata pues de una violación indirecta de la ley sustancial, que frente a la omisión de pruebas apuntaría a la modalidad del falso juicio de existencia, esto es, por el desconocimiento de pruebas que obran en el proceso y que determinan el error de juicio sobre la norma sustancial aplicada o dejada de aplicar.

Sin embargo el desarrollo del cargo, como bien lo apunta el Ministerio Público ante la Corte, demuestra que "el alcance que pretende asignarle a la omisión probatoria que esgrime, no se encuentra contemplado dentro de las posibilidades que tal sendero de impugnación presenta". Porque lo que el censor echa de menos es la práctica de una prueba balística dirigida a determinar si la acción de disparar fué una, o hubo dos acciones , y desprender de allí, entonces, la imputación por lesiones.

Así se expresa el casacionista: "Al no haberse practicado la prueba de balística quedó gravitando sobre el proceso la duda de si fué un sólo proyectil o no el que causó la muerte de Luis Emiro Palacios Mendoza y las lesiones a Angel Rubith Rivas, pese a ello el *aquo* condenó a Juan Domingo Ramírez Peñaloza por tentativa de homicidio agravado".

En síntesis, lo que en el fondo se plantea es la existencia de una duda, razonable para el libelista, derivada de la omisión de esa prueba. Y es, como lo asevera el Procurador Delegado, "la formulación de una postura muy personal que critica el proceso en la medida que cree ver en la ausencia del acopio de la prueba, la presencia de la duda". Pero dicha demostración, agrega, no tiene mayor relevancia

porque fueron varios los elementos de convicción que llevaron a los juzgadores a deducir la comisión dolosa de ambos delitos contra la vida.

En todo ello, pues, está de acuerdo la Sala pues hacen evidente que las críticas del censor no caben dentro de los presupuestos de la vía de impugnación escogida, razón por la cual el cargo no ha de prosperar.

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

RESUELVE

1. Desestimar los cargos de la demanda.

2. *Casar* oficiosamente el fallo en cuanto a la duración de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, para señalarla en un período de 10 años.

Notifíquese y cúmplase.

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, Fabio Aristizábal Hoyos, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

En las múltiples oportunidades en que la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la casación excepcional, ha señalado la imperiosa necesidad de que elimpugnante sustente, así sea brevemente, pero con suficiente claridad, las razones por las cuales el recurso debe ser admitido, ya que no de otra manera puede ejercer la facultad discrecional que la ley le otorga, frente a los motivos que hacen de recibo el extraordinario instrumento.

Es así como ha dicho que si el recurrente invoca la violación de un derecho fundamental, debe mostrar su concreto conculcamiento en el referido proceso y la trascendencia de la violación en el proferimiento del fallo que impugna, pues no se trata de poner en evidencia cualquier clase de irregularidad sin repercusión alguna sino aquella que implique el desconocimiento de una garantía fundamental.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve 29 de mayo de mil novecientos noventa y siete.

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

Aprobado acta No. 60

Rad. 11788

Decide la Corte la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Luis Francisco Espinosa Sánchez, 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 Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la del Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito, en la cual le impuso las penas principales de veinticuatro (24) meses de arresto, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y multa en cuantía de veinte mil pesos ($ 20.000.oo), por encontrarlo responsable penalmente del delito de peculado culposo.

ANTECEDENTES

Con ocasión de la visita fiscal de auditoría interna practicada a la Oficina que la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero tiene en el barrio Santa Isabel de Bogotá, se estableció que el Gerente, señor Luis Francisco Espinosa Sánchez, quien ocupó el cargo entre los meses de enero de 1990 y enero de 1991, otorgó diez (10) aceptaciones bancarias a distintas personas naturales y jurídicas por la suma de ciento treinta y tres millones cuatrocientos veintitrés mil doscientos pesos, y cuatro (4) sobregiros por un valor total de tres millones ciento cincuenta y seis mil novecientos noventa pesos, sin que previamente se hubieran llenado la totalidad de los requisitos establecidos a esos propósitos.

Ello condujo a que al momento de hacer exigibles las obligaciones, éstas no fueran cubiertas por los deudores, con afectación del patrimonio de la entidad.

Por estos hechos, el Jefe de la Comisión de Auditoría General de la Caja presentó denuncia penal que correspondió conocer al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, el cual dispuso la apertura formal de la investigación penal (fl. 49) y vinculó a Luis Francisco Espinosa Sánchez mediante indagatoria (fl. 84). El asunto pasó a la Fiscalía 156 de la Unidad Especializada en Delitos Contra el Patrimonio Económico, quien definió la situación jurídica del procesado absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento (fls. 261); posteriormente, cerró la investigación (fl. 550) y calificó el mérito del sumario (fl. 587) con resolución acusatoria por el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado culposo.

Llegado el proceso a los Juzgados Penales del Circuito, el 45 de esa especialidad realizó la vista pública y condenó al procesado (fl. 243) a las penas principales de veintiocho meses de arresto, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía de veinte mil pesos, mediante decisión que el defensor recurrió en apelación y que el Tribunal confirmó en lo sustancial.

Contra el fallo de segundo grado, oportunamente el defensor interpuso recurso extraordinario excepcional de casación.

EL RECURSO

Por escrito que corre a folios 74 y siguientes del cuaderno del Tribunal, el defensor del procesado, apoyado en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, interpone recurso excepcional de casación discrecional con el cual "pretende que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia garantice el derecho fundamental del debido proceso que, a mi juicio, se ha violado en este asunto" según dice.

Al respecto alude que el derecho esencial cuya protección invoca se halla protegido por el artículo 29 de la Constitución Nacional y el 1o. del Código de Procedimiento Penal.

"En concreto (dice), al fallar este proceso se soslayaron ostensiblemente *(como si no existieran)* las pruebas aportadas por el procesado y que hablan en su favor, desconociéndose, así, el principio de *contradicción*, el de la *necesidad de la prueba* y –más que todo– el mandato de *'investigación integral* "(arts. 7o., 246 y 333 C. C. P)" (sic).

Finalmente anuncia que en la demanda "respectiva" sustentará sus "asertos" (fls. 74 y ss. cno. Tribunal).

Se considera

En las múltiples oportunidades en que la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la casación excepcional, ha señalado la imperiosa necesidad de que el impugnante sustente, así sea brevemente, pero con suficiente claridad, las razones por las cuales el recurso debe ser admitido, ya que no de otra manera puede ejercer la facultad discrecional que la ley le otorga, frente a los motivos que hacen de recibo el extraordinario instrumento.

Es así como ha dicho que si el recurrente invoca la violación de un derecho fundamental, debe mostrar su concreto conculcamiento en el referido proceso y la trascendencia de la violación en el proferimiento del fallo que impugna, pues no se trata de poner en evidencia cualquier clase de irregularidad sin repercusión alguna sino aquella que implique el desconocimiento de una garantía fundamental.

En el caso bajo examen, encuentra la Sala que si bien la vía de impugnación escogida por el recurrente fue la acertada, pues el máximo de pena privativa de la libertad previsto en la ley para el delito de peculado culposo impide el ejercicio de la casación ordinaria, y que el recurso fue interpuesto dentro de los quince días siguientes a la notificación del fallo de segundo grado por un sujeto procesal legitimado para interponerlo (el defensor), no se satisface el requisito de la sustentación.

En efecto, aducir como lo hace el recurrente que en el proceso "se soslayaron ostensiblemente (como si no existieran) las pruebas aportadas por el procesado y que hablan en su favor", no se corresponde con el deber de fundamentar el recurso si se tiene en cuenta que por parte alguna concreta los medios probatorios sobre los cuales se produjo el yerro que denuncia, ni cómo ese desacierto repercutió en la invocada violación de la garantía constitucional fundamental del debido proceso.

Pese a lo dicho, de todas maneras no ve la Sala cómo se pueda violar una garantía fundamental a través de la apreciación probatoria, función que indefectiblemente debe cumplir el Juez conforme a los principios que orientan la sana crítica y en cuya labor no necesariamente ha de coincidir con el criterio que al respecto tengan los sujetos procesales. Esta disparidad de opiniones, en manera alguna autoriza acudir a este recurso excepcional para revivir el debate probatorio ya superado, a menos que se pretenda desconocer que la vía extraordinaria sólo procede por los motivos expresamente previstos en la ley.

Pero es que además, el libelo contiene afirmaciones contradictorias entre sí: mientras da a entender que las pruebas que hablan en favor del procesado fueron incorporadas al expediente, sólo que no fueron valoradas en debida forma (vicio in iudicando), a renglón seguido aduce falta de investigación integral (vicio in procedendo), que supone ausencia de actividad probatoria en relación con los hechos debatidos en el juicio.

En últimas, como el recurrente condiciona la sustentación del recurso a la eventual presentación de la demanda de casación y el escrito impugnatorio sólo contiene premisas generales que omite desarrollar, lo cual impide desentrañar el alcance de la impugnación, la única alternativa viable es declarar la inadmisión del recurso ante la ausencia de fundamentación del mismo.

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 *Luis Francisco Espinosa Sánchez*.

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, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ REFORMATIO IN PEJUS

Como es bien sabido, los llamados sentidos o conceptos de la violación, o maneras como se llega a la transgresión de una norma de derecho sustancial en el ejercicio de la actividad in iudicando, son tres: falta de aplicación, aplicación indebida, e interpretación errónea. Se inaplica una norma, cuando se la excluye o ignora, debiendo ser acogida; se aplica indebidamente, cuando se la tiene en cuenta, siendo ajena al hecho juzgado; y, se malinterpreta, cuando se yerra en la determinación de su significado.

En las dos primeras especies de violación, el juzgador se equivoca en la selección del precepto que regula el caso, mientras que en la última, acierta en su escogencia pero yerra al precisar su sentido o alcance. De allí que resulte un contrasentido insalvable, en cuanto atenta contra el principio lógico de no contradicción, alegar en relación con una misma norma de derecho sustancial, aplicación indebida e interpretación errónea, pues mientras la una presupone que la disposición seleccionada es extraña al caso, la otra admite que lo gobierna.

No cabe duda que al dictarse el fallo de primer grado, la circunstancia de agravación del numeral 4º incidió en la dosificación de la pena para el delito de homicidio. Por tanto, al ser excluida por el Tribunal, se imponía hacer los ajustes punitivos pertinentes, porque si el juzgador mantiene la pena, como sucedió en el presente caso, la estará incrementando en la cantidad que por obligación debe reducir, desconociendo la proporcionalidad debida. De allí que resulte imperiosa la casación oficiosa del fallo, no por desconocimiento del principio de legalidad de la pena, como lo reclama el Ministerio Público, sino por violación del principio de prohibición de reformatio in pejus.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No. 60

Rad. 9686

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de diciembre de 1993, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados *Alvaro Antonio Gómez Orozco* y *Carlos Enrique Barrios Padilla* a la pena principal de 16 años y 5 meses de prisión, al declararlos responsables de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de julio de 1992, aproximadamente a las dos de la madrugada, en el barrio Las Acacias de esta ciudad, varias personas que se encontraban ingiriendo licor en la terraza de uno de los inmuebles del sector, persiguieron y dieron muerte de un disparo a Efrén Rodríguez Suárez, indignados porque éste y Alvaro Arión Acosta Gutiérrez acudieron a la policía a denunciar un incidente que minutos antes se había presentando con ellos. Registrada la casa donde departían los victimarios, la policía encontró dos armas de fuego, tipo revólver.

Por estos hechos, la Fiscalía vinculó mediante indagatoria a Alvaro Antonio Gómez Orozco y Carlos Enrique Barrios Padilla, contra quienes dictó medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio agravado, conforme a las circunstancias previstas en los numerales 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal (motivo abyecto o fútil e indefensión), y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.40, 47 y 80-1). Por los mismos ilícitos, proferiría luego resolución acusatoria (fls.205).

Rituada la causa, el Juzgado 26 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en armonía con el pliego de cargos, condenó a los procesados a la pena principal de 16 años y 5 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años. Al dosificar la pena privativa de la libertad, la fijó en 16 años y 2 meses para el homicidio, y 3 meses más por el delito concurrente (fls.353-1), para un total de dieciséis años y cinco meses.

Apelado este fallo, entre otros por el defensor de Alvaro Antonio Gómez Orozco, quien ahora recurre en casación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, lo confirmó en todas sus partes, adicionándolo en el sentido de ordenar el decomiso de las armas incautadas, y aclarando que la agravante del

numeral 4°, artículo 324 del Código Penal, no concurría. Uno de los Magistrados salvó parcialmente el voto, por considerar que la del numeral 7° tampoco se estructuraba (fls.3 y ss. cuaderno del Tribunal).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, dos cargos presenta el actor contra la sentencia impugnada, por violación directa de la ley sustancial.

Cargo primero

Errónea interpretación del artículo 32 4.7 del Código Penal.

Luego de hacer alusión a los hechos declarados en la sentencia, y afirmar que los acoge sin reparos, sostiene que la significación que el ad quem ha querido darle a la circunstancia de agravación por *indefensión de la víctima*, no puede admitirse, por no corresponder a su connotación jurídica.

Dice que el Tribunal aplica esta agravante con el argumento que los agresores se encontraban armados y los agredidos no, y ello colocaba a los últimos en estado de indefensión frente a los que estaban disparando, pero si se aceptara este raciocinio, la casi totalidad de los homicidios serían agravados, porque en la mayoría de los casos la víctima no tiene elementos o armas para defenderse.

Explica que esta circunstancia de agravación se puede presentar por dos vías. Cuando el sujeto coloca a la víctima en situación de inferioridad o indefensión, o cuando se aprovecha de esta situación. La inferioridad, se refiere al hecho de provocar, con fines homicidas, ciertas condiciones personales en la víctima. Imposibilitarla para que ejerza cualquier intento de salvación o defensa, o para que huya o pida auxilio. Como formas de ella, la doctrina ha señalado la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento.

La indefensión, por su parte, se refiere al estado de descuido, tranquilidad o indiferencia en que se encuentra la víctima, estado que el agente aprovecha para atacarla.

Asegura que esta situación no se presenta en el caso en estudio, puesto que ella solo puede predicarse de quien no tiene posibilidad física de defensa. Y si bien es cierto los procesados dispararon contra Efrén Rodríguez y su acompañante, no por ello hay lugar a sostener que se hallaban en estado de indefensión, "como quiera que el hoy occiso y su amigo emprendieron la huida corriendo por más de dos cuadras, tanto que Alvaro Arión Acosta logró esconderse por varios minutos

evadiendo a sus perseguidores. Si hubiese estado en situación de indefensión, también hubiere perdido la vida, y recordemos que tanto Efrén como su amigo evadían la acción de sus agresores" (fls.106 cd. Tribunal). Aquél, utilizó los medios a su alcance para evitar la agresión, esto es, correr, huir, al punto que el disparo lo recibió cuando se detuvo un instante en la creencia que había eludido a sus perseguidores.

Respalda sus argumentaciones con la transcripción del salvamento de voto del Magistrado del Tribunal disidente, y pide que se case parcialmente la sentencia impugnada para que se condene a su patrocinado por el delito de homicidio simple, a la pena principal de 10 años de prisión, teniendo en cuenta que la agravante del numeral 4° fue revocada en segunda instancia por no haber sido probado.

Cargo segundo:

Exclusión evidente de los artículos 31 de la Constitución Nacional y 17 del estatuto procesal penal.

Sostiene que el Tribunal Superior aumentó la pena por el porte de armas de tres a cinco meses, con violación de las normas sustanciales citadas, ya que si se revisa la actuación procesal, se advertirá que el fallo de primer grado solo fue apelado por los procesados y sus defensores, los cuales, para los efectos de la norma constitucional, se consideran un solo apelante.

Tal incremento lo hizo el ad quem, cuando asegura: "En cuanto tiene que ver con la pena corporal que de 16 años, 5 meses de prisión impusiera el a-quo a cada uno de los pluricitados vinculados, ninguna objeción tiene que hacer el Tribunal ya que se advierte equitativa (se fijó el mínimo de 16 años, correspondiéndole el excedente de los cinco meses al incremento por el concurso con el porte ilegal de armas)" (fls.108 cd. Tribunal).

Dice que este raciocinio del Tribunal es equivocado porque en el fallo de primera instancia no se condenó a cinco meses por el porte de armas, sino a tres, como se deduce del siguiente aparte de la sentencia: "El Despacho para imponer la sentencia condenatoria teniendo en cuenta los artículos 61 y siguientes sobre criterios para fijar la pena procede a partir de 16 años 2 meses en razón al artículo 324 ibidem, aumentando en 3 meses por el porte ilegal de armas, para un total de 16 años, cinco meses de prisión" (fls.108).

Argumenta que muy probablemente todo se haya debido a una errónea lectura del fallo de primer grado, pero igualmente entiende que en la práctica se está haciendo un incremento efectivo de la pena, sobre todo si se tiene en cuenta que

el tribunal descartó una de las circunstancia de agravación punitiva, lo cual implicaba disminución de la pena por el homicidio, ya que su pupilo no se encontraría inmerso en dos causales de agravación, sino en una.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia impugnada, para que se reduzca la pena por el porte ilegal de armas de 5 a 3 meses.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En relación con el primer cargo, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que adolece de defectos de técnica, además de no asistirle razón al demandante.

Explica que la transgresión de la ley sustancial, por interpretación errónea de una norma, presupone que el precepto aplicado al caso sea el que lo regula, recayendo por ende el yerro del juzgador en el entendimiento equivocado del mismo, "haciéndole producir efectos de los que carece o que le son contrarios", según doctrina de la Corte.

Mal puede el libelista pretender demostrar la falta de tipificación de la causal de agravación prevista en el ordinal 7° del artículo 324 del Código Penal, "a través de la vía de impugnación a que se contrae la interpretación errónea de una norma de derecho sustancial, cuando, como quedó sentado, el vicio in iudicando que a este sentido de la violación directa corresponde, recae en un error de sentido y no de selección de la disposición aplicada, teniendo, pues, como premisa, que ésta es en la que se adecua correcta y completamente el asunto sub lite" (fls.36 cd. Corte).

Si el demandante quería demostrar que el juzgador incurrió en error al subsumir la conducta del procesado en el artículo 324.7, en lugar de hacerlo en el 323 ibidem, debió plantear el motivo de la transgresión directa, pero en el sentido de la aplicación indebida de la primera disposición y falta de aplicación de la segunda. De esta manera, habría podido proveer a una correcta formulación del error.

Como esto no ocurrió, surge una contradicción insalvable entre la formulación del reparo, los argumentos que le sirven de sustrato y la solicitud final, a más que se desatiende por el actor el principio según el cual inherente a la proposición de esta vía de la violación a la ley sustancial es la aceptación de los hechos y de su adecuación típica, de la cual aparece discrepando en el desarrollo de la censura.

Se refiere luego a los argumentos esbozados por el libelista, en punto a la no concurrencia de la agravante por indefensión, para sostener que no pasan de ser

simples posturas tendientes a oponerse a las razones que tuvo el juzgador para adoptar la decisión cuestionada.

Finalmente destaca el contraste que se presenta con los argumentos esgrimidos por el fallador al deducir la referida causal de agravación, y señala que también por este aspecto el ataque desborda el ámbito de la causal primera, cuerpo primero, por lo que, en definitiva, debe desestimarse.

En cuanto hace al segundo reparo, sostiene que es evidente el lapsus calami acusado por el Tribunal, al creer que el aumento de la pena por el porte de armas fue de 5 y no de 3 meses, pero ello no tradujo un real incremento de la impuesta en primera instancia, que sería lo que podría comportar infracción a los artículos 31 de la C.N. y 17 del C. de P. P., de donde la censura por este aspecto deviene inocua.

Advierte, sin embargo, que el Tribunal, al desvirtuar la causal de agravación del numeral 4° del artículo 324 del Código Penal, no podía mantener la sanción impuesta en el fallo revisado, sin infringir el principio de legalidad de la pena, reflejo del debido proceso consagrado en los artículos 29 de la C.N. y 1° del Código de Procedimiento Penal. Por tanto, solicita a la Corte hacer uso de la facultad consagrada en el artículo 228 del C. de P. P., a fin de que se ajuste la sanción privativa de la libertad impuesta al procesado en primera instancia, a la que corresponde de acuerdo con la reforma introducida por el Tribunal.

SE CONSIDERA

Cargo primero.

Violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 324, numeral 7° del Código Penal.

Puestas en razón se encuentran las apreciaciones del representante del Ministerio Público, cuando sostiene que el reproche adolece de fallas técnicas y sustanciales en su presentación, desarrollo y conclusión, tornándolo inexaminable, en razón a que el censor estructura el cargo sobre la base de que la citada norma fue erróneamente interpretada, pero a la vez plantea aplicación indebida del mismo precepto.

Como es bien sabido, los llamados sentidos o conceptos de la violación, o maneras como se llega a la transgresión de una norma de derecho sustancial en el ejercicio de la actividad in iudicando, son tres: falta de aplicación, aplicación indebida, e interpretación errónea. Se inaplica una norma, cuando se la excluye o

ignora, debiendo ser acogida; se aplica indebidamente, cuando se la tiene en cuenta, siendo ajena al hecho juzgado; y, se malinterpreta, cuando se yerra en la determinación de su significado.

En las dos primeras especies de violación, el juzgador se equivoca en la selección del precepto que regula el caso, mientras que en la última, acierta en su escogencia pero yerra al precisar su sentido o alcance. De allí que resulte un contrasentido insalvable, en cuanto atenta contra el principio lógico de no contradicción, alegar en relación con una misma norma de derecho sustancial, aplicación indebida e interpretación errónea, pues mientras la una presupone que la disposición seleccionada es extraña al caso, la otra admite que lo gobierna.

En esta imprecisión de orden técnico incurre el impugnante en el caso sub judice, al sostener, dentro del mismo reproche, que el artículo 324.7 fue falseado en su alcance por el fallador, planteamiento que implícitamente comporta la aceptación de que su selección es correcta, y a renglón seguido, que dicho precepto no es el llamado a regular el asunto.

Si el casacionista pretendía demostrar que el fallador se equivocó en el proceso de subsunción de los hechos en el ordenamiento jurídico, porque el homicidio no es agravado sino simple, debió plantear aplicación indebida del artículo 324.7 del Código Penal y, correlativamente, falta de aplicación del 323 ejusdem, pero no interpretación errónea del primero de estos preceptos, porque, como se deja expuesto, esta proposición implica que la norma aplicada al caso por el juzgador es la correcta.

Otro desacierto técnico, no menos manifiesto, que el Procurador Delegado también advierte, se presenta en el desarrollo del reproche, dado que los argumentos fácticos aducidos por el censor, no coinciden con los expuestospor el Tribunal, generándose de esta manera un contraste entre lo alegado y lo declarado en la sentencia, que hace que el ataque desborde el ámbito de la causal primera, cuerpo primero, para ubicarse en el terreno de la violación indirecta.

Tal discordancia, se aprecia claramente si se estudia el contenido de la sentencia del Tribunal, de donde surge que no solo fue por el hecho de hallarse la víctima desarmada, sino por el conjunto de circunstancias que antecedieron y acompañaron la acción homicida, que el juzgador dedujo la agravante por indefensión, como seestablece del siguiente aparte del fallo: "por ende se confirmará la sentencia condenatoria, haciendo la salvedad de que la causal cuarta (motivo abyecto o fútil) no aparece probada, quedando sí incólume la causal séptima, merced a las condiciones de indefensión en que indudablemente se encontraba la víctima, quien sin estar armada fue inmisericordemente perseguida por quienes sí portaban revólveres, hasta darle alcance y muerte" (fls.9 del cuaderno del Tribunal).

Puesto que a la Corte, en virtud del principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario, no le es permitido entrar a enmendar las deficiencias de la demanda, ni mucho menos escoger una de entre dos o más proposiciones abiertamente contradictorias, no otra decisión cabe adoptar sino la desestimación de la censura.

Cargo segundo:

Exclusión evidente de los artículos 31 de la Carta Política y 17 del estatuto procesal penal, por desconocimiento del principio de prohibición de la reformatio in pejus.

En relación con las argumentaciones presentadas por el impugnante para afirmar la violación de estas normas, el cargo resulta infundado, pues no es cierto que el Tribunal, al resolver la apelación, haya aumentado de 3 a 5 meses la sanción por el delito concurrente. Simplemente se trató de un lapsus calami, al señalar, equivocadamente, que la pena para el delito de homicidio había sido tasada en 16 años, cuando realmente lo fue en 16 años y 2 meses, sin ninguna repercusión en la sanción definitiva señalada por el a quo, con la cual expresamente dijo estar de acuerdo. Veamos lo afirmado a este respecto por los falladores de instancia:

En la sentencia del Juzgado: "El Despacho para imponer sentencia condenatoria teniendo en cuenta los artículos 61 y siguientes sobre criterios para fijar la pena procede a partir de 16 años 2 meses en razón del artículo 324 ibidem, aumentando en 3 meses por el porte ilegal de armas, para un total de 16 años, 5 meses de prisión, que es la pena que le corresponde purgar a cada uno de los sentenciados" (fls.364-1).

En la sentencia del Tribunal: "En cuanto tiene que ver con la pena corporal que de 16 años, 5 meses de prisión impusiera el a quo a cada uno de los pluricitados vinculados, ninguna objeción tiene que hacer el Tribunal ya que se advierte equitativa (se fijó el mínimo de 16 años, correspondiendo el excedente de los 5 meses al incremento por el concurso con el porte ilegal de armas)". (fls.10 cuaderno del Tribunal).

El cargo no prospera.

Casación oficiosa:

El Procurador Delegado sugiere a la Corte casar parcialmente la sentencia impugnada, para que la pena privativa de la libertad impuesta en primera instancia

se reduzca en las proporciones que corresponda, teniendo en cuenta que el Tribunal excluyó la agravante del numeral 4° del artículo 324 del Código Penal, dando por establecida únicamente la del numeral 7° ejusdem.

No cabe duda que al dictarse el fallo de primer grado, la circunstancia de agravación del numeral 4° incidió en la dosificación de la pena para el delito de homicidio. Por tanto, al ser excluida por el Tribunal, se imponía hacer los ajustes punitivos pertinentes, porque si el juzgador mantiene la pena, como sucedió en el presente caso, la estará incrementando en la cantidad que por obligación debe reducir, desconociendo la proporcionalidad debida. De allí que resulte imperiosa la casación oficiosa del fallo, no por desconocimiento del principio de legalidad de la pena, como lo reclama el Ministerio Público, sino por violación del principio de prohibición de reformatio in pejus.

Teniendo en cuenta que la pena mínima para el homicidio agravado es de 16 años, y que el Juzgado, de acuerdo con los criterios señalados en el artículo 61 del Código Penal, la aumentó en dos (2) meses, la Colegiatura reducirá este incremento a un (1) mes, por estimar que el quantum de pena deducido en primera instancia por virtud de la agravante del numeral 4°, no superó dicho término. De esta manera, la pena privativa de la libertad se fijará en 16 años y cuatro (4) meses, que resultan de sumar 16 años y un (1) mes por razón del homicidio y tres (3) meses más por el porte ilegal de armas. Esta decisión comprenderá al procesado no recurrente (art.243 C. de P. P.).

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

RESUELVE

1) *Desestimar* la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Alvaro Antonio Gómez Orozco*.

2) *Casar Parcialmente*, de manera oficiosa, la sentencia impugnada, para condenar a los procesados *Alvaro Antonio Gómez Orozco* y *Carlos Enrique Barrios Padilla* a la pena principal de dieciséis (16) años y cuatro (4) meses de prisión. En lo demás, el fallo conserva su validez.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Hugo H. Rodríguez Cortés, Juan M. Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES

Cómo no entender que el funcionario judicial que, mediante providencia manifiestamente contraria a la ley, disponga la reapertura de la investigación, existiendo prueba para acusar y, al mismo tiempo, conceda la libertad provisional sin concurrir causal legal que así lo permita, respecto de hechos ilícitos relacionados con la Ley 30 de 1986, no está ejecutando actos tendientes a la impunidad de uno de sus autores.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado acta Nº 60 (mayo 29/97)

Rad. 12684

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación que el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional interpuso contra la providencia del 28 de octubre de 1996, por medio de la cual la Sala de Decisión Penal de esa Corporación declaró la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la resolución de acusación.

HECHOS

El Tribunal Nacional los sintetizó así:

"Hallándose el doctor Maldonado Mestre en ejercicio del cargo de Juez de Instrucción de Orden Público de Medellín, el 23 de diciembre de 1991 produjo la providencia mediante la cual profirió resolución de acusación contra Hamed Nasmir Colmenares Fierro, y ordenó la reapertura de la investigación respecto de los procesados Nelson Marín Castaño, Jairo Alberto Estrada Restrepo, José

Castaño Trujillo, Jesús Evelio Rojas Alvarez y Francisco Luis Jaramillo Vega, ordenando la libertad del último de los nombrados con base en lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 349 del C. de P.P.

"Recurrida en apelación la segunda determinación, es decir, la relacionada con la reapertura de la investigación y la libertad de Jaramillo Vega, una de las Salas de Decisión del Tribunal Nacional la revocó, ordenando la expedición de copias para que se investigara la actuación del funcionario, averiguación que condujo a la decisión que hoy ocupa nuestra atención.

"Conviene hacer un recuento de los motivos que condujeron al procesamiento de las personas que resultaron favorecidas con el acto del juez por el cual se dispuso la expedición de las copias.

"En el municipio de Amalfi (Ant.) se tuvo la noticia que en el aeropuerto allí instalado, aterrizaban avionetas en las cuales se transportaban drogas prohibidas, pero como los traficantes contaban con la colaboración de algunas autoridades de Policía, los casos no trascendían, por lo cual se pidió la intervención del Ejército, cuyas unidades montaron una vigilancia sobre el aeropuerto. El 26 de octubre de 1990, los militares vieron que al lugar vigilado llegaron dos camperos de color rojo, que comenzaron a dar vueltas. Y, aproximadamente a las 2:00 de la tarde, aterrizó una avioneta, de la cual se bajaron unas cajas que se introdujeron en los dos automotores mencionados. Por la distancia, calcularon los militares que no podrían llegar hasta el sitio donde estaba la aeronave, por lo cual optaron por interceptarlos en la carretera que conduce al sector urbano. Efectivamente, al inspeccionarse los dos vehículos en ellos se hallaron seis cajas con base de cocaína con un peso neto total de 174.5 kilos y cinco millones de pesos, por lo que decidieron capturar a los ocupantes, cinco hombres, o sea los mismos vinculados al proceso, excepto Jesús Evelio Rojas, quien fue aprehendido después".

ACTUACIÓN PROCESAL.

Después de la indagación preliminar, el Tribunal Superior de Orden Público, mediante auto del 8 de junio de 1992, declaró abierta la investigación, disponiendo vincular a la misma al Dr. Arnaldo Antonio Maldonado Mestre.

Escuchado en indagatoria, la situación jurídica le fue resuelta por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, que ya conocía de la actuación, el día 5 de enero de 1994, con medida de aseguramiento de detención domiciliaria, como posible autor del delito tipificado en el artículo 149 del Código Penal (prevaricato por acción), decisión que fue confirmada por un Fiscal Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, en providencia que lleva fecha del 25 de mayo siguiente.

Cerrada la instrucción, el mérito del sumario fue calificado el 8 de marzo de 1995, con resolución de acusación en contra del procesado, por el delito citado en precedencia.

El expediente pasó al Tribunal Nacional, que luego de dar cumplimiento a lo normado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, celebró la audiencia de juzgamiento y al cabo de ella se abstuvo de dictar sentencia, mediante interlocutorio del 28 de octubre de 1996, por cuanto se estimó que la calificación dada a los hechos en la resolución de acusación fue errada. Sus argumentos son los siguientes:

1. Que la conducta imputada al doctor Maldonado Mestre se adecua al punible contemplado en el artículo 39 de la ley 30 de 1986 y no en el artículo 149 del Código Penal, tal como erradamente lo adujo la Fiscalía.

2. Que como quiera que el procesado en su condición de juez de orden público, "al tomar las determinaciones citadas se apartó de la realidad que arrojaba el informativo, dando un valor acomodado a las pruebas y desconociendo los mandamientos legales relacionados con la libertad, favoreciendo de tal manera a las personas inculpadas que no cabe consideración diferente a la procuración de la impunidad del delito".

3. En consecuencia, para enmendar el mencionado yerro declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación.

La impugnación

Inconforme con la anterior decisión, la Fiscal Delegada ante el Tribunal Nacional interpuso el recurso de apelación, ya que considera que no existe errónea calificación de los hechos en la resolución de acusación.

Estima que cuando el procesado calificó el sumario adelantado en contra de Jaramillo Vega, "por infracción al artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, se apartó de las pruebas que nutrían la pesquisa y de la normatividad vigente para la época de los hechos, estos es, se colocó de espaldas a la realidad procesal y de manera arbitraria y deliberada valoró las probanzas acomodándolas en favor de Jaramillo, contra quien existían suficientes indicios que comprometían su responsabilidad y por lo mismo obligaban afectarlo con resolución de acusación".

Sostiene que la conducta ilícita del procesado se adecua a lo plasmado en el artículo 149 del C.P., por cuanto que el bien jurídico que se afectó no fue la

salubridad sino la Administración de Justicia y que, de igual manera, cuando se expidió la Ley 30 de 1986 el titular de la acción penal era el juez tanto en la etapa del sumario como en la del juicio, por lo que el artículo 39 de la citada ley refiere el término juzgar, "con lo que evidentemente no se trata de sancionar el comportamiento de quien a través de un proceso adopta una determinación manifiestamente ilegal, sino del encargado de las diligencias que no hace nada por determinar a los responsables del hecho o facilita que éste quede impune o que oculte, altere o sustraiga los elementos o sustancias decomisadas".

Como sustento de sus afirmaciones, cita la sentencia del 21 de febrero de 1996 dictada por esta Corporación, decisión que a su juicio es aplicable a este caso, por lo que solicita la revocatoria de la providencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Encuentra la Corte que no le asiste la razón a la impugnante, toda vez que revisado el caudal probatorio allegado al proceso, se concluye que el delito de prevaricato por acción de que trata el artículo 149 del Código Penal imputado en la resolución de acusación en contra del ex Juez de Orden Público, doctor Arnaldo Maldonado Mestre, contiene una errónea adecuación típica.

En efecto, en este momento procesal se evidencia que la conducta presuntamente cometida por el funcionario judicial sindicado se refiere a hechos relacionados con la violación a la Ley 30 de 1986, lo que, como acertadamente concluyó el Tribunal Nacional, imponía una calificación del sumario atinente con el tipo especial que abstractamente contempla y sanciona el artículo 39 ibidem.

Si bien es cierto que la recurrente estima que "el Juez de Orden público no realizó actos tendientes a procurar la impunidad del incriminado en el sumario de su competencia", también lo es que no ofrece a la Corte las razones lógicas y jurídicas de su conclusión, es decir, no explica cómo la conducta prevaricadora imputada al procesado no estuvo dirigida a esos efectos sino a otros muy distintos que conllevan a la tipificación hecha en la resolución calificatoria.

Así, entonces, cómo no entender que el funcionario judicial que, mediante providencia manifiestamente contraria a la ley, disponga la reapertura de la investigación, existiendo prueba para acusar y, al mismo tiempo, conceda la libertad provisional sin concurrir causal legal que así lo permita, respecto de hechos ilícitos relacionados con la Ley 30 de 1986, no está ejecutando actos tendientes a la impunidad de uno de sus autores.

En fin, valorados conjuntamente los actuales elementos de juicio, permiten inferir que el comportamiento del ex Juez procesado, además de ser contrario a la ley, se inclinó a procurar la impunidad de los hechos que por competencia le habían correspondido conocer.

De otra parte, vale la pena aclarar que no sólo atentan contra la salubridad pública y demás bienes jurídicos tutelados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes (como la seguridad pública, la moral social y el orden económico), los narcotraficantes, sino quienes realizan las demás conductas allí tipificadas, como los que procuran la impunidad de los responsables, facilitan su evasión, etc.

También dice la recurrente que dentro del mencionado artículo 39 no queda incluida la conducta de quien adopta una determinación ilegal.

Al respecto debe señalársele que el entendimiento que le da a la multicitada norma no sólo se aparta de la finalidad buscada por el legislador, como fue la de sancionar comportamientos relacionados con el favorecimiento o protección del narcotráfico, sino de su propia letra que claramente incluye no únicamente al servidor público encargado de "las diligencias que no hace nada por determinar a los responsables del hecho" –como lo dice la impugnante– sino también a quienes deben adoptar decisiones. En efecto, la disposición habla de investigar, juzgar y custodiar a las personas comprometidas en los hechos punibles de que trata ese estatuto, y no se entiende cómo podrían cumplirse tales funciones, particularmente las 2 primeras, sin la facultadde tomar decisiones. Además, no puede caber duda de que una de las maneras de dejar impune el reato, es precisamente a través del proferimiento de determinaciones ilegales.

Debe decírsele a la recurrente, finalmente, que la jurisprudencia en que se apoya contiene soportes fácticos disímiles a los que son objeto de consideración en este caso.

Por último, considera la Sala oportuno reiterar lo que sobre el tema ha dicho la jurisprudencia:

"La Corte considera, sin embargo, que no es del caso resolver el problema a través de las normas propias del concurso aparente de tipos penales, o de principios como el de favorabilidad que es propio de eventos relativos al tránsito de legislación, sino que se trata de un conflicto aparente de leyes que encuentra su solución en la especialidad de una norma respecto de otra u otras.

"En efecto los evidentes desarreglos sociales que se originan a partir del narcotráfico, que van desde el inusitado poderío de las mafias, pasando por la aparición de fenómenos delictivos de especial crueldad y nocividad social, hasta los desajustes del mercado y de laspolíticas macroeconómicas del Estado, hicieron necesario que el Estado creara frente a tan especiales formas delincuenciales, tipos penales también especiales que permitieran un adecuado enfrentamiento de problema de tan superlativas proporciones.

"Así, aparecen tipos penales de contenido especial, que aun inspirados en conductas ya descritas en el Código Penal incluyen ingredientes que los relacionan con el favorecimiento, la preparación, la protección del narcotráfico, o con la obtención de beneficios de tal actividad delictiva, concretándolos de tal manera que los convierte en tipos penales autónomos y por lo tanto perfectamente diferenciables de los ordinarios". (Providencia del 22 de mayo de 1996, radicación 10684, M.P. Dr. Carlos E. Mejía E.)

De lo anterior se concluye que el Tribunal Nacional no podía dictar sentencia por el reato tipificado en el artículo 149 del C. P., y que fue acertada su decisión de invalidar lo actuado a partir de la resolución de acusación, para que se subsane el yerro cometido en la adecuación típica del hecho imputado.

En fin, por estar ajustada a derecho la providencia impugnada será confirmada en su integridad por la Corte.

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

RESUELVE

Confirmar la providencia del 28 de octubre de 1996, por medio de la cual el Tribunal Nacional decretó la nulidad del proceso a partir, inclusive, de la resolución de acusación, en la actuación adelantada contra el procesado *Arnaldo Maldonado Mestre*.

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 INTEGRACION

No es posible invocar el principio de integración respecto del trámite propio de la acción de revisión, toda vez que este postulado opera sólo en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el Código de Procedimiento Penal y siempre y cuando no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

Es claro que el instituto de la acción de revisión que establece el Código de Procedimiento Penal contempla todos los pasos necesarios para su trámite, no haciéndose necesario acudir a otras normas ajenas para dicho objetivo. Si la ley procedimental penal no contempló la corrección de la correspondiente demanda es porque así lo quiso el legislador, razón por la cual no resulta procedente traer esa posibilidad de la ley civil.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge E. Córdoba Poveda*

Rad. 12251

Aprobado Acta Nº 62

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de reposición interpuesto contra la providencia del 17 de marzo del año en curso, por medio de la cual se inadmitió la demanda de revisión.

ANTECEDENTES

1. La Sala de Casación Penal, mediante auto del pasado 17 de marzo, inadmitió la demanda mediante la cual el procesado Juan Emilio Ramos Palencia, actuando

en nombre propio, pretendió ejercer la acción de revisión contra la sentencia condenatoria proferida en su contra como autor de los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal.

Las razón que motivó la mencionada inadmisión fue que el accionante se apartó de la causal invocada para, a manera de alegato de instancia, solicitar el reconocimiento del derecho de la favorabilidad.

2. Inconforme con la anterior decisión el accionante interpone el recurso de reposición, cuyos argumentos se pueden sintetizar así:

a) Solicita, basado en el principio de integración, la aplicación de los artículos 21 del Código de Procedimiento Penal y 85 del de Procedimiento Civil.

b) Luego de reseñar que la inadmisión de la demanda no hace tránsito a cosa juzgada, dice que la Sala no puede hacer pronunciamiento propio de la sentencia, por cuanto que existe un período probatorio y un trámite que cumplir.

c) Concluye aseverando:

"Son estas afirmaciones anticipadas, sin debido proceso, que son parte de los considerandos y resoluciones de una sentencia, las que sitúa la siquis del suscrito en el terreno de la falta de fe en la imparcialidad., que me llevan a sugerir a la Honorable Sala, respetuosamente, las causales de impedimento previstas en los numerales 4 y 5, art. 103 del C. de P.P., que son de ocurrencia frecuente en el caso especial que nos ocupa".

Por lo anterior solicita la revocación de la providencia impugnada y la aceptación de la demanda corregida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Sala observa que la inconformidad del recurrente radica en que en la misma providencia en que se inadmitió la demanda, se dijo, entre otras cosas, que la pretendida favorabilidad invocada fue tratada dentro de la sentencia de casación, concluyéndose en esa oportunidad que la acción penal no estaba prescrita.

Como puede observarse, las motivaciones que exhibe el recurrente no están dirigidas a demostrar errores en la providencia atacada, pues a lo largo de la sustentación del recurso denuncia un prejuzgamiento de la Sala, por cuanto, desde su personal óptica, se falló la acción de revisión sin el debido trámite legal.

Tanto es así que, luego de solicitar la aplicación de los artículos 21 del Código de Procedimiento Penal y 85 del de Procedimiento Civil, increpa a la Corte el haber descalificado "los supuestos de una sentencia favorable en un simple auto inicial del proceso", para a renglón seguido afirmar la falta de imparcialidad y "sugerir" a la Corporación que incurre en los numerales 4° y 5° de las causales de impedimento consagradas en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, "que son de ocurrencia en el caso especial que nos ocupa".

Frente a tales planteamientos la Sala debe decir:

No es posible invocar el principio de integración respecto del trámite propio de la acción de revisión, toda vez que este postulado opera sólo en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el Código de Procedimiento Penal y siempre y cuando no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

Es claro que el instituto de la acción de revisión que establece el Código de Procedimiento Penal contempla todos los pasos necesarios para su trámite, no haciéndose necesario acudir a otras normas ajenas para dicho objetivo. Si la ley procedimental penal no contempló la corrección de la correspondiente demanda es porque así lo quiso el legislador, razón por la cual no resulta procedente traer esa posibilidad de la ley civil.

Por lo tanto, es improcedente pretender darle a la demanda corregida el trámite del libelo inicial, como si se tratara de una civil, pues, como ya se indicó, tal eventualidad no la contempla el Código de Procedimiento Penal.

De otra parte, si el recurrente estimaba que los magistrados que han conocido de este trámite estaban impedidos, debió acudir a lo expresado en el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, pues la figura de "sugerir" al funcionario que se declare impedido, no existe en la ley, sino que es deber del sujeto procesal exhibirle los motivos que tiene para considerar que se configura alguna de las causales previstas y asumir la responsabilidad que ello conlleva.

Así las cosas, no se repondrá la providencia recurrida.

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

RESUELVE

No reponer la providencia del 17 de marzo del año en curso, por medio de la cual se inadmitió la demanda de revisión, presentada por Juan Emilio Ramos Palencia.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, William Monroy Victoria, Conjuez; José Ignacio Talero Lozada, Conjuez; Fabio Aristizábal Hoyos. Conjuez; Bernardo Gaitán Mahecha, Conjuez; Edgar Lombana Trujillo, Conjuez; Luis Bernardo Alzate Gómez, Conjuez; Alvaro Correal Reyes, Conjuez; Patricia Salazar Cuéllar, Conjuez.

REHABILITACION

En providencia del 24 de febrero de 1994. Magistrado Ponente Dídimo Páez Velandia, que cita el peticionario, la Corte precisó que "el legislador al señalar los mecanismos de procedimiento para la efectividad del derecho, con buen criterio, estableció dos clases de rehabilitación: la que opera "ipso jure", porque se ha cumplido o se ha extinguido, siendo suficiente para su logro lo dispuesto en el artículo 71 del código electoral (decreto 22 41 de 1986) y la rehabilitación propiamente dicha, que presupone obviamente la vigencia de la pena y la decisión judicial correspondiente (artículos 92 del código penal y 526 del código de procedimiento penal)". Es claro, entonces, que la rehabilitación que consagra el artículo 92 del estatuto penal sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la pena impuesta, de manera que por esa razón está consagrada dentro de las causales de extinción de la pena, y sometida a los condicionamientos fijados por la norma en cita. Cuando el tiempo fijado como sanción se ha cumplido, opera la rehabilitación "ipso jure" que prevé el artículo 71 del Código electoral, sin que para ello sea necesario la intervención de la autoridad judicial, pues basta que el interesado formule la solicitud pertinente acompañada de los respectivos documentos ante el Registrador Municipal de su domicilio.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Rad. 4083

Aprobado Acta No. 62

VISTOS

La Corte decide la solicitud de rehabilitación de derechos y funciones públicas elevada por el condenado Eduardo Ignacio Lucero Acosta.

ANTECEDENTES

1. Mediante sentencia de fecha septiembre ocho de mil novecientos noventa y tres, esta Corporación condenó al ex Magistrado Eduardo Ignacio Lucero Acosta a las penas principales de dieciocho (18) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautor responsable del delito de prevaricato por acción.

2. Al sentenciado se le concedió la condena de ejecución condicional, por un período de prueba de dos años, pero se exigió el cumplimiento de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

3. Mediante providencia del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y seis se declaró extinguida la condena impuesta al doctor Lucero Acosta, de conformidad con el artículo 71 del Código penal.

4. El condenado solicita que se le conceda la rehabilitación de los derechos y funciones públicas, por cuanto estima que en el caso concreto se cumplen los presupuestos que exige el artículo 92 del estatuto penal, toda vez que han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que cobró ejecutoria la sentencia. Resalta que no solicita la rehabilitación que opera ipso jure, sino la declaratoria judicial de rehabilitación de sus derechos y funciones públicas, los cuales fueron suspendidos mediante sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En providencia del 24 de febrero de 1994, Magistrado Ponente Dídimo Páez Velandia, que cita el peticionario, la Corte precisó que "el legislador al señalar los mecanismos de procedimiento para la efectividad del derecho, con buen criterio, estableció dos clases de rehabilitación: la que opera "ipso jure", porque se ha cumplido o se ha extinguido, siendo suficiente para su logro lo dispuesto en el artículo 71 del código electoral (decreto 22 41 de 1986) y la rehabilitación propiamente dicha, que presupone obviamente la vigencia de la pena y la decisión judicial correspondiente (artículos 92 del código penal y 526 del código de procedimiento penal)".

Es claro, entonces, que la rehabilitación que consagra el artículo 92 del estatuto penal sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la pena impuesta, de manera que por esa razón está consagrada dentro de las causales de extinción de la pena, y sometida a los condicionamientos fijados por la norma en cita. Cuando el tiempo fijado como sanción se ha cumplido, opera la rehabilitación "ipso jure" que prevé el artículo 71 del Código electoral, sin que para ello sea necesario la

intervención de la autoridad judicial, pues basta que el interesado formule la solicitud pertinente acompañada de los respectivos documentos ante el Registrador Municipal de su domicilio.

La Sala estima que en el caso particular del doctor Lucero Acosta, y de los demás condenados en este proceso, ya transcurrió el término de la sanción impuesta, toda vez que dada la condena de ejecución condicional otorgada para la privación de la libertad, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas de dieciocho (18) meses empezó a descontarse a partir del dieciséis de febrero de 1994, fecha en que cobró ejecutoria la sentencia condenatoria, y terminó el dieciséis de agosto de 1995, operando la rehabilitación por ministerio de la ley a partir del diecisiete de agosto de dicho año.

En consecuencia, no se accederá a la solicitud de rehabilitación judicial que eleva el doctor Lucero Acosta, pero se ordenará dar cumplimiento al inciso final del artículo 55 del Código Penal.

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

RESUELVE

No acceder a la solicitud de rehabilitación impetrada por el condenado Eduardo Ignacio Lucero Acosta.

Informar a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación sobre el cumplimiento de la pena de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al doctor Lucero Acosta.

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.

FUERO/ JUEZ REGIONAL

Con la expedición del Decreto 2790 de 1990, denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, se suprimieron a partir del 16 de enero de 1991 los juzgados especializados, e integrados a los juzgados de instrucción y de conocimiento de orden público, designados en adelante por el Tribunal de Orden Público con competencia en todo el territorio nacional.

A su turno, el artículo 5o. del citado Decreto, modificado por el lo. del Decreto 99 del 14 de enero de 1991, asignó como nueva función del entonces ya creado Tribunal de Orden Público la de conocer de las actuaciones que se inicien o adelanten por delitos imputados a los Jueces de Orden Público, categoría que, como queda visto, no se podía ya extender a unos despachos que como los especializados habían perdido su naturaleza y función, al transformarse en otra clase de unidades, ahora competentes (artículo 9o. del mismo decreto modificado por el lo. del Decreto 99 de 1991) para el conocimiento del delito previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1.986 y sus conexos, normatividad que fue la acogida como legislación permanente por el artículo cuarto del Decreto 2271 de 1991, vigente desde el 4 de octubre de ese año.

De este breve recuento se desprende que siendo de la competencia inicial de los Tribunales Superiores de Distrito el juzgamiento de los jueces especializados de conformidad con los ya invocados artículos 33 y 69 de los Decretos 409 de 1971 y 50 de 1987, por su asimilación legal con los jueces del circuito, dicha situación no se modificó para ocasionar una pérdida del fuero que invariablemente ha amparado dentro del tránsito de normas a los jueces, independientemente de sus especialidades o jerarquías, pero además, que en ningún momento la competencia para el juzgamiento de los jueces especializados estuvo a cargo del Tribunal de Orden Público, ahora Tribunal Nacional, pues cuando a aquel se le comenzó a otorgar el conocimiento de la primera instancia para el juzgamiento de jueces, ya se indicaba que se trataba de los de instrucción y conocimiento de orden público, que fueron precisamente quienes con diferentes especialidades y

ya sin dependencia funcional ni jerárquica frente a los Tribunales de Distrito, asumieron las funciones dejadas por los jueces especializados.

Dentro de este mismo orden secuencial la competencia de los Tribunales Superiores para Juzgar a los jueces de su respectivo distrito se conserva hasta hoy en el artículo 70 del Código de Procedimiento Penal vigente, mientras que el conocimiento de los delitos cometidos por los jueces regionales se sigue reservando al Tribunal Nacional, lo que mantiene una armónica coherencia tanto foral como funcional pese a la proliferación y disparidad de normas que sobre los diversos rangos de justicia especializada se han intentado dentro de la últimas décadas.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: *Dr. Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.62

Rad. 12806

VISTOS

Conoce la Sala de la apelación interpuesta por el señor defensor del encausado doctor Darío Valencia Moreno en contra de la providencia por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali le niega la nulidad planteada dentro de la causa que adelanta contra el ex-juez especializado, por una eventual infracción al artículo 39 de la Ley 30 de 1986.

ANTECEDENTES

1. Al conocer de un proceso seguido en contra de Javier Motato González y otros por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y por considerar irregular la actuación surtida en él por el doctor Darío Valencia como Juez 5°. Especializado de Cali, el entonces Tribunal de Orden Público dispuso la expedición de copias con el fin de que se investigara penalmente al funcionario.

Recibidos los duplicados en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, procedió a decretar la práctica de diligencias preliminares mediante auto del veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa y dos (1.992), pasando el tres (3) de agosto siguiente la actuación a la Unidad de Fiscalías ante esa Corporación, luego de entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal.

La Fiscalía Delegada dio apertura a la instrucción, indagó al imputado y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva bajo la precalificación de los hechos como constitutivos de los delitos de prevaricato por acción y omisión, cargos que más tarde reiteraría en la resolución de acusación del tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y tres (1.993).

Acogiendo la ya indicada calificación jurídica, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali impartió condena en contra del doctor Valencia Moreno, mas, con motivo de la impugnación intentada en contra de esa providencia, el trámite resultó invalidado por esta Sala de la Corte mediante auto del siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1.996) luego de hallar errada la adecuación jurídica de la conducta, disponiendo como consecuencia la reposición de la actuación a partir del cierre de la instrucción.

2- De regreso el trámite a la Fiscalía ante el Tribunal, allí se le impartió la nueva calificación de fondo convocando ahora en juicio criminal al doctor Valencia Moreno por el ilícito contenido en el artículo 39 de la Ley 30 de 1.986, decisión que una vez apelada y confirmada por el superior, puso de regreso el expediente ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Impulsada la causa conforme a derecho, dentro del término del traslado previsto en el canon 466 del Código de Procedimiento Penal el señor defensor del enjuiciado propuso la nulidad de lo actuado, invocando como vicios de actividad los siguientes:

2-1. Falta de competencia del Funcionario Judicial.

Con este objeto e interpretando sistemáticamente los artículos 69, 70 y 71 del Código de Procedimiento Penal, plantea que la competencia para juzgar a los Jueces Especializados recae en el Tribunal Nacional y la instrucción en la Fiscalía que actúa ante él.

En consecuencia, al ser calificado el proceso por la Unidad de Fiscalías delegadas ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se vulneró el principio del Juez Natural, y de paso el debido proceso, incurriendo en la causal prevista en el numeral 1o. del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, vicio que impone la nulidad de lo actuado.

2-2. Violación del debido proceso.

Al haber sido decretada por la Sala de Casación Penal de la Corte la nulidad de la actuación a partir del auto calificatorio, sin incluir el cierre de investigación, se

le negó al doctor Dario Valencia la oportunidad de acogerse a la terminación anticipada del proceso regulada por los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal, desconociéndose los principios superiores de igualdad y favorabilidad.

Advierte que contra este argumento no se puede argüir la preclusión del término para hacer uso de tal prerrogativa, ya que antes de la invalidez lo que se le atribuía al doctor Valencia Moreno era un delito de prevaricato sancionado con menor severidad que el imputado en la segunda calificación.

2-3. Desconocimiento del principio de favorabilidad.

Se ha contrariado la expresa referencia que de este principio hace el parágrafo del numeral 13 del artículo 9o. en el Decreto 2790 de 1990 modificado por el artículo 3o. del decreto 1676 de 1991, pues la resolución de acusación prefirió el delito descrito en el canon 39 de la ley 30 de 1986, sancionado con mayor drasticidad que el prevaricato.

La Providencia Recurrida

Mediante decisión del nueve 9 de diciembre de 1996 la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali denegó la nulidad pedida con fundamento en la argumentación que a continuación se resume:

I– La competencia de los funcionarios judiciales ha sido discernida por la ley, siendo ésta (artículo 69-2 del Código de Procedimiento Penal) la que atribuye al Tribunal Nacional el conocimiento de los delitos perpetrados por los Jueces de orden público, no en razón de la naturaleza del delito que cometan, sino de aquellos en que incurran por razón de sus funciones, así que tampoco se tuvo presente con exclusividad la calidad del funcionario, sino además la conexión entre el hecho punible imputado y las funciones asignadas.

Siendo claro el precepto, y vedado al intérprete ir más allá de un tenor literal satisfactorio, no es dable afirmar como lo hace la defensa, que a los Jueces Especializados los juzgue esa Corporación.

Si en su lugar el artículo 70 del mismo estatuto atribuye a la competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial el conocimiento de los ilícitos de responsabilidad que cometen los Jueces Penales del Circuito, siendo esa la calidad a la cual fueron asimilados los Jueces Especializados (quienes dependían jerárquica y funcionalmente de esas Corporaciones) les corresponderá también la competencia para conocer de sus hechos punibles.

Ahora bien, como el juez natural para los servidores públicos aforados es señalado por la Constitución o por la ley, en esos casos el factor objetivo de competencia es desplazado por el subjetivo en consideración a la investidura y funciones, y ello hace evidente que es el Tribunal Superior de Distrito Judicial el funcionario competente, por ser el superior jerárquico y funcional de los otrora Jueces Especializados.

2– La violación del debido proceso se desestima en los siguientes términos:

2-1. La errónea selección del tipo penal transgredido fue la causa de la decretada invalidez del trámite, sin que tenga incidencia alguna el que la investigación estuviera completa o no.

2-2. Como la nulidad se funda en motivos sustanciales, sus efectos solo cobijaron el acto irregular, imposibilitando su extensión a otros episodios procesales producidos con sujeción a la ley.

2-3. No es de recibo legal postular como causal de invalidez una hipótesis o mera expectativa, menos cuando el proceso ha transcurrido en su totalidad hasta el proferimiento de la sentencia condenatoria, sin que jamás se hubiese hecho uso de la potestad de terminación anticipada.

La Impugnación

En el libelo sustentatorio el señor defensor del procesado insiste en la ocurrencia de cada una de las irregularidades que propone como violatorias del debido proceso, extractándose de allí los siguientes puntos de censura:

1. Con relación a la incompetencia del Tribunal de Distrito agrega que las normas especiales que adjudicaron la competencia para el conocimiento del delito previsto en el artículo 39 del Estatuto Nacional de Estupefacientes a los Jueces Regionales privan sobre la regla general de competencia de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial prevista en el Código de Procedimiento Penal.

En tal sentido y con asidero en los Decretos 1676 de 1991 y 2271 del mismo año se proclama que ha de ser la naturaleza del hecho la que dirija hacia el funcionario competente (en este caso la justicia regional), con mayor razón si el último de los decretos mencionados es posterior al Código de Procedimiento Penal.

2. Sobre la violación al debido proceso se reitera que la figura de la terminación anticipada comporta para el procesado la potestad de apreciar conforme a su

conveniencia si se acoge ó no a sus efectos, ponderación que efectuada por su cliente antes de la invalidez decretada lo llevaba a concluir en su inutilidad, lo que ya no le es posible reiterar tras de la nulidad, por no haber cubierto ésta el cierre de la instrucción con sus efectos.

Esas diferencias las marca para la defensa el marginamiento que la pena de ahora implica para subrogados como la condena de ejecución condicional, sin que pueda calificarse de presunta la opción de recurrir a las soluciones de los artículos 37 o 37A del Código de Procedimiento Penal, "diferencia suficiente venía diciendo– para explicar que un procesado que se siente inocente pueda correr las contingencias de una sanción condenatoria".

Por lo demás, asume el señor defensor que los cargos de la segunda resolución acusatoria difieren considerablemente de los contenidos en la primera y aún de aquellos que se precisan en la providencia confirmatoria emitida por la Fiscalía ante la Corte Suprema de Justicia.

3. Por último y con referencia al principio de favorabilidad se insiste en su conculcación adicionando que las normas a comparar son la Ley 30 de 1.986 y el Decreto 1676 de 1991 (inciso segundo del parágrafo del artículo 3o. numeral 13) con el tipo penal de prevaricato contemplado en el Código Penal, por consagrar el decreto expresamente el principio de favorabilidad.

Parangonando el tipo penal previsto en la ley 30 de 1.986 con el prevaricato, encuentra que éste resulta de más favorabilidad por la levedad de la sanción, siendo por ello ahora de forzosa aplicación.

Concedido el recurso en el efecto devolutivo mediante auto del 29 de enero último, las diligencias se encuentran en esta Corporación para la adopción de la decisión que corresponda.

Consideraciones de la Sala

1– Para responder a las inquietudes de la defensa en el mismo orden en que ellas han sido presentadas, halla la Sala pertinente tomar como punto de partida dentro de la discusión que ahora se trae sobre la competencia, el hecho de que ni en el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal relacionado con los asuntos de conocimiento del Tribunal Nacional, ni en el artículo 70 ibídem, alusivo a los que le competen a las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito existe una adjudicación expresa para el juzgamiento de los jueces especializados, cargo dentro del cual desempeñaba sus funciones el doctor Valencia Moreno cuando realizó la conducta por la cual resulta acusado.

El anterior vacío, que como se verá, tiene su explicación dentro de la rápida evolución de las jurisdicciones especializadas surgidas luego de hallar contrario a la Constitución el juzgamiento de particulares por Tribunales Militares, y particularmente desarrolladas al amparo del ahora desaparecido Estado de Sitio, no autoriza, sin embargo, ni a concluir en que los denominados jueces especializados han perdido el fuero para su juzgamiento derivado de infracciones cometidas por razón de sus funciones, ni en la pretensión de que sus comportamientos deban dirimirse ante los jueces regionales.

Si se consulta, como resulta pertinente, el origen del cargo, es fácil ver su primera contemplación dentro de la Ley 2a. de 1984, Capítulo II, artículo 74, la cual los institucionalizó para investigar y juzgar los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo durante el término de seis años.

Esa normatividad estableció que su categoría sería la de jueces del circuito (Decreto 371 de 1984, artículo 6o.) lo cual implica, desde entonces, su equiparación a aquellos no solamente para efectos de remuneración (luego equiparada con la de Magistrado de Tribunal Superior (Decreto 735 de 1987), sino ante todo para los fines de su designación, fuero y asignación de instancias para sus decisiones, porque su elección quedaba a cargo de los Tribunales Superiores de Distrito, cuyas Salas Penales eran las encargadas de investigar y juzgar entonces los delitos cometidos por sus titulares en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas (artículos 33 del Decreto 409 de 1971 y 69 del Decreto 050 de 1987).

El mismo Decreto 371 de 1984 autorizó en su artículo primero (1) a los respectivos Tribunales de Distrito Judicial la designación de 15 jueces especializados con sede en determinadas ciudades del territorio nacional, y posteriormente su competencia les fue ampliada para que conocieran de otras infracciones, entre ellas de los delitos previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, según así lo dispusieron los Decreto 1807 de 1984 y 468 y 565 de 1987.

Ante el inminente vencimiento del plazo señalado para el funcionamiento de estos despachos, el Decreto 2626 de 1.989 prorrogó su vigencia mientras permaneciera turbado el orden público y operante la declaratoria del Estado de Sitio.

No obstante, con la expedición del Decreto 2790 de 1990, denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, se suprimieron a partir del 16 de enero de 1991 los juzgados especializados, e integrados a los juzgados de instrucción y de conocimiento de orden público, designados en adelante por el Tribunal de Orden Público con competencia en todo el territorio nacional.

A su turno, el artículo 5o. del citado Decreto, modificado por el 1o. del Decreto 99 del 14 de enero de 1991, asignó como nueva función del entonces ya creado Tribunal de Orden Público la de conocer de las actuaciones que se inicien o adelanten por delitos imputados a los Jueces de Orden Público, categoría que, como queda visto, no se podía ya extender a unos despachos que como los especializados habían perdido su naturaleza y función, al transformarse en otra clase de unidades, ahora competentes (artículo 9o. del mismo decreto modificado por el 1o. del Decreto 99 de 1.991) para el conocimiento del delito previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y sus conexos, normatividad que fue la acogida como legislación permanente por el artículo cuarto del Decreto 2271 de 1991, vigente desde el 4 de octubre de ese año.

De este breve recuento se desprende que siendo de la competencia inicial de los Tribunales Superiores de Distrito el juzgamiento de los jueces especializados de conformidad con los ya invocados artículos 33 y 69 de los Decretos 409 de 1971 y 50 de 1987, por su asimilación legal con los jueces del circuito, dicha situación no se modificó para ocasionar una pérdida del fuero que invariablemente ha amparado dentro del tránsito de normas a los jueces, independientemente de sus especialidades o jerarquías, pero además, que en ningún momento la competencia para el juzgamiento de los jueces especializados estuvo a cargo del Tribunal de Orden Público, ahora Tribunal Nacional, pues cuando a aquel se le comenzó a otorgar el conocimiento de la primera instancia para el juzgamiento de jueces, ya se indicaba que se trataba de los de instrucción y conocimiento de orden público, que fueron precisamente quienes con diferentes especialidades y ya sin dependencia funcional ni jerárquica frente a los Tribunales de Distrito, asumieron las funciones dejadas por los jueces especializados.

Dentro de este mismo orden secuencial la competencia de los Tribunales Superiores para Juzgar a los jueces de su respectivo distrito se conserva hasta hoy en el artículo 70 del Código de Procedimiento Penal vigente, mientras que el conocimiento de los delitos cometidos por los jueces regionales se sigue reservando al Tribunal Nacional, lo que mantiene una armónica coherencia tanto foral como funcional pese a la proliferación y disparidad de normas que sobre los diversos rangos de justicia especializada se han intentado dentro de la últimas décadas.

Ahora bien, pretender como lo hace la defensa, que en el caso presente el conocimiento se debe definir por la naturaleza del delito (infracción a la ley 30 de 1986) y no en razón del fuero, es otro argumento del que la Sala discrepa, porque el artículo 70 del Código de Procedimiento Penal fija la competencia de los Tribunales de Distrito respecto de los jueces de circuito en el ámbito de los "delitos que cometan por razón de sus funciones", lo que implica la concurrencia de dos

aspectos :la calidad de funcionario y la naturaleza de la infracción, y así se tiene que el artículo 39 del Estatuto Nacional de Estupefacientes tipifica, para el caso de la imputación que aquí se ha hecho, la conducta del servidor público "encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas" en delitos o contravenciones descritos en dicho estatuto, que incurra en alguno de los comportamientos alternativos que ese tipo compuesto relaciona.

Así, entonces, sin perjuicio de que el invocado artículo cuarto del Decreto 2271 de 1991 hubiese elevado a legislación permanente la competencia otorgada por el Decreto 099 de ese mismo año, y con ella la del numeral 13 de su artículo 9o. referente a "... los delitos descritos en los artículos 35 y 39 de la ley 30 de 1986..", con ello ni abrogó ni sustituyó el fuero de los jueces, pues como ha tenido ocasión esta Sala de expresarlo al referirse a la competencia fijada por el decreto 2790 de 1990 para conocer de las violaciones a la ley 30 de 1986 (lo que resulta aquí aplicable), esa asignación debe ser interpretada teniendo en cuenta las excepciones de orden constitucional y legal, relacionadas con el fuero (cfr. auto de enero 27 de 1993), con cuanta mayor razón si éste se entiende como "una garantía que establece la Constitución o la ley para determinadas personas, consistente en que por razón del cargo que desempeñan solo pueden ser investigadas o juzgadas por funcionarios a quienes se les designa esa competencia especialmente. Es la voluntad del constituyende o del legislador sustraer los procesos que se adelanten contra dichas personas, de la intervención de los funcionarios ordinariamente competentes por razón de la naturaleza del hecho". (cfr. entre otros, auto de abril 24 de 1996).

Tiénese, pues, de lo anterior, y por su demostrada calidad de Juez 5o. Especializado para la fecha de los hechos, que el procesado doctor Darío Valencia Moreno se halla aforado para su juzgamiento ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de donde se desprende que la primera razón de nulidad que invoca la defensa no tiene lugar en el caso presente, en cuanto la instrucción y el trámite del juicio que actualmente se le sigue, se han venido cumpliendo ante el juez natural legalmente asignado.

2– La violación del debido proceso que la defensa deriva del hecho de haber quedado en firme el cierre de la instrucción, antes de optar por una sustancial modificación de la calificación de fondo, lo que habría impedido al procesado intentar en tiempo la aplicación de las oportunidades regladas por los artículos 37 o 37A del Código de Procedimiento Penal, tampoco encuentra en el plenario apoyo para llevar a la invalidación del trámite cumplido.

Lo primero que a este respecto procede aclarar, es que los hechos sobre los cuales recae la imputación continúan siendo invariablemente unos mismos desde

el inicio de la investigación, sobre los cuales recayó la definición de la situación jurídica provisional del procesado, como ahora la calificación de fondo, con la única diferencia de aparecer a la presente valorados jurídicamente como constitutivos de una infracción al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y no como de un delito de prevaricato por acción y omisión, variación sobre la cual se ocupó en extenso esta Sala de la Corte con motivo de la invalidación de la resolución acusatoria, motivo por el cual no resulta pertinente volver sobre lo mismo.

Siendo lo anterior así, no se encuentra razón valedera indicativa de la necesidad de retrotraer los autos a la etapa previa al cierre de la instrucción, porque de una parte la nulidad tenía que decretarse a partir del acto generador del vicio, no de actuaciones válidas y precedentes, pero además, porque de haberse querido solicitar antes del cierre de la instrucción la sentencia anticipada, ora la audiencia especial, nada se lo impedía al procesado, como tampoco le obstruye ahora optar si así lo quiere la terminación del proceso en este estadio, con la única diferencia que ahora la reducción de pena resultaría menor.

Que la adecuación de la conducta a una específica descripción llegue a modificarse con el variar de los medios probatorios o por la subsunción correcta al tipo penal correspondiente, no constituye motivo para retrotraer la actuación conforme se insinúa, porque la responsabilidad del acusado no deja de corresponder a un mismo y único comportamiento, y es frente a él donde concierne analizar la efectividad de la defensa dentro del amplio espectro de prerrogativas de favor al interior de un determinado asunto.

Ahora bien, argumentar que eran las alternativas punitivas las que le permitirían a quien repudia su culpabilidad hacer estimativos de conveniencia para acogerse a una terminación anticipada del proceso, constituye un razonamiento francamente incomprensible, cuando se sabe que la sentencia anticipada como la audiencia especial apuntan con exclusividad al proferimiento de fallos de condena, y estos repugnan como alternativa de imposición a un inocente.

Tampoco es admisible pretender que porque sea la consideración de la pena o la búsqueda de un subrogado lo que incline a reclamar o no la terminación anticipada, tenga que regresar al sumario la actuación, tras de modificar la adecuación a un tipo penal más riguroso, porque es precisamente toda esa gama de alternativas y posibilidades la que incentiva desde el momento de la definición provisional de la situación del procesado, a escoger entre la forma rígida del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, o la flexible del artículo 37A con sus opciones de acordar la forma de culpabilidad, la preclusión de cargos o el reconocimiento de subrogados. Mas, sin que en uno u otro caso renuncie el juez a improbar acuerdos ilegales u obtenidos sobre la violación de derechos fundamentales.

Que el procesado, en suma, no haya usado de alternativas más ventajosas para su situación en un momento dado, no constituye razón que habilite el retraimiento de la actuación a estadios válidamente superados.

Bien denegada estuvo, entonces, la nulidad pedida, y en tal sentido se brindará respaldo al auto apelado.

3. El principio de favorabilidad en materia penal y procesal penal de efectos sustanciales hace referencia a la sucesión de normas en el tiempo, como así con claridad lo indican los artículos 6o. del Código Penal y 10 del Código de Procedimiento Penal, al enunciar el uno como el otro, que los preceptos de favor, aún siendo posteriores, preferirán a los restrictivos u odiosos.

En tal sentido y no en otro es como corresponde interpretar el precepto del artículo 3o. del Decreto 1676 de 1991 que invoca la defensa, elevado a legislación permanente por el artículo sexto del Decreto 2271 de 1991, pues cuando el parágrafo del numeral 13 prescribe que "En todo caso la ley sustancial favorable, o la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable", lo que está haciendo es la enfatización de ese principio luego de haber abierto la posibilidad para que el juez de orden público extendiera su competencia a los delitos allí adjudicados sin importar la época en que hubieran sido cometidos, amplitud que en muchos casos involucraba la sucesión de normas en el tiempo, lo mismo que sucedía frente a una segunda extensión cronológica, la de "los delitos cometidos con antelación a la fecha en que fueron definidos los tipos penales que aparecen en este Decreto, y en las normas a que el se refiere, cuando se adecuen a ellos".

Pero como en el caso de la conducta que se le atribuye al doctor Darío Valencia Moreno, es inequívoca su ocurrencia cuando regían a un mismo tiempo los artículos 149 y 150 del Decreto 100 de 1980 y el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, la definición hacia uno u otro precepto no deriva de la menor sanción que de su comparación resulte, sino de los principios de especialidad, posterioridad, mayor riqueza descriptiva y subsunción que orientaron a esta Sala de la Corte cuando encontró que la conducta perseguida en autos debía analizarse frente al Estatuto Nacional de Estupefacientes, no ante el delito de prevaricato.

Tampoco, entonces, este tercer motivo de nulidad prospera, y ello es motivo para brindar a la determinación del tribunal de instancia la plena confirmación que corresponde.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

Confirmar integralmente la decisión del nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali denegó la nulidad solicitada por el señor defensor del acusado doctor Dario Valencia Moreno.

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.

ACCION DE REVISION/ LEGITIMIDAD

Debe recordarse que la revisión es una acción independiente de la penal contra cuya decisión ejecutoriada va dirigida, que requiere por tanto de mandato especial al abogado que ha de invocarla, como defensor para el caso presente.

Así lo ha sostenido esta corporación, en providencias de fecha septiembre 27 de 1995, M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel; septiembre 10 de 1996, M.P. doctor Fernando Arboleda Ripoll, y, más recientemente, marzo 11 de 1997, M.P. doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, cuando reiteró:

"... es claro que su ejercicio requiere de la iniciación de un trámite especial, independiente del que ya culminó en las instancias.

Como consecuencia, es necesario que el apoderado del procesado acredite su legitimidad para interponer la demanda, esto es, que adjunte el poder otorgado especialmente para adelantar esta acción, aun cuando se trate del mismo profesional que intervino como apoderado en el trámite ordinario".

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., junio tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Rad. 11197

Aprobado Acta No.62

VISTOS

Habiéndose presentado demanda de revisión en nombre del sentenciado Gabriel Arcangel Bueno Guapacha, es del caso examinar su admisibilidad.

ANTECEDENTES

De las copias autenticadas y con constancia de ejecutoria de las correspondientes sentencias, acompañadas a la demanda de revisión que ahora se plantea, se infiere que a eso de las siete y media de la noche del 3 de enero de 1994, en el barrio "Matecaña" de la ciudad de Pereira, fue interceptada la joven Blanca Margarita Quiroz Villada por varios sujetos, a quien a la fuerza y cubriéndole el rostro introdujeron en un vehículo y llevaron a un paraje desconocido, donde mientras los otros la sujetaban de pies y manos, fue accedida carnalmente por su ex-novio Gabriel Arcangel Bueno Guapacha, a quien reconoció por la voz.

Mediante sentencia de fecha junio 21 de 1995, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira condenó a Gabriel Arcangel Bueno Guapacha a la pena principal de 34 meses de prisión, al igual que a interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a indemnizar los perjuicios morales, negando la ejecución condicional, por los delitos de acceso carnal violento y secuestro simple de que hizo víctima a la mencionada joven; decisión que, apelada por el defensor, fue confirmada en todas sus partes por el correspondiente Tribunal, el 15 de agosto del mismo año, convirtiéndose en cosa juzgada.

ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

El abogado accionante señala que en las copias que aporta aparece acreditada su actuación como defensor en el proceso finalizado, "por lo que no se requiere nuevo poder".

En efecto, su nombre, firma y dicha calidad de sujeto procesal son visibles en la constancia de notificación personal del fallo de primera instancia (f. 14).

Sin embargo, debe recordarse que la revisión es una acción independiente de la penal contra cuya decisión ejecutoriada va dirigida, que requiere por tanto de mandato especial al abogado que ha de invocarla, como defensor para el caso presente.

Así lo ha sostenido esta corporación, en providencias de fecha septiembre 27 de 1995, M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel; septiembre 10 de 1996, M.P. doctor Fernando Arboleda Ripoll, y, más recientemente, marzo 11 de 1997, M.P. doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, cuando reiteró:

"... es claro que su ejercicio requiere de la iniciación de un trámite especial, independiente del que ya culminó en las instancias.

Como consecuencia, es necesario que el apoderado del procesado acredite su legitimidad para interponer la demanda, esto es, que adjunte el poder otorgado especialmente para adelantar esta acción, aun cuando se trate del mismo profesional que intervino como apoderado en el trámite ordinario".

Como para el asunto cuya admisibilidad se estudia fue omitida la presentación del correspondiente poder, la demanda debe rechazarse.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

No Admitir la demanda de revisión presentada por el doctor Francisco Javier Cedeño Rojas, por carecer de Gabriel Arcangel poder para actuar en la acción que pretende iniciar a nombre del sentenciado Bueno Guapacha.

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.

COLISION DE COMPETENCIA/ HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA/ CONEXIDAD

El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal consagra un mecanismo excepcional y de aplicación subsidiaria que aporta soluciones para determinar a quién debe encargarse del conocimiento de un hecho punible, entre varios funcionarios que resultan competentes atendiendo a la naturaleza del asunto, cuando no hay certeza del lugar exacto en donde se perpetró el ilícito (ya porque acaece "en varios sitios", ora porque se ejecuta en uno solo pero que no está bien definido) y cuando se cumple en el extranjero.

Y el precepto consagra distintos factores que por igual dirimen a prevención la competencia territorial cuando se está en presencia de un solo hecho punible o de varios que deben investigarse y fallarse conjuntamente (unidad procesal) por algún factor de conexidad (art. 87 C. P. P.).

Empero, en esta última hipótesis (art. 80, inciso 2° C.P.P.) debe considerarse que se previene el conocimiento de todos aquellos funcionarios que, a fuer de tener en común la competencia por la naturaleza del hecho, se ha presentado en sus Despachos alguno de los eventos procesales previstos en la norma, pero siempre en el entendido de que no se conozca con certidumbre el lugar de comisión de ninguno de los hechos punibles conexos, porque si respecto de uno solo de ellos está establecido con exactitud el sitio donde tuvo ocurrencia, ya no tendría aplicación la norma subsidiaria de la competencia a prevención que consagra este instituto, sino la general por razón del territorio, o sea que el conocimiento de todos los hechos punibles debe aprehenderlo el funcionario competente para impulsar el proceso por el ilícito cuya sede de consumación es conocida, siendo indiferente en cuál lugar se formuló primero denuncia por una de las infracciones, se privó de libertad al imputado o se dispuso con prelación la apertura de instrucción.

Reiteradamente ha dicho la Corte que en los casos de hurto agravado por razón de la confianza depositada en el agente, el hecho punible no se

consuma en el lugar donde se recibe el bien, ni en el sitio donde la cosa debe entregarse a su dueño, sino en el momento y lugar donde el sujeto activo del reato efectúa sobre el bien actos externos de apropiación ilícita con los cuales desconoce la ajenidad de la cosa respecto de la cual es un mero detentador material o simplemente la ha recibido en virtud de un contrato de trabajo pero manteniéndose dentro de la órbita de vigilancia del propietario.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Rad. 13044

Aprobado Acta No. 63

VISTOS

Dirime la Corte la colisión negativa de competencia surgida entre el Juzgado Segundo Penal Municipal de Calarcá (Quindío) y el Séptimo Penal Municipal de Pereira (Risaralda), de conformidad con el numeral 5º del artículo 68 del C. de P. P. por tratarse de dos juzgados penales adscritos a distintos distritos judiciales.

ANTECEDENTES

Desde el primero de marzo del año próximo pasado, la empresa comercial "Grupo Canguro S.A", contrató los servicios de Jaime Ibarra Moreno como agente vendedor de cuero sintético y otros insumos para la zapatería y la mueblería, inicialmente en la zona de Armenia y luego también en la de Manizales y Dosquebradas. En desarrollo de su oficio debía recoger pedidos de los clientes, entregar la mercancía y recibir los pagos, con la obligación de hacer reportes y liquidaciones a la empresa cada ocho días.

El día 3 de septiembre de 1996, el señor Juan Alberto Matta Charry en su condición de representante legal de la empresa acudió a la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales Municipales de Pereira para denunciar las irregularidades descubiertas por la auditoría interna en la gestión de Ibarra Moreno, pues se había constatado el faltante de varios recibos provisionales de caja y la existencia de otros por valores que no correspondían a los pagos realmente hechos por los clientes, lo que llevó a establecer que en sus distintas correrías este agente vendedor recibía el dinero y se apropiaba unas veces de la totalidad y otras de parte de las sumas canceladas, y para encubrir el

faltante no entregaba recibo o extendía el original al interesado por el valor recibido y alteraba las copias colocándole uno menor para exhibirlas ante la empresa. Con estas sucesivas acciones, cumplidas en el transcurso de seis meses en las ciudades de Manizales, Armenia, Dosquebradas, Santa Rosa de Cabal y Calarcá, a juicio del denunciante, el agente vendedor incurrió en apropiaciones que sumadas alcanzaban un valor de $ 2'715.336.oo.

Al considerar la Fiscalía que se trataba de un "concurso homogéneo y sucesivo de falsedades en documento privado y estafas, de modo que cada vez que presentaba el comprobante falso y recibía el pago perfeccionaba los dos ilícitos", y como ninguna de las apropiaciones denunciadas superaba el monto de los diez salarios mínimos legales, para la investigación de las conductas lesivas del patrimonio económico, dispuso la remisión de las diligencias a los Juzgados Penales Municipales de la misma ciudad de Pereira.

El Juez 7º Penal Municipal de esa localidad, en septiembre 6 de 1996, dictó "*auto de apertura de proceso*" de conformidad con lo preceptuado en la ley 228 de 1996 e impulsó su trámite. El 25 de Noviembre del mismo año, escuchó en versión al incriminado Jaime Ibarra Moreno "por la comisión de esta contravención en concurso material homogéneo de hurto agravado por la confianza que afectó a la empresa Canguro S.A., le formuló cargos como infractor al "artículo *11 de la Ley 228 de1995 en consonancia con el artículo 351 del C. P*", y dispuso su libertad provisional "*bajo compromiso de comparecer a este Despacho el día de la audiencia de juzgamiento*". En la misma diligencia decretó la práctica de algunas pruebas.

Posteriormente y con el argumento de que las apropiaciones se cumplieron indistintamente en las ciudades de Manizales, Armenia, Dosquebradas, Calarcá y Santa Rosa de Cabal, mediante auto del 30 de diciembre de 1996, se desprendió del conocimiento del asunto y remitió sendas copias de la actuación a los juzgados de aquellas localidades, "*con el fin de que se investigue la contravención que nos ocupa por separado y de acuerdo a las cantidades de apropiaciones que el contraventor ejecutó en sus actos*" (fl. 78).

Fue así como llegaron al Juzgado 2º Penal Municipal de Calarcá las copias relacionadas con los pagos que uno de los clientes hizo en dicha ciudad al vendedor Ibarra Moreno en los meses de mayo y julio, por $142.632.oo, $ 174.800.oo y $ 421.310.oo, sin que entraran a las arcas del "Grupo Canguro".

El Conflicto

El último de los mencionados despachos, después de haber dispuesto la citación del contraventor para escucharlo en versión, por auto del 6 de marzo del corriente año

declinó la competencia y adujo que el conocimiento del asunto correspondía al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pereira, en virtud de lo dispuesto por el artículo 80 del C. de P. P., ya que por tratarse de hechos conexos y no habiéndose presentado ninguna de las hipótesis del artículo 90 del mismo código, no era posible romper la unidad procesal y disponer la investigación separada para cada hecho punible. En lo pertinente, razonó así:

"Se tiene pues, que el imputado realizó varias veces la misma contravención, en diferentes lugares y, fue en Pereira donde se formuló la querella por todos los actos punibles, y fue el Juzgado Séptimo Penal Municipal de esa ciudad, quien decretó la apertura del proceso, siendo además, por orden de dicho despacho, que se produjo la captura del imputado, luego ese ente judicial, a prevención, debía haber continuado con la instrucción y fallo correspondiente, como lo ordena la norma atrás transcrita y no haber desmembrado la investigación".

Y adelantándose a la decisión de su homólogo de Pereira, de una vez le propuso colisión negativa de competencia, para el caso de que no compartiera sus argumentos.

A su turno, el Juez 7° Penal Municipal de Pereira manifestó su incompetencia, aduciendo que si bien había conocido inicialmente de la querella lo hizo en razón de la competencia a prevención, conforme a los lineamientos del artículo 80 del C. de P. P., por la incertidumbre existente en ese momento respecto "*al conocimiento de todas las conductas contravencionales*", que pronto descartó con la misma versión del imputado Ibarra Moreno, al clarificar el lugar y monto de las ilícitas apropiaciones de los dineros a él entregados por los clientes de la empresa, sin que ninguna de ellas se hubiera cumplido en la ciudad sede de su Despacho. Aceptó, entonces, la colisión y remitió las diligencias a esta Sala para la pertinente definición del conflicto.

La Corte Considera

El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal consagra un mecanismo excepcional y de aplicación subsidiaria que aporta soluciones para determinar a quién debe encargarse del conocimiento de un hecho punible, entre varios funcionarios que resultan competentes atendiendo a la naturaleza del asunto, cuando no hay certeza del lugar exacto en donde se perpetró el ilícito (ya porque acaece "en varios sitios", ora porque se ejecuta en uno solo pero que no está bien definido) y cuando se cumple en el extranjero.

Y el precepto consagra distintos factores que por igual dirimen a prevención la competencia territorial cuando se está en presencia de un solo hecho punible o de

varios que deben investigarse y fallarse conjuntamente (unidad procesal) por algún factor de conexidad (art. 87 C. P. P.).

Empero, en esta última hipótesis (art. 80, inciso 2° C.P.P.) debe considerarse que se previene el conocimiento de todos aquellos funcionarios que, a fuer de tener en común la competencia por la naturaleza del hecho, se ha presentado en sus Despachos alguno de los eventos procesales previstos en la norma, pero siempre en el entendido de que no se conozca con certidumbre el lugar de comisión de ninguno de los hechos punibles conexos, porque si respecto de uno solo de ellos está establecido con exactitud el sitio donde tuvo ocurrencia, ya no tendría aplicación la norma subsidiaria de la competencia a prevención que consagra este instituto, sino la general por razón del territorio, o sea que el conocimiento de todos los hechos punibles debe aprehenderlo el funcionario competente para impulsar el proceso por el ilícito cuya sede de consumación es conocida, siendo indiferente en cuál lugar se formuló primero denuncia por una de las infracciones, se privó de libertad al imputado o se dispuso con prelación la apertura de instrucción.

Bajo estas premisas es claro que la razón está del lado del Juez Penal Municipal de Pereira para sustraerse al conocimiento de este asunto, por las razones que en concreto pasan a exponerse:

1. El comportamiento del contraventor no corresponde a una acción única con pluralidad de actos ejecutados simultánea o consecutivamente en distintos sitios, sino que se disgrega en varias y sucesivas acciones bien delimitadas dentro de precisas circunstancias de tiempo, modo y lugar diferentes, dando origen a una pluralidad de hechos punibles concurrentes y cometidos en conexidad de delitos contra la fe pública y contravenciones de hurto agravado por la confianza, sin que fuera posible mantener la unidad procesal por expresa prohibición del artículo 32 de la ley 28 de 1995.

2. Las consideraciones que hace el Juzgado de Calarcá, respecto a la presentación de la denuncia en la ciudad de Pereira, así como a la apertura de instrucción y la expedición de la orden de captura contra el imputado por parte del Juez 7° Penal Municipal de esta localidad, están fuera de contexto, pues tales son factores que dirimen a prevención la competencia territorial, cuando hay duda acerca del lugar en donde se ha consumado el hecho punible, y en el caso controvertido, como luego se verá, hay absoluta claridad sobre del sitio en donde se perpetraron las contravenciones contra el patrimonio económico originadas en los pagos hechos al "Grupo Canguro" por Félix Antonio Prieto, que es el objeto de la averiguación cuyo diligenciamiento repudian ambos despachos judiciales.

Y si se tratara de un fenómeno de conexidad, resultaría evidente en este caso que el hecho de haber acometido alguna de las actuaciones procesales a que alude el artículo 80 del C. de P. P. prevendría la competencia sólo entre aquellos despachos judiciales en cuya área de jurisdicción se hubiese perpetrado siquiera una de las infracciones conexas, pues este instituto lo que hace es definir el conocimiento de un asunto entre varios funcionarios que al menos potencialmente resultan competentes en razón del territorio; y como ninguna de las contravenciones se presentó en Pereira, mal puede predicarse la competencia a prevención del Juzgado 7º Penal Municipal de dicha ciudad.

3. Reiteradamente ha dicho la Corte que en los casos de hurto agravado por razón de la confianza depositada en el agente, el hecho punible no se consuma en el lugar donde se recibe el bien, ni en el sitio donde la cosa debe entregarse a su dueño, sino en el momento y lugar donde el sujeto activo del reato efectúa sobre el bien actos externos de apropiación ilícita con los cuales desconoce la ajenidad de la cosa respecto de la cual es un mero detentador material o simplemente la ha recibido en virtud de un contrato de trabajo pero manteniéndose dentro de la órbita de vigilancia del propietario.

4. En el caso a estudio, el imputado Jaime Ibarra Moreno, tras admitir sin tapujos la apropiación de buena parte de los pagos que recibía en efectivo de los clientes del "Grupo Canguro", incluídas por lo menos dos de las partidas que en Calarcá le entregó Felix Antonio Prieto, explicó que dichas sumas las incorporó a su patrimonio en las mismas ciudades donde las recibía y las invertía en "gastos inoficiosos que uno hace" (fls. 70 vto.). Y si esto es así, como no hay manera de refutarlo en el proceso, fue en Calarcá donde se configuraron las contravenciones a que se contraen estas diligencias, y por tanto su juzgamiento compete a los jueces penales municipales de dicha localidad, más concretamente al segundo, a quien le correspondieron por reparto.

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

RESUELVE

Asignar el conocimiento de estas diligencias al Juez Segundo Penal Municipal de Calarcá (Quindío), a quien corresponden tanto por el factor objetivo como por el territorial.

Envíese copia de esta decisión al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Pereira (Risaralda).

Copiese, Notifiquese 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.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCION DOMICILIARIA

Es del caso remembrar la determinación del 9 de noviembre de 1993, M.P: Dr. Gustavo Gómez Velásquez así:

"...el artículo 397 establece los casos en que la medida de aseguramiento es la de detención preventiva y efectivamente su sustitución será procedente, de acuerdo con la nueva disposición en aquellos casos en que se presenten a cabalidad los requisitos que exige el artículo 53 de la ley 81 de 1993, desde luego a partir del momento en que se resuelve la situación jurídica del procesado y hasta cuando se profiere la sentencia de primera instancia. Lo anterior en virtud de la aplicación del mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política. Pero una vez dictada providencia en la que se declare la responsabilidad del procesado y se le imponga una pena, sólo será procedente, al proferir la sentencia otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional que implica una suspensión bajo determinadas obligaciones, o el subrogado de la libertad condicional cuando la pena impuesta supera los tres años de prisión y se han satisfecho las dos terceras partes de la sanción entre detención efectiva y las rebajas o redenciones de pena, una vez ejecutoriado el fallo. Si no se da esta ejecutoria y el procesado satisface los requisitos del artículo 72 del Código Penal, lo que procede es el beneficio de libertad provisional conforme lo preceptúa el numeral 2°. Del artículo 415 del C. de P.P.

La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del C. de P.P. (art. 53 de la ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado declara su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la ley 81 de 1993".

La detención domiciliaria (medida de aseguramiento de naturaleza autónoma, como así ha tenido ocasión de advertirlo esta Sala en determinaciones de noviembre 7 de 1995 y agosto 8 de 1996), así tenga un carácter menos restrictivo de la libertad que la detención propiamente tal, al dejarse sin efecto en la sentencia, para su cumplimiento era imperiosos esperarse a la ejecutoria del fallo, pues fruto de la impugnación aún no había adquirido firmeza, a más de que la apelación se cumple en el efecto suspensivo, lo que –como es sabido– conlleva que las decisiones no puedan ejecutarse de inmediato.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Rad 12699

Aprobado: Acta No. 63

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Juán de Pasto el 16 de septiembre de 1996, condenó a Alvaro Jesus Ochoa Cortés, Ex-Fiscal 43 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, a la pena principal de cincuenta (50) meses de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinticuatro (24) meses como responsable de los delitos de falsedad, en la modalidad de destrucción, supresión u ocultamiento de documentos públicos, concusión y prevaricato por omisión.

Allí también se dispuso "Revocar el beneficio de detención domiciliaria del cual venía gozando y en su lugar ordenar cumpla la pena privativa de la libertad en el tal efecto gírese orden de captura en su contra".

El aquí procesado Alvaro Jesús Ochoa Cortés, desde la cárcel del Distrito de Pasto, el 2 de octubre de 1996 dirigió al Tribunal un escrito en el que solicita "la restitución de la detención domiciliaria o simplemente de manera directa la sustitución de mi detención preventiva".

El Tribunal denegó lo solicitado en determinación de octubre 23 de 1996, contra la cual interpuso el procesado recurso de reposición y, subsidiariamente, de apelación. Negado el primero, se concedió el segundo, precisamente el que se desata mediante esta providencia.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE SAN JUAN DE PASTO:

El procesado Ochoa Cortés demandó de la indicada Corporación se le restituyera la detención domiciliaria, o, de manera directa, se le sustituyera la detención preventiva por aquella, "toda vez que la sentencia de primera instancia, no es una decisión en firme mientras no se hayan surtido los recursos de apelación y casación ante la Corte Suprema de Justicia". Además porque "mi reclusión en este momento y hasta tanto se surtan los recursos de ley, se basa en la detención preventiva y no en la sentencia".

Cita a conocido tratadista de Derecho Procesal en el sentido de que la detención domiciliaria no es medida de aseguramiento, "por cuanto carece de autonomía para su aplicación", estando supeditada a la existencia de una medida principal, para el caso el auto de detención.

El procesado peticionario también señala que no ha dado motivos para que se le revoque la detención domiciliaria que le fuera concedida por la Fiscalía Delegada ya que cumplió a cabalidad con las obligaciones que se le impusieron y que –con ella– se cumple "una mejor función resocializadora o rehabilitadora", teniendo además la custodia de su hijo de 4 años de edad, la cual lleva a cabo "con inmensa satisfacción".

DECISIÓN DEL TRIBUNAL

1. La privación de la libertad como consecuencia de una pena impuesta en la sentencia, es obvio que deja de ser medida de aseguramiento de carácter preventivo y de ahí que al proferirse aquella deba revocarse el beneficio de detención domiciliaria que es medida de aseguramiento provisional.

El hecho de que sobre la sentencia se interponga recurso de apelación significa que "se interrumpe el proceso para que la medida preventiva deje de serlo y se transforme en pena, situación que perdura hasta cuando la sentencia alcanza ejecutoria material", siendo también hasta este momento viable la solicitud para que la medida de aseguramiento de detención preventiva se sustituya por domiciliaria.

2. El requisito objetivo referido a la cantidad de pena mínima consagrada en la respectiva disposición penal, es claro que aquí se da, en orden a la procedencia de la detención domiciliaria. Pero el subjetivo, o sea, que el funcionario judicial pueda formular una presunción de que el sindicado comparecerá al proceso, de una parte, y de la otra que no coloca en peligro a la comunidad, sí es cuestión que aquí no se presenta.

El procesado Ochoa Cortés huyó de la justicia durante largo tiempo, hasta que al fin se logró su captura el 2 de febrero de 1995. Y, una vez escuchado en indagatoria, se le mantuvo en el Permanente Central por cuanto debía remitírsele a la ciudad de Cali, para cumplir allí otra diligencia penal, pero en la madrugada del día siguiente, se fugó. Insistentemente buscado, se recapturó el 8 de abril de 1995.

En el proceso radicado bajo el No. 0072, en resolución del 28 de noviembre de 1995, se decretó la detención preventiva para Ochoa Cortés, que le fue sustituída por domiciliaria. En las obligaciones contraídas para disfrutar de ésta, entre otras figura la de 'no ausentarse de su domicilio sin previa autorización legal'. En el proceso No. 0074, suscribió igual obligación. Pero cada vez que la Fiscalía lo requería o el Tribunal, "el detenido domiciliariamente no se encontró en el sitio de reclusión".

No hay que olvidar –continúa el Tribunal– que la detención domiciliaria obliga al acusado a permanecer en el interior de su morada, pues tan solo se trata de una modalidad menos gravosa de detención, que de todas maneras implica restricciones para su libertad. Ochoa Vasquez, sin embargo, de manera reiterada dejó de cumplir con esta obligación.

EL MEMORIAL DE REPOSICION Y, SUBSIDIARIAMENTE, DE APELACIÓN

El procesado acepta que cuando los primeros hechos huyó, pero que ello fue por temor ya que el proceso –equivocadamente– lo remitieron a la justicia regional y ésta lo atemorizaba. Que a la Fiscalía Delegada sí compareció voluntariamente a rendir indagatoria.

La fuga del Permanente Central fue antes de que le concedieran la detención domiciliaria. Y,durante la vigencia de ésta, "es veraz lo relacionado con el informe de los guardianes del Inpec de Pasto, y el concerniente al notificador del Tribunal". Pero lo primero se debió a una confusión sobre los alcances de la detención domiciliaria, lo que se clarificó después en el sentido de que 'no se debería entender la misma en el significado amplio del término domicilio, sino en el sentido de residencia'. Y, lo segundo, fue explicado ante el Magistrado Ponente y él aceptó las razones que se dieron y por ello 'no me fue revocada la detención domiciliaria'.

Lo que sí no es verdad –prosigue el procesado– es que, proferida la sentencia, no hubiera sido hallado en su residencia, pues fue en ésta en la que se le capturó.

A renglón seguido el impugnante manifiesta que el Magistrado Ponente mira sólo lo que le es desfavorable. Por ejemplo, deja de apreciar que existe un registro de

control llevado por los CAI de los barrios El Dorado y Tamasagra,quienes por asignación de la Fiscalía tenían la función de vigilar el cumplimiento de la detención domiciliaria, y por ello "se me hacía firmar las tres o cuatro veces diarias en que se pasaba revista". Este es un hecho que demuestra objetivamente el cumplimiento de mis obligaciones.

El mismo Magistrado Ponente –asegura el procesado– puede dar fe de que sí comparecerá al proceso, pues cuando lo citó para la audiencia asistió sin que ningún organismo de seguridad lo acompañara, e igual hizo en otras ocasiones. Sólo también fue a la Secretaría de la Sala Penal a estudiar los procesos en su contra y regresó siempre a su residencia. Nada hay pues que lleve a considerar que huirá de la justicia.

El Tribunal desata el recurso de Reposición

No es atendible que el procesado diga que huyó porque el proceso

había sido remitido a la justicia regional, pues ésta "quiérase o no, cumple el cometido consagrado en la ley". Y como con el mismo argumento sostiene que se fugó del Permanente Central, le cabe la misma crítica.

El sindicado entra en contradicción, pues acepta la evasión y afirma también que sí compareció al proceso. De otro lado, el criterio de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, no compromete el de éste.

Acepta el condenado que es veraz el informe de los guardianes del INPEC de Pasto, pero busca justificarlo sobre los alcances de la detención domiciliaria, señalando que la Corte sólo vino a fijarlo con posterioridad, a lo que el Tribunal le responde que desde el 22 de octubre de 1992 esta Sala precisó que debía entenderse no en el significado amplio de domicilio, sino en el restringido de residencia.

Sostiene el Tribunal que cuando no se le encontró para notificarle la fecha de la celebración de la audiencia pública, sin que se le revocara la sustitución, fue sólo porque la decisión sobre el particular se dejó para la sentencia.

El procesado tilda de falsa la afirmación en el sentido de que no fue encontrado en su residencia, cuando se buscó hacer efectiva la orden de captura ordenada en la sentencia, actitud que el A-quo encuentra reprochable, por cuanto al folio 679 "se encuentra el informe en el que clara y textualmente se dice que los encargados de efectuar la captura se trasladaron a esa residencia '*y el personaje a capturar no se encontró en su habitación de residencia*'; se trasladaron a diferentes partes de la ciudad para ubicarlo infructuosamente, '*a las 9:30 horas regresamos a la casa de habitación...donde se pudo dar cumplimiento a la captura...*' ...".

Se deniega –entonces– la sustitución por cuanto con los antecedentes vistos no es posible 'establecer' que el señor Ochoa Cortés comparecerá al proceso.

CONSIDERACIONES

1. Recapitulando, se tiene que al procesado Alvaro Jesus Ochoa Cortés, una Fiscal Delegada del Tribunal de Sanjuán de Pasto que para entonces –noviembre 3 de 1995– conocía del presente asunto, le sustituyó la detención preventiva por domiciliaria.

Y, cuando el Tribunal Superior de Sanjuán de Pasto profirió sentencia condenatoria contra Ochoa Cortés el 16 de septiembre de 1996, allí, bajo el epígrafe de "Otras Determinaciones", consignó:

"La cantidad y calidad de las penas impuestas, impiden hacer consideraciones sobre la improcedencia del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, pues el aspecto objetivo consagrado en el artículo 68 del Código Penal, se encuentra ausente. Se revocará el beneficio de libertad domiciliaria del que venía gozando el acusado, para en su lugar decretar su captura a fin de que cumpla la pena privativa de la libertad".

2. Dentro del presente orden de ideas, es del caso remembrar la determinación del 9 de noviembre de 1993, M.P: Dr. Gustavo Gómez Velásquez así:

"...el artículo 397 establece los casos en que la medida de aseguramiento es la de detención preventiva y efectivamente su sustitución será procedente, de acuerdo con la nueva disposición en aquellos casos en que se presenten a cabalidad los requisitos que exige el artículo 53 de la ley 81 de 1993, desde luego a partir del momento en que se resuelve la situación jurídica del procesado y hasta cuando se profiere la sentencia de primera instancia.

Lo anterior en virtud de la aplicación del mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política. Pero una vez dictada providencia en la que se declare la responsabilidad del procesado y se le imponga una pena, sólo será procedente, al proferir la sentencia otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional que implica una suspensión bajo determinadas obligaciones, o el subrogado de la libertad condicional cuando la pena impuesta supera los tres años de prisión y se han satisfecho las dos terceras partes de la sanción entre detención efectiva y las rebajas o redenciones de pena, una vez ejecutoriado el fallo. Si no se da esta ejecutoria y el procesado satisface los requisitos del artículo 72 del Código Penal, lo que procede es el beneficio de libertad provisional conforme lo preceptúa el numeral 2°. Del artículo 415 del C. de P.P.

La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del C. de P.P. (art. 53 de la ley 81 de 1993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado declara su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la ley 81 de 1993".

3. El argumento central del procesado para impetrar la sustitución de la medida de aseguramiento consiste en que la sentencia de primera instancia, no está en firme, hasta tanto se surta el recurso de apelación interpuesto sobre ella, y que su reclusión tiene por base no el fallo de primer grado impugnado, sino la medida de aseguramiento de detención preventiva proferida en su contra desde antes.

Hay –pues– tres cosas definitivas en orden a la solución del presente asunto. Una, que el sentenciador de primer grado encontró improcedente la concesión de la condena de ejecución condicional para el procesado Ochoa Cortés. Que esta consideración –válida por demás, en tanto que ni siquiera fue necesario entrar en apreciaciones de carácter subjetivo, pues la pena impuesta de por sí imposibilitaba el subrogado– fatalmente comportaba la revocatoria de la detención domiciliaria, como así se hizo.

Dos, que la detención domiciliaria (medida de aseguramiento de naturaleza autónoma, como así ha tenido ocasión de advertirlo esta Sala en determinaciones de noviembre 7 de 1995 y agosto 8 de 1996), así tenga un carácter menos restrictivo de la libertad que la detención propiamente tal, al dejarse sin efecto en la sentencia, para su cumplimiento era imperiosos esperarse a la ejecutoria del fallo, pues fruto de la impugnación aún no había adquirido firmeza, a más de que la apelación se cumple en el efecto suspensivo, lo que –como es sabido– conlleva que las decisiones no puedan ejecutarse de inmediato.

Festinó –entonces– el fallador de primer grado su determinación de captura como consecuencia de la revocatoria de la detención domiciliaria, pues ella sólo era procedente cuando la Corte desatara la apelación y en el evento de que confirmara la decisión que se comenta..

Tres, mas aconteció que –ya el asunto en trámite en la Corte– los impugnadores de la sentencia, desistieron de sus recursos, por lo que la apelación hubo de declararse desierta y, por ende, ejecutoriado el fallo materia de la misma. Así las cosas las decisiones en ella asumidas han adquirido el carácter de res iudicata y

por ende la resolución que hoy sufre Alvaro Jesus Ochoa Cortés, por la revocatoria de la detención domiciliaria, tiene allí –indudablemente– su razón de ser jurídica.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de decisión Penal,

RESUELVE

Declarar que no hay lugar a la revocatoria del auto de octubre 23 de 1996 por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sanjuán de Pasto, negó la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria.

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.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ INTERES PARA RECURRIR/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA

Recabar sobre los hechos o las pruebas demostrativas de los mismos, bajo una perspectiva dimensional diferente a la del juzgador, aparte de violar el principio lógico de no contradicción (se niega lo que ya se había reconocido tácitamente al acudir a la violación directa), es una actitud de mayor proyección, pues la discrepancia ya no es meramente de juicio jurídico, sino que se extiende a la entidad de los datos realmente determinados en el proceso, lo cual comportaría, como atinadamente lo sostiene el Ministerio Público, un debate a través de la causal de violación indirecta de la norma sustancial, ya que es indispensable demostrar los errores de hecho y/o de derecho en que pudo haber incurrido el fallador.

De acuerdo con el artículo 37B, numeral 4°del Código de Procedimiento Penal, antes de la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997, tanto el procesado como su defensor tienen un límite en el objeto de la apelación de la sentencia anticipada, en la medida en que sólo pueden cuestionar "la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes". Tal restricción tiene un sentido de vinculación lógica con la naturaleza de las formas anticipadas de terminación del proceso, pues, si en estas impera y precede una manifestación voluntaria del procesado en un acuerdo o en la aceptación relacionadas con el hecho delictivo juzgado y su responsabilidad, tales son elementos que ordinariamente no pueden replantearse por aquellos sujetos procesales en los recursos –salvo por nulidad , pues admitirlo sería tolerar una inusitada retractación del pacto original, lo cual desnaturaliza la significación de participación voluntaria de los sujetos pasivos de la acción penal –procesados– en las decisiones que los afectan, que envuelven aquellas instituciones de la sentencia anticipada y la audiencia especial (Const. Pol., art. 2°). De este modo, en tratándose de estas figuras especiales, la competencia del superior funcional se

configura no sólo por la limitación a "los aspectos impugnados" por la parte apelante, como lo dice el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, sino que también ha de constatarse que tales aspectos sean impugnables, de acuerdo con el artículo 37B del mismo ordenamiento.

Ahora bien, esa posibilidad restringida de impugnación se refiere tanto a la apelación como al recurso extraordinario de casación, primero, porque la secuencia lógica y altamente integrada del proceso penal indica que la Corte no puede ocuparse de asuntos que ni siquiera podían ser examinados por el ad quem, en el entendido adicional de que el objeto del ataque extraordinario es la sentencia de segunda instancia dictada por el tribunal y no el contenido integral del proceso o de cualquiera de las decisiones adoptadas en él (art. 218 C. P. P.); y, en segundo lugar, porque, si la limitación de la materia de impugnación obedece al propósito legislativo de impedir una retractación caprichosa del procesado, sería un absurdo que la misma se propiciara en sede de casación, en desmedro de la coherencia interna del proceso penal.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Rad. 9911

Aprobado Acta N° 63

VISTOS

Producido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el fallo de segunda instancia fechado el 9 de junio de 1994, que confirma la decisión condenatoria del Juzgado Sesenta y Nueve Penal del Circuito de la misma ciudad, después del trámite especial de sentencia anticipada regulado en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, se sabe que el ciudadano Héctor Segundo Vargas Castro fue declarado responsable de un concurso de hechos punibles de peculado por apropiación y falsedad material de servidor oficial en documento público, de acuerdo con las previsiones típicas de los artículos 133 y 218 del Código Penal, y que consecuentemente se hizo acreedor a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de nueve (9) años y a la sanción accesoria de pérdida del empleo público.

Tanto el procesado como su defensor contractual interpusieron el recurso extraordinario de casación, el cual fue debidamente concedido por el tribunal de instancia; además, se han satisfecho los presupuestos de la sustentación y la admisión de la impugnación y el concepto previo del Procurador Delegado, razón por la cual la Sala se dispone a proveer sobre lo propuesto en la demanda.

HECHOS

Es necesario aclarar que el fallo acusado comprende dos procesos que se rituaban de manera independiente, reunidos sólo para los fines de la sentencia anticipada, los cuales se refieren a los siguientes episodios:

El proceso radicado número 2122; de acuerdo con las sentencias de instancia, enseña que, por virtud del control posterior que realiza la Auditoría Regional, se constató la existencia de graves anomalías en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta capital, zona centro, ocurridas entre los meses de abril y junio del año de 1993, por cuyo medio algunos empleados activos de la entidad y particulares se habían apropiado de una suma de dinero calculada en veinticuatro millones cuarenta y cuatro mil ochocientos setenta y un pesos ($ 24.044.871), correspondiente a ingresos por servicios de registro de actos y documentos, de la siguiente manera:

En la mencionada oficina de registro, se suelen diligenciar los recibos de caja en cuatro (4) ejemplares: el original de color blanco destinado al usuario, una copia de color azul que se adjunta al documento por registrar, otra de color amarillo para la Auditoría y la rosada que se envía al departamento de contabilidad para el respectivo control diario. Ocurre que en la Caja número 2, atendida en la época por la dama Dora Marlene González Zambrano, se realizaban las operaciones de defraudación, dirigidas por Henry Aguilar Buitrago, también empleado de la oficina, de tal manera que aquélla consignaba en el recibo que expedía unos valores correspondientes al acto y a los derechos de registro en cifras notoriamente inferiores a las que aparecían en el documento registrado y en la tarifa legal, conservaba transitoriamente en su cubículo la copia de color rosado y remitía a sus confabulados tanto el original como los dos restantes duplicados, pues ellos, antes de situar cada uno de estos tres ejemplares en su lugar, se encargaban de cambiar los datos antes consignados para ajustarlos a la realidad del acto y encubrir de este modo la apropiación de las sumas de dinero que por tal procedimiento no quedaban declaradas en la copia rosada, única que de manera inmediata estaba a disposición del control contable de la oficina de registro.

Por medio de ese especioso método, se hizo la alteración y se logró la consecuente apropiación de la mayor parte de los valores correspondientes a los

recibos distinguidos con los números 2642536, 2602925, 2642534, 2544057, 2603448, 2576439 y 3072620. En estas operaciones fraudulentas intervinieron, además de *Henry* y *Dora Marlene*, el recurrente Hector Segundo Vargas Castro, quien unas veces movilizaba la documentación entre aquéllos dos para los respectivos cambios disuasivos, pero en otras oportunidades, cuando hacía turnos de caja, cambiaba los cheques ingresados para facilitar la apropiación. También participaron los particulares Omar Ramirez Rodríguez, ex-empleado de la institución, y Maximiliano Moreno Vargas, comerciante de oficio, quienes fungían de gestores de las inscripciones y le entregaban a la Cajera, además de los documentos para registro, una instrucción escrita sobre las cifras que debía plasmar en el recibo correspondiente.

En el proceso radicado número 2121, adelantado sólo en relación con el procesado *Vargas Castro*, se advierte por los funcionarios judiciales de decisión que la doctora *Lucía Fernanda Moya Carrillo*, jefe de la División Administrativa de la mencionada oficina de registro de instrumentos públicos, denunció que el día 9 de junio del año de 1993, mediante procedimiento engañoso similar al antes reseñado y mientras el referido empleado se desempeñaba en la Caja número 2, se alteraron los valores correspondientes a los recibos de caja distinguidos con los números 2622135 y 2622135, los cuales debían reportar por derechos de inscripción las sumas de $ 5.523.433.oo y $ 7.501.000.oo pesos, respectivamente, pero en la oficina sólo se percibieron $ 1.500.oo y $ 8.500.oo pesos, que fueron las cifras consignadas en la copia rosada, quedando en poder de los defraudadores la cantidad de trece millones catorce mil cuatrocientos treinta y tres pesos ($ 13.014.433.oo).

ACTUACION PROCESAL

Después de practicar diligencias de investigación previa, la Fiscalía General de la Nación decidió abrir la instrucción número 118937 (correspondiente a la causa número 2.122) y vinculó por medio de indagatoria a los imputados *Dora Marlene González Zambrano, Maximiliano Moreno Vásquez, Henry Aguilar Buitrago, Héctor Segundo Vargas Castro* y se declaró persona ausente a *Omar Ramírez Rodríguez*, a quienes posteriormente se les resolvió la situación jurídica (Cfr. cuaderno de copias N° 1, incompleto, fs. 172, 174, 283, 292, 311, 424, 432, 500, 536; y N° 2, fs. 4).

La sindicada *Dora Marlene González Zambrano*, según consta en la resolución del 11 de noviembre de 1993, se acogió a la terminación del proceso por medio de audiencia especial, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 81 de 1993 (fs. 513 y 514, primer cuaderno). Por obra de la resolución fechada el 8 de febrero de 1994, la Fiscalía acusó formalmente a los procesados *Henry Aguilar Buitrago* y *Héctor Segundo Vargas Castro*, a título de coautores del concurso de hechos punibles de

peculado por apropiación y falsedad material de servidor oficial en documento público, y a los vinculados *Omar Ramírez Rodríguez* y *Maximiliano Moreno Vásquez* como cómplices de las mismas ilicitudes (fs. 60, cuaderno N° 2).

A pesar de que el defensor del procesado *Vargas Castro* había interpuesto el recurso de apelación en contra de la resolución acusatoria, oportunamente desistió del mismo y solicitó la aplicación de la sentencia anticipada (fs. 110, cuaderno N° 2), diligencia que se cumplió el día 14 de marzo de 1994, según consta en el acta que equivocadamente fue intercalada a folios 189 y 190 del proceso acumulado.

La denuncia formulada por la Directora Administrativa de la entidad afectada, el día 6 de septiembre de 1993, dio lugar a la investigación radicada en la Fiscalía con el número 121818, que corresponde a la radicación número 2121 del juzgado de primera instancia, actuación en la cual sólo se vinculó por medio de indagatoria al imputado *Héctor Segundo Vargas Castro*, y se le afectó con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, de acuerdo con resolución de fecha 22 de febrero de 1994, como probable autor de otro concurso de delitos de peculado por apropiación y falsedad material de servidor oficial en documento público (fs. 88 y 172).

No obstante que el procesado y su defensor solicitaron la realización de la *audiencia especial* de que trata el artículo 37A del Código de Procedimiento Penal, la cual se fijó para el día 14 de marzo de 1994 (fs. 183 y 187), finalmente el fiscal y las partes, a la hora de la diligencia, adoptaron y desarrollaron el procedimiento propio de la *sentencia anticipada*, según se advierte en el acta que erróneamente se anexó a folios 115 y 116 del segundo cuaderno del primer proceso.

Por medio de decisión fechada el 14 de abril de 1994, la Juez Sesenta y Nueve Penal del Circuito decretó la acumulación de los referidos procesos; aprobó el acuerdo de sentencia anticipada celebrado entre el procesado y el Fiscal 142 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito; y en consecuencia, condenó al acusado *Vargas Castro* a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de prisión, multa por valor de un millón de pesos ($ 1.000.000.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por un período de nueve (9) años; le impuso la sanción accesoria de pérdida del empleo que detentaba en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; y le ordenó que solidariamente debía pagar los perjuicios materiales en cuantía de $ 37.059.804.oo; todo ello por haber sido declarado coautor responsable de un concurso de hechos punibles de peculado por apropiación y falsedad material de servidor oficial en documento público.

La decisión de condena fue impugnada en lo atinente a la cantidad de pena impuesta y al monto de la obligación indemnizatoria, pero el Tribunal Superior

de Santafé de Bogotá, por medio del fallo que ahora es objeto de casación, confirmó lo pertinente.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Parte el impugnante de la causal de casación prevista en el numeral 1°, inciso 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, para decir que el fallo acusado ha violado directamente, *por aplicación indebida*, los artículos 13 de la Constitución Política, 8°, 61 y 67 del Código Penal; y 20 del Estatuto Procesal Penal, normas todas de derecho sustancial.

Es bien diferente el tratamiento que se les dispensó a los procesados en estos hechos, repara el demandante, si se tiene en cuenta que *Dora Marlene González Zambrano* resultó condenada a la pena principal de 36 meses de prisión, cantidad de punición que le permitió acceder al subrogado de la condena de ejecución condicional; mientras que su defendido recibió una sanción de 66 meses de prisión, sin ninguna opción en materia de excarcelación, a pesar de la identidad fáctica y de la concurrencia de las mismas circunstancias agravantes y atenuantes.

Advierte el impugnante que no pretende ahora la imposible revisión de la sentencia dictada en contra de la señora *González Zambrano*, como lo entendió el Tribunal en su momento, pues sabe que las circunstancias procesales no lo permiten; sin embargo, no puede ocultarse que, mientras que para la dama resultó beneficioso acogerse al procedimiento del artículo 37, el máximo rigor punitivo sobresale en la decisión tomada en contra de su asistido, a pesar de que adoptó la misma actitud procesal de la cosindicada. El desequilibrio resalta más aún porque *Dora Marlene* aceptó su participación en la adulteración de siete (7) documentos, que totalizan $24.094.871.oo, en tanto que *Héctor Segundo* apenas admite su intervención en la mistificación de dos (2) comprobantes de pago, los cuales solamente ascienden a la suma de $13.014.933.oo.

Ya en lo que atañe a la medición judicial concreta de las consecuencias impuestas a su defendido, el censor formula las siguientes glosas:

La constatación de la ausencia de antecedentes delictivos, unida a la buena conducta anterior del procesado, permite sostener la presencia de circunstancias atenuantes que justifican la aplicación de los mínimos de pena, tal como lo dispone el artículo 67 del Código Penal.

Se aduce como agravante para su defendido la preparación ponderada del hecho punible, pero cómo es posible que no se haya hecho igual señalamiento en relación con la señora *González Zambrano*, no obstante que los dos procesados

voluntariamente aceptaron que los actos delictivos estuvieron precedidos de estudio y preparación para ocultar la verdad.

Resulta excesiva la imputación de la agravante prevista en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, en el sentido de que no entiende cuál es la *posición distinguida* del actor delicuencial, pues tal calificativo no se lo otorgan ni su estrato social (pobreza), ni su grado de ilustración ("acaso bachillerato"), ni el poder en la oficina ("simple cajero" sin facultad de mando). Tampoco le parece coherente que a la otra procesada, en igualdad de hechos y circunstancias, no se le haya connotado con esa condición especial.

También se rompe la igualdad ante la ley y el juez en la conereción de otras penas como la interdicción de derechos y funciones públicas y la multa, pues, al paso que las de *Dora Marlene* se fijaron en 5 años y $ 500.000.oo, respectivamente, las correspondientes a *Vargas Castro* se determinaron en 9 años y un millón de pesos.

Igual desequilibrio objeta en la cuantificación de los perjuicios materiales, en la medida en que por conducto de la ventanilla manejada por su defendido solamente se estableció la distracción relacionada con dos recibos, en cuantía de $ 13.014.933.oo; en tanto que en el cubículo detentado por *Dora Marlene* se determinó un faltante de $ 24.094.871.oo. En sentir del impugnante, cada uno de los sentenciados debe responder hasta el monto del faltante advertido en sus respectivas ventanillas de atención.

En consecuencia, el demandante solicita a la Corte que revoque la sentencia materia de cuestionamiento y, en lugar, que aplique la pena de conformidad con los artículos 61 y 67 del Código Penal y que adecúe el monto de los perjuicios a las condiciones numéricas por él señaladas.

El concepto del Procurador

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal resalta de entrada que la demanda no se conforma con los principios y reglas de técnica elaborados por la jurisprudencia nacional, pues, unas veces se advierte contradictoria, y en otras oportunidades quiere involucrar pasajes de otra sentencia que no es objeto de examen en esta sede.

En punto a demostrar la contradicción interna del libelo, el Procurador señala que la opción por la violación directa de los artículos 61 y 67 del Código Penal y del principio de igualdad, como normas sustanciales, no tolera simultáneamente las discusiones sobre los hechos y las pruebas, pues ello trastornaría el discurso hasta convertir el motivo inicial en una transgresión indirecta o mediata. En efecto:

La sentencia impugnada parte del supuesto demostrado de que la cuantía de lo apropiado asciende a la suma de $ 37.069.804.oo, pero el demandante quiere discutir ahora esta cuestión de hecho para situarla, en relación con el condenado, en la cuantía de $ 13.014.933.oo.

En cuanto al segundo aspecto de los defectos de la demanda, el Delegado dice que cuando *Dora Marlene González Zambrano* se acogió a la sentencia anticipada, antes que el procesado impugnante, se produjo una ruptura de la unidad de proceso y, en razón de tal fenómeno procesal, la suerte de ambos procesados fue definida en sentencias diferentes. De modo que si "...la legalidad de la sentencia sólo puede verse frente a la estructura del proceso al cual pone fin, y a su propio contenido fáctico, axiológico, jurídico y conclusivo, se dirá que resulta ilegítima vía el tratar de romper el fallo mediante la comparación con otro fallo diverso, que es completamente autónomo, en virtud de que igualmente la responsabilidad penal es individual e intransmisible".

No puede el casacionista plantear a la Corte el examen de materias, criterios y pruebas que están comprendidas en una sentencia diversa a la cuestionada en esta sede, máxime si ni siquiera ha sido objeto de impugnación. Sólo el fallo demandado en esta oportunidad señala el marco propio de la confrontación de la legalidad del mismo. Por lo demás, bien puede argumentarse que el yerro judicial radica en esa otra decisión y no en la que es materia de casación.

En relación con el tema de la igualdad, el Ministerio Público responde que sería atendible su discusión en cuanto hubiere un trato discriminatorio, pero en la medida en que se refiera a procesados condenados en el mismo fallo, que no es el caso que ahora se ventila, supuesto que uno y otro aparecen en distintas sentencias, una de las cuales ni siquiera es materia del examen de la Sala por razón del recurso. Por tal motivo, no es posible determinar en concreto, de cara a lo demandado, los conceptos de "mayor drasticidad", o de "mayor beneficio" para uno de los procesados, o de imputación discriminatoria de la agravante de la "preparación ponderada del hecho punible", pues todos estos argumentos suponen unidad de hechos y personas en tanto que soluciones distintas en un mismo fallo, lo cual no cabe racionalmente cuando en la sentencia demandada sólo existe un condenado y se echa de menos el otro elemento para parear los conceptos.

En los demás asuntos relacionados con la cuantía de los perjuicios, razona el Delegado, se vuelve al argumento inicial de contradicción, pues las cuestiones de hecho son ajenas al motivo de violación directa, según el cual el razonamiento jurídico se endereza a mostrar la aplicación indebida de la regla jurídica a los hechos ya definidos, o la falta de aplicación de la misma o su interpretación errónea.

Adicionalmente, el Ministerio Público destaca que la dosificación de la punibilidad en concreto, es decir, referida a cada individuo responsable, no puede resultar igual en la medida que son subjetivos o personalísimos varios de los factores contemplados en los artículos 61 y 67 del Código Penal, tales como "el grado de culpabilidad" y "la personalidad del agente", con lo cual no es posible pregonar la identidad anhelada por el actor.

Por último, en cuanto a la solidaridad para el pago de los perjuicios, el Procurador señala que se trata de un mandato dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil, tanto para los delitos como para las culpas, razón por la cual ni siquiera sería necesario indicarlo en la sentencia.

Estas las razones por las cuales el Procurador Delegado solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

En relación con el interés jurídico para recurrir. El Procurador Delegado repara que la demanda de casación es técnicamente deficiente y confusa, en la medida en que invoca como medio de protección la violación directa de la ley sustancial, pero en el desarrollo del cargo se ocupa contradictoriamente de los hechos y de las pruebas, cuando éstos son supuestos que se aceptan al escoger aquella causal, dado que, si se es consecuente con la opción, la inconformidad radica es en el proceso de adecuación de los hechos, no en su establecimiento. Ello es lo que significa decir que se aplicó indebidamente una norma, o que se dejó de aplicar la procedente, o que se puso en acción el precepto indicado pero no se le interpretó correctamente. Recabar sobre los hechos o las pruebas demostrativas de los mismos, bajo una perspectiva dimensional diferente a la del juzgador, aparte de violar el principio lógico de no contradicción (se niega lo que ya se había reconocido tácitamente al acudir a la violación directa), es una actitud de mayor proyección, pues la discrepancia ya no es meramente de juicio jurídico, sino que se extiende a la entidad de los datos realmente determinados en el proceso, lo cual comportaría, como atinadamente lo sostiene el Ministerio Público, un debate a través de la causal de violación indirecta de la norma sustancial, ya que es indispensable demostrar los errores de hecho y/o de derecho en que pudo haber incurrido el fallador.

De verdad que el demandante se ampara en una cuestión de hecho, no de puro derecho como corresponde a la violación directa, pues insiste en que su defendido sólo acepta la participación en el fraude cometido en y por medio de dos (2) de los recibos de pago, cuya cuantía asciende a la suma de $ 13.014.933.oo, cuando, como lo afirma el Procurador, la sentencia parte del supuesto de una apropiación global que se fijó en $ 37.069.804.oo.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que este proceso culminó por la forma especial de la sentencia anticipada (art. 37 C. P. P.), el yerro más trascendente, antes de llegar a la ameritada falla de técnica en el pedimento, se refiere al *interés jurídico para recurrir*, que se constituye en un presupuesto procesal de la demanda en forma.

En efecto, de acuerdo con el artículo 37B, numeral 4°del Código de Procedimiento Penal, antes de la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997, tanto el procesado como su defensor tienen un límite en el objeto de la apelación de la sentencia anticipada, en la medida en que sólo pueden cuestionar "la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes". Tal restricción tiene un sentido de vinculación lógica con la naturaleza de las formas anticipadas de terminación del proceso, pues, si en estas impera y precede una manifestación voluntaria del procesado en un acuerdo o en la aceptación relacionadas con el hecho delictivo juzgado y su responsabilidad, tales son elementos que ordinariamente no pueden replantearse por aquellos sujetos procesales en los recursos –salvo por nulidad–, pues admitirlo sería tolerar una inusitada retractación del pacto original, lo cual desnaturaliza la significación de participación voluntaria de los sujetos pasivos de la acción penal –procesados– en las decisiones que los afectan, que envuelven aquellas instituciones de la sentencia anticipada y la audiencia especial (Const. Pol., art. 2°). De este modo, en tratándose de estas figuras especiales, la competencia del superior funcional se configura no sólo por la limitación a "los aspectos impugnados" por la parte apelante, como lo dice el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, sino que también ha de constatarse que tales aspectos sean impugnables, de acuerdo con el artículo 37B del mismo ordenamiento.

Ahora bien, esa posibilidad restringida de impugnación se refiere tanto a la apelación como al recurso extraordinario de casación, primero, porque la secuencia lógica y altamente integrada del proceso penal indica que la Corte no puede ocuparse de asuntos que ni siquiera podían ser examinados por el *ad quem*, en el entendido adicional de que el objeto del ataque extraordinario es la sentencia de segunda instancia dictada por el tribunal y no el contenido integral del proceso o de cualquiera de las decisiones adoptadas en él (art. 218 C. P. P.); y, en segundo lugar, porque, si la limitación de la materia de impugnación obedece al propósito legislativo de impedir una retractación caprichosa del procesado, sería un absurdo que la misma se propiciara en sede de casación, en desmedro de la coherencia interna del proceso penal.

La dosificación de la pena es una operación jurídica reglada que atiende no sólo a los artículos 61 y siguientes del Código Penal, sino también a las

disposiciones especiales que demande cada evento en particular, pero que también supone establecido el hecho punible no sólo en su facticidad sino también en su correlación jurídica. Ocurre que en el *subjudice*, tanto la medición judicial de la pena como la cuantificación de los perjuicios, se han tomado habilidosamente como mero pretexto por el demandante para volver sobre la entidad de los hechos claramente aceptados en las respectivas audiencias de sentencia anticipada. Véase lo siguiente:

En el proceso número 2122 de la radicación del Juzgado de Circuito, correspondiente a la instrucción número 118937 de la Fiscalía General de la Nación, el procesado y su defensor "*de común acuerdo manifiestan que es su voluntad acogerse a la sentencia anticipada...*"; el fiscal le hace saber al sindicado que deberá responder *de acuerdo con la resolución de acusación del 8 de febrero de 1994*, es decir, como *coautor* de los hechos punibles de peculado por apropiación y falsedad material de empleado oficial en documento público, realizados en concurso homogéneo y sucesivo, en los términos de los artículos 133, inciso 2° y 218 del Código Penal, según hechos relacionados con los recibos de caja número 2642536, 2602925, 2642534, 2544057, 2603448, 2576439 y 3072620, cuya defraudación y cuantía asciende a la suma de $ 24.044.871.oo. Con tales especificaciones y precisiones advertidas por la Fiscalía, el procesado acepta la totalidad de los cargos, según se lee en el acta de folios 189 y 190, incorrectamente intercalada en la radicación número 2121.

En el proceso número 2121, que corresponde a la instrucción número 121818, el procesado y su defensor expresan que voluntariamente se acogen al procedimiento de sentencia anticipada y aquél acepta los cargos por coautoría en un concurso de hechos punibles de peculado por apropiación y falsedad material de empleado oficial en documento público, deducidos en la resolución de situación jurídica del 22 de febrero de 1994, y que fueron los mismos que exhibió la Fiscalía en dicha diligencia de terminación anticipada, cargos relacionados con la adulteración de los recibos de caja distinguidos con los números 2622135 y 2622136, por cuyo medio el sindicado se apropió de la suma de $ 13.014.433.oo. Tal aceptación de responsabilidad quedó prístinamente consignada en el acta que aparece a folios 115 y 116, equivocadamente legajada en el expediente número 2122.

Es por lo antes dicho que, tanto en relación con la medición de la pena como con la tasación de perjuicios, resulta desleal y fuera de contexto que el demandante afirme que "*Mi defendido acepta la participación en dos comprobantes de pago totalizando su cuantía en $ 13.014.933.oo*"; o que "*La cuantía no responde a lo que en el proceso se comprobó, ya que en la ventanilla manejada por mi defendido solamente se estableció una doble conducta por cuantía de $ 13.014.933.oo. de*

su parte a Dora Marlene GonzàLez Zambrano se estableció un faltante de $ 24.094.871.oo"; y que "*La sentencia dictada por la Juez 69 Penal del Circuito de esta ciudad, menciona en su parte motiva una solidaridad en la responsabilidad de estos $ 24.000.000.oo. Pregunto: Podrá ser sujeto pasivo de esta condena quien no ha estado vinculado en el proceso?*" (fs. 32 y 34).

Este falso supuesto de hecho, basado en el desconocimiento de la anterior aceptación de responsabilidad en el fraude relacionado con 7 comprobantes de caja, primero, y con otros dos, después, si se quiere, es el fundamento relevante de la pretensión de remover la sentencia de segunda instancia en sede extraordinaria de casación. En este sentido, basta entonces la respuesta de la falta de interés para recurrir, acomodado como queda dicho pretexto a la situación normativa y jurisprudencial antes explicada.

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

Resuelve:

No casar el fallo 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/ DEROGATORIA DE UNA LEY/ REFORMATIO IN PEJUS

La aplicación indebida de las normas sustanciales implica que el sentenciador falló en su selección, en tanto que su interpretación errónea supone que el contenido otorgado a la norma no es el que corresponde, aún cuando está bien seleccionada, generándose en un caso u otro, efectos completamente diversos conforme se desprende de lo que presupone el ataque por una cualquiera de las vías enunciadas, lo que desde un principio hace contradictorio el cargo e imposibilita su análisis de fondo.

Por otra parte, en todas las hipótesis de violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar los hechos y las pruebas como fueron apreciados en las instancias. Así parece que quiso hacerlo el libelista, pero no logró en últimas demostrar uno cualquiera de los yerros endilgados sino que faltando a la claridad y precisión que se demanda en esta sede, habló indiscriminadamente de lo que la doctrina ha dicho acerca de la tentativa, al cabo de lo cual nada concluye con relación a la situación concreta de su representado.

Ha de recordarse que siendo la demanda de casación un juicio técnico-jurídico a la sentencia censurada, debe contener aparte de los supuestos técnicos arriba puntualizados, los razonamientos tendientes a la demostración de la causal alegada, evidenciando el yerro endilgado al fallador, esto es, develando la falta de aplicación o la errónea selección de las normas sutanciales según el caso.

Las nulidades en el proceso penal, tienen como fin restarle eficacia al acto que se supone irregular y así se le impide producir las consecuencias jurídicas que le son propias. En virtud de lo anterior, la actuación efectuada con desconocimiento de las garantías de los sujetos procesales o la

vulneración a los principios constitucionales debe ser declarada nula por cuanto se supone irritualmente practicada.

En tal sentido, la nulidad por si sola no existe, de ella se deben desprender los efectos nocivos que generen la imposibilidad de continuar con el trámite cuando de este se puedan generar vicios en todo o en parte del proceso y en esta sede extraordinaria implica para quien la proponga su demostración y de la trascendencia del yerro enunciado.

La derogatoria de una ley, sea expresa o tácita, implica que esta deja de tener efectos, por contener disposiciones que son contrarias o porque la nueva normatividad modifica parcialmente las anteriores.

En el caso de la ley 23 de 1991, en su artículo 1o, numeral 11 asignó a los Inspectores de Policía el conocimiento de algunas contravenciones, dentro de las que se encuentra el hurto simple cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales. De tal contenido no se desprende que por ello haya derogado el artículo 372, pues de ser así muchas de las conductas que cobija el citado artículo quedarían en el aire, al no estar reguladas expresamente la ley 23 de 1991.

El Constituyente Delegado, quiso regular con este la institución de la Reformatio, aquellas situaciones en las que se vea afectado el carácter dispositivo del derecho a la defensa por la agravación de la pena, en los casos de único apelante, sin que le sea dable al juzgador entrar a determinar las situaciones en las cuales procede, cuando como en este, su omisión es evidente.

Necesario resulta aceptar que el principio de la Reformatio In pejus también se predica de aquellas situaciones en las que aún cuando la dosificación punitiva efectuada dentro de los límites legales sea muy benigna, se absuelva por una conducta, se elimine una circunstancia de agravación punitiva o se reconozca una atenuante específica.

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

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

Aprobado Acta No. 63 (05-06-97)

Rad. 8881

VISTOS

Dentro del proceso acumulado que adelantaba el entonces Juzgado Veintiuno Superior de Bogotá, se profirió sentencia condenatoria el siete (7) de julio de 1992, por parte del Juzgado Setenta y cinco Penal del Circuito, en la que se tomaron las siguientes decisiones: A Mauricio Camelo Rojas impuso la pena principal de 19 años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio (3), uno consumado en Germán Plazas Monroy y otros 2 imperfectos en Ilva Cecilia Monroy de Plazas y Germán Plazas Dennis, Hurto Calificado y Agravado en el grado de tentativa en contra de los mismos. Concierto para Delinquir, y Hurto Calificado y Agravado, cometido en contra de la Señora Isabel García, y denunciado por ella. (Cfr. Infra Nos. 5 y 2 acápite hechos).

Al Señor Orlando Sánchez Rodríguez o John Alexander Sánchez Torres le impuso la de 20 años de prisión como coautor del concurso de delitos anteriormente descritos pero con la precisión de que se le condenaba además por el delito de hurto calificado y agravado, consumado y en concurso, con otros hechos, que denunciaran Ana Lucía Olarte y Manuel Safi Cabezas.

Por los delitos de Concierto para Delinquir y Hurto Calificado y Agravado condenó a Luis Fernando Salinas Valderrama a la pena principal de 60 meses de prisión, frente a los hechos denunciados por Isabel García de Jiménez.

Luis Eduardo León Quintero se hizo acreedor a una pena privativa de 50 meses de prisión por los ilícitos de Concierto Para Delinquir y Hurto Calificado y Agravado, cometido en las mismas circunstancias del anterior.

Allí mismo se condenó a Maximiliano Sandoval Gaitán a 40 meses de prisión por los delitos de hurto calificado y agravado, en concurso, y receptación cometidos contra Arcesio Navarro Leyva y la administración de justicia respectivamente.

Finalmente se absolvió en el citado fallo a Nelson Armando Galvis Forero de los cargos por los cuales se le había vinculado al proceso relativos al delito de concierto para delinquir.

Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia del 16 de diciembre de 1992, la modificó en el sentido de precisar que la sentencia proferida contra Mauricio Camelo Rojas y Orlando Sánchez Rodríguez o Johnny Alexander Sánchez Torres, procede por los delitos de Homicidio Consumado en el joven Germán Plazas Monroy y Homicidio en el grado de Tentativa en Germán Plazas Dennis, Concierto para Delinquir y Hurto Calificado y agravado en la forma

indicada con anterioridad, y se les absuelve respecto del delito de Homicidio en el grado de Tentativa en Ilva Cecilia Monroy de Plazas.

En todos los casos suprimió el agravante consagrado en el numeral 10. del artículo 351 del Código Penal.

La Procuradora Doce en lo Judicial-Penal de Bogotá, y los defensores de los procesados Mauricio Camelo Rojas y Luis Fernando Salinas Valderrama interpusieron demandas de casación, las que presentadas oportunamente la Corte declaró ajustadas a las formalidades legales.

Rendido el respectivo concepto por el Señor Agente del Ministerio Público, es el momento procesal oportuno para la decisión de fondo. A ello se procede.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL.

Se refieren aquellos a la comisión de varios hechos delictivos durante el año de 1989, por parte de una banda de atracadores en algunos sectores del norte de la ciudad y que el Juzgado de conocimiento acertadamente resumió así:

"1-. Alrededor de las 8 p.m., del 19 de enero, en la Diagonal 148 No 30-04 interior 1, cuando la Señora Ana Lucía Olarte delgado abrió la puerta de su apartamento (sic) fue sorprendida por 4 sujetos armados quienes después de someterla junto con los restantes moradores, se apropiaron de los electrodomésticos, joyas, cámara fotográfica, dinero en efectivo y vehículo Renault 4. modelo 1979 placas FS 1313, bienes avaluados por la denunciante en $3.000.000.oo.

2-. "El 8 de febrero en la Diagonal 88 No 27-34 Liliana Rosero se disponía a cerrar la puerta del garaje después de haber guardado el automotor Renault 18, modelo 81, placas AN 3879, motor 0000004858, serie No 8 0031773, fue encañonada por dos individuos obligándola a penetrar a la residencia y facilitándole el acceso a tres de sus compinches. En el interior reunieron a los moradores en una habitación y valiéndose de armas de fuego los obligaron a tenderse boca abajo, tapándoles con mantas y mientras unos vigilaban los demás buscaban y agrupaban los objetos de valor llevándose además del automóvil identificado, dos televisores a color de 24 y 14 pulgadas, equipo de sonido Pionner, grabadora Hitachi, amplificador Sancio 55, caja de cubiertos de plata 1900 mango de marfil, porcelanas italianas "La familia Pérez", estimándose la cuantía de lo apropiado en $4.800.000.oo por su denunciante Isabel García De Jimenez. Complementaron su mala acción accediendo carnalmente y mediante violencia a Liliana".

3– "En la calle 125 No 98-82 residencia de la Señora Clara Cecilia Forero, un grupo de personas que celebraba la creación de una sociedad comercial al atender el llamado del timbre, fue desagradablemente sorprendida por la súbita presencia de seis sujetos armados de revólver y pistola quienes luego de reducirlos a la impotencia los sometieron a requisa minuciosa obligándolos a entregar sus pertenencias, avaluadas en $2.500.000.oo. En los mismos hechos María Helena Herrera Martínez fue sometida por la fuerza a acceso carnal".

4– "El 17 de febrero a eso de las 10:30 en la calle 74 A No 20-48 encontrándose Manuel Safi Cabezas departiendo con algunos amigos, fueron sorprendidos por un grupo de cinco jóvenes armados que los obligaron a tirarse al piso y después de afanosa búsqueda de objetos de valor se apropiaron del vehículo Mazda 323 NS Modelo 1988, placas AV 1752, 4 televisores Sony, equipo de sonido Silver, teléfono, ropa, documentos y enseres estimados en la suma de $10.000.000.oo".

5– "Aproximadamente a las 7:30 de la noche del 20 de febrero, los señores Germán Plazas Dennis, Ilva Cecilia Monroy de Plazas y Teresa Monroy de Pérez, llegaron a su residencia ubicada en la transversal 30 No 81-11 y en el preciso momento que Germán Plazas Monroy terminaba de cerrar la puerta del garaje, fueron sorprendidos por tres individuos armados, uno de los cuales exigía la entrega de las llaves del rodante, la respuesta del joven fue abalanzarse contra el agresor quien accionó el arma logrando herirlo mortalmente y en su huida viendo que la progenitora de su víctima quiso perseguirlo percutió el revólver sin hacer blanco, entre tanto Germán (padre) sostenía forcejeo con otro de los facinerosos llevando la peor parte como quiera que resultó lesionado, mas logró desarmar a su agresor, como consecuencia de estos hechos Germán Plazas Monroy falleció".

6– "A eso de las 11 p.m. del 27 de abril a la altura de la carrera 41 con calle 217 cuando el señor Arcesio Navarro Leyva conducía su vehículo "Chevrolet Trooper", modelo 89, blanco, cabinado, placas BAC– 159, so pretexto de una requisa fue obligado por quien lucía prendas de uso exclusivo de la policía nacional a detener la marcha y descender del rodante, haciendo presencia dos sujetos más y después de atarlo de pies y manos y dejarlo abandonado en un potrero se apropiaron del campero y bienes que en el mismo se transportaban en cuantía de $9.000.000.oo".

En cuanto a los hechos denunciados por la Señora Ana Lucía Olarte Delgado (cfr. No.1), la investigación fue iniciada por el Juzgado Treinta y dos de Instrucción Criminal, el cual profirió resolución de acusación el 1o de febrero de 1990 en contra de Jhonny Alexander Sánchez Torres y Carlos Arturo Páez como autores del delito de Hurto Calificado y Agravado. (frente a éste último se dictaría luego cesación de procedimiento por muerte del procesado).La

decisión cobró ejecutoria el 1o de marzo siguiente, por no haber sido recurrida por los sujetos procesales.

Por su parte, al Juzgado Cuarenta y Cinco de Instrucción Criminal le correspondió adelantar la investigación por los hechos que denunciara la Señora Isabel García de Jiménez (cfr.No.2), Despacho que profirió resolución acusatoria el 15 de agosto de 1989 en contra de Orlando Sánchez Rodríguez (alias Jhonny Alexander Sánchez Torres); Luis Eduardo León Quintero, Luis Fernando Salinas Valderrama y Mauricio Camelo Rojas, como autores de los punibles de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado de que tratan los artículos 350 ordinales 1o, 2o y 3o y 351 ordinales 4o, 6o, 9o, y 10o.

También dictó acusación contra Maximiliano Sandoval Gaitán por el delito de receptación y Nelson Armando Galvis Forero por el punible de Concierto para Delinquir.

La anterior decisión fue apelada por el defensor del procesado Sandoval Gaitán, pero antes de ser resuelta desistió del recurso el cual le fue aceptado por el Tribunal Superior de Bogotá el 28 de noviembre de 1989.

Por lo hechos denunciados por la Señora Clara Cecilia Forero (cfr. No.3), el Juzgado 101 de Instrucción Criminal profirió Resolución de Acusación el 15 de enero de 1991 contra Luis Fernando Salinas Valderrama por el delito de Hurto Calificado y Agravado de que tratan los artículos 350 y 351 numeral 9o y 372 del Código Penal; también profirió acusación contra el extinto Carlos Arturo Páez por los punibles de hurto agravado y Acto Sexual Violento agravado, decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno.

De la denuncia instaurada por el señor Manuel Safi Cabeza (cfr.No.4) conoció el Juzgado 87 de Instrucción Criminal que dictó Resolución Acusatoria el 18 de abril de 1990 en contra de Orlando Sánchez Rodríguez y Luis Eduardo León Quintero como autores del delito de Hurto Calificado y agravado, artículos 350 ordinales 1o, 2o y 3o y 351 ordinales 6o, 9o y 10. Tampoco se interpuso contra ella recurso alguno.

Por el delito de homicidio en Germán Plazas Monroy, Germán Plazas Dennis e Ilva Cecilia Monroy de Plazas (cfr.No.5) en sus modalidades de perfecto e imperfecto, el Juzgado 45 de Instrucción Criminal elevó pliego de cargos el 9 de junio de 1989 a Mauricio Camelo Rojas alias "Pedro Enrique Sánchez Rodríguez" y a Orlando Sánchez Rodríguez alias "Jhonny Alexander Sánchez Torres", conforme a los artículos 323 y 324 ordinales 2o y 7o en concurso con el punible de Hurto Calificado y Agravado (tentativa) artículos 349, 350 numeral 1o; 351 ordinales 6o, 9o, 10o y 372 numeral 1o y Porte Ilegal de Armas.

El 7 de diciembre de 1989, el Tribunal Superior de Bogotá desató el recurso de apelación interpuesto en su contra y allí revocó la acusación que se había formulado contra los procesados por el delito de Porte Ilegal de Armas. En lo demás la confirmó.

El Juzgado 32 de Instrucción Criminal, atendiendo a los parámetros del artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, profirió Resolución de Acusación el 15 de mayo de 1991 contra Maximiliano Sandoval Gaitán, como autor del delito de Hurto Calificado y Agravado de que tratan los artículos 349 y 350 numeral 1o, 351 numerales 6o, 9o y 10o y 372 numeral 1o, referidos a los acontecimientos sufridos por Arcesio Navarro Leyva y descritos en el numeral 6 de los hechos. La decisión así proferida, no fue recurrida por ninguno de los sujetos procesales.

Cada uno de los procesos en mención fueron acumulados paulatinamente por el entonces Juzgado 21 Superior, hoy 65 Penal del Circuito, en cuyo trámite declaró extinguida la acción penal seguida en contra del procesado Carlos Arturo Páez Ochoa, por muerte del mismo y en consecuencia ordenó la cesación de todo procedimiento seguido en su contra, el 20 de junio de 1991.

Luego, llegado el momento procesal oportuno el citado despacho dictó la sentencia de primer grado que al ser apelada recibió confirmación del Tribunal Superior de Bogotá, con las modificaciones de absolver a Mauricio Camelo y Orlando Sánchez Rodríguez por la tentativa de homicidio de Ilva Cecilia Monroy de Plazas y suprimir la deducción de la circunstancia agravante del numeral 10 del artículo 351 del C.P. en todos los delitos de hurto agravado en que se produjo, no obstante lo cual mantuvo las penas impuestas por el a quo.

Las demandas de Casación

1. Presentada a nombre del procesado Mauricio Camelo Rojas.

Cargo Unico

Al amparo de la causal primera impugna el censor la sentencia de segunda instancia, por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 22, 186, 322, 324 numerales 2o y 7o, 349, 350 numeral 1o, 351 numerales 6o y 9o, y 372 numeral 1o del Código Penal y 391 del Código de Procedimiento Penal. Según el libelista, el sentenciador equivocó la interpretación jurídica de las normas aplicadas.

Acto seguido hace referencia a lo que doctrinariamente se ha dicho sobre el "Concepto Dogmático de La Tentativa", discurso que inicia con la explicación de

los principios sobre los cuales está edificado nuestro Código Penal, cuya columna vertebral lo constituye el principio de la tipicidad; refiere luego lo concerniente a la tentativa como uno de los dispositivos amplificadores del tipo y trae a colación lo que la doctrina nacional y extranjera han dicho al respecto, pero sin llegar a ninguna conclusión sobre la situación de su defendido.

Luego se dedica al tema del delito de hurto calificado y entra a explicar lo relativo a su adecuación típica y a las situaciones de calificación y agravación de la conducta, centrándose especialmente en lo que se debe entender por violencia moral y por violencia física.

Lo anterior para culminar su alegato diciendo que en el caso del sentenciado Mauricio Camelo Rojas no participó en los delitos puntualizados en la sentencia censurada de que tratan los artículos 22, 323, 324 numerales 3o y 7o, 186, 349, 350 numeral 1o, 351 numerales 6o y 7o y luego expresa que "si se condenó por una conducta atípica, el fallador violó de manera directa la ley sustancial en el momento de aplicar las normas ya citadas, omitiendo dar aplicación a (sic) los art. 248 del C de P.P".

2. Presentada a nombre de Luis Fernando Salinas Valderrama.

Dos cargos formula el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, uno principal y otro subsidiario, así:

Primer Cargo:

Con fundamento en la causal primera, cuerpo primero acusa el fallo por violación directa, por aplicación indebida del artículo 186 del Código Penal, con lo que "se violaron directamente los Arts. 3., 1. y 6, del C.P; Art. 10 Norma Rectora del C.P.P. y el inciso tercero del Art. 29 de La Constitución Nacional" al condenar a su representado por el delito de concierto para delinquir.

Se refiere a la reseña que hizo el Tribunal sobre los elementos estructurales del delito, esto es, a) la pluralidad de sujetos activos, b) la existencia de acuerdo criminal entre tales sujetos, c) la finalidad de cometer 'delitos' y d) la organización y permanencia; comenta al respecto que sobre el primer elemento no hay discusión; pero, en cuanto a la existencia de acuerdo criminal, afirma que de los siete procesos acumulados, sólo en dos de ellos se le endilgó participación a su defendido lo que se constituye, "en indicio leve de que el mismo estaba concertado, mas no es elemento estructurador como equivocadamente lo afirmó la señora Juez en primera instancia".

Lo anterior, porque en los hechos que se dice participó Salinas actuaron también otras personas y no la totalidad de las que componían la supuesta banda. De este procesado se puede decir, a juicio del demandante, que no realizó acuerdo con sus acompañantes para la realización de los hechos delictivos.

En cuanto al tercer elemento, esto es, la finalidad para cometer delitos, considera que estos deben ser indeterminados y en el caso que nos ocupa fueron determinados "en el momento que al pasar por los lugares de los hechos, sus moradores dieron la oportunidad, lo que los llevó a Acordar...determinando la clase de delito a cometer, los sujetos pasivos y el lugar".

Respecto de la concertación, de que trata el último elemento estructurante, dice el censor que esta no se configura al no existir organización, pues los actos se ejecutaron ante la oportunidad ofrecida por los afectados en tales hechos. Sobre la permanencia dice que hubo equivocadas apreciaciones de los medio probatorios que no es del caso tratar, pero reitera, para desvirtuar tal elemento, que a su representado sólo se le vinculó en dos de los siete procesos, lo que demuestra que su participación en la banda fue esporádica y mínima en comparación con el número de delitos.

Como respaldo de sus afirmaciones refiere algunas citas doctrinales y jurisprudenciales para concluir que el único elemento estructurador que se configura sobre este reato es la pluralidad de sujetos activos; por lo tanto, la conducta desplegada por Salinas carece de los elementos que exige el artículo 186 del Código Penal y en consecuencia es atípica.

Luego, abandonando por completo el tema en cuestión asegura que hubo aplicación indebida del artículo 372 , numeral 1o, del Código Penal, con lo cual considera que se violaron normas de carácter sustancial como son el artículo 1o numeral 11 y artículo 17 de la ley 23 de 1991, el artículo 2o de la ley 153 de 1887, el inciso tercero del artículo 29 de la Constitución Nacional.

Explica el libelista que el artículo del cual pregona su aplicación indebida fue derogado por el numeral 11 del artículo 1o de la ley 23 de 1991 y luego, afirma "que al efectuarse la conducta descrita en la norma en cita, sin que concurran elementos calificantes o calificantes (sic), ya sean genéricos o específicos; tampoco la conducta conlleva el agravante genérico del Numeral 1. del Art. 372 del C.P. si la cuantía supera los cien mil pesos, pues el requisito exigido por el citado numeral 11. del Art. 1o de la Ley 23 de 1991, es que no supere los diez salarios mínimos mensuales legales; que si los superara, no por eso tampoco se estructuraría la circunstancia agravante del Art. 372 del C.P., sino que dejaría de ser una contravención especial, para convertirse en delito".

Pero además manifiesta que el citado numeral 1o del artículo 372 es contrario a la ley 23 de 1991 y ha de tenerse en cuenta que el querer del Legislador era despenalizar el hurto cuando la cuantía no excediera de diez (10) salarios mínimos mensuales y al no concurrir en esa conducta agravantes ni calificantes quedó relegada a contravención especial.

Para el censor "sería un exabrupto, afirmar que cuando la conducta de hurto, así no supere los diez salarios mínimos mensuales, pero supere los cien mil, concurra con otro agravante o calificante, tiene aplicación el Numeral 1. del Art. 372 del C.P., pues esto equivaldría a legislar por quien aplica la norma".

Al entrar en vigencia la ley 23 de 1991 con posterioridad al artículo 372 del Código Penal, aquella prevalece sobre ésta y en consecuencia con la indebida aplicación del prenombrado artículo 372 también hubo violación directa del artículo 2o de la ley 153 de 1887.

Cargo Subsidiario:

Solicita en esta oportunidad se decrete la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, pues considera que se ha configurado la causal 3ª del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

En lo que podría denominarse demostración del cargo enunciado, comenta que a su defendido Luis Fernando Salinas Valderrama una vez se le notificó la sentencia de primera instancia, inmediatamente revocó el poder que había conferido al profesional del derecho que lo venía asistiendo y en esa misma fecha, esto es, el 13 de julio de 1992, manifestó que interponía contra esa decisión recurso de apelación.

No obstante, el citado profesional, ante el desconocimiento que tenía de la revocatoria de su poder, presentó alegatos sustentatorios del recurso, el 21 de julio del mismo año, al tiempo que en atención al poder que Salinas Valderrama le había conferido al aquí recurrente el 4 de agosto siguiente, sustentó oportunamente el recurso de apelación interpuesto por el procesado.

En tales condiciones, cuando el Dr. Matute Turizo –anterior defensor- presentó el respectivo alegato, ya no estaba legitimado para hacerlo, porque con anterioridad se le había revocado el poder.

La causal de nulidad, agrega, consiste en que el Tribunal no hizo la más mínima referencia al alegato por él presentado, sino únicamente a lo alegado por el anterior defensor, actuación que considera improcedente por no ser dicho profesional el

legitimado para sustentar el recurso, y en cambio sí se ha debido debatir lo planteado por él.

Se ha desconocido en tal forma el derecho a la defensa consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, y por lo tanto solicita se invalide la sentencia recurrida.

3. Presentada por la Procuradora Doce Judicial Penal ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.-

Cargo Unico:

Considera la libelista que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial en forma directa por interpretación errónea del artículo 31 de la Carta Política, pese a la modificación que se hizo de la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a Mauricio Camelo Rojas y Orlando Sánchez Rodríguez o John Alexander Sánchez Torres por el delito de tentativa de homicidio y suprimió un agravante específico para el delito de hurto por el que se condenó a los procesados antes mencionados y a Luis Eduardo León y Luis Fernando Salinas Valderrama, negó el alcance que se debe derivar del citado canon constitucional.

Acorde con lo reiterado por esta Corporación en cuanto que la transgresión al artículo en referencia debe atacarse por la vía de la causal primera y no por la de nulidad, y por tanto admite los hechos y las pruebas como vienen dados en las instancias, fundamenta su reproche en que la graduación punitiva fijada en la segunda instancia, no tenía por qué permanecer incólume frente a las modificaciones punitivas allí introducidas.

Lo anterior, agrega, porque no obstante habérseles absuelto por un delito y suprimírseles un agravante específico, esto en nada incidió para que el monto de la pena principal fuera disminuido como tenía que serlo. El ad quem debía entrar a disminuir el porcentaje respectivo que por el concurso les implicó un incremento en primera instancia.

Para demostrar la realidad de tal fundamento acude a un aparte del pronunciamiento que hiciera esta Corporación el pasado 10 de septiembre de 1992, al cabo de lo cual expresa que el hecho de considerarse por parte del tribunal como benigna la pena impuesta por el a quo, no implica que sea ilegal como para que en la segunda instancia se pudiera estructurar su corrección, en virtud del principio de la legalidad de la pena.

Para la Procuradora, el Juzgado partió de los mínimos establecidos en la ley y realizó una apreciación que no desconoció los límites punitivos fijados en la ley.

Solicita finalmente se Case Parcialmente la sentencia de segunda instancia y en su lugar se profiera el fallo de reemplazo con los ajustes pertinentes.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Respecto del libelo presentado a nombre de Mauricio Camelo Rojas, advierte la delegada que el mismo contiene numerosos yerros técnicos, resaltando, en primer término, el relativo a invocar una aplicación indebida de algunos preceptos para luego afirmar, sobre los mismos, que hubo una equivocación en la interpretación jurídica de las normas, con lo que invoca dos vías de violación diversas y excluyentes.

La falla en cuestión entraña una inconsistencia tal que imposibilita el análisis del cargo por cuanto las consecuencias de una y otra vía resultan totalmente opuestas, en cuanto a que la primera removería del fallo las normas acusadas y la segunda mantendría los preceptos como adecuados dándole el alcance que los mismos contienen.

Critica el hecho de que el libelista no obstante dedique extensa líneas doctrinales y jurisprudenciales, tanto para lo relativo a la tentativa como para el Hurto Calificado en últimas en el escrito hay una total ausencia de demostración del cargo enunciado.

Unido a lo anterior hace referencia a normas que nada tienen que ver con el reproche formulado, como el caso del artículo 182 que tipifica el delito de Concierto para Delinquir.

Sin embargo, lo que para el Ministerio Público hace más confuso el escrito que se estudia es que admitiendo que el censor alegue como sustento de su pretensión la violación directa de la ley sustancial y por tal motivo ha de admitir los hechos y las pruebas como fueron declarados y probados por el juzgador, al hacer el análisis de lo alegado necesario es concluir que en definitiva lo que persigue, es acreditar la no participación de su representado en los hechos en los cuales se encontró probada su presencia y acción, y que por su intento frustrado de atacar la sentencia por la vía directa, no tocó para nada el material probatorio recaudado.

Por lo anterior, concluye que la demanda ha de ser desestimada.

En lo que concierne a la demanda presentada a nombre del procesado Luis Fernando Salinas Salas, se refiere en primer término y como lo impone la lógica del recurso al cargo subsidiario en el cual se acusa la sentencia por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad.

Al respecto, comenta el Señor Procurador que el demandante no hizo un real esfuerzo por demostrar cuál podría ser la trascendencia del yerro enunciado y la forma como pudo afectarse el derecho a la defensa, lo que convierte sus enunciados en una simple inconformidad.

Recuerda que por el carácter técnico-jurídico del recurso de casación, es necesario que el recurrente elabore una demanda en la que se señalen los vicios en forma clara y demuestre su existencia cierta y su incidencia en el fallo, exigencias estas que no pueden ser extrañas a la causal de nulidad aún cuando pueda declararse de oficio, sin que sea suficiente la descripción de algunos actos procesales que por sí solos no contengan las razones por las cuales se han producido y la importancia en la decisión impugnada.

En lo referente al Cargo Principal, y teniendo en cuenta que este se formuló al amparo de la causal primera, hace alusión a los parámetros que se deben tener en cuenta para su demostración, ninguno de los cuales tuvo en cuenta el libelista y antes por el contrario inicia el ataque con la referencia a las pruebas recaudadas, las que, en su sentir, no demuestran la comisión del delito de concierto para delinquir, con lo que se introduce en una alegación impertinente que hace referencia a los falsos juicios de convicción, pues, contrario a lo que declaró probado el Tribunal, parte del supuesto de que Salinas Valderrama no prestó su voluntad a un acuerdo que tenía como finalidad la constitución de un acuerdo criminal.

Hace referencia, el Ministerio Público a todas las consideraciones que fueron tomadas en cuenta por el Tribunal para deducir el acuerdo criminal y que no fueron atacadas por el libelista, en el entendido que por haber invocado la violación directa debía aceptarlos como probados.

En cuanto a la indeterminación de delitos de que habla el recurrente y que entiende como la no identificación previa de los ilícitos que ha de cometer la banda, trae un aparte de la sentencia que desmiente categóricamente tal aserto, lo que lo lleva a calificar de incorrecta la posición del demandante, la que no resiste ningún análisis.

Sobre los elementos de organización y permanencia correspondientes al tipo de concierto para delinquir, considera que los argumentos utilizados para desvirtuarlos no logran derrumbar las presunciones de acierto y legalidad de la sentencia.

Respecto a la aplicación indebida del numeral 1o del artículo 372 del Código Penal, resulta impertinente el intento de demostración de que dicha norma se encuentra derogada por el artículo 17 de la ley 23 de 1991, pues en la sentencia se

tomaron decisiones relativas a hurtos calificados y en tal sentido no vale la invocación de una norma que no está llamada a regular la solución del caso.

De otro lado, no le asiste razón al memorialista en su tesis de que el citado numeral 1o fue derogado por la ley 23 de 1991, de un lado, porque no se encuentra derogatoria expresa de la disposición, ni tampoco cabría deducirse una derogatoria tácita ya que si su fundamento es la contrariedad de una disposición especial posterior con la que se estima derogada, o la regulación in integrum de una específica materia por una ley posterior, ninguna de estas condiciones se encuentra en el evento examinado.

Para aceptar que es contraria, agrega el Delegado "tendría que admitirse que la circunstancia de agravación allí prevista se elimina mutuamente con la descripción contenida en el numeral 11 del artículo 1o de la ley 23 de 1991, lo que no sucede en realidad porque esta definición del hurto simple no cobija mas que a la conducta del apoderamiento de una cosa mueble ajena, al paso que aquella agravante se ha de aplicar no solamente a los delitos de hurto simple (la conducta de apoderamiento sobre cosa mueble cuya cuantía sea superior a diez salarios mínimos legales mensuales) sino también a todas las demás conductas descritas en el Título XIV del Decreto 100 de 1980, por ser una disposición común a los capítulos anteriores al IX de dicho Título".

La hipótesis de la derogatoria tácita tampoco tiene cabida porque ella parte de la base de que la nueva ley regule íntegramente la materia y la ley 23 de 1991 hace referencia a contravenciones especiales, motivo por el cual no puede admitirse que abarque la tipificación de delitos contra el patrimonio económico individual.

Por los anteriores razonamientos, considera que el cargo no debe prosperar.

En cuanto a la demanda presentada por la Procuradora 12 En lo Judicial– Penal recuerda la postura que esa representación ha tenido frente a la garantía que consagra el artículo 31 de la Carta Política en el sentido de que resulta más preciso y eficaz, en esta sede extraordinaria, alegar su violación con fundamento en la causal tercera, por cuanto su desconocimiento conlleva a una violación al debido proceso.

Sin embargo teniendo en cuenta que la Corte ha declarado que es más propio invocar la violación de la ley sustancial, causal primera, ha de admitirse que la demanda que nos ocupa ha sido presentada por la vía adecuada.

En lo relativo al fundamento de la censura, coincide esa representación del Ministerio Público en la necesidad de ruptura de la sentencia, pero no en cuanto al motivo de quebranto de la ley, ya que no advierte en el fallo una equivocada

interpretación del canon constitucional, sino una evidente exclusión de la norma para la regulación de la respectiva situación jurídica.

Lo anterior, por cuanto en el examen de la sentencia no se introdujo un análisis del artículo constitucional, sino que adujo razones relativas a la benignidad de la sanción fijada, a la incorrección en que incurrió al juez a quo y a la impunidad que pueden generar tales actitudes, para cuya demostración acude al respectivo acápite de la sentencia.

No obstante esa falla técnica no impide el reconocimiento del error ni su corrección mediante el rompimiento del fallo y la emisión del que deba reemplazarlo.

Agrega que conforme al pronunciamiento que hizo el Tribunal sobre la absolución a los sindicados Mauricio Camelo Rojas, Pedro Enrique Sánchez Rodríguez y Orlando Sánchez Rodríguez, del delito de homicidio tentado en Ilva Cecilia Monroy, así como sobre la eliminación de la causal de agravación prevista en el numeral 10 del artículo 351 del Código Penal respecto del delito de hurto, era evidente que procedía disminuir también el monto de la tasación así fuera en un día, pero en todo caso proporcional a las eliminaciones antedichas.

Comparte de esta manera la postura de la recurrente en cuanto a que si el fallador de segunda instancia absuelve por alguno de los ilícitos materia de condena en el fallo de primer grado y suprime alguna de las agravantes con incidencia en la fijación de la pena y pese a ello mantiene el mismo quantum de la sanción 'necesariamente se presenta un incremento de pena para los delitos objeto de condenación , que corresponde, exactamente, al aumento que hizo el juzgador de primera instancia por aquellos por los cuales el Tribunal absuelve.

Sugiere entonces la casación parcial de la sentencia para que mediante el fallo sustitutivo se realice una nueva tasación punitiva, acorde con los lineamientos esbozados.

Consideraciones de la Sala

1. Antes de entrar a dar respuesta a las anteriores demandas de casación, se hace necesario proceder a decretar la prescripción de algunas conductas delictivas que fueron motivo de investigación y juzgamiento dentro de las presentes diligencias y por ende, ordenar la cesación de procedimiento en favor de los procesados que se encuentren cobijados por ésta causal de improseguibilidad, a quienes de paso corresponderá deducirles el quantum impuesto en la sentencia por los respectivos hechos punibles.

En efecto, como se anunció en el acápite que trata de los hechos y la actuación procesal, el Juzgado 45 de Instrucción Criminal adelantó investigación por los delitos denunciados por la señora Isabel García de Jiménez (cfr No 2) y profirió resolución acusatoria en contra de Orlando Sánchez Rodríguez (alias Jhonny Alexander Sánchez Torres) Luis Eduardo León Quintero, Luis Fernando Salinas Valderrama y Mauricio Camelo Rojas, como autores de los delitos de concierto para delinquir y hurto calificado y agravado. También acusó a Maximiliano Sandoval Gaitán por el delito de receptación y a Armando Galvis Forero por el punible de concierto para delinquir, último este que resultó absuelto en el fallo de instancia.

Teniendo en cuenta que la anterior decisión fue proferida el 15 de agosto de 1989 pero en realidad quedó ejecutoriada el 28 de noviembre de 1989, fecha en la cual se aceptó el desistimiento del recurso de apelación que había presentado el defensor de uno de los procesados, es claro que los delitos de concierto para delinquir y receptación prescribieron 28 de noviembre de 1994, pues siguiendo los lineamientos del artículo 84 del Código Penal, para tales efectos a partir de la resolución acusatoria se debe contabilizar de nuevo por tiempo igual a la mitad del máximo de la pena fijada en la ley, sin que en ningún caso sea inferior a 5 años.

Así, como la pena fijada en la ley para la época de los hechos, respecto del delito de concierto para delinquir era de 9 años, cuando las personas concertadas actuaren con armas es indudable que el mínimo se cumplió en la referida fecha, situación que también se predica respecto del delito de receptación para el cual la ley fijaba un máximo de 5 años.

Por tanto, habrá de declararse la prescripción de la acción penal respecto de tales delitos y en consecuencia la cesación de procedimiento en favor de los mencionados anteriormente.

Así mismo deberá efectuarse la correspondiente redosificación punitiva, pero antes es necesario aclarar que como el fallador de instancia no hizo un incremento matemático por cada una de las conductas imputadas en razón del concurso, la Sala procederá a realizar el descuento, teniendo en cuenta en el caso concreto la gravedad de los delitos por los que cada procesado resultó condenado, así:

A Mauricio Camelo Rojas se le impuso una pena de 19 años de prisión por los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado (consumado y tentado) y concierto para delinquir, para lo cual partió de 16 años y 6 meses, que aumentó en 2 años y 6 meses en razón del concurso, quantum que se disminuirá en 2 meses que correspondería al concierto para delinquir, quedando reducida la pena inicialmente impuesta a 18 años y 10 meses.

La misma situación se predica de Orlando Sánchez Rodríguez quien fue condenado a la pena de 20 años por los delitos de homicidio agravado, tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado (consumado y tentado) y concierto para delinquir, para lo cual se partió de 16 años y seis meses; pero en razón del concurso se le aumentó 3 años y seis meses; por lo tanto, se le disminuye en dos meses para un total de 19 años y 10 meses.

A Luis Fernando Salinas se le condenó por los delitos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir a la pena de sesenta meses de prisión, partiendo de 40 meses que se aumentaron en la mitad en razón al número de conductas y al concurso; por tanto, se le deducirán 3 meses, para un total de 57 meses de pena total a imponer.

A Luis Eduardo León Quintero se le condenó como autor responsable de los delitos de hurto calificado y agravado y concierto para delinquir, partiendo de 40 meses que se aumentaron en 10 para un total de 50 meses a la cual se le deducen 3 meses para un total de 47 meses de pena a imponer.

A Maximiliano Sandoval se le impuso la pena de 40 meses de prisión por los delitos de hurto calificado y agravado y receptación , a la cual se le deducirá 1 mes, que correspondería al último de los nombrados, para un total de 39 meses de pena a imponer.

En favor de todos los anteriores se ordenará la cesación de procedimiento, incluyendo a Nelson Armando Galvis quien resultó absuelto en las instancias por los cargos que le habían sido imputados. Lo anterior exime a la Sala de hacer pronunciamiento alguno de fondo, respecto de los cargos que estén relacionados con los delitos de concierto para delinquir y receptación, por los cuales se dispondrá la cesación de procedimiento.

2. Demanda Presentada a nombre del procesado Mauricio Camelo Rojas.

Ha estimado el libelista, que en la sentencia de segunda instancia se ha incurrido en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 22, 186, 322. 324,349 numerales 2o y 7o, 350 numeral 1o y 351 numerales 6o y 9o y 372 numeral 1o del Código Penal y 391 del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, en la fundamentación del cargo no logra demostrar los argumentos que esta precisa vía de impugnación exige para derrumbar el fallo atacado, máxime cuando involucra en su enunciado otro motivo, al afirmar que el sentenciador equivocó la interpretación jurídica de las normas.

De un lado, la aplicación indebida de las normas sustanciales implica que el sentenciador falló en su selección, en tanto que su interpretación errónea supone que el contenido otorgado a la norma no es el que corresponde, aún cuando está bien seleccionada, generándose en un caso u otro, efectos completamente diversos conforme se desprende de lo que presupone el ataque por una cualquiera de las vías enunciadas, lo que desde un principio hace contradictorio el cargo e imposibilita su análisis de fondo.

Por otra parte, en todas las hipótesis de violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar los hechos y las pruebas como fueron apreciados en las instancias. Así parece que quiso hacerlo el libelista, pero no logró en últimas demostrar uno cualquiera de los yerros endilgados sino que faltando a la claridad y precisión que se demanda en esta sede, habló indiscriminadamente de lo que la doctrina ha dicho acerca de la tentativa, al cabo de lo cual nada concluye con relación a la situación concreta de su representado.

Ha de recordarse que siendo la demanda de casación un juicio técnico-jurídico a la sentencia censurada, debe contener aparte de los supuestos técnicos arriba puntualizados, los razonamientos tendientes a la demostración de la causal alegada, evidenciando el yerro endilgado al fallador, esto es, develando la falta de aplicación o la errónea selección de las normas sutanciales según el caso.

Lo mismo ocurre cuando se ocupa del tema del hurto calificado, en el que tampoco se encuentra fundamento alguno de la censura antitécnicamente planteada.

Tal circunstancia no permite a la Corte, en virtud del principio de limitación que rige a este recurso extraordinario, entrar a suplir las deficiencias técnicas del libelo, ni el contenido de la alegación, lo cual es suficiente para desestimar el cargo, tal como lo solicita la representación del Ministerio Público.

3. Demanda presentada a nombre de Fernando Salinas Valderrama

a. Cargo subsidiario:

Tal como lo impone la lógica del recurso, se hará referencia en primer término al reproche con el cual el censor pretende un pronunciamiento de nulidad por parte de esta Corporación y que hace consistir en el hecho de que no se le dio respuesta a los alegatos presentados para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Fundamenta el ataque en que una vez se le notificó la sentencia de primera instancia a su defendido Salinas Valderrama este le revocó el poder al profesional

del Derecho que lo venía asistiendo, quien en esa misma fecha manifestó que interponía recurso de apelación contra la citada decisión. No obstante, el citado profesional sustentó el recurso, como también lo hizo el aquí recurrente por el poder que el procesado le había conferido. El Tribunal, al desatarlo, solo dio respuesta a los alegatos presentados por el primer defensor, quien a su juicio, ya no estaba legitimado para hacerlo.

Las nulidades en el proceso penal, tienen como fin restarle eficacia al acto que se supone irregular y así se le impide producir las consecuencias jurídicas que le son propias. En virtud de lo anterior, la actuación efectuada con desconocimiento de las garantías de los sujetos procesales o la vulneración a los principios constitucionales debe ser declarada nula por cuanto se supone irritualmente practicada.

En tal sentido, la nulidad por sí sola no existe, de ella se deben desprender los efectos nocivos que generen la imposibilidad de continuar con el trámite cuando de este se puedan generar vicios en todo o en parte del proceso y en esta sede extraordinaria implica para quien la proponga su demostración y de la trascendencia del yerro enunciado. En la situación concreta de Fernando Salinas lo que ocurrió fue que al momento de sustentar el recurso su nuevo defensor, ya se había vencido el término de ejecutoria formal (fl. 548) pues ello sucedió el 4 de agosto de 1992 y la ejecutoria el 22 de julio del mismo año. No tenía entonces, el Tribunal, que referirse a dicho alegato, amén de que uno y otro abogado discutieron la cuestión de fondo _la participación del condenado en los hechos_ y dicho tópico fue abordado por la sentencia.

De este modo, el cargo no sólo aparece como un enunciado que se plantea en términos inexactos, sino que además no se advierte mengua al derecho de contradicción como quiera que éste se ejerció intensamente y los argumentos de fondo para oponerse a la condena fueron oídos, valorados y decididos.

b. Cargo principal:

Acusa el censor en forma directa la sentencia del Tribunal por aplicación indebida del artículo 186 del Código Penal, con lo cual se violaron directamente los artículos 3o, 1o, y 6o del Código Penal, 10 inciso 3o del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Carta Política al condenar a su representado por el delito de concierto para delinquir.

Como quiera que esta censura hace referencia al delito de concierto para delinquir, por el cual se declarará la extinción de la acción penal por prescripción de la acción y en consecuencia la cesación de procedimiento para los acusados

por esta conducta delictiva, no existe motivo alguno para que la Corte entre a analizar el cargo propuesto.

En lo atinente a la indebida aplicación del artículo 372 del Código Penal resulta absurdo pretender demostrar que este se encuentra derogado por el artículo 17 de la ley 23 de 1991, por ser contrario al numeral 11 del artículo 1o de la citada ley.

Lo anterior por cuanto de su contenido se desprende que esta norma hace referencia al hurto simple y en el caso sub examen se condenó a los procesados por el punible de hurto agravado y calificado sin que haya lugar a predicar incongruencias entre una norma y otra.

Recuérdese que la derogatoria de una ley, sea expresa o tácita, implica que esta deja de tener efectos, por contener disposiciones que son contrarias o porque la nueva normatividad modifica parcialmente las anteriores.

Ninguno de estos eventos es el que se presenta frente al artículo 372 numeral 1o del Código Penal, como pretendió hacerlo creer el censor, pues este presupone un incremento a las penas que cobija independientemente tanto al hurto simple, como al agravado y al calificado cuando la cuantía sea superior a cien mil pesos.

En el caso de la ley 23 de 1991, en su artículo 1o, numeral 11 asignó a los Inspectores de Policía el conocimiento de algunas contravenciones, dentro de las que se encuentra el hurto simple cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales. De tal contenido no se desprende que por ello haya derogado el artículo 372, pues de ser así muchas de las conductas que cobija el citado artículo quedarían en el aire, al no estar reguladas expresamente la ley 23 de 1991.

El cargo no prospera.

4. Demanda presentada por la Procuradora Doce Judicial Penal ante el Tribunal Superior de Bogotá

La Sala se encuentra en total acuerdo con los planteamientos del Ministerio Público y de la censora, en cuanto a la necesidad de casar parcialmente el fallo recurrido por la transgresión al artículo 31 de la Carta Política por parte del Tribunal Superior de Bogotá.

En primer término, es cierto que la norma que se estima vulnerada es de carácter sustancial o material, entendiendo como tal la que determina o consagra derechos y obligaciones, sin que en esa consideración deba tenerse en cuenta su ubicación en los textos codificados.

Por ello, reiterando la postura de la Sala, el artículo 31 de la Carta Política contiene una garantía favorable al procesado, en la medida que impone al Juez de instancia una limitante al momento de dosificar la pena, evitando que en ese ejercicio se incurra en excesos y vigilando que se guarden los parámetros legales mediante su aplicación frente a situaciones en las cuales se desmejore o agrave la situación del procesado cuanto este sea apelante único.

Sin embargo, es cierto, como lo afirma el Procurador Tercero Delegado en lo penal, en cuanto al motivo concreto que la censora escogió para su ataque, pues es evidente que el Tribunal no hizo de la norma una interpretación errónea sino una total exclusión de ella, según se observa en el siguiente aparte:

" Aunque, como se dijo en el capítulo correspondiente a la 'certeza del hecho punible', el fallo apelado será modificado en el sentido de absolver respecto del delito de Homicidio imperfecto en Ilva Cecilia Monroy de Plazas, y suprimir en todos los casos, el agravante contenido en el numero 10 Art. 351 del Código Penal, por los motivos indicados, sin embargo la pena no sufrirá modificación alguna, dada la tasación benigna que respecto de tal proceso trae el fallo de primera instancia, ya que el a-quo, por Concurso Homogéneo de Tres Homicidios Agravados, uno consumado y dos imperfectos, en concurso heterogéneo con concierto para delinquir y hurto calificado –Agravado– en el grado de tentativa, impuso como pena principal 19 y 20 años de prisión respectivamente, partiendo obviamente de 16 años que es la pena mínima para el homicidio agravado, lo que viene a dar un incremento de cerca de un año únicamente, por cada uno de los restantes punibles que integran este doble concurso". (fól 120. Cdno Tribunal).

Tal vez lo que llevó a la Procuradora a estimar que se trataba de una violación de la ley sustancial por errónea interpretación, fue la referencia en el fallo censurado a que la pena no iba a sufrir modificación alguna en razón a la tasación benigna efectuada por el a quo.

Sin embargo, es necesario aclarar que en ninguna parte del pronunciamiento el Tribunal se detuvo a dar explicaciones acerca del artículo 31 Superior, sino únicamente para efectos totalmente diversos a los que nos ocupan, como ocurrió para advertir que no examinaría la situación del procesado Sandoval Gaitán porque el recurso de apelación que se desataba no era extensivo a él y en caso tal se terminaría agravando su situación, lo cual considera, incluso, en capítulo separado del de la punibilidad.

Por ello estima la Sala, con el Procurador, que se trata de una exclusión de la norma y no de una interpretación errónea de la misma, vías de ataque que contienen

elementos que las diferencian, sin que sea posible confundir una u otra para demostrar la violación de la ley sustancial.

Así para que se configure la interpretación errónea de un precepto sustancial, es necesario que se haya seleccionado en forma acertada la norma llamada a regular el caso concreto pero que el juzgador le atribuya un significado que no corresponde a su contenido ya sea porque lo entendió en una dimensión mayor o menor de lo realmente expresado en su texto. Para ello es necesario demostrar que el fallador al analizar la norma equivocó el alcance de la misma.

En cambio, la falta de aplicación o exclusión de una norma de carácter sustancial implica la evidente inaplicación que por un juicio equivocado del Tribunal, lo llevó a desconocer la disposición que estaba llamada a regular el caso concreto de tal forma que ni siquiera es mencionada en los fundamentos del fallo.

Sin embargo, la falla técnica resaltada no desfigura la finalidad de la censura ni comporta obstáculo alguno para proceder a la enmienda de la sentencia, porque es evidente que mediante ella se pretendió demostrar la evidente vulneración del principio de la Reformatio in pejus, amén de que siendo una garantía constitutiva del núcleo normativo – constitucional del debido proceso, a la Corte le asistiría facultad oficiosa para casar el fallo.

En efecto, el Tribunal Superior de Bogotá absolvió a Mauricio Camelo Rojas y Orlando Sánchez o Johnny Alexander Sánchez Torres por el delito de homicidio en el grado de tentativa en la persona de Ilva Cecilia Monroy de Plazas, y para todos los casos eliminó la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 10o del artículo 351 del Código Penal y al respecto así se pronunció:

"En consecuencia la Sala modificará el fallo recurrido en tal sentido, para precisar que la sentencia condenatoria sólo procede respecto de los delitos de Homicidio Consumado en el joven Germán Plazas Monroy y tentativa en Germán Plazas Dennys, y hurto calificado en el grado de tentativa. Igualmente considera necesario la Sala indicar que no procede la deducción de la agravante contenida en el numeral 10o del Art. 351 del C. Penal atinente a la reunión y acuerdo de los procesados en referencia para delinquir en este caso concreto, toda vez que esta conducta está sancionada en el delito de concierto para delinquir, común para todos los procesados, lo contrario sería violatorio del principio non bis in idem. En consecuencia habrá de suprimirse tal agravante".

El Constituyente Delegado, quiso regular con este la institución de la Reformatio, aquellas situaciones en las que se vea afectado el carácter dispositivo del derecho a la defensa por la agravación de la pena, en los casos de único apelante,

sin que le sea dable al juzgador entrar a determinar las situaciones en las cuales procede, cuando como en este, su omisión es evidente.

Si bien es cierto, el Tribunal Superior de Bogotá, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, por parte del procesado Luis Eduardo León Quintero y los defensores de los procesados Mauricio Camelo Rojas, Luis Fernando Salinas Valderrama y Orlando Sánchez Rodríguez o Johnny Alexander Sánchez Torres estaba facultado para realizar las modificaciones punitivas beneficiosas a los recurrentes que dentro de los parámetros legales considerara necesarias, era lo procedente redosificar la pena, máxime cuando la tasación efectuada por el a quo resultó de los incrementos que la pena además sufrió por estos aspectos.

Bajo las anteriores circunstancias, necesario resulta aceptar que el principio de la reformatio In pejus también se predica de aquellas situaciones en las que aún cuando la dosificación punitiva efectuada dentro de los límites legales sea muy benigna, se absuelva por una conducta, se elimine una circunstancia de agravación punitiva o se reconozca una atenuante específica.

Así las cosas, como en la sentencia recurrida se agravó la pena y la situación de los procesados omitiendo su disminución pese al atemperamiento de los cargos, es deber de la Corte casar la sentencia por este aspecto impugnada y corregir el agravio cometido, aplicándola por principio de extensión a todos los condenados. (C.P.P. art. 243) cobijados por la infracción del precepto.

Como a Mauricio Camelo Rojas se le consideró incurso en los punibles de Homicidio consumado y tentado, concierto para delinquir, hurto consumado y tentado, y dado que concurrían solamente circunstancias de agravación se partió de la pena más grave que es la del homicidio agravado con un incremento de medio año, es decir 16 años y seis meses, aumentada en razón del número de conductas punibles y su gravedad al tenor de lo previsto por el artículo 26 del Código Penal en dos años seis meses para un total de diecinueve (19) años de prisión y que por razón de la prescripción se quedarían reducidos a 18 años y 10 meses

Siendo entonces que se le absolvió por una de las tentativas de homicidio –la de menos entidad– se debe rebajar la pena por este aspecto en un mes y medio y por la agravante suprimida del hurto calificado otros quince días, para un total de pena a imponer de 18 años ocho (8) meses.

En cuanto a Orlando Sánchez Rodríguez se le condenó por el delito de Homicidio consumado y tentado –doble–, hurto consumado y tentado, concierto

para delinquir con los agravantes puntualizados para un total de veinte años de prisión, pena que al igual que la anterior, por efecto de la prescripción se debe reducir en dos meses para un total de diecinueve (19) años diez (10) meses, y que con las mismas consideraciones, la pena total a imponer en definitiva es de diecinueve (19) años y ocho (8) meses.

Como la modificación que corresponde a los demás procesados lo es respecto de la agravante consagrada en el numeral 10o del artículo 351 del Código penal, como se dijo, la pena quedaría, para Luis Fernando Salinas a quien se le redujo a cincuenta y siete (57) meses la pena inicial por razón de la prescripción, el total a imponer sería de cincuenta y seis (56) meses quince (15) días y a lo mismo se reduce la de interdicción: a Luis Eduardo León Quintero quien tenía un total de cincuenta meses de prisión, que por el mismo motivo se le redujeron a cuarenta y siete, le quedaría un total de cuarenta y seis (46) meses y quince (15) días de prisión y al mismo término para la pena de interdicción.

La situación del procesado Maximiliano Sandoval no será modificada en este aspecto, porque frente a él no se suprimió la agravante prevista para el hurto, al no habérsele deducido responsabilidad por el delito de concierto para delinquir.

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

RESUELVA

Primero: Declarar prescrita la acción penal que por los delitos de concierto para delinquir y receptación adelantó y dictó acusación el entonces Juzgado 45 de Instrucción Criminal, con base en la denuncia instaurada por la señora Isabel García Jiménez (crf. No. 2) en contra de los procesados Orlando Sánchez Rodríguez, Luis Eduardo León Quintero, Luis Fernando Salinas Valderrama, Mauricio Camelo Rojas, Maximiliano Sandoval Gaitán y Nelson Armando Galvis, y en consecuencia ordenar la cesación de procedimiento en su favor.

Segundo: Desestimar las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Mauricio Camelo Rojas y Luis Fernando Salinas Valderrama, por las razones expuestas en precedencia.

Tercero: Casar parcialmente la sentencia impugnada y en consecuencia modificar las penas impuestas a los procesados por razón de haberse vulnerado el principio de la reformatio In pejus, tal como lo solicitó la Procuradora Doce en lo Judicial.

En consecuencia las penas impuestas a los procesados quedaran con las siguientes modificaciones así, en razón a las rebajas que debieron hacerse tanto por la declaratoria de prescripción como por la casación parcial:

A Mauricio Camelo Rojas es la de dieciocho (18) años ocho (8) meses de prisión, A Orlando Sánchez Rodríguez, la de diecinueve (19) años ocho (8) meses de prisión, a Luis Fernando Salinas Valderrama, la de cincuenta y seis (56) meses y quince (15) días de prisión y a Luis Eduardo León Quintero la de cuarenta y seis (46) meses quince (15) días de prisión. Como a Maximiliano Sandoval solo se le hizo la deducción por el delito de receptación que se declaró prescrito, el total de pena a imponer es de treinta y nueve (39) meses. Se rebajan al mismo quantum las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas impuestas a los tres últimos.

Copiese, Notifíquese 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, Bernardo Gaitán Mahecha. Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

La sustentación del ataque es un alegato en el cual el actor pretende que la Corte deje de lado la valoración probatoria efectuada por el sentenciador, para que en su lugar acoja su criterio y profiera un fallo absolutorio, pretensión que como es sabido no es de recibo en casación, pues se trata de un recurso extraordinario que no tiene por fin que una tercera autoridad entre a mediar entre dos pareceres enfrentados reestudiando las pruebas, en un momento en que el proceso ya ha sido definido por el sentenciador de segundo grado en forma definitiva, sino a verificar si se ha incurrido en algún error trascendente que vicie de ilegal la decisión.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel*

Rad. 8994

Aprobado Acta No. 65

VISTOS

Procede la Sala a resolver las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados *Miguel Armando Villamil Ruiz, Pablo José Benavides Pulecio* y *Julio César Devia*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que revocó la decisión absolutoria dictada por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de la misma ciudad, y en su lugar los condenó como coautores del delito de estafa a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión y multa de trescientos mil pesos ($300.000), y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal; así mismo al pago solidario de mil (1.000) gramos oro por concepto de perjuicios materiales.

Confirmó la absolución del *a-quo* en favor de Carlos Roberto Ramírez Vélez, Germán Gómez Camargo, Jaime Leonidas Cuéllar Morales y Nelson Parada Riaño.

I. Hechos

El Tribunal Superior los relató así:

"Los que fueron materia de investigación se remontan a uno de los varios escándalos financieros que se conocieron al comienzo de la década de los años 80, y se extractan de la denuncia instaurada por la doctora Consuelo Marulanda de Rojas, quien fuera designada por la Superintendencia Bancaria 'Administradora' de la financiera en mención con ocasión a la intervención que dicho ente oficial decretara de la misma el 18 de octubre de 1982 y su nacionalización que ordenara el Presidente de la Republica el 9 de noviembre del mismo año: Afinsa Ltda. se ocupaba de captar dineros del público mediante la expedición y suscripción de títulos valores de contenido crediticio, dineros que también colocaba entre el público a título de mutuo, depósito u otra forma crediticia. La Sociedad '...pertenecia o era dominada por el Grupo Financiero Banco del Estado o Grupo Mosquera, como así era conocido, quien manejaba a su antojo y amaño la citada empresa, la cual captaba ahorros por intermedio del Banco del Estado (...). Como quiera que esta práctica de captar dineros para Afinsa por el Banco del Estado era a todas luces ilegal, en su oportunidad la Superintendencia Bancaria calificando tal hecho como competencia desleal, decidió prohibir tal práctica, mediante Circular 1F No. 017 de 1981'.

"Para burlar la anterior prohibición, agrega, los directivos de Afinsa se idean crear un ente que figure recaudando esos dineros extra-legales, entidad que de entrada no reúne las condiciones serias de convicción en su objeto social, pues se establece con un capital de escasos $50.000.oo que contrasta con las descomunales cifras de dinero que habrá de recibir y manejar; como socios fundadores vienen a figurar Pablo Mojica y Carlos A. Segura, mensajero y conductor respectivamente del Presidente y Vicepresidente Administrativo de Afinsa. Tal ente artificioso se llamó 'La Promotora Nacional Ltda.' en cuyas cuentas el Banco del Estado vino a depositar dichos dineros que se captaban pero quedaban bajo responsabilidad de Afinsa.

"Una vez la Promotora Nacional recibió esos dineros, no permanecieron en su cuenta corriente abierta en el Banco del Estado ni fueron invertidos en operación comercial o rentable, sino que tuvieron la siguiente destinación, establecida por la administradora de la Superintendencia Bancaria, luego de posesionarse de los bienes y haberes de Afinsa:

"a)-'También hubo apropiación de dineros a través de créditos simulados otorgados a personas ficticias, mediante uso de documento de identidad falso y falsedad en la firma o rúbrica, como en los siguientes casos": Timoteo Rozo por $3.000.000.oo; Luis Orobio por $3.000.000.oo; José Ramírez por $3.000.000.oo; Elías Chamorro por $3.000.000.oo, Remigio Avila por $2.450.000.oo y Juan Pérez por $21.950.000.oo.

"b)– 'También hubo suplantación de personas porque la Promotora Nacional, esto es, los directivos de Afinsa que resulten responsables, abrieron una cuenta corriente a nombre de Hugo Alberto Villalobos y Carlos A. Segura, personas aparentemente inexistentes, en donde se consignaban dineros de la Promotora Nacional citada, cuyas chequeras eran manejadas supuestamente por el señor Julio César Devia. Sobre el particular se pueden citar casos concretos de manejos dolosos e irregulares como el hecho de girar setenta millones ($70.000.000.oo)...' Esta suma se hizo efectiva mediante el giro de tres cheques cobrados por ventanilla y con cuyos dineros se adquirieron cheques de gerencia que fueron consignados en otra cuenta de la entidad.

"c)– 'En los libros de contabilidad de Afinsa aparece un faltante por la suma de $720.000.000.oo (...) cabe señalar la categórica aceptación de Armando Villamil Ruiz y Pablo Benavides Pulecio, por la no inclusión en la contabilidad de Afinsa de gal summa (sic), a fin de evitar excesos en los límites legales, esgrimiendo autorización e instrucciones expresa (sic) de los doctores Jaime Mosquera Castro y Eduardo Zambrano Caicedo, según obra a los folios 368 y 404 del Libro de Actas de la Junta Directiva, el cual puede ser materia de inspección judicial'.

"d)– 'Se otorgaron créditos a las siguientes compañías del Grupo Mosquera en cuantía total de cuatrocientos doce millones seiscientos sesenta y ocho mil doscienta (sic) ochenta y cinco pesos ($412.668.285.oo) y sin ninguna garantía...' :Queremal Ltda., El Morichal Ltda., Asesora del Centro Ltda., Asesora Mosquera Steremberg S. en C. y Constructora del Estado S.A., suscribiéndose posteriormente sendos pagarés con los que se trata de mostrar la garantía de esos dineros..".

II. Actuación procesal.

El entonces Juzgado Noventa y Uno de Instrucción Criminal de Bogotá ordenó la apertura de la investigación con base en la denuncia formulada y los documentos aportados por María Consuelo Marulanda de Rojas, agente especial del Superintendente Bancario en la administración de los negocios bienes y haberes de la Compañía de Ahorros Finanzas e Inversiones S.A. "Afinsa", Compañía de Financiamiento Comercial, intervenida y luego nacionalizada por el Gobierno.

El Juzgado antes citado fue comisionado repetidamente por el Juzgado Dieciséis Superior para la práctica de muchas pruebas, delegación conferida posteriormente a los Juzgados Cincuenta, Treinta y Seis, Setenta y Ciento Once de Instrucción Criminal de esta ciudad, quienes durante la investigación vincularon mediante indagatoria, entre otros a Julio César Devia y Miguel Armando Villamil Ruiz, y por declaratoria de persona ausente a Pablo José Benavides Pulecio.

El último de los juzgados de instrucción mencionados decretó el cierre de la investigación y en providencia de marzo 21 de 1990 calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra los procesados antes reseñados como coautores del delito de estafa, y respecto de los demás vinculados como cómplices, excepto tres de ellos a quienes cesó procedimiento.

Apelado el auto anterior, el Tribunal Superior en providencia de fecha febrero 18 de 1991, lo confirmó íntegramente adicionándolo en el sentido de ordenar compulsar las copias pertinentes para que se investigue la conducta de Jaime Mosquera y Eduardo Zambrano Caicedo.

El Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito adelantó la etapa de la causa, durante la cual se practicaron varias de las pruebas decretadas a petición de los defensores de los procesados, y una vez celebrada la audiencia pública, se dictó sentencia absolutoria en favor de todos los enjuiciados.

El representante de la parte civil apeló el fallo, y el Tribunal Superior lo revocó parcialmente para condenar a Armando Villamil Ruiz, Pablo José Benavides Pulecio y Julio César Devia, conforme se puntualizó en precedencia.

III. Las demandas

A. Demanda presentada a nombre de Armando Villamil Ruiz.

Al amparo de la causal primera de casación, segunda parte del artículo 220 del C. de P.P., el censor formula un cargo único así: "Violacion Indirecta (Falta de apreciación). El Juzgador al apreciar unas pruebas (de manera total o parcial) y otras, al dejarlas de apreciar, incurre en falta de apreciación de las mismas en conjunto como lo ordena el art. 254 del C.P.P.".

Luego de transcribir la norma procesal antes citada, hace el siguiente planteamiento:

"Tal proceder del Juzgador permitió la violación (indirecta) de la ley sustancial y la aplicación que en el mismo sentido –de violación-- ofrece en la sentencia, al estructurar el punible contenido en el ar. 356 del C.P. (Estafa), de imposible configuración, violando, como en efecto viola normas sustanciales, como las contenidas en el art. 4 del C.P. (antijuridicidad material), 445 del C.P.P. (presunción de inocencia-in dubio pro reo), 254 de la misma Codificación (apreciación de las pruebas) y art. 1614 del C.C. (Daño emergente y lucro cesante). A mas del art. 29 de la Carta Política. De haberse apreciado, como lo ordena la norma transcrita, en conjunto las pruebas y bajo el criterio de la sana crítica, se hubiese impuesto la presunción de inocencia y la inexistencia del delito, como lo reconoció en su momento el Juzgador de Primera Instancia..., sentencia que se insiste, se incorpora a lo resuelto por la Sala de Decisión del H. Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, que profiriere la decisión de condena, revocando la absolución...

"En suma, al haberse realizado tal apreciación llegó, como en efecto llegó, a una conclusión diversa a la que corresponde, la cual era la de absolver por el cargo enunciado de Estafa; no obstante al no hacerlo, la conclusión es de condena. Ello invita a un reestudio, volver a apreciar los medios probatorios, evitando así la vulneración a las normas sustanciales referidas anteriormente; a su turno se insiste, se aplicó, consecuentemente de manera indebida, el art. 356 del C.P., que contiene la descripción de la Estafa, que de haber apreciado correctamente y de manera integral y en conjunto el caudal probatorio, la consecuencia era la de absolución".

Transcribe jurisprudencia sobre el error de hecho por falso juicio de existencia, y en la primera parte de lo que denomina demostración del cargo se apoya en citas doctrinales y jurisprudenciales para explicar uno a uno los elementos que estructuran el delito de estafa.

En un segundo acápite afirma que el Tribunal partió en la sentencia de condena de una realidad procesal inmutable con relación al llamamiento a juicio, lo cual indica la negación absoluta de las pruebas decretadas, practicadas y debatidas, que fueron tenidas en cuenta por la juez de primera instancia. El ad quem parte de un supuesto contrario a la realidad procesal, la cual fue modificada en el juicio, y que apuntaba a la absolución, o al menos a la duda que en materia penal favorece al sindicado.

"A su turno, cuando se trata de evaluación de pruebas, las descarta con negativa tal que solo produce en concreto la negación del valor de las mismas, sin que se realice un juicio sobre la misma como lo ordena el criterio de la sana crítica y la norma que en comienzo del presente escrito se transcribió (art. 254 del C.P.P.), sobre la valoración de las pruebas.

En suma, se tiene en cuenta por el H. Tribunal las pruebas anteriores a la etapa del juicio, es decir, las pruebas sobre las cuales se edificó el llamamiento a juicio, se aprecia parcialmente algunas (como el caso de la peritación), para negar valor a la misma, sin que se disponga un fundamento sobre la negativa a la valoración de la misma y, sobre manera se observa la ausencia de valoración de aquellas que apuntan a la inexistencia del delito, no obstante existir en el proceso y tener una existencia legal dentro del mismo (como es el caso de las declaraciones del liquidador y del Representante legal de los accionistas de Afinsa, supuesta persona afectada con el delito).

"Ello indica que, como se realizó una evaluación de las pruebas que edificaron el llamamiento a juicio y una apreciación parcial de las que permitían la exoneración (de las que se niega el valor sin debate), se llega a una decisión de condena; prodúcese una violación a la ley sustancial. No obstante si la apreciación se hubiese realizado en conjunto como lo ordena el art. 254..., la decisión hubiera sido de absolución. Por manera que, se impone una nueva apreciación de los medios probatorios en conjunto".

Bajo el subtítulo de "De las Pruebas" asevera que en el pliego de cargos que es acogido por la sentencia de segunda instancia se habla de tres clases de perjudicados: el Estado, los accionistas y los ahorradores. También se señalan otras defraudaciones (cuyo texto trascribe en el libelo), pero las pruebas apuntan a su inexistencia. Ellas son:

a) La escritura pública No. 1688 de mayo 30 de 1989, que protocoliza el acta de devolución y entrega de la sociedad Afinsa "a sus accionistas con activos apreciables, sin que ninguno de ellos" manifestara "insatisfacción o desacuerdo con las personas que tenían el manejo de la misma (hoy sentenciados y condenados por el H. Tribunal)".

b) Declaración de Oscar Steremberg Pinedo, "Representante de los accionistas de Afinsa, en donde se observa con absoluta claridad, la ausencia de perjuicio ocasionado por los hoy condenados", comprobando que "No existe perjuicio y por ello tampoco delito. No existe delito sin daño (art. 4 del C. P.)".

c) Testimonio del liquidador de Afinsa, Ernesto de Francisco quien afirma "igual situación al no encontrar detrimento patrimonial, por parte de los hoy condenados y con referencia a la sociedad Afinsa".

d) "En el expediente también se encuentra prueba de autoridad competente, Superintendencia Bancaria, Fondo de Garantía de Instituciones Financiera..., en donde se demuestra que ni el Estado Colombiano, ni los ahorradores sufrieron

detrimento Patrimonial. Entonces cuál ha de ser el perjudicado? Una estafa sin perjudicado, ni perjuicio?"

e) La prueba pericial sobre la contabilidad de Afinsa que jamás fue objetada por la parte civil, demuestra "la imposibilidad de perjuicio de ahorradores y accionistas".

f) Dice que el Tribunal insiste en la sentencia de condena en el criterio del llamamiento a juicio que precisa el monto de las negociaciones del denominado "Grupo Mosquera" en setecientos veinte millones de pesos, cuatrocientos doce millones de pesos, setenta millones de pesos y otras sumas, cuando en la etapa del juicio "se presentaron pruebas y se llevo a cabo prueba pericial que llevaba a la inobjetable conclusión de la ausencia de apropiación, de defraudación por parte de persona alguna. Así:

"f.1. Carta de la Agente Especial de la Superintendencia Bancaria Dra. Consuelo Marulanda de Rojas, al Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria Dr. Esteban Jamillo Shools, de fecha 30 de mayo de 1983 (número 000516), cuyo concepto de referencia fue: 'Revisión de operación entre Afinsa y Banco del Estado'.La consulta apuntaba a la revisión de operaciones entre las dos entidades en punto de factibilidad jurídica y financiera (que obvio no delictual, el delito no es objeto de revisión, sino de acción penal),por lo que se presenta la demostración de ausencia de obtención de provecho o vulneración de patrimonio alguno. Me remito a la carta, sin transcribirla, en deseo de mejor apreciación por parte de la H. Corte de lo dicho por nosotros.

"f. 2. En memorando 05-229 del Jefe de la Oficina Jurídica de la Superintendencia Bancaria, de 8 de junio de 1983, al Señor Superintendente Bancario, sobre la 'Revisión de operaciones entre Afinsa y el Banco del Estado. Carta 00516 de 30 de mayo de 1983 dirigida a esta oficina por el Agente Especial de la primera de dichas entidades' se llega a las siguientes conclusiones de valía:"

El censor transcribe el aparte pertinente para concluir que: "Por lo anterior se deja bien que (sic) demostrado que jamás se acudió al Banco de la República para que por su intermedio se pagara la acreencia; el negocio entre Banco del Estado Afinsa, no se revirtió, por lo que no existió apropiación alguna por los funcionarios de la Entidad, hoy aparentemente sujeto pasivo de la estafa. Por el contrario, el dinero llegó a su fin, y el negocio fue del todo lícito y real".

La prueba pericial realizada en el juicio "es absolutamente clara en afirmar la ausencia de apropiación y de detrimento patrimonial de la Sociedad Afinsa", experticio considerado por el Juzgador de primera instancia cuando transcribió

que "De lo anterior se concluye que el monto de la (sic) operaciones cuestionadas pudo haber sido la suma de $776.093.441.51 producto de las captaciones de la Promotora Nacional, que como se relacionó en forma detallada esta suma se canceló en su totalidad con operaciones comentadas anteriormente (Fl.177 C.O.6) (fl. 23 de la providencia de primera instancia)".

Finalmente dice que "fuerza concluir" que no existiendo perjudicado ni perjuicio el delito de estafa no se estructura, lo que implica una apreciación conjunta de las pruebas que llegue a la absolución, de la manera como lo hizo y decidió el juzgado de primera instancia. Solicita a la Corte que profiera "decisión de "Absolucion" al tenor del artículo 229 del C.P.P.

b. Demanda presentada a nombre de Julio César Devia.

Con invocación de la causal primera de casación, el censor formula un cargo contra la sentencia impugnada por "ser violatoria de la ley sustancial por vía directa a consecuencia de la aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal –tipo de estafa– que en ella se hace y falta de aplicación del artículo 3o. del Código Penal consagratorio del principio de tipicidad".

La violación "consiste en hacer coincidentes los hechos registrados en el proceso con el precepto o supuesto de hecho establecido en el tipo, no dándose entre ellos tal relación de semejanza; o, mejor, solo por virtud del equivocado entendimiento que de la norma en abstracto tiene el sentenciador, lo cual ha conducido a aplicar las consecuencias jurídicas establecidas por la disposición legal a un caso que no es el contemplado en ella...".

Además de los elementos que comúnmente se señalan a la estafa, el tipo contiene otros aspectos como el bien u objeto jurídico, "en su entendimiento de situación a realidad afectada desde el punto de vista de los intereses de tutela que definen la creación del tipo, por la acción en el recogida. Estos elementos y las funciones a que ellos corresponden, imponen hablar más que de una tipicidad a secas, denotando la impresión de pura comprobación de sus componentes, de un contexto típico donde aquellos se articulan dotándolo de sentido".

En el fallo esto no se toma en cuenta, incurriendo en la práctica de atomizar el tipo para asumir cada una de las partes como realidades a las cuales se remiten los hechos, que obviamente con tal procedimiento resultan igualmente atomizados. "Es en ese sentido que se desconoce la noción de patrimonio, conditio sine qua non para la determinación del perjuicio correlativo al beneficio y los alcances de éstos como resultados, los cuales, por supuesto, se derivan de aquella noción".

La estafa vulnera el bien jurídico del patrimonio económico, lo cual le otorga un alto contenido de materialidad y tangibilidad, siendo en ese sentido que debe ser tenido como algo concreto, compuesto por bienes y derechos valorables económicamente. En el mismo sentido se reconoce la estafa como delito de resultado efectivo, y si éste aparece compuesto por ese doble efecto de perjuicio ilícito correlativo al provecho ilícito, claro es que imponen comprobar una disminución económica consecuente con un incremento igualmente económico material.

"Estos aspectos no los toma en cuenta el sentenciador en la contemplación que del tipo de estafa hace en el fallo. Por error por no tomarlos como configurantes del precepto, es que en su razonamiento afirma la tipicidad de los hechos con el solo examen a la ocurrencia de la conducta, prescindiendo en la comprobación del provecho ilícito concreto por parte de los procesados, o fijando el perjuicio en la situación de iliquidez en que se dice entró Afinsa, no obstante anteriormente se hubiera sostenido en el mismo fallo que antes y después de la intervención por la Superintendencia había cumplido sus obligaciones, o se acuda a integrarlo, el perjuicio, con generalidades como que se 'resquebrajó el patrimonio social' o 'se afectaron los dividendos' y en forma 'potencial' las utilidades".

"Ahora, de haberse contemplado el tipo en su recto entendimiento, lo cual conllevaría aceptar que solo es posible punir la estafa ante la obtención de un provecho ilícito concreto correlativo a perjuicio ilícito también concreto, los hechos materia del proceso no habían podido ser subsumidos en el tipo de estafa, el cual abstractamente hace esos requerimientos como viene de verse".

Los hechos comprobados en el proceso revelan que no obstante las prácticas irregulares ejecutadas para la captación y movilización de los dineros, las cuales no constituyen ilicitud, Afinsa no dejó de cumplir sus obligaciones a pesar de haber cesado en sus actividades por muchos años, siendo finalmente devuelta a los accionistas por la Superintendencia con superávit económico.

En estas circunstancias, de no haber sido por la errónea interpretación del tipo de estafa en que se incurre en la sentencia, se había tenido que reconocer que los supuestos de ley consagrados en el precepto indebidamente aplicado, consistentes en la obtención de un provecho ilícito correlativo a la producción de un provecho ilícito también concreto, no lo revela la situación fáctica acreditada en el plenario.

La petición es que se case la sentencia y en su lugar se absuelva a Julio César Devia por ser atípicos los hechos por los que ha sido condenado.

c) Demanda presentada a nombre de Pablo Benavides Pulecio.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, el censor ataca la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial por "error en la apreciación de pruebas". Acusa la aplicación indebida de los artículos 356 y 2o. del C.P. y 247 del C. de P.P., como consecuencia de la vulneración del artículo 254 ibidem.

En el capítulo de la demostración transcribe parte de la sentencia de segunda instancia, en donde se concluye que no hubo daño a los ahorradores ni al Banco de la República, y que el perjuicio fue para Afinsa S. A. y sus inversionistas.

El error del sentenciador lo radica en la "Interpretación errónea de las pruebas referentes a la realización de maniobras engañosas para inducir en error", las cuales según se afirma en la sentencia fueron las siguientes: "creación de un ente artificioso denominado 'La Promotora Nacional Ltda.', en cuyas cuentas el Banco del Estado vino a depositar dichos dineros que se captaban pero quedaban bajo la responsabilidad de 'Afinsa'...; apropiación de dineros mediante créditos simulados otorgados a personas ficticias; suplantación de personas; faltantes en los libros de contabilidad; otorgamiento de créditos a las Compañías del Grupo Mosquera...".

El error consistió "en darles un alcance y un sentido que no se les podía dar que fue considerarlas pruebas de maniobras para inducir en error a la 'Sociedad comercial' y a 'sus inversionistas'", pues desde la denuncia se dijo que los engañados habían sido los ahorradores, ya que el artificio fue elaborado para engañarlos, "Pero como quiera que con relación a estos no hubo daño y el daño lo predicó respecto de la sociedad y los inversionistas, da la segunda instancia por sentado que la maniobra para engañar a los ahorradores se puede entender también válida para la sociedad y los inversionistas", conclusión errónea porque si respecto de los ahorradores las maniobras y el engaño resultaron inútiles por cuanto hacia ellos no se comprobó daño, "el Tribunal en forma caprichosa, y como si ello fuera legalmente viable, las imputó a la sociedad y los inversionistas respecto de los cuales si había daño comprobado según el Tribunal".

El sentenciador admitió que "las maniobras fueron realizadas por los Directivos de Afinsa", sin embargo yerra porque si ellos fueron los autores "mal podían los mismos directivos se (sic) inducidos en Error como paso necesario para defraudar a la 'Sociedad' y a los 'inversionistas' que ellos representaban".

Está probado que Afinsa pertenecía íntegramente al Grupo del Estado o Grupo Mosquera (fls. 70, 71, 429 a 456 C. No. 6) y que sociedades del mismo obtuvieron créditos por $412.668.285 sin ninguna garantía (fl. 9 C No.1). "Y se afirma en este mismo folio que las Compañías Afinsa y la Promotora Nacional fueron

utilizadas por sus directivos y personal del Grupo Financiero del Banco del Estado para apropiarse del dinero del público ahorrador".

A folio 62 del cuaderno de segunda instancia "se ordenó compulsar copias contra Jaime Mosquera y Eduardo Zambrano Cayedo por su coparticipación en el delito de Estafa objeto de este proceso". A folio 53 del cuaderno No. 6 "obra comunicación de Carlos Otoya Rojas quien afirma que Jaime Mosquera reconoce que deudas por $26.598.862.62 son a cargo del grupo y este por tanto las cancelará.

El error del fallador consiste en "desconocer el alcance de las circunstancias comprobadas de que la sociedad Afinsa pertenecía al Grupo Mosquera y que si este era el beneficiario con el provecho ilícito mal podía haber sido engañado o inducido en error".

Como consecuencia de "los errores ostensibles y evidentes descritos, se llegó a la conclusión de la existencia de maniobras engañosas y artificios desplegados con el fin de inducir en error a las directivas y a los inversionistas de Afinsa. De esta manera se infirió que existía delito de Estafa puesto que el daño, por otra parte, estaba demostrado".

De no haberse cometido este yerro "tan protuberante, hubiera tenido que admitirse que la Sociedad Afinsa pertenecía al Grupo Mosquera y que si los dueños del Grupo directamente o por medio de sus directivos fueron los autores de la maniobra engañosa No podían a La vez como directivos o dueños de Afinsa ser inducidos en error por sus propias maniobras.

Finalmente anota que "De no ser por estos errores de interpretación por negar el alcance a unas pruebas o por darles el que no corresponde, según se discriminó, se hubiera concluido que el delito de Estafa no existió".

Solicita que se case la sentencia y se dicte la de reemplazo absolviendo a su representado.

IV. Concepto del Ministerio Público

A – En cuanto a la demanda presentada en nombre de Miguel Armando Villamil Ruiz, la Delegada advierte que el censor incurre en notorias fallas técnicas "cuando tuerce la vía y los propósitos de la clase de violación indirecta que enuncia para desarrollarla como si se tratara de un error de derecho por falso juicio de convicción".

"Además, las pruebas que selecciona como violación medio (testimonial,documental y pericial) simplemente las enuncia señalando su

contenido y aseverando que no fueron observadas íntegralmente conforme lo dispone el artículo 254 C.P.P., imponiéndose por tanto una nueva apreciación de los medios probatorios en conjunto", para cuyo efecto ofrece su propia apreciación rebatiendo las imputaciones de la denunciante citando pruebas, pero sin precisar la clase de error evidente que significó la aplicación indebida del artículo 356 del Código penal, todo lo cual resalta cómo el casacionista se limita a hacer un análisis paralelo al del sentenciador, aduciendo que si la apreciación hubiere sido en conjunto la decisión habría sido la absolución.

La inconformidad del censor se circunscribe a que la conducta de los procesados no causó perjuicio patrimonial y por lo tanto no existió delito de estafa. El ataque confunde circunstancias aclaradas por el fallador, como lo es que de los tres potenciales perjudicados solo Afinsa y sus accionistas conforman el sujeto pasivo de la estafa, por cuanto la exacción de su patrimonio y su siguiente aniquilamiento significó beneficio ilícito para los directivos del Grupo Mosquera, resultando inexactas las referencias que hace para resaltar elementos probatorios con los que sustenta la ausencia de perjuicio para los ahorradores y el Estado, pues respecto de ellos el fallador descartó el perjuicio.

La sentencia no solo apreció y valoró todas las pruebas existentes hasta la calificación del sumario, sino las recepcionadas en la fase del juicio, las cuales valoró y les dió el alcance demostrativo anejo a la facultad juzgadora bajo la óptica de la sana crítica.

El fallador dedujo la existencia de la estafa y la responsabilidad de los procesados de diferentes medios de prueba, actividad judicial que el defensor quiere disputar alegando un presunto error de apreciación integral que la Delegada no advierte, pues el Juzgador ejerció su autonomía para valuar los elementos de juicio ajustado a la lógica y al buen sentido común, por manera que no permite calificarla de arbitraria.

El Tribunal apreció todas las pruebas en conjunto y con base en la sana crítica, de modo que respecto al perjuicio como elemento del delito, además de descalificar el peritaje contable practicado en la etapa del juicio, también descartó otras referencias probatorias como la certificación de Oscar Sternemberg Pinedo y el liquidador, cuyas aseveraciones califica de desatinadas. Por el contrario, a la declaración de la denunciante la considera fuente seria, así como a los testimonios de Humberto Sánchez Verano y Humberto Jiménez Mejía, y el concepto del Asesor Jurídico de la Superintendencia, lo cual le sirve para afirmar la antijuridicidad material.

La conclusión anterior, seguida del rechazo del superavit como factor para enervar el perjuicio, porque surge con posterioridad a la comisión del delito y es

producto del proceso de liquidación de Afinsa, la obtiene el sentenciador luego de analizar y comprobar la totalidad de los elementos del delito de estafa.

Después de referirse a cómo el sentenciador estableció la tipicidad del punible imputado, agrega: "Como los planteamientos de la demanda traducen disputa con el criterio del fallador, la Delegada encuentra que la violación indirecta de la ley sustancial (art. 356 C.P.) no existe, pues la comprobación del delito de estafa, (en el que la creación y manejo de la Promotora Nacional fue un medio engañoso porque sin que su objeto social lo permitiera, los procesados la utilizaron para desviar los dineros indebidamente captados con cargo a Afinsa) atraía indefectiblemente declarar su existencia, deducir la responsabilidad consiguiente para sus autores y aplicarles la condigna pena".

No acierta el censor cuando reclama del fallador "perjuicio formal", pues éste en su soberanía concluyó su existencia material y objetivamente percibible con la existencia misma de Afinsa cuyo aniquilamiento se produjo cuando hubo de cancelar con su patrimonio social, ganancias y dividendos de los socios, las acreencias de los ahorradores y del Estado, en la medida en que la cartera recuperada no bastó porque la mayor parte de la suma captada, ($720.000.000.oo), se desvió para que Jaime Mosquera Castro la obtuviera ilícitamente. La desigual relación entre la cartera disponible y la recuperable, y los pasivos, obligaron a sacrificar el patrimonio social y las esperadas ganancias para evitar daño a los ahorradores y al Estado, lo cual constituye perjuicio material.

La real existencia del perjuicio patrimonial no se elimina con el superavit, puesto que este no fue producto del desarrollo de su objeto social sino de la liquidación de Afinsa, mejor dicho fue el remanente que quedo luego de su extinción, por manera que resulta cuando menos atrevido predicar ganancias de una empresa exangüe y aniquilada.

La demanda como está planteada no puede prosperar porque no concreta ni logra demostrar error de ninguna especie y además, los esfuerzos argumentativos del censor para demostrar los errores que concibe, comprueban lo contrario a lo evidente y ostensible que son las características esenciales y necesarias de los yerros en materia de casación.

Además de las pruebas señaladas por el actor, el sentenciador tuvo en cuenta tres testimonios y un indicio, que dejó de atacar los cuales demuestran la existencia del delito y la responsabilidad del procesado Villamil Ruiz, que en el evento de surgir algún error de los invocados, mantendrían incólume el fallo impugnado. No prosperan los reparos ni las pretensiones de la demanda.

B - En relación con el libelo a nombre de Julio César Devia, encuentra la Delegada que "aún cuando la demanda se ajusta al rigor técnico exigido para impugnar el fallo por violación directa de la ley sustancial, las pretensiones del casacionista no están llamadas a prosperar porque el sentenciador no incurrió en la aplicación indebida del tipo penal de estafa que él expone".

Se equivoca el censor cuando afirma que los hechos demostrados en el proceso no encajan en la norma sustancial aplicada, pues el fallador se refiere al perjuicio patrimonial en profundidad y extensamente cuando analiza el aniquilamiento del patrimonio social de Afinsa, que conllevó su liquidación, y las ganancias que dejaron de percibir los inversionistas en cuantía cuya valoración pecuniaria no ofrece duda, como que se estableció un faltante por la suma de $720.000.000. que fueron las captaciones del público no ingresadas a Afinsa, pero por las que hubo de responder a costa de su patrimonio social.

"Imposible decir que no son valuables económicamente las sumas de dinero efectivamente pagadas a los ahorradores y al estado con los fondos provenientes de cartera recaudada y ante su insuficiencia, con la realización del patrimonio social que dejó exánime a la sociedad y determinó su liquidación al paso que, correlativamente, Jaime Mosquera se lucraba indebidamente de tales sumas. Aquí, impera recordar que el delito de estafa exige la comprobación del provecho ilícito 'para sí o para un tercero', calidad ésta que indiscutiblemente posee la persona que el proceso enseña como beneficiada con los dineros esquilmados a Afinsa a través de la Promotora Nacional".

"De no haber sido perjudicada, la entidad habría sobrevivido con sus propios recursos, inclusive un perjuicio menor habría permitido su recuperación, pero el daño fue tan contundente que simplemente cubrió las acreencias con su propia existencia patrimonial", luego el sentenciador no se equivocó al seleccionar el tipo penal contemplado en el artículo 356, pues los hechos asumidos por el juzgador se subsumen perfectamente en dicha norma sustancial.

Luego de referirse a los elementos constitutivos del delito de estafa que fueron suficientemente demostrados, concluye que el fallo impugnado está de acuerdo a la ley por cuanto la norma penal escogida por el Tribunal se adecua al caso, por lo que el reproche deberá desestimarse.

C – Respecto a la demanda presentada a nombre de Pablo Benavides Pulecio, la Delegada observa que "el demandante no señala la clase de error, (hecho o derecho), pero por sus argumentaciones y puntualizaciones del tenor: 'interpretación errónea de las pruebas', emerge que en su inconformidad debate el valor probatorio reconocido por el juzgador a los medios que sirvieron de sustento

para declarar demostrados los elementos constitutivos del delito de estafa (concretamente 'las maniobras engañosas para inducir en error'), actitud contraria a los parámetros lógicos y coherentes que rigen exige el recurso extraordinario y que contraviene el principio casacional que veda en dicha sede tocar las conclusiones adoptadas por el Tribunal en ejercicio de su autonomía en la valoración y ponderación de los medios, mientras dicha labor no se aleje de tal forma de la realidad del proceso que la enseñen absurda o ilógica".

En el acápite que denomina "Concreción de los cargos" asevera que no se probó que hubiera daño, no obstante que en las páginas anteriores transcribe los apartes conclusivos de la existencia de perjuicio y de provecho ilícito, develando así su pretensión de atacar las deducciones del juzgador en inútil intento por ensayar un nuevo balance del mérito probatorio que implica concebir la casación como una tercera instancia

En el numeral 2.3.1 el actor anuncia "Las pruebas interpretadas erroneamente", pero en lugar de señalar tales medios se refiere a lo que ellas demuestran, y en el acápite denominado "En que consistio el error", afirma que "en darles un alcance y un sentido que no se les podía dar", por lo cual reprocha que el sentenciador de por sentado que las maniobras para engañar a los ahorradores se puedan entender también respecto de la sociedad y los inversionistas, tanto más si los ahorradores no sufrieron daño.

"En esta nueva apreciación y valoración de las pruebas efectuada por el censor, que además de oponerse a la del fallo parte de una situación fáctica recortada y distinta a la ofrecida por los medios (que fue la contemplada por el sentenciador), de tal modo que acomoda a los ahorradores como únicos posibles de los engaños y el error, permitiéndose entonces protestar porque tales artificios y conocimiento errado se predique también de la Junta Directiva de la sociedad y sus inversionistas, cuando lo cierto es que viene de ocultar la evidencia de que por igual fueron engañados e inducidos en error los ahorradores, la junta directiva de la sociedad y sus inversionistas, pero perjudicados solamente la sociedad y sus accionistas, lo que explica que concretado en ellos el daño patrimonial como producto del engaño y error en que fueron sumidos se impusiera deducir la existencia del delito de estafa".

"Lo propio ocurre con los dos cargos subsiguientes toda vez que el libelista adopta sus propias y particulares consecuencias demostrativas respecto a la extensión del error que no concibe para los directivos de Afinsa cuanto ellos mismos fueron los autores de las maniobras engañosas, lo cual sería válido si ellos se pretendieran engañados pero que repugna con la lógica y lo comprobado en autos en la medida en que dichos directivos no fueron engañados sino que engañaron a los ahorradores a la junta directiva y los accionistas de Afinsa a cuyas espaldas se

defraudo la sociedad y sus inversionistas (fls. 93 y 156 cdno. 2), con la finalidad de beneficiar al mismisimo Jaime Mosquera que no al Grupo financiero que él regentaba, pues si bien a nombre del mismo se pretextaron créditos millonarios lo cierto es que sus empresas no los recibieron tal como lo reveló su representante legal, Humberto Sánchez Verano"...

El fallo impugnado no desconoce que Afinsa pertenecía al Grupo Mosquera, todo lo contrario, a partir de tal realidad aclara que por idea de su presidente y vicepresidente los procesados engañaron e indujeron en error a los ahorradores, a la junta directiva y a los accionistas, (excepto a los ideadores de la defraudación), con el propósito de obtener un provecho ilícito cuantificado en setecientos veinte millones. La confusión del censor consiste en creer que el sentenciador ignoró que Afinsa pertenecía a tal grupo, y en pensar que solamente los dueños de éste comprometidos en la defraudación eran los únicos accionistas de la empresa "aniquilada".

En conclusión, el libelista no precisa error alguno, tampoco cumple con su obligación de comprobar que la sentencia es fruto de yerros ostensibles y trascendentes en la apreciación de las pruebas que afecte su materialidad o su valor, de modo que la demanda debe desestimarse.

V. Consideraciones de la Corte

1. Demanda presentada a nombre de Miguel Armando Villamil Ruiz

La causal de casación que invoca el libelista es la primera, cuerpo segundo, es decir, violación indirecta de la ley sustancial. El error que inicialmente aduce es que no se apreciaron las pruebas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, y acto seguido dice que la violación es por falta de apreciación, esto es, falso juicio de existencia.

En lo que denomina demostración del cargo, el defensor se limita a hacer afirmaciones desde su particular punto de vista, o como lo denomina el Procurador Delegado, "a efectuar un análisis paralelo al del sentenciador", de manera que, como es obvio, le parece más acertada la valoración probatoria de la juez de primera instancia que absolvió a su cliente, y estima que el Tribunal partió de un supuesto contrario a la realidad procesal. No está de acuerdo con que el ad quem le haya negado valor a las pruebas recaudadas en la etapa del juicio, y piensa que no se tuvo en cuenta la sana crítica.

Continuando con el mismo sistema de afirmar generalidades, dice que se apreciaron parcialmente algunas pruebas, como el caso de la peritación, para negarle valor, y se observa ausencia de valoración de aquellas que apuntan a la

inexistencia del delito, como es el caso de las declaraciones del liquidador y del representante legal de los accionistas de Afinsa, "Por manera que, se impone una nueva apreciación de los medios probatorios en conjunto".

La sustentación del ataque es un alegato en el cual el actor pretende que la Corte deje de lado la valoración probatoria efectuada por el sentenciador, para que en su lugar acoja su criterio y profiera un fallo absolutorio, pretensión que como es sabido no es de recibo en casación, pues se trata de un recurso extraordinario que no tiene por fin que una tercera autoridad entre a mediar entre dos pareceres enfrentados reestudiando las pruebas, en un momento en que el proceso ya ha sido definido por el sentenciador de segundo grado en forma definitiva, sino a verificar si se ha incurrido en algún error trascendente que vicie de ilegal la decisión.

Carece de eficacia empeñarse simplemente en repetir que las pruebas apuntan a demostrar que no hubo perjuicio, pues la verdad del proceso que goza de la presunción de acierto y legalidad es la declarada por el Tribunal, y mientras no se demuestre un error que indique lo contrario, la argumentación es inocua. Y mayor es la falla si lo que se pretende es precisamente que se tengan en cuenta y se acepten únicamente las pruebas que a su juicio favorecen al implicado, como en este caso lo plantea el censor para respaldar su conclusión.

El impugnante no demuestra que se hayan apreciado pruebas de manera parcial, o que se hayan valorado violando las reglas de la sana crítica, o que se haya omitido la consideración de algún medio de prueba existente en el proceso, falencia del libelo que con razón destaca el Procurador Delegado y que sería suficiente para desestimar el cargo, pero no obstante eso es oportuno entrar en detalle para poner en evidencia que además hace afirmaciones que no corresponden a la verdad, a saber:

a) No es cierto que el juzgador apreciara parcialmente el dictamen pericial, y que no valorara las declaraciones del liquidador y del representante legal de los accionistas de Afinsa, lo que ocurre es que con argumentos plenamente válidos y acordes con la sana crítica no les reconoce mérito probatorio. Textualmente dice la sentencia:

"Infirmación. Antes que todo al perito contable en que se apoya el aquo se le pidió fue que concretara 'el monto de las operaciones cuestionadas, su vigencia, el pago de las mismas y su correspondiente recorrido contable...' –Fl.64 Cd.6– y en el dictamen remite es a lo elemental y de menos esfuerzo contable, a tomar las cifras globales de los extremos del balance final, la del déficit establecido en la denuncia y la del posterior recaudo para concluir de su cotejo, al igual que lo

hacen el liquidador de Afinsa y el representante del socio mayoritario de la sociedad comercial, que no hubo pérdida sino ganancias, pero sin mirar el contenido de todo el proceso operacional, omitiendo la pericia como se le pedía, que hiciera el seguimiento de los dineros que aparecen egresados por los diferentes conceptos que se cuestionan como los créditos y préstamos artificiales, la supuesta adquisición de acciones, etc. que en momento determinado colocaron en situación de iliquidez el estado económico de afinza y cómo fue que sorteó esa crítica situación. Amerita censura el perito que sin que se le esté preguntando, acuciosamente invada la órbita del juzgador afirmando al final del dictamen: '... las operaciones cuestionadas no afectaron a Entidad o persona alguna debido a que las obligaciones fueron canceladas en su totalidad tanto el capital como los respectivos intereses', lo que además queda en contradicción con la siguiente anotación anterior del mismo peritazgo: 'Dineros de los accionistas. Igualmente no se logró establecer si con las operaciones cuestionadas se afectó en alguna forma el patrimonio de la sociedad y por ende el de los accionistas al parecer se afectó la cuenta y de Pérdidas y Ganancias, en el sentido del gravamen que pesó por el pago de intereses sobregiros.' .Subraya fuera de texto".

En otro aparte de la decisión desenmascara el sofisma del superavit expuesto por Oscar Steremberg, pues se trata de una situación posterior al delito y en el marco del proceso de liquidación de la sociedad.

b) Como bien lo destaca el Ministerio Público, las referencias a las pruebas que descartan que haya habido perjuicio para los ahorradores y para el Estado carecen de objetivo, pues ese es un punto perfectamente aclarado y aceptado en el fallo, de modo que no es más que un intento por tratar de hacer ver una supuesta equivocación del Tribunal en donde es ostensible que no la hay.

c) No es cierto que la sentencia haya desconocido que uno de los elementos estructurales de la estafa es que haya perjuicio y perjudicado, todo lo contrario, lo que ocurre es que el demandante elude los argumentos del Tribunal y prefiere quedarse en la infundada e inadmitida tesis de que con el dictamen pericial y las versiones del representante del señor Mosquera, (beneficiado con la estafa), y del liquidador, se prueba la ausencia de perjuicio. El punto lo precisa el fallo así:

"...se probó hasta más no poder el estado de iliquidez de Afinsa para el 18 de octubre de 1982 en que intervino el Estado, que los accionistas quedaron excluidos de sus aludidos derechos (voto y dividendo) y si 16 meses después del proceso de nacionalización el descalabro económico subsistió, fue precisamente porque no pudo recuperarse del serio daño que a su patrimonio le causaron las apropiaciones fraudulentas de sus fondos: la sociedad no reunía las condiciones mínimas de orden financiero y económico indispensables para lograr colocarla en

posibilidades de desarrollar su objeto social y por lo cual, 'la alternativa que menores perjuicios económicos causaría sobre los activos sociales, sería la de proceder a su liquidación...'–hoja 19 libro de informe–, y así se decretó el 3 de febrero de 1984. Tal es la verdadera dañosidad (antijuridicidad material) que sufrió el bien jurídico tutelado en su composición heterogénea del patrimonio de la sociedad comercial y sus inversionistas, a tiempo que quienes realizaron la defraudación encabezados por Jaime Mosquera Castro se lucraron como inútilmente pretende sostayarse ahora, queriendo tapar el sol con las manos.

En conclusión, es evidente que los errores que enuncia el demandante no los demuestra, y la pretensión de que se reestudien los medios probatorios se aleja del ámbito propio del recurso de casación para convertirse en un típico alegato de instancia, en donde simplemente el actor enfrenta su criterio al del fallador con la aspiración de que el superior lo acoja como mejor y revoque la sentencia.

El cargo no prospera

2. Demanda presentada a nombre de Julio César Devia.

Como se dejó anotado en la reseña correspondiente, el libelo contiene un único cargo por violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal, y falta de aplicación del artículo 3o. ibídem. Según el actor, el Tribunal incurrió en error de subsunción, al estimar coincidentes los hechos registrados en el proceso con el precepto establecido en el tipo.

Hasta aquí no hay duda de que el reproche es formalmente correcto, pero no puede decirse lo mismo de su desarrollo, pues para demostrar el supuesto error de subsunción se aparta de los hechos declarados probados por el Tribunal, como pasa a verse.

El libelista sostiene que la estafa vulnera el bien jurídico del patrimonio económico, esto es, está compuesto por bienes y derechos valorables económicamente. Es un delito de resultado efectivo, e impone comprobar una disminución económica material consecuente con un incremento igualmente económico material. A continuación le da contenido al error alegado diciendo que por no tener en cuenta esos aspectos, el sentenciador "afirma la tipicidad de los hechos con el solo examen a la ocurrencia de la conducta, prescindiendo de la comprobación del provecho ilícito concreto por parte de los procesados, o fijando el perjuicio en la situación de iliquidez en que dice entró Afinsa, no obstante anteriormente se hubiera sostenido en el mismo fallo que antes y después de la intervención por la Superintendencia había cumplido sus obligaciones, o se acuda a integrarlo, el perjuicio, con generalizaciones como que se "resquebrajó el

patrimonio social" o "se afectaron los dividendos" y en forma "potencial" las utilidades".

El único cargo formulado por violación directa de la ley sustancial lo radica el actor en la aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal que tipifica el delito de estafa y falta de aplicación del artículo 3o. ibidem que consagra el principio de tipicidad.

a. Lo primero que se advierte es que no acierta el censor cuando sostiene que el sentenciador afirma la tipicidad de los hechos, "prescindiendo de la comprobación del provecho ilícito concreto por parte de los procesados, o fijando el perjuicio en la situación de iliquidez en que se dice entró Afinsa, no obstante anteriormente se hubiera sostenido en el mismo fallo que antes y después de la intervención por la Superintendencia había cumplido sus obligaciones..".

Con tal planteamiento el impugnante pretende desconocer que el sentenciador hizo un extenso y profundo análisis sobre el aniquilamiento del patrimonio social de Afinsa que conllevó su liquidación y las ganancias que dejaron de percibir los inversionistas en una cuantía cuya valoración pecuniaria no ofrece duda –como con acierto lo destaca el Procurador–, pues se estableció un faltante por la suma de $720.000.000.oo que fueron las captaciones del público no ingresadas a Afinsa pero por la que hubo de responder a costa de su patrimonio social.

Resulta acertada además la observación de la Delegada, en el sentido de que es "Imposible decir que no son valuables económicamente las sumas de dinero efectivamente pagadas a los ahorradores y al Estado con los fondos provenientes de cartera recaudada y ante su insuficiencia, con la realización del patrimonio social que dejó exánime a la sociedad y determinó su liquidación al paso que, correlativamente, Jaime Mosquera se lucraba indebidamente de tales sumas. Aquí impera recordar que el delito de estafa exige la comprobación del provecho ilícito 'para sí o para un tercero', calidad esta que indiscutiblemente posee la persona que el proceso enseña como beneficiada con los dineros esquilmados a Afinsa a través de la Promotora Nacional".

b. La afirmación contenida en la demanda referente a que "la obtención de un provecho ilícito concreto correlativo a la producción de un perjuicio ilícito también concreto no lo revela la situación fáctica acreditada en el plenario", no pasa de ser una simple opinión del actor sin ninguna comprobación, ataque carente de técnica, pues sabido es que cuando se invoca la violación directa de la ley sustancial se aceptan los hechos y las pruebas tal como fueron apreciadas por el Juez, centrando el reproche en la selección o la interpretación de la norma o normas que se estiman violadas.

Si el censor quería cuestionar el criterio del Juzgador respecto de los hechos en que se fundamentó la sentencia, su inconformidad ha debido formularla por la vía indirecta.

c. Finalmente, hay que concluir que la improsperidad de la censura es manifiesta, puesto que la verdad inmodificable de los hechos asumidos por el Juzgador se subsume perfectamente en la norma sustancial –artículo 356 C.P. cuya aplicación ataca el censor sin ningún fundamento.

La demanda será desestimada.

3. Respecto de la demanda presentada a nombre de Pablo Benavides Pulecio.

Varias son las fallas en que incurre el casacionista en la proposición y desarrollo de la censura, las cuales se relacionan a continuación:

a. La formulación del cargo es imprecisa, como quiera que se refiere en forma genérica a "error en la apreciación de las pruebas", expresión que corresponde tanto a los errores de hecho como los de derecho. La sustentación no ayuda a lograr la claridad requerida, pues aunque por momentos pareciera que se trata de un falso juicio de identidad al darles "un alcance y un sentido que no se les podría dar que fue considerarlas pruebas de maniobras para inducir en error a la 'Sociedad Comercial' y a 'sus inversionistas'", finalmente la cuestión no se concreta porque el libelista se limita a enfrentar su apreciación personal a la del fallador.

b. Aunque la mayor parte del escrito la dedica a transcribir los apartes del fallo conclusivos de la existencia de perjuicio y provecho ilícito, en lo que denomina "Concrecion de los cargos" asevera que "definitivamente en este proceso no se probó que hubiera daño", revelando su pretensión de atacar las deducciones razonables del Juzgador –como con acierto lo destaca el Procurador–, en inútil intento por ensayar un nuevo balance del mérito probatorio que implica concebir la casación como una tercera instancia judicial.

c. Cuando el defensor enuncia "Pruebas Interpretadas Erroneamente", no indica cuáles son ni lo que ellas demuestran, simplemente se limita a decir que el error consistió "En negarles el alcance que tenían", dedicándose a cuestionar al sentenciador porque "dió por sentado que las maniobras para engañar a los ahorradores se pueden extender también válidamente para la sociedad y los inversionistas", cuando los ahorradores no sufrieron daño y es capricho del fallador imputar las maniobras engañosas y la inducción en error padecidas por los ahorradores" a la sociedad y a los inversionistas respecto de los cuales sí había daño comprobado, según el Tribunal".

Razón le asiste al Colaborador Fiscal cuando dice que "Es esta nueva apreciación y valoración de las pruebas por el censor, que además de oponerse a la del fallo parte de una situación fáctica recortada y distante a la ofrecida por los medios (que fue la contemplada por el sentenciador), de tal modo que acomoda a los ahorradores como únicos posibles de los engaños y el error, permitiéndose entonces protestar porque tales artificios y conocimiento errado se predique también de la Junta Directiva de la sociedad y sus inversionistas, cuando lo cierto es que viene de ocultar la evidencia de que por igual fueron engañados e inducidos por error los ahorradores, la junta directiva de Afinsa y sus inversionistas pero perjudicados solamente la sociedad y sus accionistas, lo que explica que concretado en ellos el daño patrimonial como producto del engaño y el error en que fueron sumidos, se impusiera deducir la existencia del delito de estafa".

4– No es de recibo que el demandante pretenda imponer sus propias y particulares consecuencias demostrativas respecto a la extensión del error que en su concepto no es posible concebir para los directivos de Afinsa, con el argumento carente de toda lógica, consistente en que ellos mismos fueron los autores de las maniobras engañosas, pues lo que está probado en autos es que dichos directivos no fueron engañados sino que engañaron a los ahorradores, a la junta directiva y a los accionistas de Afinsa a cuyas espaldas se defraudó la sociedad y a sus inversionistas con la finalidad de beneficiar a Jaime Mosquera y no al grupo financiero que el regentaba, puesto que, como con acierto lo destaca la Delegada, si bien a nombre del mismo se pretextaron créditos millonarios lo cierto es que sus empresas no las recibieron tal como lo reveló su representante legal Humberto Sánchez Verano (fl. 3 C.3).

Como puede verse, no es cierto que el fallo impugnado, haya desconocido que Afinsa pertenecía al grupo Mosquera, pues lo que allí se consigna permite decir que de acuerdo con el Ministerio Público, que a partir de la nulidad se aclaró que por idea de su presidente (Jaime Mosquera) y vicepresidente (Eduardo Zambrano) los procesados engañaron e indujeron en error a los ahorradores, a la junta directiva de Afinsa y a los accionistas (excepto los ideadores de la defraudación) con la finalidad de obtener para ellos provecho ilícito. La confusión del censor consiste en creer que el sentenciador desconoció que Afinsa pertenecía al Grupo Mosquera y en pensar que solamente los dueños del Grupo comprometidos en la defraudación eran los únicos accionistas de la empresa aniquilada.

Así las cosas, no es de recibo que el demandante pretenda que se desconozca la apreciación probatoria efectuada por el sentenciador, limitándose a hacer afirmaciones sin ningún fundamento serio, con las cuales no demuestra ningún error, y lo único que logra es presentar una apreciación probatoria diferente a la expuesta en el fallo, por cierto alejada de la realidad procesal y la lógica.

En síntesis, el libelista formula un cargo por un error que no precisa, y en la sustentación se limita a manifestar que no está de acuerdo con que se haya llegado "a la conclusión de la existencia de maniobras engañosas y artificios con el fin de inducir en error a las directivas y a los inversionistas de Afinsa", olvidando que el recurso de casación es para demostrar la ilegalidad de la sentencia, y no para limitarse a presentar un parecer diferente al del Juzgador.

La improsperidad de la censura es manifiesta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia– sala de casacion penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel, Jorge Córdoba Poveda, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Juan M. Torres Fresneda, José I. Talero Lozado, Conjuez, Eduardo Torres Escallón, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

POLICIA/LIBERTAD PROVISIONAL

Es claro que el delito cometido por un miembro de la Policía Nacional, en las circunstancias anotadas, produce mayor desconcierto e intranquilidad, en cuanto se abusa de la autoridad trastocando el sentimiento de confianza y seguridad, tanto mas cuando están comprometidos en el mantenimiento de las condiciones necesarias para que las personas puedan ejercer sus derechos y libertades, asegurando a los habitantes de Colombia una convivencia pacífica y segura.
Desconocer de tal manera sus deberes y traicionar la investidura, es cruel realidad que se ofrece contraria a la liberación provisional que aquí se pide.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.- Santafé de Bogotá, D.C., junio once (11) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla*

Rad. 12490

Aprobado Acta No.65

Vistos

Allegados los documentos a que se refiere el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, los cuales fueron requeridos por auto de fecha 29 de mayo del año en curso, entra la Corte a resolver la nueva petición de libertad provisional elevada por el procesado Edgar Mauricio Ramírez Sánchez, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial –La Modelo– de esta ciudad.

Consideraciones de la Corte

Mediante sentencia anticipada pedida en la etapa instructiva, el Juzgado 4° Penal del Circuito de Facatativá en providencia de abril 18 de 1996 condenó a

Edgar Mauricio Ramírez Sánchez a la pena privativa de la libertad de 33 meses y 28 días de prisión como coautor responsable del delito de concusión, sanción que fuera modificada por el Tribunal Superior de Cundinamarca en fallo de 5 de julio siguiente, para fijarla en 28 meses y 10 días, que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

El implicado se halla detenido desde el 22 de febrero de 1996, fecha en que fuera dejado a disposición de la Fiscalía Seccional 12 de Facatativá (f. 205), de manera que hasta el momento ha permanecido en detención preventiva 15 meses y 19 días; por trabajo acredita 544 horas que de conformidad a lo previsto en el artículo 82 de la ley 65 de 1993, le representan una redención de pena equivalente a 1 mes y 4 días, y por estudio demuestra 1038 horas que de acuerdo con el artículo 97 ibídem le dan derecho a una rebaja de 2 meses y 26 días, factores que sumados arrojan un total de 19 meses y 19 días, superiores en esta ocasión a las dos terceras partes de la pena impuesta en el fallo de segunda instancia, equivalente, en su caso, a 18 meses y 26 días.

También está acreditado que la conducta del enjuiciado ha sido calificada en el grado de "buena", que durante el cautiverio se ha dedicado al trabajo y al estudio, y que no obra dentro del proceso prueba que registre antecedentes penales o contravencionales. No obstante lo anterior, como pasa a verse, no cumple con las exigencias de naturaleza subjetiva a que se refiere el artículo 72 del Código Penal. En efecto:

Tiene dicho la Corte que el otorgamiento de la libertad condicional, cuyo análisis provisional se procura por incidir en el derecho a la excarcelación, conlleva la concurrencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el inculpado, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y antecedentes de todo orden, y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura.

En esa doble labor no resultan suficientes los criterios a que antes se hizo alusión, esto es, las referencias sobre el comportamiento carcelario, las actividades allí realizadas y la ausencia de condenas anteriores, pues siendo obligado el estudio sobre los "antecedentes de todo orden" que pueda registrar el implicado y que en concreto han de revelarse al interior del proceso, no cumpliría la judicatura su misión si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares, sociales y, en general, de comportamiento, con el propósito de determinar si ha operado en realidad una rehabilitación.

En el caso que se analiza, de acuerdo con los fallos de instancia, se acusa al procesado Ramírez Sánchez que siendo integrante del Grupo Subsijin de la Policía Nacional, en compañía de otros servidores de la misma institución, se presentó en un establecimiento público ubicado en el municipio de Facatativá ("Bar Bohemio"), y amenazó a sus propietarios con cerrar el lugar, incautar algunos electrodomésticos y retener a varias empleadas, constreñimiento dirigido a hacerse entregar dinero.

Es claro que el delito cometido por un miembro de la Policía Nacional, en las circunstancias anotadas, produce mayor desconcierto e intranquilidad, en cuanto se abusa de la autoridad trastocando el sentimiento de confianza y seguridad, tanto mas cuando están comprometidos en el mantenimiento de las condiciones necesarias para que las personas puedan ejercer sus derechos y libertades, asegurando a los habitantes de Colombia una convivencia pacífica y segura.

Desconocer de tal manera sus deberes y traicionar la investidura, es cruel realidad que se ofrece contraria a la liberación provisional que aquí se pide, no siendo suficiente que la conducta del implicado haya sido calificada en forma satisfactoria, tampoco la dedicación al trabajo, capacitación y ausencia de antecedentes, factores importantes pero que sólo constituyen una parte de la valoración integral que debe efectuarse, la cual en este caso subjetivamente amerita negar la excarcelación pretendida, y por tanto, el peticionario deberá cumplir con la totalidad de la pena impuesta en el fallo de instancia.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, Niega al procesado Edgar Mauricio Ramirez Sánchez la libertad provisional solicitada.

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.

PECULADO CULPOSO

El revólver permaneció indebidamente en el Juzgado por la sencilla razón de que si no se requería para la práctica de prueba alguna, como en efecto sucedió, era su obligación legal dar aplicación al artículo 53 del Decreto 1663 de 1979, de conformidad con el cual "Las armas, municiones y accesorios que sean decomisados, deberán ser enviados a la Sección Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General, dentro de los quince días siguientes al mes en que se efectuó el decomiso" y al artículo 1º del Decreto 2760 de 1981, modificatorio del artículo 58 del precitado Decreto 1663, que dispone: 'Las armas y municiones de guerra de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y las armas de fuego de cualquier clase que las autoridades tengan en su poder o secuestren por haberse cometido con ellas un delito, o que provengan de su ejecución e hicieren parte de un proceso penal, serán puestas por el respectivo Juez o funcionario bajo control y custodia de las autoridades militares o de la policía nacional, según el caso, y allí quedarán a disposición del funcionario competente para los efectos de la investigación...", y no desatender la diligencia debida para ejercitar la custodia del arma, dejándola expuesta a la posibilidad de extravío o pérdida.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal. - Santafé de Bogotá, D.C., junio once de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Rad. 11028

Aprobado: Acta No 62 (de Junio 3/97)

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), sentenció al Dr. César Augusto Díaz Marín, a la pena principal de seis (6) meses de arresto, interdicción de derechos

y funciones públicas por el mismo término y multa de un mil pesos ($1.000.oo), como autor responsable del delito de peculado culposo, cometido cuando se desempeñó como Juez 14 de Instrucción Criminal de la ciudad de Riosucio (Caldas). No se le condenó al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción y se le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación el defensor de Díaz Marín, el que se concedió por auto de septiembre veintinueve (29) del año inmediatamente anterior.

HECHOS

Al Juzgado 14 de Instrucción Criminal radicado en Riosucio, a cargo del Dr. César Augusto Díaz Marín, correspondió adelantar la investigación por el homicidio de Ramón Gilberto Echeverri Toro, acontecido en la ciudad de Supía, Caldas. El nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), fue puesto a su disposición el revólver Smith Wesson, calibre 32 largo, de número interno 68172, y externo H11557, que fuera propiedad del occiso, previa solicitud que el funcionario hiciera al Comandante de la Estación de Policía de Supía en cuyo armerillo se hallaba guardado, argumentando para su envío la necesidad de practicar en el arma supuestas pruebas balísticas que nunca se decretaron y menos se ejecutaron.

Habiendo entregado el Juzgado el dos (2) de diciembre del precitado año al Dr. Mauricio Quintero López, quien fuera designado para reemplazarlo, pasados dos o tres días, fue citado al Despacho por el nuevo funcionario para enterarlo de que en el inventario no aparecía relacionado el referido revólver y que buscado detenidamente, como también lo pudo constatar el Dr. Díaz Marín, no aparecía por parte alguna y una hija del interfecto lo estaba reclamando, razón por la cual habría que formular la correspondiente denuncia.

Al respecto, también agrega en dicha diligencia que la entrega de su despacho no la realizó él directamente, sino que se la encomendó a sus empleados, pues para esos días se encontraba gozando de permiso.

Posteriormente, el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), la precitada arma fue hallada en la última gaveta del archivador de la Secretaría en perfectas condiciones de limpieza por Javier Castaño Mejía, empleado del Juzgado.

Estos hechos dieron lugar a una investigación en contra del Secretario del Juzgado, Homero Morales Bueno, René de Jesús Cardona González, Oficial Mayor y del escribiente Javier Castaño Mejía, por el delito de hurto. A los dos primeros

se les precluyó investigación, y al último de los mencionados se le dictó sentencia condenatoria por el Juzgado Primero Penal Municipal de Riosucio, determinación que fue revocada por el Juzgado del Circuito de la misma localidad, el veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Por los anteriores hechos, el veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993), al resolverse la situación jurídica de los empleados del Juzgado Primero Penal Municipal de Riosucio, el Juzgado Segundo, dispuso la expedición de copias con destino a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Manizales, para que se investigara al Dr. César Augusto Díaz Marín por el delito de peculado culposo, por el que resultó condenado por el Tribunal de Manizales, sentencia esta que es ahora objeto de revisión por la Corte, en razón al recurso de apelación contra ella interpuesto.

ACTUACION PROCESAL

El once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), el Dr. Díaz Marín formuló denuncia por la pérdida del susodicho revólver calibre 32, enfatizando que durante el desempeño de sus funciones como Juez, con los elementos y armas puestos a su disposición, luego del estudio "de los informes o denuncias", ordenaba a sus empleados "rotular y guardar debidamente dichos elementos, los cuales mantenía en el despacho de la Secretaría mientras se practicaban las pruebas balísticas de rigor". Sinembargo, a una específica pregunta sobre cuáles eran las seguridades que tenía el despacho con los objetos a su cargo, Contesto: "...en cuanto a los elementos más delicados o costosos yo personalmente como Juez en ocasiones los guardaba en mi escritorio debidamente asegurados, como por ejemplo joyas, dinero en efectivo, y alhajas finas, pero repito, eso lo hacía muy ocasionalmente porque en la generalidad de los casos el mecanismo era entregárselos a los empleados para que proveyeran a su custodia y seguridad por cuanto en un escritorio como el del Juez es imposible guardar todas las armas o elementos".

De otra parte, explicó cómo en alguna oportunidad uno de sus empleados, el oficial mayor René de Jesús Cardona González le solicitó prestado uno de los revólveres depositados en el juzgado para custodiar mejor su residencia que presentaba alguna inseguridad; y que él escuchó decir que el agente José Alberto Jaramillo González "pudo haber tenido conocimiento de un arma de fuego que poseyó René Cardona, no sé a qué título, como si de su propiedad o no; igualmente creo que en una conversación con el agente Manuel Antonio Gil, hoy en este Distrito Policivo, pudo haber conocido esa misma u otra arma de fuego a la que me referí en líneas atrás, en poder de René Cardona. Quiero dejar expresa constancia que son simples comentarios y de ninguna manera pretendo dejar

sentadas afirmaciones que no me constan, labor que le corresponde naturalmente al funcionario investigador"., versión ésta que posteriormente en la indagatoria a que fuere sometido modificó para manifestar expresamente que "...Sinembargo tener toda esta información y haberla suministrado oportunamente al Juzgado de Riosucio, en ningún momento tengo la certeza para afirmar que fue dicho empleado quien sustrajo el arma de fuego a que se contrae la presente investigación, pero en mi sentir constituyen una serie de indicios que se enrutan en su contra..."

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Riosucio, al que correspondió el asunto, dispuso la práctica de diligencias preliminares (Diciembre 12/91). En esta fase se recepcionaron los testimonios de los empleados del Juzgado, Morales Bueno y Castaño Mejía. El primero, declara que se dieron a la tarea de buscar el revólver en el archivo principal, en las gavetas de los archivadores, en los paquetes que hacen parte de diversas investigaciones; se averiguó en el Comando de la Policía local y departamental, sin que apareciera por parte alguna. Que, por insinuación del Dr. Quintero López, por segunda ocasión, se hizo un registro por toda parte, con resultados igualmente negativos, llegándose a la conclusión de que "el arma en mención no se encuentra actualmente en el despacho del Juzgado 14, ni tampoco en los armerillos de la policía y que en forma misteriosa desapareció del Juzgado en el cual laboro".

Comenta, también, este testigo que las armas se las pasaban a René de Jesús Cardona González para que las rotulara y las guardara en el respectivo archivador. Este tenía por costumbre guardar armas en su escritorio y con una de ellas se 'chanceaba' con el lotero Javier Angel Largo Cruz.

Precisa, que la desaparición del arma sólo se vino a detectar el 3 de diciembre de 1991, y que en alguna ocasión el Dr. Díaz Marín le comentó que Cardona González le había solicitado en calidad de préstamo una de las armas del despacho porque en su casa se estaban presentando ruidos sospechosos, a lo que aquel se negó, rotundamente. Concreta, también, el declarante que a su conocimiento han llegado informes que ponen en tela de juicio la honestidad de este empleado. Concreta que las armas permanecían unas en el archivador y otras en el escritorio de Cardona y que la de autos no se había enviado al armerillo de la policía, por cuanto no se le habían practicado los exámenes de balística.

Castaño Mejía da cuenta de que el 3 de diciembre se dedicaron a buscar el arma, pero no fue posible hallarla, "a pesar de que rebrujamos o le dimos vuelta a todo el despacho buscando este revólver...buscamos por toda parte..".. Que él solo entraba en contacto con las armas, cuando las rotulaba para ser enviadas a Medicina Legal, sección balística; "no me acuerdo en ningún momento de haber tenido esta arma en mi poder".

Comenta, además, que René de Jesús Cardona G. a pesar de la gravedad del hecho, tomó la cosa muy deportivamente y pese a haberles prometido que les ayudaría en su búsqueda no lo hizo. "Por lo general esas armas las maneja es René, el casi siempre las guarda en su escritorio, y sí me acuerdo que en muchas ocasiones sacaba un revólver de su escritorio de las mismas características".

Javier Angel Cruz Largo, el lotero, confirma lo declarado por Morales Bueno y Castaño Mejía sobre que a Cardona González le gustaba, apuntándole con el revólver, decirle: "Con esto mato a mala suerte, si no me vende el número ganador". Sobre esta actitud irresponsable del empleado declaró igualmente Augusto Nicolás Lotero Botero, quien laboraba en otro despacho judicial, advirtiendo que cuando él ingresaba al Juzgado 14 de Instrucción Criminal René Cardona "muchas veces me decía para dónde va esta rata, entonces hacía cualquier amague y sacaba el revólver ahí..." situación de la que afirma, "yo hasta le dije un día al Dr. Díaz Marín que cómo permitía que un subalterno, con las armas que hacen parte de los expediente (sic.), permitiera (sic.) hacer amenazas a las demás personas, ya que consideré que una situación de éstas no era debida y no se si le llamarían la atención por este motivo...".

René de Jesús Cardona González manifiesta que quien recibe el arma "la rotula con el número del proceso al que pertenece, el que esté estudiando el proceso las guarda en el escritorio mientras se practican las pruebas de rigor, luego de las experticias se meten a una gaveta o archivador que no tiene seguro...me parece que esa arma la tuve en mi escritorio y luego se pasó a la gaveta". Considera que el arma no se la hurtaron, sino que debe estar 'embolatada' dentro de la oficina, en el armerillo o en el archivo, "no me cabe en la cabeza que eso se lo hayan robado".

Se recepcionó, nuevamente, el testimonio de Javier Castaño Mejía, quien manifiesta que a las ocho y treinta (8:30) minutos del diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), notó que la última gaveta del archivador que se encuentra al lado izquierdo de la Secretaría estaba entreabierta, "la empujé y ésta no hizo su recorrido normal hacia dentro del gavetero, sino que algo le impedía su entrada, la jalé sic y me asomé a ver qué era lo que impedía que penetrara hacia adentro, como es la última gaveta me tuve que agachar y me llevé la gran sorpresa que dentro de su interior o sea en el piso del gavetero se hallaba un arma", que resultó ser la extraviada de que tratan estas diligencias. El arma se encontró limpia, esto es, sin ningún polvillo, "si hubiera estado en ese sitio de tiempo atrás hubiera aparecido con rastros de polvo o alguna mohosidad, quiero resaltar además, que en el día de ayer la gaveta entraba y salía de su archivador sin ninguna dificultad, pues de allí extraje unos sobres de manila o sobres de oficio para dar curso a diferentes exhortos o comisorios".

Concreta, otra vez, que el arma fue buscada detenidamente en el Juzgado, "incluso ese mismo gavetero examinado por Homero y por mí minuciosamente y ahora nos llevamos la sorpresa que ahí apareció".

Se amplió la denuncia de Díaz Marín, para quien el arma desapareció y apareció como por encanto. Expresa, además, que el arma no tenía porqué estar en la gaveta de la papelería, "máxime que ese Juzgado se registró minuciosa y completamente en toda su localidad y archivo y por tanto se aseguró la pérdida física del arma".

Homero Morales Bueno, otra vez declara que el revólver se buscó en el Juzgado por todas partes, no una sino dos "y quizás las tres veces..., concluyéndose que efectivamente el revólver en cuestión había sido sacado del Juzgado..., el arma se encontró en perfecto estado, limpia de toda suciedad, lo que demuestra a las claras y de eso sí estoy seguro de que ese revólver alguna persona lo hizo aparecer en el Juzgado, bien sea la noche del día martes al amanecer miércoles o en la horas muy de la mañana... uno de los archivadores permanece en el despacho del señor Juez y el cual todas las tardes que salimos queda con llave...fue idea del Dr. Mauricio cuando recibió el despacho de que allí en ese archivador se guardarían los procesos con detenido y armas que ingresaran con motivo de alguna investigación... el arma inmediatamente fue encontrada, el Dr. Mauricio dispuso fuera remitida al armerillo del cuartel de la policía de esta localidad y allí se encuentra actualmente... era el mismo revólver que yo le había visto a René guardado en una de las gavetas de su escritorio..."

Rindió certificación jurada el nuevo Juez, Dr. Mauricio Quintero López, y allí, entre otras cosas, refiere que cuando llegó al Juzgado 14 de Instrucción Criminal habían varias armas pertenecientes a expedientes guardadas en una de las gavetas, por lo que solicitó que se le hiciera una relación de las mismas e, inmediatamente, se remitieran al armerillo de la policía.

Escuchados en indagatoria Homero Morales Bueno y Javier Castaño Mejía, el primero vuelve a señalar que al archivador donde apareció el arma, se le sacaron las gavetas, por completo y fue revisado "exhaustivamente y no había nada", y el segundo, manifiesta otra vez lo que en ocasiones anteriores había declarado y que aquí ya se consignó.

René de Jesús Cardona González, en su injurada asevera que, cuando se perdió el arma, estaba en vacaciones, y vino al Juzgado y la buscó por todas partes. Acepta que pudo haber tenido un tiempo guardada el arma en su escritorio o en el archivador suyo. Precisa, también, que no cree que el arma se la hubieran robado; que la misma se encontró con moho, aunque no totalmente, "era más que todo como polvo". A la pregunta de por qué considera usted que se perdió esa arma,

contestó: "Lo he dicho y lo he sostenido desde siempre que si esta arma se perdió fue dentro de la oficina del Juzgado 14 de Instrucción Criminal, nunca salió de esa esfera, yo he sostenido eso de que esa arma no se la robaron".

El veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993), el Juzgado Segundo Penal Municipal de Riosucio, resuelve la situación jurídica de los indagados, absteniéndose de dictarles medida de aseguramiento, y ordenando remitir las diligencias a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, por competencia y dado el peculado culposo en que pudo incurrir el Dr. César Augusto Díaz Marín. Castaño Mejía y Morales González, interpusieron recurso de apelación contra la anterior determinación, pero luego desistieron de la misma.

Por auto de enero cuatro (4) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal, decretó la ruptura de la unidad procesal, para que lo referente a Morales Bueno, Cardona González y Castaño Mejía, por el delito de hurto agravado, fuera investigado por el Juzgado Segundo Municipal de Riosucio, reservándose lo atinente a Díaz Marín, por el delito de peculado culposo.

En su indagatoria César Augusto Díaz Marín expone que el arma desapareció misteriosamente del Juzgado a su cargo, por lo que formuló denuncia penal, la que correspondió al Juzgado Segundo Penal Municipal de Riosucio. También acudió a la Procuraduría Provincial en Manizales. Después se enteró por Cardona González que el revólver había aparecido. En su opinión éste sí salió del Juzgado porque fue buscado minuciosamente por los empleados, por el Juez que lo reemplazó y él mismo, sin que apareciera por parte alguna.

Afirma, igualmente, que dentro del despacho existían uno o dos archivadores metálicos en donde se guardaban, con seguridad, las armas de fuego, sustancias estupefacientes, armas blancas y demás evidencias de delitos; el acceso a ellos lo tenía no solo el Juez, sino el Secretario y los dos escribientes, para facilitar así la práctica de la diligencia de reconocimiento por parte de testigos y procesados, y porque el escritorio del Juez no tenía la capacidad suficiente para guardar todo aquello. Procedía de tal manera, también, por las constantes comisiones que debía cumplir, "y por ser un servicio público el despacho no podía cerrar las puertas al público", quedando allí en labores los otros empleados. Las llaves del archivador en mención, "que no recuerdo si eran uno o dos, las mantenía dentro de la gaveta de mi escritorio de Juez, pero al servicio y en disponibilidad de mis empleados subalternos..".

El arma en cuestión, dice, no se encontraba en el armerillo de la policía porque se estaba a la espera de practicar algunas pruebas de reconocimiento sobre ella, y luego sí darle cumplimiento al Decreto 1663 de 1979.

Refiere además el indagado, que el edificio donde funciona el Juzgado no ofrece seguridad; inclusive, del archivo general de los Juzgados, se han perdido continuamente elementos pertenecientes a procesos, o sea, que el local es muy vulnerable a la penetración de extraños, no solamente en puerta principal, sino en la de entrada a los despachos, "y a ésto se suma la ausencia absoluta de vigilancia y seguridad. ... ;en definitiva, yo como titular del despacho tenía las precauciones para custodia y guarda de elementos, por tanto la pérdida de dicho revólver mal podría imputárseme a mi como un acto culposo porque en ningún momento obré imprudentemente, ni por impericia o negligencia....

El dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), se resolvió la situación jurídica de César Augusto Díaz Marín, con medida de aseguramiento de conminación. Esta decisión fue impugnada por el procesado, recibiendo integral confirmación por parte de la Unidad Nacional de Fiscalía Delegada ante la Corte (resolución de julio ocho de mil novecientos noventa y cuatro).

A los autos se trajo copia de lo actuado dentro del proceso por el homicidio de Ramón Gilberto Echeverri Toro (fls. 200 a 311). También de la resolución de acusación proferida por la Unidad Local de Fiscalía de Riosucio contra René de Jesús Cardona González, auto en el que también se cobijó con preclusión de la investigación a Homero Morales Bueno y a Javier Castaño Mejía (folios 332 a 342). Igualmente, copia autenticada de la sentencia condenatoria contra Cardona González, del Juzgado Primero Penal Municipal y de la absolutoria del Juzgado del Circuito.

El dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), la Fiscalía IV Delegada ante el Tribunal, profirió resolución de acusación contra César Augusto Marín Díaz "como presunto responsable del delito de peculado culposo", por pérdida del revólver. Se recibieron certificaciones juradas de algunos funcionarios para quienes el procesado era "diligente y acucioso" en el desempeño de sus funciones. La audiencia pública se realizó el dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y cinco (1995).

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de precisar el Tribunal de Manizales cómo se comprueba la calidad de empleado oficial del Dr. César Augusto Díaz Marín, hace referencia a que no ofrece ninguna duda que el revólver de autos era un bien de particular que, por haber sido decomisado y encontrarse en el Juzgado como elemento de uno de los procesos que allí cursaba, aquel, como titular del despacho, estaba en el deber funcional de custodiar.

Si el arma no fue hallada dentro del Juzgado pese a haber sido buscada con tanto esmero y dedicación, según lo afirmaron Morales Bueno y Castaño Mejía,

en sus diversas intervenciones procesales, la única conclusión lógica y ajustada a la realidad es la de que alguien "la sacó subrepticiamente, naturalmente con intenciones non sanctas".

El hecho de la aparición posterior del arma, confirma para el fallador de instancia su apreciación anterior, dado el sitio donde apareció y el estado en que se halló. El archivador de la Secretaría, que fue el lugar donde se encontró posteriormente, es de los más usados por los empleados del Juzgado por guardarse allí papelería, y éstos nunca detectaron nada irregular en él, antes del diecinueve (19) de febrero en que Castaño Mejía notó que la gaveta no cerraba porque algo se lo impedía. Si el arma hubiera estado permanentemente allí, no se habría tardado tanto en encontrarla.

Las declaraciones de Castaño Mejía y Morales Bueno no permiten ninguna duda sobre que el arma fue sustraída y vuelta a dejar allí donde se le halló. Por lo demás, éste es también el criterio del Dr. Díaz Marín. Además, quien sustrajo el arma debió ser un empleado del Juzgado, ya que –asegura la primera instancia– una persona ajena al mismo, "jamás hubiera devuelto el arma".

De otra parte, el revólver fue encontrado en perfecto estado de limpieza, lo que indica que permaneció bien cuidado. Si hubiera permanecido por los dos meses y medio en que no se le halló, allí en el archivador de la Secretaría, tendría su película de polvo.

Es innegable que el Dr. Díaz Marín, en su condición de Juez 14 de Instrucción Criminal, incumplió un claro y perentorio mandato legal (artículo 53 del Decreto 1663 de 1979 y 1o. del Decreto 2760 de 1981, vigentes para la época de los hechos) que le imponía la obligación de colocar bajo custodia de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, el revólver que, por razón de su cargo, había recibido.

Y –prosigue el Tribunal– aquí el incumplimiento fue doble: por acción, al solicitar el arma de la Comandancia de Policía de Supía, sin requerirla para la práctica de diligencia alguna; y, por omisión, por cuanto ya en su poder el arma desde el 9 de mayo de 1991, pasaron varios meses sin que el procesado la volviera a colocar bajo custodia de aquella o de las Fuerzas Militares, entregándosela a sus empleados, como era su costumbre, para que ellos la guardaran en la Secretaría.

No es cierto para el sentenciador que Díaz Marín necesitara el arma para practicar sobre ella alguna diligencia, pues nunca fue utilizada para tales fines. Una prueba de balística que, según el Juez, era lo que impedía el envío del arma a la Policía Nacional o a las Fuerzas Militares, no se ordenó, mientras aquel tuvo el

proceso a su cargo (siete meses). Por todo lo anterior se predica en su contra que obró con temeridad e imprudencia.

Ninguna incidencia favorable para el procesado deriva el Tribunal por la circunstancia de que René de Jesús Cardona González hubiera terminado absuelto por el Juzgado del Circuito, pues esto no significa que el ilícito no hubiera existido y lo que la prueba demuestra es que el arma desapareció por la acción dolosa de alguien que se la apropió. Y así se aceptara –en gracia de discusión– que se trató tan solo de un extravío dentro del mismo Juzgado, eso sí, por un lapso considerable y con el consiguiente perjuicio para la administración pública, resulta también que "el ilícito se estructuró jurídicamente".

Aclara el fallador que para la procedencia de la "imputación" por peculado culposo, no se requiere que la pérdida del bien obedezca a la acción dolosa de un tercero que aprovecha la conducta culposa del empleado oficial. Que si esa exigencia existiera, de pronto ahí sí (más de todas maneras recalca que la prueba sí permite certeza sobre que 'alguien' se la hurtó), quienes solicitan la absolución (el Fiscal Delegado, el Procurador Judicial y, el defensor, por supuesto) tendrían razón; pero que mientras ello no sea así –que es lo que acontece– resulta legalmente imposible acceder a su pedimento.

La impugnación

Empieza con la transcripción de algunos apartes de la sentencia, para luego afirmar que sobre la sustracción o extravío del arma de fuego de las dependencias del extinto Juzgado 14 de Instrucción Criminal, no existe la prueba suficiente que confirme esas circunstancias y, al contrario, se está frente a reales conjeturas o simples sospechas creadas a raíz de indicios inexistentes y de apreciaciones subjetivas, razones por las que el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, absolvió a quien estaba sindicado de dicha apropiación.

Procede enseguida el impugnante a citar conocidos tratadistas en la materia sobre los peligros de la prueba indiciaria. Y, añade, que el problema de ésta consiste en que cada quien la moldea al tamaño de su propia conciencia personal, para terminar elaborando una demoníaca espiral de indicios que atiborra la conciencia y condena al más inocente.

De inmediato el recurrente entra a consignar que nunca como en el caso examinado se impone la aplicación del in dubio pro reo, al no existir certeza sobre la responsabilidad de Díaz Marín, ya que sólo aparecen meras sospechas e innumerables dudas sobre si el arma salió o no del Juzgado, las que se deben resolver a su favor. Y, se pregunta, "¿de dónde el peculado culposo?".

Refiere la intervención del Fiscal en la audiencia, al solicitar sentencia absolutoria sobre la base de que el peculado culposo es consecuencia directa del hurto, y que como René de Jesús Cardona fue absuelto, esa decisión al menos pone en tela de juicio la existencia del ilícito por el que se procede, si no se quieren emitir fallos contradictorios. El in dubio pro reo que cobijó a Cardona debe amparar también a Díaz Marín. En el otro proceso no fue posible demostrar si el arma se extravió o perdió y, como lo afirma el Juzgado Penal del Circuito "...podría deducirse la posibilidad de que en el sitio en donde apareció el arma, la búsqueda no hubiera sido tan explícita. Es más da cabida a pensar como el mismo Javier Castaño lo hace que el arma siempre estuvo allí...".

Como en el presente caso en ningún momento se ha comprobado el extravío o pérdida del arma, y la circunstancia de que la misma se hubiera hallado limpia, no es prueba suficiente para demostrar la sustracción, no procede la condena por peculado culposo. A lo sumo podría afirmarse una falta disciplinaria o administrativa por la no remisión del arma a las autoridades policivas o militares.

Controvierte la defensa la aseveración del Tribunal de que el fallo absolutorio no significa que el ilícito no hubiera existido. Y asegura que la desvinculación definitiva de los tres empleados obedeció a que no se demostró la sustracción del arma o que sobre tal hecho persisten dudas, o sea, que nunca se demostró la ocurrencia de hecho punible.

Finalmente, solicita de la Corte que, en el evento de confirmación del fallo apelado, se modifique para revocar la imposición de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por seis (6) meses. Tal petición se fundamenta en el poco monto de la pena impuesta, la calidad del punible, la personalidad del condenado, y por cuanto la administración, en forma real no sufrió ningún daño.

Consideraciones

1. Por descontada la calidad de Juez que ostentó el Dr. César Augusto Díaz Marín, en el Juzgado 14 de Instrucción Criminal de Riosucio (Caldas), desde el quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y ocho (1988) al primero (1°) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991) y que en el desempeño de dicho cargo, el nueve (9) de mayo de dicho año, recibió el revólver por él solicitado al Comandante de la Policía de Supía, advirtiéndose su pérdida por el funcionario que lo reemplazó a los pocos días de recibido el Despacho, como se demostró con la pertinente prueba documental, se impone determinar si le es imputable el actuar negligente que respecto de la custodia del revólver de autos, le dedujo el Tribunal Superior de Manizales en el fallo de primer grado que ahora se revisa por vía de apelación.

2. Está debidamente probado y de ello no existe la menor duda, que el treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991) avocó el conocimiento del proceso, que el arma en cuestión fue solicitada por el hoy procesado a la Policía el tres (3) de mayo del mismo año, que la recibió el nueve (9), quedando desde ese momento bajo su custodia; y que para el tres (3) de diciembre, cuando ya se desempeñaba un nuevo titular en el Juzgado Catorce (14) de Instrucción Criminal el Revólver no estaba en esa dependencia y que luego de la intensa y minuciosa búsqueda se determinó su pérdida, apareciendo hasta el diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992) en un lugar inusual, donde no se guardaban las armas e inexplicablemente donde se había revisado y no estaba, lo que significa que una vez perdido fue puesto en dicho sitio.

También, es evidente, que el arma se solicitó con el pretexto de practicar unas pruebas que nunca ordenó ni realizó, quedando por tanto expuesta al peligro que el Juez investigado sabía que existía, no solo porque el juzgado no tenía la debida vigilancia policiva, ni seguridad interna, sino porque, además a sabiendas de que uno de sus empleados, el Oficial Mayor René de Jesús Cardona, le había manifestado su interés para que le prestara una de las armas que tenía bajo su custodia en el Juzgado lo cual de suyo ya le implicaba un mayor sigilo sobre ellas, no tuvo reparo alguno para irresponsablemente dejar en poder de sus subalternos las armas, entre las cuales estaba el revólver de autos.

Igualmente, se estableció en la investigación que, no obstante haber solicitado el revólver el Dr. Díaz Marín por ser necesario para practicar algunas pruebas, ninguna se decretó ni menos practicó con dicha arma, más aún cuando se comisionó al Juez de Supía para la recepción de las básicas pruebas instructivas, pues como se sabe, en esa ciudad sucedieron los hechos homicidas, lo cual, de entrada, hacía inoportuna la remisión del revólver a Riosucio.

3. En estas condiciones, es claro que por casi ocho (8) meses, desde el nueve (9) de mayo hasta el dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), fecha en la que el Dr. Díaz Marín entregó el Despacho, el revólver permaneció indebidamente en el Juzgado por la sencilla razón de que si no se requería para la práctica de prueba alguna, como en efecto sucedió, era su obligación legal dar aplicación al artículo 53 del Decreto 1663 de 1979, de conformidad con el cual "Las armas, municiones y accesorios que sean decomisados, deberán ser enviados a la Sección Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General, dentro de los quince días siguientes al mes en que se efectuó el decomiso" y al artículo 1° del Decreto 2760 de 1981, modificatorio del artículo 58 del precitado Decreto 1663, que dispone: "Las armas y municiones de guerra de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y las armas de fuego de cualquier clase que las autoridades

tengan en su poder o secuestren por haberse cometido con ellas un delito, o que provengan de su ejecución e hicieren parte de un proceso penal, serán puestas por el respectivo Juez o funcionario bajo control y custodia de las autoridades militares o de la policía nacional, según el caso, y allí quedarán a disposición del funcionario competente para los efectos de la investigación..".. y no desatender la diligencia debida para ejercitar la custodia del arma, dejándola expuesta a la posibilidad de extravío o pérdida.

4. Así, si bien ya este solo hecho demuestra, por el transcurso del tiempo, el desprecio del Dr. Díaz Marín por el cumplimiento de ese imperativo legal, la absoluta falta del estricto deber de cuidado que le correspondía como Juez para no desatender sus funciones se evidencia frente al conjunto de hechos que precedieron la pérdida del arma, respecto de los cuales al haber tenido conocimiento el Juez y hacer caso omiso a los mismos, a pesar de que por su relevancia sobre el peligro que se cernía sobre la misma era evitable, no dejan duda sobre su actuar negligente de este funcionario.

El mismo Dr. Díaz Marín ha reconocido que las armas y específicamente el revólver en referencia, las dejaba en poder de sus empleados, desconociendo hasta cuántas llaves tenían esos archivadores, no volviendo a saber de ellas, como sucedió en este caso.

Pero es que además, y sabedor de que las armas no podían permanecer en el Juzgado sino, en la Policía, ya había sido advertido por el empleado Judicial Lotero Botero del manejo que uno de sus subalternos les daba a las mismas, llegando a jugar con ellas en el propio Despacho y a amenazar, así haya sido en broma, a otras personas en la Secretaría; y como ya se refirió René Cárdenas, también empleado suyo, le había manifestado su interés porque le prestara un revólver para proteger su residencia, lo cual ya lo ponía alerta para emplear todos los medios posibles para ejercitar debidamente la custodia sobre las armas que se encontraban en el Juzgado; no obstante nada hizo para que su actuar fuera diligente, desconociendo inclusive, si sus empleados lo incluyeron en el inventario, pues él no estuvo pendiente de esa trascendental función, como paladinamente lo ha reconocido.

Este marco de los hechos y circunstancias, que en su conjunto antecedieron a la pérdida del revólver, demuestran cómo se constituyeron en causa de la desaparición del arma, pues generaron el peligro en que quedó para que fácilmente se perdiera, evidenciándose así su conducta culposa; ya que no obstante incumplir con lo ordenado en los precitados decretos sobre la remisión del arma a las autoridades policivas para que ejercieran su custodia, no tomó ninguna medida de protección para que, estando bajo su cuidado, no corriera riesgo, siendo claramente

previsible que dejándola expuesta en las condiciones en que quedó, se podía provocar su pérdida.

Resulta, así, indiscutible, que la conducta del ex-Juez 14 de Instrucción Criminal, Dr. César Augusto Díaz Marín, se adecúa perfectamente a la descripción típica del delito de peculado culposo, a que se refiere el artículo 137 del C.P., pues su comportamiento descuidado y negligente dio ocasión a que se perdiera el revólver que por razón de sus funciones estaba en el deber de cuidar.

Es que, como lo afirmó la Sala frente a una situación fáctica similar, con ponencia del Magistrado, Dr. Ricardo Calvete Rangel, en estos eventos "Nos encontramos ante un caso de culpa por negligencia, toda vez que el encausado, en calidad de Juez incurrió en notorio incumplimiento de sus deberes específicos, del cual se derivó un resultado lesivo para la administración pública, al no colocar el revólver en un sitio con las debidas seguridades, limitándose a depositarlo durante un lapso más o menos largo, en una gaveta de su escritorio, 'sin llave y sin seguro', que como él mismo reconoce en su injurada, podía abrirse con excesiva facilidad, omitiendo el deber de remitir el arma al Comando general de las Fuerzas Militares para su custodia, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 53 del Decreto 1663 de 1979..." (auto del 20 de noviembre de 1991).

5. Ahora, para el impugnante existen serias dudas sobre si el arma fue o no sustraída del Juzgado, y asegura que tampoco se comprobó su extravío o pérdida, vacilaciones que, en aplicación del in dubio pro reo, comportarían una sentencia absolutoria para el Ex-Juez Díaz Marín. Y expresa, además, en común acuerdo con lo señalado por el Fiscal en la audiencia, que el peculado culposo es consecuencia directa del hurto, y que como Cardona González terminó absuelto, la duda que cobijó a éste debe amparar igualmente a Díaz Marín. Concreta, también, que nunca se demostró ocurrencia de hecho punible y que fue por ello que los tres empleados del Juzgado resultaron, uno absuelto, y los otros, con preclusión de la investigación.

Lo primero que ha de señalarse como válida réplica al impugnante es que la consumación del delito de peculado culposo no necesariamente está supeditado a la intervención dolosa de un tercero, y si lo hubiera hecho así --que, se repite, no lo hizo-, habría creado una irregular figura, en la que la consumación, como es lo lógico, no dependería del agente sino de un tercero. No puede entonces con razón sostenerse que el peculado culposo es consecuencia directa del hurto, y que si éste no existe, el otro delito tampoco se presenta.

De otra lado, para la Corte el apelante se aparta de la verdad cuando sostiene que Morales Bueno y Castaño Mejía fueron desvinculados de la investigación

por las dudas que existían sobre la sustracción del arma. Recuérdese que a aquellos se les profirió resolución de preclusión en el mismo auto en que a Cardona González se le dictó resolución de acusación, determinación que no habría podido asumirse si no fuera porque la sustracción del arma se tenía por demostrada.

Y, apréciese que en la sentencia absolutoria de Cardona González, se acepta que, "como dicen los declarantes Morales Bueno y Castaño Mejía, el arma pudo haber sido puesta en ese lugar", esto es, en el archivador donde se encontró después de su sustracción; luego no es cierto –como lo asegura el recurrente– que la absolución hubiera estado basada en la no comprobación del susodicho verbo.

Es más ,en la sentencia que absolvió a Cardona González se deja expresamente abierta la posibilidad de que otra persona distinta a aquel hubiera sido el autor de la sustracción. De dónde impera inferir que nunca el fallador predicó inexistencia delictiva de manera general, sino solo que no se daban los requisitos para condenarlo.

Es del caso también hacer claridad alrededor de la solitaria expresión de Castaño Mejía sobre que "o posiblemente (el arma) durante todo ese tiempo estuvo ahí guardada", de la que se sirven el sentenciador de Cardona González y el impugnante para crear dudas alrededor de la sustracción. Esa es una expresión aislada, frente a las diversas que el testigo aduce a lo largo de su declaración y en exposiciones anteriores y posteriores, en el sentido de que el revólver fue buscado detenida y repetidamente, sin que apareciera por parte alguna.

Es más, dicha expresión se toma fuera de contexto, toda vez que lo manifestado por el declarante fue: "No, no he escuchado ningún comentario que alguien haya sacado esa arma de ahí, o posiblemente durante todo ese tiempo estuvo ahí guardado, claro que Homero y yo cuando nos dimos cuenta al momento del inventario la buscamos por todas partes como él mismo lo puede declarar, por eso nos extraña que ahora aparezca esa arma ahí".

De lo anterior, resulta claro que Castaño Mejía afirmó en sus intervenciones procesales que el arma se buscó con detenimiento, a conciencia ("en el archivo, en las gavetas, en todas partes. en los escritorios" fl. 73) y nunca apareció por parte alguna. Luego no es dable dar por acreditado con base en una trunca expresión lo que está contradicho por otras, que llevan a la convicción de que para el testigo el arma o fue sustraída o, por lo menos, estuvo perdida o extraviada.

6. Finalmente, el recurrente solicita la revocatoria de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de seis (6) meses. La verdad es que la interdicción se aplicó como pena principal porque el artículo

137 del Código Penal la estipula así y hasta por dos (2) años. Impuso, pues, el sentenciador una sanción que no podía dejar de aplicar, tasándola en su extensión mínima, igual que hizo con la privativa de la libertad y la pecuniaria. En esta dosificación indudablemente que el fallador tuvo en cuenta la calidad del punible y la personalidad del procesado, circunstancias en las que el recurrente solidifica su petición.

Obsérvese, además, que en la sentencia se concede el subrogado de la condena de ejecución condicional, "en virtud del cual se suspende la ejecución del presente fallo por un período de prueba de dos años". Y como no se hizo salvedad ninguna con respecto a la pena principal de interdicción, es natural entender que a ella también la cobija la suspensión. No existe, pues, nada que, en derecho, se deba revocar de la sentencia condenatoria impugnada.

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

RESUELVE

Confirmar, en su integridad el fallo apelado, ya determinado en su origen, fecha y naturaleza.

Copíese, cumplase y devuelvase el expediente al Tribunal Superior de Manizales.

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.

PARTE CIVIL/ INTERES PARA RECURRIR/ INIMPUTABILIDAD/ MEDIDA DE SEGURIDAD

Con la condena del acusado (...) al internamiento en establecimiento siquiátrico, lo mismo que con la declaración de su responsabilidad en el pago de los perjuicios morales y materiales consiguientes, es claro que el interés frente al resarcimiento por la muerte de (...) logró los fines que habilitaban la intervención de esta parte en ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal (artículo 43 y siguientes del C. de P.P.). Y como esa intervención no depende de la clase de medida que le sea impuesta al responsable (bien se trate de penas en el caso del imputable, o de medidas de seguridad en el del inimputable), ningún interés le asiste a la parte civil que le autorice la búsqueda de instrumentos que tornen más gravosa la situación penal del condenado.

Pese a que la ley penal fijaba claras diferencias que distanciaban notoriamente la pena de las medidas de seguridad, y a estas les señalaba unos fines muy diferentes de aquellas y restringidos a la "curación, tutela y rehabilitación" del inimputable, la Corte Constitucional al resolver sobre la acción pública de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 100 de 1980 (parcialmente), creyó ver que las medidas de seguridad eran en realidad equivalentes a una privación de libertad, por lo que en sentencia C-176 de Mayo 6 de 1993 (Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, Tomo V, Mayo, pgs. 31 a 49)sostuvo que,

"...El tiempo de duración máxima de la medida de seguridad es el equivalente del término de la pena prevista para ese hecho punible. Tal tope tiene dos efectos: primero, no se podrá internar a nadie en calidad de medida de seguridad más allá de dicho lapso; segundo, dicho tiempo señala igualmente el plazo para la prescripción de la medida de seguridad. Entonces cuando se llegue el plazo máximo de la medida de seguridad, el juez está obligado a poner en libertad al inimputable. La razón de ser de ello es que la medida de seguridad supone privación de la libertad. Si una vez cumplido el tiempo previsto para el máximo del hecho punible, la persona

no se ha rehabilitado a nivel síquico debe ser puesta en libertad. Termina para ella el tiempo de reclusión en calidad de inimputable, sin perjuicio de que el Estado le garantice el tratamiento especial que requiera, pero ya no como inimputable sino como disminuido síquico. En estos casos deberá asegurarse la presencia de un representante legal para el disminuido síquico. La expresión "y un máximo indeterminado", es contraria a la preceptiva constitucional.

Lo cierto es, pues, que bajo la interpretación que se transcribe, el fallo invocado acabó por declarar la inexequibilidad de la expresión "y un máximo indeterminado" que contenían los artículos 94,95 y 96 del Decreto 100 de 1980, y ello conduce, como lo pide aquí la Procuraduría Delegada, a introducir, de oficio, según lo autorizan los artículo 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, la alinderación formal de ese tope temporal en el máximo de duración de la medida de aseguramiento impuesta en este caso al acusado, con el fin de ajustar el fallo a los términos y consecuencia de la invocada sentencia de inexequibilidad.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de junio de mil novecientos noventa y siete (1977).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rad.9112

Aprobado acta nº65

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra la sentencia de fecha 16 de julio de 1993, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. La sentencia de primera instancia se profirió el 12 de abril de 1993 y en ella se resolvió imponer al enjuiciado inimputable Belisario Moreno Moreno medida de seguridad de internación en establecimiento siquiátrico durante el término mínimo de doce meses por los homicidios en Oscar Rozo Pinto y Fabián Pinto Díaz y tentativa del mismo tipo penal en Edgar Castellanos, le condenó al pago de 450 gramos oro como reparación del daño ocasionado a Edgar Armando Castellanos y sendas condenaciones de 1.200 gramos oro como indemnización por las muertes de Fabián Daniel Pinto Díaz y Oscar Enrique Rozo Pinto, en tanto que lo absolvió en relación con la muerte de Luis Guillermo Pardo Aristizábal. El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en el fallo impugnado en casación, revocó la absolución por el homicidio

en Luis Guillermo Pardo Aristizábal, y en consecuencia también condenó a Belisario Moreno Moreno al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados con este punible, los que estimó en 1.200 gramos oro. En lo demás, impartió confirmación al fallo del Juzgado 45 Penal del Circuito.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En la noche comprendida entre el 27 y el 28 de julio de 1991, reunidos en el taller de avisos publicitarios que funcionaba en la carrera 8a número 25-09 sur en el barrio 20 de Julio de esta ciudad, departían los jóvenes Luis Carlos Castañeda, Luis Guillermo Pardo Aristizábal, Oscar Enrique Rozo Pinto, Fabián Daniel Pinto Díaz, José Luis Rodríguez León y Edgar Armando Castellanos, de quienes se diría que integraban una banda que sembraba el terror en el sector y se denominaba "Los Cobras". A eso de las dos de la madrugada se agotó la provisión de aguardiente, lo que motivó a Castañeda y a Pardo a trasladarse a una tienda vecina de propiedad de Luis Alfredo Marín Cardona conocido como "El Paisa", quien se negó a vender el licor solicitado. Reaccionó Luis Carlos Castañeda tomando abusivamente una botella de brandy y procedió a retirarse del lugar informando que cubriría su importe posteriormente. Marín optó entonces por bajar la reja del establecimiento dejando atrapado en él a Luis Guillermo Pardo. Intentando liberar a su compañero, Castañeda retornó al establecimiento acompañado de otros contertulios, procediendo a golpear a puntapiés la reja metálica hasta obligar la intervención de Ismael Adolfo Moreno Romero, hijo del dueño del inmueble señor Belisario Moreno Moreno. En el interin, Pardo había ganado la calle evadiéndose por el interior de la casa. Ya afuera se presenta un amago de pelea entre el grupo y Moreno Romero, siendo entonces cuando, armado, entra en la escena Belisario Moreno Moreno, accionado su revólver inicialmente contra Pardo Aristizábal y luego sobre Rozo Pinto, Pinto Díaz y Castellanos, disparando contra los restantes cuando éstos intentaban refugiarse en el taller de publicidad. Los tres primeros fallecieron a consecuencia de las heridas recibidas, y el último recibió lesiones que afectaron sus genitales. Moreno Moreno fue retenido por la autoridad policiva esa misma madrugada.

Conforme a los resultados de las necropsias, Pardo Aristizábal falleció "por laceración del hemisferio cerebeloso derecho por proyectil de arma de fuego"; Rozo Pinto "por sección bilateral de arterias carótidas y venas yugulares internas y aspiración hemática masiva por proyectil de arma de fuego"; y Pinto Díaz "en shock hipovolémico secundario a heridas de vísceras toráxicas por bala". En cuanto a las lesiones de Edgar Armando Castellanos el reconocimiento médico que figura al folio 575 del cuaderno de la causa fija como definitiva una incapacidad de 35 días, adicional a una perturbación funcional del órgano de la excreción urinaria a definir respecto de su permanencia o transitoriedad.

2. Conoció de las primeras diligencias el Juzgado 14 de Instrucción Criminal Permanente con sede en Bogotá, y luego la investigación fue abierta y adelantada por orden del Juzgado 30 de la misma especialidad a partir del día 30 de julio de 1991, recepcionando en ella la injurada de Moreno Moreno debidamente asistido por su defensor de confianza, y resolviendo su situación provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, en concurso. según auto de agosto 9 siguiente.

Mediante providencia de noviembre 25 de 1991 se calificó el mérito del sumario, acusando a Belisario Moreno Moreno por los delitos de homicidio (tres) en concurso, más el de tentativa de homicidio, providencia apelada inicialmente por la defensa. Solo que hallándose lá actuación ante el Tribunal, el nuevo defensor designado optó por desistir del recurso interpuesto, deserción que le fue admitida por auto de febrero 24 siguiente.

La causa fue adelantada ante el Juzgado 1° Superior (luego 45 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá), y en cumplimiento de las pruebas ordenadas se recaudó la experticia del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses calendada en julio 14 de 1992, donde se dictamina respecto del procesado Belisario Moreno Moreno que:

"1) El examinado presenta una personalidad de características esquizoides y depresivas.

2) Presenta una neurosis depresiva.

3)Presenta alcoholismo crónico.

4) Presenta un leve daño cerebral".

La audiencia pública se celebró en sesiones del 10 y 26 de noviembre de 1992. 26 de enero, 10 de febrero y 4 de marzo de 1993. En ella se debatió el tema de la inimputabilidad del encausado, y como la experta que elaboró el dictamen fue convocada a la audiencia. allí explicó que el trastorno mental transitorio del enjuiciado le había alterado su autodeterminación; por su parte la Fiscal 103 Delegada solicitó sentencia condenatoria por los cargos del enjuiciamiento, pero reconociendo en favor del encartado el estado emotivo previsto en el artículo 60 del Código Penal, y su situación de sujeto penal inimputable; el vocero de la parte civil inconforme por la muerte de Luis Guillermo Pardo impetró sentencia condenatoria, y la defensa planteó la tesis principal de un actuar en legítima defensa y subsidiariamente una defensa subjetiva, y por ende sentencia absolutoria.

El fallo de primera instancia se profirió el 12 de abril de 1993 y en él se resolvió imponer al enjuiciado Belisario Moreno Moreno, tras su declaración de inimputable, medida de seguridad de internación en establecimiento siquiátrico durante el término mínimo de doce meses y un máximo indeterminado, condenándole al pago de 450 gramos oro como reparación del daño ocasionado a Edgar Armando Castellanos y sendas condenaciones de 1.200 gramos oro como indemnización por las muertes de Fabián Daniel Pinto Díaz y Oscar Enrique Rozo Pinto, en tanto que lo absolvió en relación con la muerte de Luis Guillermo Pardo Aristizábal.

Apelada esta decisión por el vocero particular perjudicad con la absolución, como también por el representante de las familias Rozo Pinto y Rozo Díaz, conoció del caso el Tribunal Superior de Bogotá y revocó la absolución por el homicidio en Luis Guillermo Pardo Aristizábal, extendiendo como consecuencia la condena de Belisario Moreno Moreno al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados con este punible, los que estimó en 1.200 gramos oro, sin modificar ni la condición de inimputabilidad del sujeto agente de las infracciones, ni el mínimo de la medida de aseguramiento. En lo demás confirmó el fallo recurrido.

Contra esta sentencia se interpuso el recurso extraordinario de casación, inicialmente por el vocero de la parte civil que reclama los intereses privados por la muerte de Luis Guillermo Pardo y por el defensor del condenado Belisario Moreno, pero este último desistió posteriormente del recurso, como así lo aceptó el Tribunal el 26 de octubre siguiente.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal 1a., cuerpo segundo, del artículo 220 del C. de Procedimiento Penal, el censor formula dos cargos que formaliza como sigue:

Primer Cargo

Acusa la sentencia "por error de hecho en la falsa interpretación del examen psiquiátrico forense, calendado julio 14 de 1992 (folios 95 a 101 del cd. 2) que llevó al fallador a la violación indirecta por apreciación indebida de los artículos 31, 33, modificado por la Ley 43 de 1982, artículo 1°, artículos 93 y 94 del Código Penal".

El tema se desarrolla señalando que el dictamen forense practicado a Moreno Moreno fue mal interpretado por el juzgador, quien no lo asumió en su conjunto ni en sus conclusiones, ya que la experta señala contundentemente que el examinado "presenta una personalidad de características esquizoides y depresivas",

es decir, una personalidad muy definida, "no normal", con facilidad para reaccionar y repetir hechos como el sucedido, tal cual él mismo lo confesó en entrevista periodística; es, pues, un sicópata de enfermedad irreversible, como lo demuestra el electroencefalograma practicado; su mal, que la experta atribuye a la edad y al consumo de licor, pero que "puede tener origen sifilítico", es "progresivo, incurable y determinante de las características esquizoides y depresivas del homicida Moreno Moreno".

Por lo anterior, afirma, media un error manifiesto de hecho por falso juicio de identidad en la pericia, al dar carácter de transitorio al fenómeno de inimputabilidad reconocido al sentenciado, lo cual determinó que no se le internara en establecimiento siquiátrico o frenocomio criminal, como ha debido serlo, y que condujo a violación indirecta de la ley sustancial.

Por ello solicita que se case el fallo "fijando la medida de seguridad adecuada".

Segundo Cargo

Censura el fallo del Tribunal Superior en cuanto fija los perjuicios materiales como secuela del fallecimiento de Luis Guillermo Pardo Aristizabal en 1.200 gramos oro, ignorando el dictamen rendido por el perito designado al efecto, y que valoró en $240.000,oo el daño emergente y $35`511.414,oo el lucro cesante. Consideró el Juez de segunda instancia que se aceptó "la objeción de un dictamen pericial al respecto (Folio 40 Cd. 2)", cuando tal prueba corresponde a la designación que hizo el Juzgado 1° Superior del perito Enrique Plata Casas, quien rindió no un dictamen caprichoso, sino fundamentado, para llegar a los guarismos que se acaban de citar como lucro cesante y daño emergente. "El fallador –expresa– no apreció este dictamen pericial que a su vez no fue objetado y que el Juzgado 1° Superior declaró en firme".

Censura que el Tribunal no solo desconoció el dictamen, sino también "los documentos sustanciales a la pericia", la condición de universitario del interfecto y los testimonios sobre su muy buena conducta, su capacidad como estudiante y ajedrecista sobresaliente.

Por lo anterior solicita que casando la sentencia, la Corte establezca "los perjuicios conforme al dictamen pericial que fuera ignorado".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para la procuraduría 2a. Delegada en lo penal, la demanda no resulta de recibo, y en consecuencia no es procedente la casación pedida. En su lugar propone invalidar oficiosamente y de manera parcial la sentencia impugnada.

Sobre el cargo primero se advierte que no es viable acceder a la propuesta del censor, "pues sin dificultad se advierte que su pretensión resarcitoria no resulta afectada con la sanción impuesta al inimputable Belisario Moreno Moreno en la sentencia".

La determinación final asumida por el Tribunal al revocar la absolución por el homicidio en Luis Guillermo Pardo Aristizabal, dispone la internación del acusado en establecimiento siquiátrico por el mínimo de un año, y obliga al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados con el ilícito. Con ello se satisfacen, entonces, las pretensiones que caben a la parte civil en el proceso penal, y se determina, en consecuencia, su falta de interés para recurrir, intentando el cambio de medida de seguridad para hacer más gravosa la situación del acusado, "... pues, como lo enseña la jurisprudencia, sería fomentar la venganza privada y no la defensa de la ley ni la reparación del agravio como fines del recurso extraordinario de casación".

Sobre el segundo cargo se replica su improsperidad,

en cuanto "la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho se presenta cuando el juzgador omite considerar una prueba validamente aportada al proceso, o cuando supone una que no está acreditada en el mismo (falso juicio de existencia), o cuando distorsiona su contenido fáctico (falso juicio de identidad), debiendo el casacionista demostrar la incidencia que el error invocado tiene en la parte resolutiva del fallo". Pero en este evento el censor ni demuestra el error enunciado, ni su incidencia en el fallo, ya que "traslada su inconformidad al error de derecho por falso juicio de convicción oponiéndose al rechazo que, atendidas las objeciones de la defensa efectuó el fallador del referido peritaje para tasar los perjuicios..".. No es verdad que no haya sido considerado el dictamen pericial, sino que se desestimó por encontrarlo impreciso y con deficiente fundamentación, por lo cual los perjuicios materiales se regularon conforme al artículo 107-2 del Código Penal.

En síntesis, solo hubo una disparidad de criterios sobre la estimación y valoración del avalúo, que en manera alguna fundamenta un recurso de casación, si el fallo goza de la presunción de acierto y legalidad.

Casación Oficiosa

En cuanto la sentencia fijó el término mínimo de duración de la medida de aseguramiento, pero omitió determinar el máximo, a juicio de la Delegada lo que se impone enmendar es este yerro, "advirtiendo que no podrá exceder del tiempo de pena previsto en los tipos penales deducidos al procesado al momento de

declararlo responsable de los múltiples homicidios", para atender los preceptos fundamentales de la Carta opuestos a una posible internación perpetua, y acatar los fines de las medidas de seguridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demanda que formula el señor representante de la parte civil que apodera en el caso del fallecido Luis Guillermo Pardo Aristizábal es mixta, en la medida en que en su primer cargo apunta a un tema penal de la sentencia, mientras que el segundo remite con exclusividad a los aspectos civiles relacionados con el resarcimiento de perjuicios.

Siendo lo anterior enteramente de recibo, dada la autonomía e independencia que en relación con los distintos cargos de la demanda de casación proclama el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, será de rigor en cada uno la cotejación del interés que asiste al impugnante, porque tratándose de una sentencia de condena, no puede obviarse que la vocación de este sujeto procesal se halla restringida a "obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por el hecho punible" (artículo 149 ibídem), ni que en el caso concreto del presente recurso extraordinario, cuando el reclamo apunta a los perjuicios, entran a operar las reglas de cuantía que se indican en el artículo 221 Código de Procedimiento Penal.

Hecha esta aclaración, procede el examen particularizado de cada uno de los cargos en la forma que sigue:

Primer cargo

A primera vista surge en esta proposición inicial de la demanda la falta de interés jurídico del censor para recurrir, si se advierte que la pretensión resarcitoria propia de la parte civil, y limitante de sus facultades dentro del proceso penal, en manera alguna se afecta con la naturaleza de la medida asegurativa impuesta a Belisario Moreno Moreno en su condición no discutida en el fallo, de persona inimputable.

Con la condena del acusado Moreno Moreno al internamiento en establecimiento siquiátrico, lo mismo que con la declaración de su responsabilidad en el pago de los perjuicios morales y materiales consiguientes, es claro que el interés frente al resarcimiento por la muerte del Luis Guillermo Pardo Aristizábal logró los fines que habilitaban la intervención de esta parte en ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal (artículo 43 y siguientes del C. de P.P.). Y como esa intervención no depende de la clase de medida que le sea impuesta al

responsable (bien se trate de penas en el caso del imputable, o de medidas de seguridad en el del inimputable), ningún interés le asiste a la parte civil que le autorice la búsqueda de instrumentos que tornen más gravosa la situación penal del condenado.

Admitir planteamientos como los que en este caso propone la parte impugnante bajo el cargo que se analiza –según lo itera la jurisprudencia–, sería tanto como fomentar la venganza privada y no la efectividad del derecho material, la defensa de las garantías de las partes, ni la reparación de los agravios inferidos por el fallo recurrido como objetos del recurso extraordinario, según certeramente lo recuerda el Ministerio Público.

Así las cosas, y en cuanto la declaración de responsabilidad y fijación de una medida de seguridad en vez de otra, no agravia los intereses de la parte civil, carece de interés el recurrente en la formulación del cargo analizado, si como viene reiterado, es el agravio la medida del recurso.

Así, entonces, el cargo primero de la demanda no prospera.

Segundo Cargo

Al avocar su estudio se hace procedente precisar de entrada, en cuanto la censura apunta a los perjuicios, que la impugnación en casación por este aspecto sí resulta pertinente, en cuanto el interés que en ese campo asiste al inconforme se atiene a los requisitos impuestos por el procedimiento Civil.

En tal sentido se hace propicio recordar que por auto de agosto 1º de 1991 (Folios 68/69 Cuaderno original # 1), se admitió la demanda de constitución en parte para el reclamo del resarcimiento derivado del deceso del joven Pardo Aristizábal, y que en ella se calculó el perjuicio material en $30'000.000,oo, y los de orden moral en dos mil setecientos gramos (2.700 gms) oro.

Como el fallo de segundo grado fijó la obligación civil a cargo del procesado en un mil doscientos gramos (1.200 gms.) oro, de tal manera la diferencia entre la pretensión resarcitoria y la suma judicialmente concedida supera el tope legal habilitante que para entonces ascendía a los $ 19'600.000,oo.

Dentro del mismo aspecto se muestra que aunque el casacionista invoca para sustento de su objeción la causal primera del artículo 225 de Código de Procedimiento Penal, cuando debió atenerse a las causales que indica la ley procesal civil, ningún reparo hay para que la Sala estudie en su mérito la queja, teniendo en cuenta que por encima de esa sola informalidad existe exacta correspondencia

entre la invocada y la causal prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, en la medida en que ésta también refiere, como aquella, a la violación indirecta de la ley sustancial por "... apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba..." con consecuencias en la generación de errores de hecho o de derecho.

Ahora bien, no obstante los reconocimientos anteriores, ya al ingresar al estudio de la alegación con miras a proveer el fallo de mérito, no puede menos la Sala que coincidir de nuevo con las apreciaciones críticas del Ministerio Público, dado que el casacionista aduce pero no prueba la ocurrencia de un error de hecho por falso juicio de existencia en la sentencia, porque muy lejos de ignorar la prueba relacionada con la existencia del daño y su cuantificación por medio de peritos, a ella se refirió tanto para imponer la obligación de resarcir, como para fijar al margen de lo que indicara el perito, una cuantía que autorizaba la ley a señalar discrecionalmente, a falta de otros criterios dominantes.

Vista en este aspecto la demanda, es de observar en ella que la censura concreta una omisión injustificada del dictamen, por no tener en cuenta ni su contenido ni su fundamento, y excusar además su referencia bajo el pretexto de haber prosperado una objeción inexistente.

Ante todo se debe recordar que en el caso de Luis Guillermo Pardo a cuyo nombre se impugna, el fallo de primer grado no tenía que hacer consideración en tema de perjuicios, porque su decisión excluyó la responsabilidad del acusado, respecto de ese homicidio.

Pero cuando el ad-quem asume el tema, forzado por la revocación del fallo absolutorio, lejos estuvo de ignorar el avalúo, como tampoco de la comprobación del daño a resarcir en el caso del occiso Luis Guillermo Pardo Aristizabal, pues el fragmento que a continuación transcribirá la Sala, deja saber que esa experticia sí se tuvo en cuenta, solo que para desecharla por deficiente fundamento, y no para afirmar que no existió perjuicio, sino para cuantificarlo a discreción del funcionario, pues de otro modo no se hubiera impuesto la obligación de indemnizarlo.

Dice en efecto el Tribunal a ese respecto:

"*...En punto a esta dosificación, debe mantenerse por cuanto la réplica del apoderado que representa los intereses de la familia de los dos primeros, en el sentido de que el monto de los perjuicios señalado en el fallo es indolente e impetra que se condene en abstracto, carece de soporte legal y por otra parte el artículo 56 del C. de P. P., impone al Juez condenar en concreto y en este evento, la juez siguiendo los lineamientos de los aludidos Arts. 106 y 107, atendiendo la*

naturaleza y modalidad de los ilícitos, amén de no tenerse demostrada la ocupación habitual de las víctimas mencionadas, dosificó equitativamente a esos factores el quantum de los perjuicios señalados y por ende se confirmará el pago a esas sumas. En iguales sumas se condenará al pago de los perjuicios causados por la muerte de Luis Guillermo Pardo Aristizabal, manteniéndose el mismo rasero de equidad y ajustado a aquellas directrices de dosificación".

La funcionaria de primer grado se había apartado, a su vez, de la estimación que hizo el experto, considerando que en su lugar era valedera

"... la objeción del Procurador Judicial del encausado ya que se fijó lucro cesante sin existir prueba de su existencia, pues si bien es cierto las víctimas trabajaban al momento de los hechos también lo es que no hay prueba de que proveyeran al sostenimiento o manutención de otra u otras personas. Es innegable, por último, que sin duda alguna las partes civiles reconocidas dentro de este proceso penal, han sufrido perjuicios morales con la pérdida de sus seres queridos. –Por todo lo anterior se aceptará la objeción hecha al dictamen pericial, procediendo el Despacho a fijar el monto de los perjuicios conforme a las pruebas allegadas al proceso y haciendo uso de los artículos 106 y 107 del Código Penal".

Pues bien, lo anterior indica, no que el dictamen hubiese sido pretermitido en forma absoluta. Tampoco que equivocadamente se le desestimase como si una formal objeción hubiese prosperado, sino que por su falta de fundamentación, no era posible tener las cifras señaladas como verdad que condujera a optar por el señalamiento de esa cuantiosa suma que el perito fijaba, y si ello fue así como el fragmento traído lo acredita, no otra conclusión procede distinta a la sugerida por la Procuraduría Delegada, pues queda claro que no se dio el supuesto error por falso juicio de existencia en relación con la pericia.

Al margen agregó el casacionista, que tampoco miró el juzgador la prueba documental y de testigos por la que se sabía que el ofendido era universitario, joven de buena conducta, trabajador y ajedrecista exitoso. Pero además de omitir la demanda la identificación de los medios que se argumentan ignorados, se hace protuberante otro incumplimiento grave del censor que frente al principio de limitación (artículo 228 del C. de P.P.), no habilita a la Sala suplirlo oficiosamente, y es el relacionado con la trascendencia de la alegada omisión, porque si ya se ha visto que la sentencia fijó una suma por perjuicios, es comprensible que ella partía del reconocimiento de un daño, de la existencia de su relación causal con el delito, y de la responsabilidad civil del acusado, frente a los cuales se torna insostenible la supuesta omisión de prueba alguna.

Luego, si la inconformidad se restringe a la cuantía, se debe responder que el libelo no muestra la acreditación de otra distinta, y menos superior de la que el Tribunal fijó en su sentencia, porque en este campo el único reparo alude a un falso juicio de existencia, que con lo dicho queda desvirtuado.

El cargo no prospera.

CASACIÓN OFICIOSA

Propone el Ministerio Público que en cuanto la sentencia fijó el término mínimo de duración de la medida de seguridad pero omitió determinar su máximo, la Sala debe proceder a enmendar el yerro, atendiendo los preceptos fundamentales de la Carta, a fin de evitar una posible internación perpetua y respetando con ello el propósito de las medidas de esta índole.

Ciertamente, pese a que la ley penal fijaba claras diferencias que distanciaban notoriamente la pena de las medidas de seguridad, y a estas les señalaba unos fines muy diferentes de aquellas y restringidos a la "curación, tutela y rehabilitación" del inimputable, la Corte Constitucional al resolver sobre la acción pública de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 100 de 1980 (parcialmente), creyó ver que las medidas de seguridad eran en realidad equivalentes a una privación de libertad, por lo que en sentencia C-176 de Mayo 6 de 1993 (Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, Tomo V, Mayo, pgs. 31 a 49) sostuvo que,

"...El tiempo de duración máxima de la medida de seguridad es el equivalente del término de la pena prevista para ese hecho punible. Tal tope tiene dos efectos: primero, no se podrá internar a nadie en calidad de medida de seguridad más allá de dicho lapso; segundo, dicho tiempo señala igualmente el plazo para la prescripción de la medida de seguridad. Entonces cuando se llegue el plazo máximo de la medida de seguridad, el juez está obligado a poner en libertad al inimputable. La razón de ser de ello es que la medida de seguridad supone privación de la libertad. Si una vez cumplido el tiempo previsto para el máximo del hecho punible, la persona no se ha rehabilitado a nivel síquico debe ser puesta en libertad. Termina para ella el tiempo de reclusión en calidad de inimputable, sin perjuicio de que el Estado le garantice el tratamiento especial que requiera, pero ya no como inimputable sino como disminuido síquico. En estos casos deberá asegurarse la presencia de un representante legal para el disminuido síquico. La expresión "y un máximo indeterminado", es contraria a la preceptiva constitucional.

Lo cierto es, pues, que bajo la interpretación que se transcribe, el fallo invocado acabó por declarar la inexequibilidad de la expresión "y un máximo indeterminado"

que contenían los artículos 94,95 y 96 del Decreto 100 de 1980, y ello conduce, como lo pide aquí la Procuraduría Delegada, a introducir, de oficio, según lo autorizan los artículo 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, la alinderación formal de ese tope temporal en el máximo de duración de la medida de aseguramiento impuesta en este caso al acusado, con el fin de ajustar el fallo a los términos y consecuencia de la invocada sentencia de inexequibilidad.

A ese término de duración se llega tomando en cuenta que la legislación vigente a la fecha de los hechos no sancionaba el delito de homicidio con pena superior a los quince (15) años de prisión (artículo 323 del C.P.), pero en el caso del concurso (y aquí se trató de cuatro homicidios, tres consumados y uno en grado de tentativa) autorizaba su prolongación máxima hasta los treinta (30) años de prisión, lapso que como límite se habrá de introducir en el fallo recurrido.

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

RESUELVE

Primero: Desestimar la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil en contra de la sentencia de fecha, origen y contenido indicados en esta providencia, y

Segundo: Casar parcial y oficiosamente el fallo impugnado, para adicionarlo en el sentido de declarar que la internación en establecimiento siquiátrico impuesta al Condenado Belisario Moreno Moreno no podrá exceder del término de treinta (30) años, dejando inmodificado en lo demás su contenido.

Cópiese, notifíquese 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.

RECURSOS

Los recursos son medios legales de impugnación a través de los cuales se dota a las partes de mecanismos para reclamar la corrección de los errores en que hayan podido incurrir los funcionarios judiciales en sus decisiones. De ahí que su interposición suponga la carga procesal de expresar las razones del disenso con la providencia cuestionada, es decir, el deber de precisar argumentativamente en qué consiste el desacierto acusado y cuál la resolución que en su lugar corresponde.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado Acta No.66

Rad. 12935

VISTOS

Se decide el recurso de reposición interpuesto por el defensor de los procesados Carlos Alirio Martínez Castañeda y Aura Ligia Cruz Cruz, contra el auto del pasado 15 de abril del año en curso, mediante el cual la Sala declaró inadmisible el recurso discrecional de casación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE LA REPOSICIÓN

Para sustentar la reposición impetrada, procede el recurrente a elaborar un nuevo escrito dirigido a fundamentar la impugnación extraordinaria, advirtiendo como motivo para acudir a la casación excepcional la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de los procesados, los que en su criterio habrían sido vulnerados en la sentencia por "interpretación errónea de la prueba", específicamente de los testimonios rendidos por Abraham Alvarado y Miguel

Angel Contreras, cuyas versiones se tomaron como ciertas "dándole (sic) un valor contrario a las verdaderas (sic)".

Finalmente, agrega el actor:

"Por todo lo anterior es que suplico ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, que si bien es cierto, que se cometieron errores al interponer recurso excepcional de casación: como en el caso de los motivos que sustentan la viabilidad del recurso, tampoco precisar el recurso excepcional de casación y menos no haber sustentado el recurso, pero no es menos cierto que por un error del recurrente se violen los derechos fundamentales de los sindicados y no cumpla la justicia su cometido".

CONSIDERACIONES

1. Los recursos son medios legales de impugnación a través de los cuales se dota a las partes de mecanismos para reclamar la corrección de los errores en que hayan podido incurrir los funcionarios judiciales en sus decisiones. De ahí que su interposición suponga la carga procesal de expresar las razones del disenso con la providencia cuestionada, es decir, el deber de precisar argumentativamente en qué consiste el desacierto acusado y cuál la resolución que en su lugar corresponde.

2. En el caso *sub judice*, demostrando con ello una evidente confusión sobre la naturaleza y razón de ser del recurso interpuesto, el recurrente omite por completo la indicación de los motivos que le sirven de sustento a la impugnación y antes bien reconoce las diversas y protuberantes falencias de que adolece el escrito por medio del cual interpuso el recurso extraordinario y excepcional de casación, para en su lugar presentar un nuevo memorial mediante el cual aspira a corregir las deficiencias advertidas por la Corte en el auto que inadmitió el recurso.

3. Es evidente, entonces, que el recurrente desconoce así la naturaleza y fines de los recursos, no solo respecto del ahora interpuesto sino en relación con toda la teoría que sustenta el derecho de impugnación, pues su razón de ser radica en la confrontación fáctica y jurídica que debe hacer el recurrente respecto de las razones expuestas por el juez como sustento de la decisión que se persigue sea revocada, modificada o adicionada y no de una nueva y extemporánea oportunidad para que se corrija el inicial escrito sustentador del recurso, cuando la ley exige este requisito.

4. Una de las exigencias legales de procedibilidad de los medios de impugnación es la preclusividad de los términos para su interposición, la cual está justificada en los inexorables principios de igualdad a todos los sujetos procesales, lealtad y seguridad jurídica tanto formal como material respecto de

los actos procesales, que de suyo están llamados a producir efectos interpartes, además de posibilitar que el trámite procesal no se paralice, cuando constituya prerequisito para un pronunciamiento o dinámica ritual posterior.

5. En estas condiciones, una vez interpuesto el recurso discrecional de casación, el impugnante agotó la oportunidad para exponer los motivos fundamentadores de su inconformidad respecto del fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barrancabermeja, sin que le sea posible corregir posteriormente la fundamentación del recurso, ya que el término para hacerlo precluyó y no puede confundirse la sustentación del recurso con una pretendida "corrección de la demanda", a la manera de algunos trámites civiles, habida cuenta que un trámite semejante no lo establece ni posibilita la ley procesal penal para la casación común ni excepcional.

6. Finalmente, con la afirmación según la cual "por un error del recurrente" no pueden violarse "los derechos fundamentales de los sindicados", lo único que evidencia el actor es la desidia con que ha asumido la representación que se le ha encomendado y el absoluto desconocimiento que tiene sobre las especiales exigencias para la admisibilidad del extraordinario recurso máxime cuando se propone por vía discrecional, sin que desde luego por ese hecho se puedan soslayar las falencias en su interposición, ni modificar en consecuencia la decisión adoptada por la Corte, no quedando alternativa distinta que mantener la providencia recurrida.

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

RESUELVE

No reponer el auto impugnado.

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.

IMPEDIMENTO/ MAGISTRADO/ CONGRESISTA

Se ha abierto camino la tesis de que el interés referenciado por la norma del estatuto procedimental debe ser específico, personal, concreto y no en abstracto, hipotético o de orden meramente legal; por lo tanto diferente de aquel que puede resultar de la eventual investigación recíproca de Magistrados y Representantes a la Cámara, pues lo contrario da lugar a una grave aporía que dejaría sin juez la investigación y el fallo de las conductas punibles atribuídas a los miembros de la Comisión de Investigación y Acusaciones, debido a que los Conjueces llamados a suplir a los Magistrados supuestamente inhabilitados se hallarían en las mismas condiciones, toda vez que aquéllos como éstos también quedarían expuestos a una eventual investigación por dicha célula del Congreso al fungir como jueces en los casos para los cuales son sorteados.

Corte Suprema de Justicia.- Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,junio doce de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego*.

Aprobado Acta No. 66

Rad. 12980

Por este proveído resuelve la Sala el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Carlos Augusto Gálvez Argote, para conocer de las presentes diligencias que se adelantan contra el Representante a la Cámara Jorge Tadeo Lozano Osorio por la hipótesis de Enriquecimiento Ilícito.

Apoyándose en la causal primera del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, fundamenta la inhabilidad en el hecho de que en la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes cursa la investigación No. 676 por denuncia que el Parlamentario formulara

en su contra, derivada de su actividad como Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la cual dió lugar al proceso por el delito de peculado que actualmente dirige el Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia contra el Congresista. Bajo estas premisas, estima existente un interés recíproco entre quienes mutuamente fungirían como jueces, circunstancia que podría afectar su imparcialidad en la delicada misión de administrar justicia.

CONSIDERACIONES

Ciertamente, en repetidas oportunidades, la Sala había considerado que al ser la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes el investigador natural de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y éstos a su vez de aquéllos, sobrevenía un interés por los resultados de los asuntos que allí se tramitan, afectándose la independencia que corresponde a todo funcionario judicial, por lo que se configuraba la causal de impedimento del primer numeral del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, siendo este el mismo motivo que ahora manifiesta el Magistrado, Dr. Galvez Argote, en un gesto que pone muy en alto la dignidad de su conducta y el plausible anhelo de transparencia en la administración de justicia, como también el afán de precaver cualquier circunstancia que, así sea en apariencia, pueda poner en duda su imparcialidad.

Sin embargo, se ha abierto camino la tesis de que el interés referenciado por la norma del estatuto procedimental debe ser específico, personal, concreto y no en abstracto, hipotético o de orden meramente legal; por lo tanto diferente de aquel que puede resultar de la eventual investigación recíproca de Magistrados y Representantes a la Cámara, pues lo contrario da lugar a una grave aporía que dejaría sin juez la investigación y el fallo de las conductas punibles atribuídas a los miembros de la Comisión de Investigación y Acusaciones, debido a que los Conjueces llamados a suplir a los Magistrados supuestamente inhabilitados se hallarían en las mismas condiciones, toda vez que aquéllos como éstos también quedarían expuestos a una eventual investigación por dicha célula del Congreso al fungir como jueces en los casos para los cuales son sorteados.

Por las razones expuestas, no se vislumbra un particular interés que permita deducir la existencia de inhabilidad en el señor Magistrado, para separarlo del conocimiento del presente asunto, por lo que habrá de inadmitirse el impedimento por él manifestado.

Basten las anteriores consideraciones para que La Sala Penal de La Corte Suprema de Justicia,

RESUELVA

Inadmitir el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Carlos Augusto Galvez Argote para formar parte de la Sala que debe ocuparse de las diligencias adelantadas contra el Representante a la Cámara doctor Jorge Tadeo Lozano Osorio.

Copiese y cœmplase,

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.

TRANSFERENCIA ILEGAL DE CHEQUE

Claro resulta que el Senador no ha incurrido en ninguna conducta punible de emisión o transferencia ilegal de cheque, pues al girar estos títulos sólo en garantía y como sucedáneos en el pago de una obligación futura, asumía el compromiso eventual de cancelar un crédito, desvirtuando por completo el carácter de medio de pago que es propio del cheque y lo hace equiparable a la moneda, y de contera haciéndole perder la protección penal que es inherente a este título valor, pues el artículo 357 del Código Penal, en su inciso 4o. excluye de punibilidad la conducta de quien emite cheque posdatado o entregado en garantía.

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

Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego

Rad. 12253

Aprobado Acta No. 67

VISTOS

Se estudia la posibilidad de decretar apertura de investigación contra el Dr. Enrique Caballero Aduén o abstenerse de hacerlo, por el presunto delito de Emisión y Transferencia ilegal de Cheque.

ANTECEDENTES

La Fiscalía 16 Especializada Grupo Económico de la ciudad de Santa Marta, ha compulsado copias de la actuación 2390 para que se investigue la conducta del Senador Enrique Caballero Aduén por hechos que involucran a los señores Antonio Caballero Aduén y Ana María Vives, acaecidos en el curso de un proceso ejecutivo de mayor cuantía, que Alvaro Villarreal Castellanos

promovió contra la última de las personas mencionadas, en el Juzgado 3o. Civil del Circuito de esa ciudad.

Ante el instructor, el señor Villarreal Castellanos relató que acordó con la demandada, representada por su esposo Antonio Caballero Aduén, el pago extraproceso de la obligación con cuatro cheques posfechados, dados en garantía por el Senador Enrique Caballero Aduén, y que el levantamiento de la medida cautelar, una vez los títulos valores se hiciesen efectivos, también fue objeto de acuerdo. Explicó que como su abogado Octavio Portillo Gerardino procedió a levantar dicha medida preventiva no obstante que los cheques presentados para su cobro resultaron sin fondos, se vió en la necesidad de denunciar a su apoderado y a los pactantes incumplidos por estimarse engañado y lesionado su patrimonio económico.

El convenio extraprocesal a que alude el quejoso está contenido en dos documentos. En el primero de ellos, fechado en noviembre 25 de 1995, se fijó la cuantía de la obligación en veinte millones de pesos, las agencias en derecho por la suma de tres millones y cien mil pesos como gastos del juicio. Según el acuerdo, estos valores se pagarían con cuatro cheques del Banco de Colombia, sucursal La Plaza de la ciudad de Santa Marta, así:

1) Cheque No. 9072314 por $3'100.000,oo, dado para el cobro el primero de diciembre de 1995.

2) Cheque No. 9072315 por $7'170.000,oo, con posdata al 12 de diciembre del mismo año.

3) Cheque No. 9072316 por $7'700.000,oo, para el cobro en enero 29 de 1996.

4) Cheque No. 9072317 por $6'900.000,oo, con pago diferido a febrero 29 de 1996.

El documento aparece firmando así: Por Enrique Caballero Aduén como "quien entrega los cheques"; y por Alvaro Villarreal, Antonio Caballero Aduén y Octavio Portillo Gerardino, como "quienes los reciben".

En el segundo documento, que lleva fecha 13 de diciembre de 1995, Antonio Caballero Aduén y Ana María Vives de Caballero avalan en favor de Alvaro Villarreal Castellanos los títulos valores antes relacionados (fls 37 y 76 y vito c. a.)

Ante la Fiscalía 16 Seccional de Santa Marta y el Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena, los firmantes de los documentos en mención. Alvaro

Villarreal C., Octavio Portillo Gerardino y Antonio María Caballero Aduén, confirmaron la celebración del pacto extraproceso y el giro de los cheques por parte del Senador para respaldar el pago de la obligación demandada.

Con la Gaceta del Congreso No. 106 (Sesión de instalación de la Legislatura Ordinaria) y el certificado de vigencia actual en el cargo expedida por la Secretaría General del Senado de la República, se tiene acreditada la calidad foral del doctor Enrique Caballero Aduén, como Senador (fls 5, 6 y ss c. o.).

Consideraciones de la Sala

Debe reafirmarse, en primer término, la competencia de la Corporación para investigar y eventualmente juzgar a los miembros del Congreso por hechos ajenos al ejercicio funcional de su cargo mientras mantengan la investidura de parlamentarios (Constitución Política arts. 186, 235-3 y parágrafo).

Al doctor Enrique Caballero Adu_n se le atribuye el giro irregular de cuatro cheques posdatados de su cuenta personal para garantizar el pago de una obligación cuyo incumplimiento, a cargo de su cuñada Ana María Vives de Caballero, se debatía en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de la ciudad de Santa Marta. títulos valores que, presentados para su cobro, resultaron impagados por insuficiencia de fondos.

Los medios de persuación que obran en la presente actuación preliminar, revelan la existencia de un acuerdo suscrito entre la parte demandante, su apoderado, la parte demandada, apoyada por su cónyuge Antonio Caballero Aduén quien también lo firma, y el congresista Enrique Caballero Aduén, como girador de los referidos títulos valores para respaldar el pago de la obligación que se debatía judicialmente.

No cabe duda que los cheques fueron girados por el Senador Enrique Caballero Aduén el día 25 de noviembre de 1995, cuando se suscribió el acuerdo extraproceso, para su cobro en fechas posteriores. Es así como el cheque No. 9072314 por $3'100.000,oo del Banco de Colombia, Sucursal Plaza Mercado, lleva fecha del primero de diciembre de 1995; el cheque No. 9072315, por valor de $7'170.000,oo fue expedido para hacerse efectivo el 12 de diciembre de 1995, así como el No. 9072316 por $7'700.000,oo lo sería el 29 de enero de 1996, y el No. 9072317 por $6'900.000,oo el 29 de febrero siguiente.

Si la conducta reprochada al Senador hubiera sido la de emitir al día y sin condiciones cuatro cheques de su cuenta personal del Banco de Colombia, los cuales al ser presentados para su cobro por el señor Alvaro Villarreal Castellanos hubieran resultado impagados por insuficiencia de fondos, obviamente que se

estaría frente a la hipótesis comportamental que describe el artículo 357 del Código Penal, porque en este evento hubiese sido su obligación, como girador de los referidos títulos valores, tener la suficiente provisión de fondos para cubrirlos, pues en este cumplimiento estaba de por medio no solo el interés privado y patrimonial del señor Villarreal Castellanos como beneficiario, sino también y primordialmente el interés general por la confianza pública de que goza esta clase de título valor como medio de pago sustitutivo de la moneda.

Pero no es ese el caso que ocupa la atención de la Sala, en el cual los cheques en mención fueron girados no como orden incondicional de pago sino con otro fin, esto es, como garantía del cumplimiento de una obligación, cambiando la naturaleza de este instrumento de pago para convertirlo en un título de crédito. Ello se deduce de la intervención del Senador en el acta de acuerdo extraprocesal, limitada a la sola entrega de los cheques dados en garantía, del respaldo dado a los mismos por los esposos Caballero Vives en calidad de avalistas, y de las declaraciones suministradas por el abogado Portillo Gerardino y Alvaro Caballero, quienes explicaron que la expedición de esos títulos valores se hizo para respaldar el crédito con el compromiso de recogerlos en la medida en que la deuda se pagase.

De esta manera, claro resulta que el Senador no ha incurrido en ninguna conducta punible de emisión o transferencia ilegal de cheque, pues al girar estos títulos sólo en garantía y como sucedáneos en el pago de una obligación futura, asumía el compromiso eventual de cancelar un crédito, desvirtuando por completo el carácter de medio de pago que es propio del cheque y lo hace equiparable a la moneda, y de contera haciéndole perder la protección penal que es inherente a este título valor, pues el artículo 357 del Código Penal, en su inciso 4o. excluye de punibilidad la conducta de quien emite cheque posdatado o entregado en garantía.

Así las cosas, el comportamiento del Senador Enrique Caballero Aduén deviene atípico, haciéndose aplicable lo previsto en el artículo 327 del C. de P. P., razón por la cual la Sala se abstendrá de abrir investigación penal en su contra.

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

RESUELVE

Abstenerse de abrir investigación contra el doctor Enrique Caballero Adu_n en su condición de Senador de la República, por los hechos que se le imputan en la presente actuación preliminar.

En firme esta decisión, archívense las diligencias.

Copiese, notifíquese y 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.

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE/ DERECHO DE DEFENSA

Es principio general consagrado en la ley 153 de 1887 (artículos 43 y 40) que las normas instrumentales que señalan nuevos procedimientos o fijan competencias, son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, salvo frente a los términos y las diligencias que ya estuvieren iniciadas.

Además, el decreto 2700 de 1991, estatuto procedimental que entró a regir el 1° de julio de 1992 y volvió a introducir como sujeto procesal penal al tercero civilmente responsable, deriva de su artículo 13 transitorio que sólo los procesos en los cuales, para esa fecha, ya se hubiese iniciado audiencia pública, continuaban tramitándose con base en el Código anterior. La preceptiva que permite derivar que la vinculación al proceso penal del tercero civilmente responsable está supeditada a la actuación de la parte civil y ésta goza de una amplísima fase para ser reconocida dentro del proceso penal (desde su apertura hasta antes de proferirse sentencia de segunda o de única instancia, artículo 45 C. de P.P.), ha generado confusiones, como la que llevó al Tribunal a expresar, inextricablemente, que al tercero civilmente responsable "le basta la garantía de un debido proceso, con la sola notificación de la demanda y la oportunidad para controvertir las pruebas, que según la decisión de la Corte (-Constitucional-), empieza con la resolución de apertura de instrucción y se finiquita, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia, sencillamente porque el tercero es una parte accesoria del titular de la persona constituida como Parte Civil" (f. 386 ib.).

Como tal interpretación se la relaciona con el análisis efectuado por la Corte Constitucional al encontrar exequible lo dispuesto en los artículos 154 y 155 del decreto 2700 de 1991 (sentencia C-541, septiembre 24/92. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), resulta necesario recordar sus consideraciones relevantes:

"En este sentido queda claro que el llamado a responder en tales condiciones, requiere del cumplimiento de este fundamental requisito de la notificación, que le da el carácter necesario para actuar dentro del proceso como un sujeto procesal, con las facultades suficientes para controvertir las pruebas que se reciban procesalmente para derivarle responsabilidad, para constituir apoderado o para que se le nombre de oficio, para presentar pruebas conducentes a demostrar la exclusión de su responsabilidad, para interponer los recursos que se refieran a los actos que lo comprometan en la citada responsabilidad: todo esto presupone que este sujeto procesal ha podido participar en el trámite del proceso, a partir de la resolución de apertura de instrucción y previa la notificación de la demanda hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia, y su intervención en el eventual trámite incidental de liquidación de perjuicios, que regula el artículo 154, en concordancia con los artículos 56 a 62 del mismo estatuto de procedimiento penal, se garantiza sobre la base de la preexistencia de la sentencia ejecutoriada.

No comparte la Corte la interpretación del actor en el sentido de considerar que la hipótesis planteada por el artículo 154 reduce las oportunidades de intervención del "tercero" sólo a su participación en el citado incidente; más bien, lo correcto es entender que esta participación incidental corresponde a una etapa posterior al trámite de la definición judicial de la responsabilidad de éste y de sus alcances concretos, durante la cual ha podido debatir plenamente y a la luz de toda la normatividad sustancial que regula su situación jurídica, el compromiso civil que le cabe por el hecho de otro. Se deja en claro que, como el llamamiento a responder civilmente por las consecuencias del hecho punible de otro, debe hacerse por el funcionario de conformidad con la ley sustancial previa solicitud del legitimado para interponer las acciones concedidas, el "tercero" puede controvertir los fundamentos legales de aquella demanda. Obviamente, el debate procesal de la acción civil contra el "tercero", dada la naturaleza del proceso penal en el que se surte y que condiciona de modo prevalente sus trámites, supone que el llamado en tales condiciones debe actuar en el sentido de la determinación del grado de su responsabilidad".

Contrario a lo insinuado en las instancias, esa disertación no deja lugar a malos entendidos, cuando claramente se lee que debe tener la oportunidad de "presentar a pruebas conducentes demostrar la exclusión de su responsabilidad", además de que su vinculación se haga mediante providencia motivada, que le sea debidamente notificada y que se le permita recurrir, al igual que controvertir las pruebas allegadas en su contra, como

lo disponen los artículos 44 y 155 del Código de Procedimiento Penal, en defensa provista de apoderado, que puede estar orientada, amén de cuestionar la responsabilidad penal del procesado, a desvirtuar su propia responsabilidad civil o patrimonial, "conforme al Código Civil" (artículo 153 ibídem).

Sobre el tema expresó esta corporación, en sentencia de casación de junio 22 de 1994, radicación 8400, M.P. doctor Edgar Saavedra Rojas:

"... no sucede lo mismo con el tercero civilmente responsable, por cuanto, siendo un extraño frente a la comisión de un hecho delictivo, tal como claramente lo define el artículo 153 del C.P.P., no tiene por qué estar atento o esperar un procesamiento que le deduzca una responsabilidad patrimonial. En esas condiciones, solamente después de haber sido convertido en sujeto procesal, con todas las formalidades que se han establecido con ese fin (art. 44 ibídem), se puede llegar a condenar al tercero civilmente responsable, y si a ello aspira la parte civil, habrá de preocuparse de llegar al proceso penal con la oportunidad necesaria para que el tercero a quien demanda pueda ejercer a plenitud su defensa; imposición que se deduce de los derechos que el estatuto procesal le concede al tercero civilmente responsable.

Esos derechos están nítidamente definidos en el precepto 155 del estatuto comentado, en cuanto consagra como facultades del sujeto procesal en referencia: 'El tercero civilmente responsable tiene los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal. No podrá ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificado debidamente y se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra'

Del texto anterior se vislumbra que el legislador cuidó muy bien de proteger al tercero civilmente responsable para que, en caso de resultar condenado dentro del proceso penal, tal decisión se adoptara después de haberle dado la ocasión de ser oído y vencido en juicio. Por tanto, mientras el tercero no haya sido legalmente vinculado al proceso penal y no haya tenido la oportunidad de ejercer realmente la defensa de sus intereses no es posible que el juez penal profiera sentencia condenatoria en su contra.

La filosofía plasmada en las normas a las cuales alude este pronunciamiento, que no es otra que el desarrollo de la garantía constitucional del debido proceso, la sigue sosteniendo el legislador de 1993, pues, indudablemente para reforzar la garantía de los derechos del tercero civilmente responsable, excluyó la decisión sobre la responsabilidad de éste en las sentencias anticipadas. (Ley 81/93, artículo 5, numeral 5).

Con relación al tema tratado conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, declaró la inexequibilidad de las disposiciones del Decreto 050 de 1987 que establecía la figura del tercero civilmente responsable, precisamente con base en las limitaciones que se le presentaban a este nuevo sujeto procesal para ejercer su defensa..."

El derecho a la defensa se constituye en la facultad plena y oportuna de demostrar en el proceso que no se es responsable, o sólo en determinado grado. Su ejercicio conlleva que el vinculado conozca los cargos que se elevan en su contra, a fin de que tenga la oportunidad de controvertirlos; debe saber de éllos con la suficiente antelación, para que logre presentar las pruebas o descargos que considere convenientes en salvaguardia de sus intereses, ya que si apenas alcanza a percibirlos cuando ya no puede debatirlos, el derecho a la defensa se hace nugatorio.

Si bien este derecho es regulado tradicionalmente con especial celo en lo que tiene que ver con el procesado, no por ello resulta válido concluir que esté instituído solo en su favor; por el contrario, es predicable en el beneficio lícito de todos los que en el proceso tengan intereses en juego, ya que reconocerlo a unos y no a los otros sería pretermitir el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

De esta manera, el tercero civilmente responsable puede ser involucrado válidamente al proceso penal durante la instrucción, o aun iniciándose el juicio siempre que mantenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir pruebas y de preparar debidamente su defensa, para que así se equilibre en "los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal", teniendo en cuenta que para resultar condenado en perjuicios, si a éllo hubiere mérito, se exige que se le "haya notificado debidamente" y "se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra" (art. 155 ib.).

Todo lo anterior significa que la oportunidad para ser legalmente vinculado el tercero civilmente responsable al proceso penal, fenece cuando el expediente queda efectivamente "a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes", determinado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por ser esta la última oportunidad procesal, particularmente para impetrar los elementos de comprobación que requiera.

Ha de tenerse en cuenta, para mayor claridad, que la audiencia pública es un evento connatural para el acopio de pruebas, pero éstas, salvo lo dispuesto por el artículo 448 ibídem, no son otras que las solicitadas dentro del mencionado término del artículo 446.

Una cosa es que la constitución de la parte civil pueda intentarse hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia, por expresa previsión legal (art. 45 C. de P. P.), y que la vinculación del tercero o terceros civilmente responsables deba ser postulada por tal parte civil, por su interés en la reparación del daño y la opción de procurar la indemnización por dentro del proceso penal, o en uno civil separado.

Pero este condicionamiento a que el afectado con el delito decida hacerse parte dentro del proceso y llamarlos en tal calidad, no puede conducir a la arbitrariedad que sojuzgue el derecho de defensa, constituyendo un acto de deslealtad procesal que la parte civil con pretensiones de involucrar a terceros en la responsabilidad patrimonial generada por el ilícito, espere hasta último momento para propiciar la convocatoria, cuando ya han transcurrido etapas en que se pueda ejercer debidamente la defensa.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., junio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla.*

Rad. 10260

Aprobado acta No. 66 (Junio 12/97).

VISTOS

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado especial del tercero civilmente responsable doctor Luis Fernando Pérez Tobón, contra la sentencia de 24 de junio de 1994 mediante la cual el Tribunal Superior de Cali lo condenó, junto con el procesado Alejandro Pérez Sánchez, al pago en forma solidaria de los perjuicios causados con un delito de homicidio culposo.

HECHOS

La noche del 20 de julio de 1991 el estudiante Alejandro Pérez Sánchez, entonces de 20 años de edad, se desplazaba a gran velocidad por la autopista Yumbo-Cali, en un automóvil Mazda 626 de placas MB-5023, propiedad de su

padre, el médico Luis Fernando Pérez Tobón, atropellando a los hermanos Roberto y César Augusto Sandoval Molina y a César Escobar López, quienes se encontraban a la orilla de la vía en un retén móvil de la Policía Nacional, causando la muerte de Roberto y lesiones personales a los otros dos.

TRÁMITE PROCESAL.

Iniciada la investigación, el entonces Juzgado 19 de Instrucción Criminal Ambulante de Cali, por auto de 22 de agosto de 1991 admitió las demandas de constitución de parte civil presentadas en nombre del padre del occiso, Marco Teodulo Sandoval Beltran y de sus hermanos César Augusto y Alina Sandoval Molina, lo mismo que la presentada en representación de su compañera permanente Luz Marina Ospina López (fs. 91 y ss. cdno. inicial).

Clausurada la etapa investigativa, el Juzgado 17 de Instrucción Criminal de Cali, mediante providencia de 11 de mayo de 1992, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del procesado Alejandro Pérez Sánchez, por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, en concurso de hechos punibles; enjuiciamiento recurrido en reposición y subsidiaria apelación por la defensa. El 25 de junio del mismo año, el Juzgado se abstuvo de dar trámite a los recursos interpuestos por no haber sido debidamente sustentados por el recurrente (fs. 247 y 272 ibídem).

Ejecutoriada la resolución de acusación, correspondió conocer de la causa al Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali, despacho que luego de vencido el término de traslado para preparación de la audiencia pública de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, mediante providencia de fecha 29 de septiembre de 1992, aceptó la demanda de constitución de parte civil presentada por el apoderado común de las cuatro personas antes mencionadas, en contra del tercero civilmente responsable Luis Fernando Pérez Tobón, padre del sindicado y propietario del vehículo Mazda 626 MB-5023, para que respondiera en forma solidaria por los perjuicios causados con su automóvil (fs. 307 y ss.); decisión ésta notificada personalmente al tercero civilmente responsable, quien designó como su apoderado al mismo profesional del derecho que defendía los intereses de su hijo Alejandro (fs. 342 y 343).

Este defensor y en lo sucesivo apoderado del tercero civilmente responsable apeló dicha providencia, la cual recibió confirmación del Tribunal Superior de Cali el 3 de marzo de 1993 (fs. 378 y ss.).

El Juzgado del conocimiento por auto de 11 de mayo de 1993 (f. 449), reconoció como parte civil a la menor Paula Andrea Sandoval Ospina, hija póstuma del

occiso, representada por su madre Luz Marina Ospina López y mediante providencia de 27 de octubre del citado año (f. 9 cd. anexo), declaró fundada la objeción al dictamen sobre avalúo de perjuicios propuesta por el defensor del sindicado y apoderado del tercero civilmente responsable, designando nuevo perito que rindió dictamen en oportunidad. La objeción se hizo extensiva a los perjuicios materiales y morales presuntamente causados a la menor Paula Andrea con la muerte de su padre (fs. 459 cd. inicial y 10 cd. anexo).

Después de aceptadas las iniciales demandas contra el tercero civilmente responsable, también se allegó al juicio declaración de Luz Marina Ospina López (octubre 8/92, fs. 327 y 328 cd. inicial), al igual que diversos documentos, y se celebró audiencia pública (fs. 470 y ss. ib., septiembre 2, 8 y 16/93).

El Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali puso fin a la instancia el 23 de febrero de 1994, condenando al acusado Alejandro Pérez Sánchez a la pena principal de dos años de prisión, multa de mil pesos y suspensión por un año para conducir vehículos automotores, y a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por "igual duración", otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional. Expresó también que las lesiones "por sus consecuencias deben ser investigadas por las inspecciones de policía" (f. 515).

En cuanto a las consecuencias civiles del homicidio culposo, lo condenó en forma solidaria con el tercero civilmente responsable, al pago de $17.825.514.20 por concepto de indemnización de los perjuicios materiales, en favor de la compañera del occiso y de su hija póstuma, y el equivalente a 300 gramos oro en favor de cada una de ellas por concepto de perjuicios morales. Igualmente los condenó al pago del equivalente de 200, 50 y 100 gramos oro por concepto de indemnización de los perjuicios morales a Marco Teódulo, Alina y César Augusto Sandoval, respectivamente, disponiendo el comiso del automóvil Mazda 626 MB-5023 para garantizar la indemnización de tales perjuicios.

Apelada la anterior sentencia, el Tribunal Superior de Cali la confirmó parcialmente mediante la suya de 24 de junio de 1994, revocándola en cuanto se relaciona con la indemnización de los perjuicios morales reconocida en favor de la menor Paula Andrea Sandoval Ospina, al estimar que no había lugar a dicha condenación "por falta de demostración del daño", al igual que declaró, también por falta de demostración, "que no hay lugar a condenación por Daño Material no Valorable Pecuniariamente, en favor de la menor" mencionada. La indemnización de los perjuicios morales la reajustó en el equivalente de 400 gramos a Marco Teódulo Sandoval, 300 cada uno a Alina y César Augusto Sandoval y 700 a Luz Marina Ospina López.

Declaró también que "la cuantificación de los perjuicios materiales y morales, debe someterse a indexación, en el momento de ser exigida la obligación".

Este fallo fué recurrido en casación por el apoderado de la parte civil en representación de la menor Paula Andrea, el apoderado del tercero civilmente responsable Luis Fernando Pérez Tobón y el mismo profesional como defensor del procesado Alejandro Pérez Sánchez.

La Corte mediante providencia de fecha 10 de diciembre de 1996, rechazó in límine las demandas presentadas por el apoderado de la parte civil y el defensor del procesado, declarando desiertos los recursos por ellos interpuestos. Admitió en cambio, la presentada en nombre del tercero civilmente responsable, por considerarla ajustada a las exigencias formales y ordenó imprimirle el trámite respectivo.

La demanda de casación

Como consideración previa, observa la Corte que la condena impuesta solidariamente al procesado y al tercero civilmente responsable, a indemnizar los perjuicios causados con el homicidio culposo, asciende a $17'825.214,20 por los materiales y el equivalente a 400+300+300+700 gramos oro por los morales, a saber 1700 por $10.844,64 (que era el valor del gramo de oro fino a la fecha de la sentencia de segunda instancia, junio 24 de 1994), $18'435.888, para un total de $36'261.102,20, superior a $27'440.000, que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 366, inciso 1°, del Código de Procedimiento Civil (modificado por el D.E. 2282/89) y 2° y 3° del decreto 522 de 1988, marcaba el interés pecuniario para recurrir en casación para el bienio enero 1° de 1994 a diciembre 31 de 1995.

Abordando la demanda, se aprecia que el apoderado especial del tercero civilmente responsable, fundado en la causal tercera de casación, formula dos cargos contra la sentencia impugnada, el uno como principal y el otro como subsidiario, a saber:

Cargo Principal: Nulidad del juicio por falta de competencia del funcionario judicial, por cuanto el homicidio culposo ocurrió el 20 de julio de 1991, fecha para la cual no existía norma legal que permitiera la vinculación al proceso penal del tercero civilmente responsable, pues los artículos 58 a 66 del Decreto 050 de 1987 que autorizaban la vinculación de dicho sujeto procesal, habían sido declarados inexequibles por la Corte.

"Correspondía entonces –agrega– y corresponde ahora el juzgamiento de los hechos que impliquen responsabilidad extracontractual del Dr. Luis Fernando Pérez T., a la

justicia civil conforme a los Decretos 1400 y 2019 de 1970 que contienen el actual Código de Procedimiento Civil vigente antes de los hechos y en la actualidad".

Solicita invalidar el fallo recurrido, declarar en qué estado queda el proceso y disponer su envío al funcionario competente, extrañándose que no se hubiese cumplido el mandato del "art. 21, inciso 2° del D. 2067 de 1992 que regula el régimen procesal de los juicios y actuaciones que se surten ante la Corte Constitucional", en el sentido de que sus fallos "solo tendrán efecto hacia el futuro".

Cargo Subsidiario: Nulidad del juicio por quebranto del artículo 155 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual el tercero civilmente responsable tiene los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal, no pudiendo ser condenado al pago de perjuicios cuando no se haya notificado debidamente y se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra; reproche que el libelista sustenta en los siguientes términos:

"*La demanda de constitución de Parte Civil contra el Dr. Luis Fernando Pérez T. fue presentada el 16 (sic) de septiembre de 1992 y notificada el 9 de octubre del mismo año; por lo tanto, al Dr. Luis Fernando Pérez T. no se le permitió controvertir las pruebas en su contra, ni solicitar las que improbaran su responsabilidad como propietario del vehículo con el cual se le causó la muerte a Roberto Sandoval M., especialmente las que comprobaran la prohibición expresa y reiterada que tenía su hijo Alejandro Pérez S. para no usar, ni manejar el automóvil destinado exclusivamente a prestar el servicio como médico que es el Dr. Luis Fernando Pérez T., lo mismo que la imposibilidad de prever que dada la educación de su hijo y la respuesta adecuada y permanente del mismo a esa prohibición no fuera observada*".

En apoyo de su aserto trascribe apartes de fallos de la Corte Constitucional (24 de septiembre de 1992) y de esta corporación (22 de junio de 1994).

Solicita "invalidar el fallo desde el momento en que el Sr. Juez Trece Penal del Circuito de Cali recibió las diligencias por encontrarse ejecutoriada la resolución de acusación", y disponer su envío al mencionado funcionario para que proceda con arreglo a lo que resuelva la Corte.

Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, observa que es viable la consideración de la demanda, por cuanto no es exclusivamente el monto de la indemnización de perjuicios lo que está en juego, que remitiría a las causales de casación civil, sino "eventuales irregularidades que acarrearían la declaratoria de nulidad".

Además de algunos reparos de técnica, es adverso a la prosperidad del cargo principal; recuerda que la causal de nulidad no es de libre formulación y que en este caso no se da la falta de competencia del juez, porque las normas procesales y de competencia son de aplicación inmediata, según los términos de la ley 153 de 1887.

Agrega que de acuerdo a las pautas del artículo 13 transitorio del actual estatuto procesal penal (Decreto 2700 de 1991), era fácil advertir "que la actuación procesal no había superado la audiencia pública, sin que siquiera se hubiese instalado ese acto, cuando entró a regir el Decreto 2700 de 1991 el 1° de julio de 1992, irremediablemente su procesamiento debía ceñirse a los nuevos derroteros procedimentales de este Código, inclusive, en lo que atañe a la figura del tercero civilmente responsable, que no corresponde con ninguna excepción de aplicabilidad, de allí que, se haya correctamente admitido la demanda en su contra".

En cuanto al cargo subsidiario, cuya prosperidad coadyuva, sostiene, en síntesis, que si el tercero civilmente responsable es vinculado transcurrido el lapso para solicitar las pruebas y sugerir una nulidad procesal, su derecho es coartado, quedando el ejercicio defensivo limitado a la audiencia pública, cuando "sólo podrá referirse a las pruebas obrantes en el plenario". Sí advierte que "no se trata de una 'vinculación tardía', al punto que, partiendo de la relación de existencia que deriva este instituto procesal de la constitución de parte civil", que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 45 del Código de Procedimiento Penal puede efectuarse "hasta antes del procedimiento de sentencia de segunda instancia", pero este límite no permite acceder a las facultades de sujeto procesal y "representaría la violación de las garantías del convocado como tercero civilmente responsable".

Considera "con el censor que el momento oportuno para ejercer ese derecho" es con ocasión del auto "a que refiere el art. 446 del C. de P. P. ..". Por ello, debe decretarse "la nulidad parcial de todo lo actuado a partir, incluyéndolo, del auto librado por el Juzgado 13 Penal del Circuito de Cali el 21 de julio de 1992", mediante el cual el Juez avocó el conocimiento y puso el expediente a disposición de los sujetos procesales, para los efectos de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

Cargo principal

Es principio general consagrado en la ley 153 de 1887 (artículos 43 y 40) que las normas instrumentales que señalan nuevos procedimientos o fijan competencias, son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, salvo frente a los términos y las diligencias que ya estuvieren iniciadas.

Además, el decreto 2700 de 1991, estatuto procedimental que entró a regir el 1º de julio de 1992 y volvió a introducir como sujeto procesal penal al tercero civilmente responsable, deriva de su artículo 13 transitorio que sólo los procesos en los cuales, para esa fecha, ya se hubiese iniciado audiencia pública, continuaban tramitándose con base en el Código anterior.

La vinculación al proceso del doctor Luis Fernando Pérez Tobón como tercero civilmente responsable ocurrió el 29 de septiembre de 1992 (f. 307), fecha para la cual ya había entrado en vigor el decreto 2700 de 1991.

El señor Procurador Delegado, después de recordar jurisprudencia de esta Sala sobre la vigencia inmediata de la competencia, destaca que "las normas a las que refiere el actor... son de índole netamente procedimental, pues sólo encaran el factor competencia sin que se aborden aspectos sustanciales"; es en realidad claro que no hay variación sobre la responsabilidad civil del tercero, que sigue igualmente regulada por las correspondientes disposiciones del derecho privado, sino que surgió la opción "a la parte civil de instaurar la acción al interior del proceso penal brindándole una alternativa eficaz y pronta por economía procesal– que le permita en un mismo proceso satisfacer el interés indemnizatorio, evitándole la incursión en un proceso posterior...; pero eso sí, cuidándose con esmero que el tercero goce de todas las facultades de un verdadero sujeto procesal..".

Como por ninguna parte se vislumbra la nulidad así reclamada, independientemente de las marras técnicas que le reprocha el Ministerio Público, este cargo a la sentencia será desestimado, pues no obra fundamento para que prospere tal impugnación.

CARGO SUBSIDIARIO

1. En este enfoque, la nulidad solicitada por el impugnante y coadyuvada por el señor Procurador Delegado, se hace consistir en haberse privado al tercero civilmente responsable de la oportunidad procesal para controvertir las pruebas allegadas en su contra y pedir la práctica de aquéllas destinadas a rebatir su responsabilidad civil por el hecho punible imputado a su hijo, en razón de habérsele vinculado "ad portas de la culminación del proceso", esto es, después de vencido el término de traslado para preparación de la audiencia pública de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, coartándole la ocasión de defenderse.

El doctor Luis Fernando Pérez Tobón fue vinculado al proceso en calidad de tercero civilmente responsable, por demanda presentada por el apoderado común de las personas reconocidas como parte civil, en virtud de aparecer demostrado

que se trataba del propietario del vehículo automotor con el cual su hijo causó el homicidio culposo en Roberto Sandoval Molina; vinculación que se concretó en providencia motivada de fecha septiembre 29 de 1992, de la cual recibió notificación personal (fs. 307 ss. y 342 cd. inicial).

Este tercero civilmente responsable, el día de su notificación (octubre 9 de 1992) designó como apoderado al mismo profesional que desde la indagatoria venía actuando dentro del proceso como defensor de su hijo, el procesado Alejandro Pérez Sánchez, quien en tal virtud apeló la providencia que admitió la demanda contra el tercero civilmente responsable, arguyendo que el nuevo sujeto procesal "no podría controvertir las pruebas que se practicaron durante la instrucción... ni solicitar pruebas por estar vencido el término para hacerlo, quedando sin efecto el inc. 2° del art. 44" del Código de Procedimiento Penal.

Confirmado por el Tribunal el auto recurrido, este defensor y apoderado continuó actuando, algunas veces aludiendo solo a su condición primigenia. Solicitó aclaración del avalúo pericial (f. 459 ib.) y promovió con éxito, desde la última sesión de la audiencia pública (fs. 489 ib. y 1 y ss. cd. "de incidente"), objeción por error contra el dictamen sobre perjuicios materiales y morales rendido por la perito Rubiela Aviles Velasco, logrando notable reducción en el cálculo de los valores a indemnizar (fs. 429, 430, 457, 458 y 461; 500 a 505 cd. inicial y 9 a 13 cd. "de incidente").

Dentro del trámite incidental correspondiente los sujetos procesales no aportaron ni pidieron pruebas y sólo se dispuso por el Juez "solicitar al patólogo forense... fijar el término de supervivencia del occiso" (f. 4 cd. "de incidente").

En la audiencia pública, el referido defensor del procesado y apoderado del tercero civilmente responsable orientó preferentemente su esfuerzo a desvirtuar la culpabilidad de Alejandro Pérez Sánchez, tratando de ubicar ésta en las propias víctimas del homicidio y las lesiones, en el agente que apareció en la mitad de la vía y en quienes montaron el retén policial.

Observó sí, que cuando el apoderado de las partes civiles se refirió a "que seguramente Alejandro Pérez Sánchez había sido aconsejado cuando afirmó que se había sacado o llevado el vehículo con el que se produjo el accidente, sin permiso del papá, esa afirmación le correspondía probarla al señor apoderado de los intereses económicos" (f. 495 cd. inicial).

Tal comentario guarda relación con lo expresado por el joven Pérez Sánchez en la indagatoria, a la pregunta final de si deseaba agregar algo a lo expuesto: "yo le cogí el carro ese día a mi papá sin permiso" (f. 175 ib.).

El defensor y apoderado apeló la sentencia condenatoria, solicitando que el tercero fuese exonerado de responsabilidad civil, precisamente porque el carro Mazda 626 de su propiedad había sido tomado por el procesado sin su autorización, hecho que encontraba debidamente comprobado (fs. 559 y ss.).

Esta argumentación no fue aceptada por el Tribunal, que expresó:

"Y en cuanto a la solicitud del apoderado para que se le exonere de responsabilidad civil al propietario del automotor, por haber sido utilizado abusivamente por Alejandro, ya se expresó también que el padre faltó al deber de cuidado que le obligaba estar expectante respecto de la utilización del vehículo por terceros y por lo tanto debe salir al paso para la indemnización de perjuicios. Por manera pues, que no es excusa válida que su hijo hubiera dispuesto sin permiso del Mazda con el que causó el hecho culposo por el cual fue vencido en este proceso.

A este respecto, jurisprudencialmente se ha reconocido una autorización o consentimiento tácito del propietario del vehículo, para que un tercero lo utilice, por el sólo hecho de dejar las llaves en cualquier lugar, a su disposición, pues, es característica ínsita del propietario del vehículo, velar por el uso que se haga del bien, adoptando todas las prevenciones del caso, para que el automotor esté no sólo en lugar seguro, sino para evitar que cualquier persona ponga el motor en ignición, porque 'guardar' significa precisamente 'adoptar todas las medidas necesarias para cuidar una cosa'. Si hubo negligencia, no tiene por qué la víctima, entrar a probar que el propietario tuvo la cosa bien custodiada. Por el contrario, al propietario le compete, demostrar que ya no es el guardián, es decir, que no tiene sobre las cosas, el poder de control, dirección y mando.

La disculpa del actor, en haber aprehendido el carro sin permiso, es una aseveración preñada de sospecha, enfrentándose de un Universitario con 20 años de edad para la época, y en donde de acuerdo a la costumbre tenía permisos implícitos para invitar a sus amigas y amigos a pasear, haciendo uso del automotor, como sucedió el día del hecho. Casi que resulta hoy extraño e insólito, que personas mayores de esa edad, estén preocupados por usar el automotor de sus progenitores, cuando tiene autorización legal para hacerlo desde 5 años pretéritos, con presunta anuencia de sus padres". (fs. 593 y 594 cd. inicial).

Este razonamiento conjetural comprueba que el tercero civilmente responsable llegó tarde al proceso, aunque algo haya alcanzado a actuar, pues si, en los propios términos del Tribunal, le correspondía entrar a demostrar que no hubo negligencia de su parte, porque ya no era el guardián del bien, o porque las llaves las había dejado en sitio seguro y no "en cualquier lugar" y no existía tal permiso implícito

a su hijo para usar el automóvil o, en síntesis, que no falló como guardián de la máquina, cuya utilización genera una actividad peligrosa en desarrollo de la cual precisamente su potencial heredero produjo el daño,evidentemente necesitaba hacer valer dentro del proceso otros elementos de comprobación, que no tuvo ocasión de allegar por haber sido vinculado cuando ya había concluido el último término que tenía para solicitarlos.

2. La preceptiva que permite derivar que la vinculación al proceso penal del tercero civilmente responsable está supeditada a la actuación de la parte civil y ésta goza de una amplísima fase para ser reconocida dentro del proceso penal (desde su apertura hasta antes de proferirse sentencia de segunda o de única instancia, artículo 45 C. de P.P.), ha generado confusiones, como la que llevó al Tribunal a expresar, inextricablemente, que al tercero civilmente responsable "le basta la garantía de un debido proceso, con la sola notificación de la demanda y la oportunidad para controvertir las pruebas, que según la decisión de la Corte (-Constitucional-), empieza con la resolución de apertura de instrucción y se finiquita, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia, sencillamente porque el tercero es una parte accesoria del titular de la persona constituida como Parte Civil" (f. 386 ib.).

Como tal interpretación se la relaciona con el análisis efectuado por la Corte Constitucional al encontrar exequible lo dispuesto en los artículos 154 y 155 del decreto 2700 de 1991 (sentencia C-541, septiembre 24/92, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), resulta necesario recordar sus consideraciones relevantes:

"*En este sentido quedo claro que el llamado a responder en tales condiciones, requiere del cumplimiento de este fundamental requisito de la notificación, que le da el carácter necesario para actuar dentro del proceso como un sujeto procesal, con las facultades suficientes para controvertir las pruebas que se reciban procesalmente para derivarle responsabilidad, para constituir apoderado o para que se le nombre de oficio, para presentar pruebas conducentes a demostrar la exclusión de su responsabilidad, para interponer los recursos que se refieran a los actos que lo comprometan en la citada responsabilidad; todo esto presupone que este sujeto procesal ha podido participar en el trámite del proceso, a partir de la resolución de apertura de instrucción y previa la notificación de la demanda hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia, y su intervención en el eventual trámite incidental de liquidación de perjuicios, que regula el artículo 154, en concordancia con los artículos 56 a 62 del mismo estatuto de procedimiento penal, se garantiza sobre la base de la preexistencia de la sentencia ejecutoriada.*

No comparte la Corte la interpretación del actor en el sentido de considerar que la hipótesis planteada por el artículo 154 reduce las oportunidades de

intervención del 'tercero' sólo a su participación en el citado incidente; más bien, lo correcto es entender que esta participación incidental corresponde a una etapa posterior al trámite de la definición judicial de la responsabilidad de éste y de sus alcances concretos, durante la cual ha podido debatir plenamente y a la luz de toda la normatividad sustancial que regula su situación jurídica, el compromiso civil que le cabe por el hecho de otro. Se deja en claro que, como el llamamiento a responder civilmente por las consecuencias del hecho punible de otro, debe hacerse por el funcionario de conformidad con la ley sustancial previa solicitud del legitimado para interponer las acciones concedidas, el 'tercero' puede controvertir los fundamentos legales de aquella demanda. Obviamente, el debate procesal de la acción civil contra el 'tercero', dada la naturaleza del proceso penal en el que se surte y que condiciona de modo prevalente sus trámites, supone que el llamado en tales condiciones debe actuar en el sentido de la determinación del grado de su responsabilidad".

Contrario a lo insinuado en las instancias, esa disertación no deja lugar a malos entendidos, cuando claramente se lee que debe tener la oportunidad de "presentar pruebas conducentes a demostrar la exclusión de su responsabilidad", además de que su vinculación se haga mediante providencia motivada, que le sea debidamente notificada y que se le permita recurrir, al igual que controvertir las pruebas allegadas en su contra, como lo disponen los artículos 44 y 155 del Código de Procedimiento Penal, en defensa provista de apoderado, que puede estar orientada, amén de cuestionar la responsabilidad penal del procesado, a desvirtuar su propia responsabilidad civil o patrimonial, "conforme al Código Civil" (artículo 153 ibídem).

Sobre el tema expresó esta corporación, en sentencia de casación de junio 22 de 1994, radicación 8400, M.P. doctor Edgar Saavedra Rojas:

"... no sucede lo mismo con el tercero civilmente responsable, por cuanto, siendo un extraño frente a la comisión de un hecho delictivo, tal como claramente lo define el artículo 153 del C.P.P., no tiene por qué estar atento o esperar un procesamiento que le deduzca una responsabilidad patrimonial. En esas condiciones, solamente después de haber sido convertido en sujeto procesal, con todas las formalidades que se han establecido con ese fin (art. 44 ibídem), se puede llegar a condenar al tercero civilmente responsable, y si a ello aspira la parte civil, habrá de preocuparse de llegar al proceso penal con la oportunidad necesaria para que el tercero a quien demanda pueda ejercer a plenitud su defensa; imposición que se deduce de los derechos que el estatuto procesal le concede al tercero civilmente responsable.

Esos derechos están nítidamente definidos en el precepto 155 del estatuto comentado, en cuanto consagra como facultades del sujeto procesal en referencia: 'El tercero civilmente responsable tiene los mismos derechos y facultades de

cualquier sujeto procesal. No podrá ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificado debidamente y se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra".

Del texto anterior se vislumbra que el legislador cuidó muy bien de proteger al tercero civilmente responsable para que, en caso de resultar condenado dentro del proceso penal, tal decisión se adoptara después de haberle dado la ocasión de ser oído y vencido en juicio. Por tanto, mientras el tercero no haya sido legalmente vinculado al proceso penal y no haya tenido la oportunidad de ejercer realmente la defensa de sus intereses no es posible que el juez penal profiera sentencia condenatoria en su contra.

La filosofía plasmada en las normas a las cuales alude este pronunciamiento, que no es otra que el desarrollo de la garantía constitucional del debido proceso, la sigue sosteniendo el legislador de 1993, pues, indudablemente para reforzar la garantía de los derechos del tercero civilmente responsable, excluyó la decisión sobre la responsabilidad de éste en las sentencias anticipadas. (Ley 81/93, artículo 5, numeral 5).

Con relación al tema tratado conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, declaró la inexequibilidad de las disposiciones del Decreto 050 de 1987 que establecía la figura del tercero civilmente responsable, precisamente con base en las limitaciones que se le presentaban a este nuevo sujeto procesal para ejercer su defensa...".

El derecho a la defensa se constituye en la facultad plena y oportuna de demostrar en el proceso que no se es responsable, o sólo en determinado grado. Su ejercicio conlleva que el vinculado conozca los cargos que se elevan en su contra, a fin de que tenga la oportunidad de controvertirlos; debe saber de éllos con la suficiente antelación, para que logre presentar las pruebas o descargos que considere convenientes en salvaguardia de sus intereses, ya que si apenas alcanza a percibirlos cuando ya no puede debatirlos, el derecho a la defensa se hace nugatorio.

Si bien este derecho es regulado tradicionalmente con especial celo en lo que tiene que ver con el procesado, no por ello resulta válido concluir que esté instituído solo en su favor; por el contrario, es predicable en el beneficio lícito de todos los que en el proceso tengan intereses en juego, ya que reconocerlo a unos y no a los otros sería p retermitir el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

De esta manera, el tercero civilmente responsable puede ser involucrado válidamente al proceso penal durante la instrucción, o aun iniciándose el juicio

siempre que mantenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir pruebas y de preparar debidamente su defensa, para que así se equilibre en "los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal", teniendo en cuenta que para resultar condenado en perjuicios, si a éllo hubiere mérito, se exige que se le "haya notificado debidamente" y "se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra" (art. 155 ib.).

Todo lo anterior significa que la oportunidad para ser legalmente vinculado el tercero civilmente responsable al proceso penal, fenece cuando el expediente queda efectivamente "a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes", determinado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por ser esta la última oportunidad procesal, particularmente para impetrar los elementos de comprobación que requiera.

Ha de tenerse en cuenta, para mayor claridad, que la audiencia pública es un evento connatural para el acopio de pruebas, pero éstas, salvo lo dispuesto por el artículo 448 ibídem, no son otras que las solicitadas dentro del mencionado término del artículo 446.

Una cosa es que la constitución de la parte civil pueda intentarse hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia, por expresa previsión legal (art. 45 C. de P. P.), y que la vinculación del tercero o terceros civilmente responsables deba ser postulada por tal parte civil, por su interés en la reparación del daño y la opción de procurar la indemnización por dentro del proceso penal, o en uno civil separado.

Pero este condicionamiento a que el afectado con el delito decida hacerse parte dentro del proceso y llamarlos en tal calidad, no puede conducir a la arbitrariedad que sojuzgue el derecho de defensa, constituyendo un acto de deslealtad procesal que la parte civil con pretensiones de involucrar a terceros en la responsabilidad patrimonial generada por el ilícito, espere hasta último momento para propiciar la convocatoria, cuando ya han transcurrido etapas en que se pueda ejercer debidamente la defensa.

3. Volviendo al caso concreto, ha apreciado la Corte que el cargo subsidiario va realmente dirigido a que se invalide la vinculación al proceso penal del doctor Luis Fernando Pérez Tobón como tercero civilmente responsable y, por ende, la condena en su contra a indemnizar solidariamente los perjuicios causados con el delito de homicidio culposo cometido con el vehículo de su propiedad, aspiración en la cual ha sido secundado por el Ministerio Público, tanto en el juicio como en

el recurso extraordinario, coincidente en lo esencial con lo ahora decidido. Surge la invalidez de no habérsele brindado la oportunidad de solicitar pruebas, al resultar vinculado como tal cuando ya había vencido "el término de treinta (30) días hábiles a que se refiere el art. 446 del C. de P. Penal" (septiembre 4/92, f. 290, mientras que la correspondiente demanda fue presentada el 21 de los mismos, f. 300, dando lugar a la actuación subsiguiente ya referida).

Constituyendo un hecho comprobado esa conculcación al derecho de defensa, la nulidad se impone y la sentencia recurrida será casada de manera parcial, esto es, únicamente en cuanto confirmó el aspecto del punto 4º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, en lo que dice "y a Luis Fernando Pérez Tobón, como tercero civilmente responsable, de manera solidaria", y todo el punto 6º, que ordenó el comiso del automóvil MB-5023 de su propiedad, sobre lo cual el Juzgado del conocimiento librará las comunicaciones pertinentes.

Lo anterior es consecuencia de la nulidad que la Corte decreta sobre el auto de fecha septiembre 29 de 1992, mediante el cual el Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali admitió tardíamente la demanda de constitución de parte civil presentada contra el "tercero civilmente responsable Luis Fernando Pérez Tobón", a nombre de la compañera permanente, dos hermanos y el padre del occiso Roberto Sandoval Molina, así como parcialmente sobre el auto de dicho Juzgado de fecha mayo 11 de 1993 (fs. 449 y Ss.), exclusivamente en cuanto admitió la demanda contra el mismo tercero civilmente responsable, a nombre de la menor Paula Andrea Sandoval Ospina. De igual manera es nula toda la actuación que sea consecuencia directa de la indebida vinculación del tercero civilmente responsable, incluido el comiso del vehículo.

No así lo relacionado con la objeción del dictamen pericial de avalúo de perjuicios y otras solicitudes, que habiendo sido planteadas por quien además actuaba como defensor del procesado, propiciaron determinaciones que en nada afectaron las garantías procesales.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

1. Casar parcialmente la sentencia recurrida, únicamente en cuanto confirmó la condena a la indemnización de perjuicios solidariamente proferida contra el

tercero civilmente responsable Luis Fernando Pérez Tobón, cuya vinculación como tal es nula, y así mismo en cuanto al comiso del vehículo, por los motivos y en la forma y alcance indicados en la parte motiva de esta providencia.

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

Cópiese, notifíquese 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.

PARTE CIVIL/ PERJUICIOS/ INTERES PARA RECURRIR

En la referida sustentación del recurso el impugnante primero se dedica a sostener que el delito de hurto materia del proceso no tiene el grado de tentativa, como lo decidió la sentencia que recurre, sino que el mismo se consumó, tal como lo consideró el Tribunal en el proveído calificatorio.

En consecuencia, solicita al Tribunal que procediera de conformidad, aumentando la pena, revocando el subrogado penal y "además, debe condenársele al pago de los perjuicios morales que tan grave delito ocasionó a los deudos del occiso, señor (...), pues todos los perjuicios se originaron en la planeación y ejecución del delito por parte del autor intelectual, perjuicios que deben ser estimados por el juzgador, ya que es injusto no condenar a este pago a quien fue el cerebro, el instigador y el contratante de los autores materiales" (fl.321).

En este caso concreto la parte civil carecía de interés para impugnar la mencionada sentencia que fue favorable a sus pretensiones, pues que por medio de ella se condenó al procesado penal y civilmente.

Se replicará que tal aserto no es estrictamente cierto porque al final de la sustentación del recurso el impugnante se refirió a los perjuicios, pero no: si se repasa el párrafo respectivo y que arriba se transcribió, es fácil constatar que la sostenida tesis del hurto consumado no guarda relación ninguna con la mencionada referencia a los perjuicios, pues a éstos aludió el recurrente pero relacionándolos con el delito de homicidio cometido en la misma víctima del hurto, delito contra la vida éste que no era objeto de este proceso ni, por tanto, de la sentencia apelada.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y siete.(1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*

Rad. 10444

Aprobado Acta No. 67.

Conoce la Corte del recurso de casación impetrado contra el fallo proferido el 28 de noviembre de 1994 por el Tribunal Superior de Popayán, en el que se modificó el de primera instancia del Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, para condenar a Arnaldo Delgado Ortega a la pena privativa de la libertad de cuarenta y siete (47) meses de prisión, como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado: a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de diez (10) años; al pago de 500 gramos oro por concepto del daño moral y 300 gramos oro por perjuicios materiales a favor de los damnificados con la infracción y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Dan cuenta los autos que el 27 de julio de 1989, siendo aproximadamente las ocho de la noche, en los alrededores del sector urbano de la localidad de El Bordo, en la vía que conduce hacia la plaza de ferias de dicho municipio, fue ultimado el señor Nilo Nevardo Rodríguez Muñoz cuando en el vehículo de su propiedad, un campero Trooper modelo 1989 distinguido con las placas PYK-148, color azul oscuro y beige, hacía un recorrido por ese lugar. Hechas las averiguaciones iniciales por parte de la Policía, se tuvo conocimiento que uno de los responsables era el sujeto Eiver Enrique Angulo Pabón, quien una vez capturado manifestó que el propósito era el de apoderarse del automotor, contando con la colaboración de Javier Agredo Morales y Harold Nixon Ortiz Ortiz, siendo el autor del plan Arnaldo Delgado Ortega.

Retenidos todos los imputados la investigación la inició el 1° de agosto de 1989 el Juzgado 30 de Instrucción Criminal de El Bordo –Patía (fl. 1– Cuad. Original No. 1), siendo indagados y luego resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación el 11 de los citados mes y año. A Delgado Ortega como determinador del punible de hurto calificado y agravado en grado de tentativa; a Eiver Enrique Angulo Pabón, Javier Agredo Morales y Harold Nixon Ortiz Ortiz como coautores materiales de la misma infracción, en concurso con el homicidio y, al último, adicionalmente por el de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (fl. 74 y ss.).

Cuatro días después, se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada a nombre de Celina Rosa Ibarra de Rodríguez, reconociéndose su apoderado (fl. 92 y ss.).

Conforme al dictamen del Instituto de Medicina Legal, Departamento de Criminalística, Sección Balística, el Juzgado 30 de Instrucción Criminal dispuso el envío de las diligencias a los Juzgados de Orden Público de Popayán (fl. 216), correspondiendo al primero (1°) el que avocó conocimiento del proceso el 21 de noviembre de 1989, ordenando la práctica de varias diligencias (fl. 219).

Solicitado un nuevo dictamen sobre el arma homicida al Instituto de Medicina Legal de Santafé de Bogotá, se concluyó que la pistola Walter No. 258756 no puede ser clasificada como de uso exclusivo de las Fuerzas Militares y de Policía sino de defensa personal (fl. 318), razón por la cual el Ministerio Público solicitó la devolución del asunto al Juzgado de Instrucción Criminal de El Bordo, por competencia (fl. 321), criterio que fuera acogido por el Juez de Orden Público por auto del 12 de marzo de 1990, provocando colisión negativa de competencia en el evento de no ser compartidos los fundamentos expuestos (fl. 17 y ss. Cuad. original No. 2).

Por auto de fecha 16 de marzo de 1990, se declaró cerrada la investigación, empero, ante solicitud de Delgado Ortega para que se le otorgara el beneficio de libertad provisional, mediante interlocutorio del 23 siguiente, el Juzgado 30 de Instrucción Criminal accedió al pedimento, decretando la excarcelación provisional de todos los imputados mediante caución prendaria (fl. 32 a 35).

Por haber sido radicado por el Tribunal Superior de Popayán en El Bordo el Juzgado 13 de Instrucción Criminal (fl. 42), correspondió a éste despacho calificar el mérito del sumario el 20 de junio de 1990, con resolución de acusación para Arnaldo Delgado Ortega (a. Alito) por el delito de Hurto Agravado y calificado en grado de tentativa; a Javier Agredo Morales, Eiver Enrique Angulo Pabón y Harold Nixon Ortiz Ortiz por el citado punible y homicidio, y para estos dos últimos, adicionalmente por el porte ilegal de armas de defensa personal (fl. 100 a 116 vto.), decisión que fuera declarada nula por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán mediante interlocutorio de fecha 24 de enero de 1991, pues encontró sustanciales irregularidades en lo referente a la definición de la situación jurídica de Delgado Ortega y el grado de participación y de culpabilidad de cada uno de los imputados frente a los punibles investigados (fl. 178 a 187).

El Juzgado 13 de Instrucción Criminal de El Bordo, mediante interlocutorio del 13 de marzo de 1991, decidió reabrir la investigación por 180 días para practicar algunas diligencias (fl. 210 a 213) decisión que fuera impugnada por el apoderado de la parte civil, dando lugar a que el Tribunal Superior de Popayán la revocara y en su lugar dictara Resolución de Acusación el 23 de julio de 1991 (fl. 251 a 293).

Para Arnaldo Delgado Ortega, la concretó al punible de hurto calificado y agravado, precisando que "En los terminos del artículo 23 del Código Penal, aparece como el actor intelectual o determinador, en cuanto mediante acuerdo previo indujo a los autores materiales a la realización del delito patrimonial, que en nuestro planteamiento es definido como delito perfecto o agotado" (fl. 288) y en su favor, cesó procedimiento por los punibles de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

Cabe destacar que con relación a Harold Nixon Ortiz Ortiz, por tratarse de un menor al momento de la comisión de los hechos, ordenó compulsar copias con destino al Juzgado Promiscuo de Familia de El Bordo, para que dicho funcionario resolviera su situación jurídica.

Por último, Javier Agredo Morales y Eiver Enrique Angulo Pabón fueron acusados por los delitos de homicidio y hurto como autores materiales, y adicionalmente para el último por el porte ilegal de armas de defensa personal.

Por impedimento del Juez Superior de Patía (Cauca), el Tribunal Superior de Popayán asignó el conocimiento del asunto al Juez Superior (r) de Popayán (fl. 399), correspondiéndole al 3° que avocó el conocimiento del proceso el 21 de enero de 1992 (fl. 407), dándose inicio a la etapa del juicio mediante auto del 30 de los citados mes y año.

Por auto de fecha 10 de marzo de 1992, se dispuso la acumulación de la causa adelantada por el Juzgado 3° Penal del Circuito de Cali contra Eiver Enrique Agudelo Pabón por el delito de Hurto agravado y calificado (fl. 111 - Cuad. orignal No. 3). Entrado en vigencia el Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), correspondió al Juzgado 9° Penal del Circuito de Popayán adelantar la etapa de juzgamiento.

Acreditada la muerte de Javier Agredo Morales por ahorcamiento (fl. 183), mediante interlocutorio de fecha 30 de junio de 1993 se declaró extinguida la acción penal (fl. 190), llevándose a cabo la diligencia de audiencia pública el 19 de mayo de 1994 con relación a los procesados Arnaldo Delgado Ortega y Eiver Enrique Angulo Pabón (FL. 236 a 249).

El Juzgado 9° Penal del Circuito de Popayán, el 6 de julio de 1994 dictó sentencia condenatoria exclusivamente con relación al procesado Arnaldo Delgado Ortega, por cuanto se acreditó la muerte violenta de Eiver Enrique Angulo Pabón ocurrida el 12 de mayo inmediatamente anterior en la ciudad de Cali (fl. 280), declarándose extinguida la acción penal y por lo tanto, cesó el procedimiento en su favor.

Hechos los cómputos respectivos, el Juzgador de primera instancia dedujo una pena privativa de la libertad de cuarenta y siete (47) meses de prisión por el delito de hurto agravado y calificado, solo que estimó que se trataba de un delito en grado de tentativa, motivo por el cual le impuso como pena principal la de veinticuatro (24) meses y quince (15) días de prisión; como accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de la libertad, otorgándole el subrogado de la condena de ejecución condicional y como perjuicios materiales, conforme a lo preceptuado por el artículo 107 del Código Penal, un equivalente a 10 gramos oro.

Recurrido el fallo por el apoderado de la parte civil, el Tribunal Superior de Popayán mediante sentencia de fecha 28 de noviembre de 1994, modificó la de primera instancia en el sentido de imponer a Delgado Ortega como pena privativa de la libertad la de cuarenta y siete (47) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años; declaró que el procesado no era acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional en atención al monto de la pena impuesta, ordenando su captura.

Adicionó el fallo para condenar a Delgado Ortega al pago de 500 gramos oro como perjuicios morales y lo modificó en cuanto a los materiales para tasarlos en 300 gramos oro (fl. 329 a 356).

LA DEMANDA

Un único cargo presenta el defensor de Arnaldo Delgado Ortega contra la sentencia de segundo grado con apoyo en la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación directa de la ley "al haberse desconocido por el Honorable Tribunal Superior de Popayán... flagrantemente el artículo 31 de la Constitución Nacional, al ser esta disposición una norma sustantiva".

Estima el actor que al superior no le está permitido "aumentar la pena, revocar subrogados penales, adicionar, modificar o reformar el fallo condenatorio de primera instancia cuando el apelante es el procesado o cuando lo es la parte civil, salvo que de ella dependa el reconocimiento de los perjuicios ocasionados con la infracción".

Sobre el punto concreto, cita dos pronunciamientos jurisprudenciales de esta Sala y de la Corte Constitucional, para concluír que una vez declarada la responsabilidad penal del procesado, no le es permitido a la Parte Civil por prohibición constitucional, solicitar la modificación de la pena, ni la revocatoria de la libertad como ocurrió en este caso, ya que sus pretensiones quedan limitadas estrictamente a lo económico.

Dice que la censura la centra al hecho de que en la sentencia de segundo grado, el Tribunal Superior de Popayán desconoció el mandato superior contenido en el artículo 31 de la Carta Política, es decir el derecho de la "*reformatio in pejus*" que le asiste a su representado, pues no podía tomar las determinaciones que finalmente concretó en su fallo, ya que el Juez de primera instancia tasó los perjuicios materiales adecuadamente, negó por inexistentes los del orden moral, no obstante lo cual sin fundamento jurídico-legal, simplemente por ser ella la pretensión de la Parte Civil, la aceptó ciegamente sin miramientos de las disposiciones legales aplicables.

Afirma que el ad-quem desconoció "el único interés que le asistía a la Parte Civil, en esas condiciones, era la tasación en mayor proporción de los perjuicios que se hubieren ocasionado con el hecho punible fijados en Primera Instancia, ya que al haberse proferido sentencia codenatoria, no tenía interés legítimo para solicitar se reformara en sus otras determinaciones" (fl.378 y 379).

Considera que la tasación de los perjuicios era la misma si la calificación del ilícito se concretaba como Hurto Calificado y Agravado, en la modalidad de tentado o en la de consumado, luego no le asistía razón a la parte civil para demandar la modificación de la sentencia en cuanto a su calificación jurídica, con incidencia en un aumento de pena y revocatoria del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Afirma que se equivocó el Tribunal una vez más al tratar de acomodar su decisión a la sentencia de esta Sala de fecha 25 de febrero de 1993 (Mag. ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz), pues en este caso concreto no se trataba de un concurso delincuencial, siendo claro que resulta impertinente la afirmación que se hace en el fallo al folio 24, ya que su poderdante no fue objeto de acusación por los punibles de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

Con relación a los perjuicios, destaca que de manera ilógica el Tribunal une íntimamente los perjuicios morales que se pudieron causar con el punible de homicidio, más aún descabellada al pretender la transmisibilidad de perjuicios morales de un delito por el cual no ha sido condenada ninguna persona y menos su representado, pues ello constituye un despropósito jurídico.

Agrega que no es de recibo la tesis de la presunción de perjuicios expuesta por la Parte Civil y aceptada por el Tribunal, pues ello está en contravía de la preceptiva del artículo 55 del Código de Procedimiento Penal que ordena el pago de perjuicios cuya existencia se haya demostrado en el proceso, y del artículo 106 que ordena tener en cuenta, para la condena de perjuicios morales los hechos probados, lo que en criterio de actor no fueron probados, tal como lo reconoció el Juzgador de Primera Instancia.

Finalmente presenta censura al fallo en cuanto que el Tribunal por interpretación errónea, dió aplicación discrecionalmente al artículo 107 del Código Penal, ya que a pesar de la declaratoria de responsabilidad penal en cabeza de su representado, "el juez solo podrá condenar civilmente, en tanto y en cuanto se demuestre la existencia de los daños, sean materiales o morales" (fl. 383), limitándose a afirmar que el monto de los perjuicios fijado por el a-quo era irrisorio, pretextando que se habían pasado por alto factores previstos en la ley para realizar una adecuada tasación, sin mencionarlos, es decir, no consignó fundamentación alguna, dejando sin opción a la defensa para controvertirlos o refutarlos en oportunidad, con lo cual se pone de presente un desbordamiento de poder del Tribunal, razón por la cual solicita que "oficiosamente se debe ajustar dicho fallo condenatorio de segunda instancia a los nuevos dictados de la ley, como ya ocurrió en los pronunciamientos de fechas 22 de octubre y 3 de diciembre de 1991.

LA PARTE CIVIL

Como sujeto procesal no recurrente, el apoderado de la parte civil presentó escrito de oposición en el que afirma que el planteamiento expuesto por la defensa en la demanda de casación es infundado, porque no se está frente a una agravación de las penas señaladas en la sentencia de primera instancia, cuando el procesado tiene la condición de apelante único.

Indica que la norma constitucional cuya violación alega el recurrente, ni ninguna otra preceptiva legal, prohiben al ad-quem reformar una sentencia en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte civil, menos modificarla para realizar una legal ubicación del delito imputado al condenado, es decir, acorde con el delito de hurto calificado y agravado consumado que difiere de aquella que corresponde a la modalidad de tentado.

Destaca que las razones que tuvo el Tribunal para modificar el fallo de primera instancia son claras, todas ellas ajustadas a derecho, pues resulta incomprensible que el a-quo sin que exista prueba legalmente producida en el proceso, en contra del razonamiento del Fiscal y del Ministerio Público expuestos en la audiencia pública, resuelva apartarse del pliego de cargos formulados contra el imputado en la Resolución de Acusación, en donde clara y ampliamente se determinó la modalidad del delito imputado y las circunstancias agravantes tanto en la conducta del autor intelectual como de los autores materiales.

Destaca que el fallo impugnado en casación presenta en forma razonada y apoyado en jurisprudencias muy respetables, su criterio sobre la legalidad de la actuación de la parte civil, pues la pretensión del recurrente es la que dicha actuación se concrete exclusivamente a aspectos económicos, con lo cual se le limitaría su

intervención en todo el trámite del proceso, donde por ministerio de la ley puede aportar pruebas, solicitar la práctica de otras, formular alegatos, interponer recursos, discutir el tema central como lo es la formulación de cargos y en fin todas aquellas actuaciones en busca de que la sentencia sea la expresión justa del proceso.

Advierte así mismo que cuando impugnó el fallo de primera instancia, no solicitó el aumento de penas sino su modificación para que se ajustara al pliego de cargos formulados, razón por la cual el Tribunal no incurrió en violación de ninguna disposición sustancial, siendo por ello improcedente el recurso extraordinario.

El Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera que no resulta de recibo la acusación del censor relativa a la violación directa de la ley sustancial (artículo 31 de la Carta Política), "toda vez que su argumentación, la cual compartimos a cabalidad, demuestra ante todo la irregular tramitación de la segunda instancia al haberse concedido el recurso de apelación incoado por la Parte Civil, estando ésta desprovista de interés jurídico para recurrir. Irregularidades que, a nuestro juicio, amerita por parte de la H. Sala de Casación Penal su declaración de oficio, conforme lo permite el art. 228 del C. de P.P., en concordancia con el art. 304-1 ibidem" (fl. 14 y 15 –Cuaderno de la Corte).

Agrega que en el escrito sustentatorio de la apelación, la parte civil centra su inconformidad con la adecuación típica que de la conducta de Delgado Ortega realizó el juez a-quo, solicitando al Tribunal una condena no por el hurto tentado sino por hurto calificado y agravado, por considerar acertada la adecuación realizada por dicha colegiatura en la resolución de acusación, para lo cual demandó se impusiera la pena correspondiente al delito consumado, denegando el subrogado de la condena de ejecución condicional y se ordenara el pago de perjuicios morales, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido por el procesado.

Estima la Delegada que el interés primordial que movió a la parte civil para demandar la variación de la adecuación típica dada en la sentencia, fue el aumento de la pena corporal y la negativa del beneficio concedido por el a quo, siendo claro que solo al final del escrito y sin sustentación de ninguna índole, depreca la condena al pago de perjuicios morales, guardando silencio frente a los materiales con lo cual los aceptó en forma tácita.

En el presente caso agrega el Delegado–, no se desprende argumento lógico jurídico que legitime el ejercicio de la facultad impugnatoria que de manera restrictiva, el ordenamiento jurídico reconoce a la parte civil dentro del proceso

penal, como tiene establecido la Corte, "la parte civil justifica su presencia como parte en el proceso penal únicamente a través de su pretensión resarcitoria y garantizada ésta, cesa su interés procesal para cualquier actividad que estuviere dirigida a fines diversos de aquellos" (Sen. junio 5/91 M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas). En igual sentido se pronunció la Sala el 14 de diciembre de 1992, oportunidad en la cual puntualizó que la potestad de la parte civil no puede llegar al punto de estar legitimada para oponerse al reconocimiento de la rebaja de pena por confesión, pues "la verdad es que el reconocimiento de tal rebaja no tiene afectación de ninguna naturaleza con respecto a sus pretensiones resarcitorias y en tales condiciones le está completamente vedado utilizar el recurso extraordinario de casación como un instrumento de venganza privada, que busca ante todo perseguir un castigo mayor para el procesado, antes que obtener un resultado económico superior que es en realidad lo único que justifica la existencia de la parte civil dentro del proceso penal" (fl. 17).

Sin embargo, considera el Delegado que no le está prohibido a la parte civil solicitar la modificación de la pena como consecuencia de una posible calificación errónea de la conducta enjuiciada, si con ello y solo por ello, se pretende lograr una mayor cuantificación de los perjuicios ocasionados por el sujeto agente, empero en el caso concreto, la variación de la denominación jurídica de la conducta ilícita, en nada cambiaría el monto de los perjuicios materiales tasados en primera instancia, toda vez que se trató del apoderamiento fugaz de un automotor que, en últimas, no pudieron llevarse los delincuentes. "Consumado o no el hurto iguales efectos representa desde el punto de vista de sus consecuencias materiales. Esto implica el que no se hubiera atacado el fallo de primer grado en tal aspecto" (fl. 18).

En cuanto a los perjuicios del orden moral, considera el Ministerio Público que con el hurto del vehículo no presentan configuración alguna, pues no obra elemento de juicio de ninguna índole que permita su inferencia, pues solo en casos excepcionales, y este no lo es, los delitos contra el patrimonio económico generan daños de dicha naturaleza.

Estima que la sentencia de segunda instancia resulta ciertamente desconcertante, pues además de no advertir la falta de legitimación de la parte civil en la apelación del fallo de primer grado, "procedió a condenar en perjuicios morales a Arnaldo Delgado Ortega, imponiéndole la obligación de sufragar la indemnización correspondiente a los daños ocasionados por el homicidio, delito éste por el cual no fuera llamado a responder en juicio, ni mucho menos condenado" (fl. 18).

Finalmente destaca que la confusión del Tribunal se hace aún más notoria, al revocar la suma indemnizatoria que por perjuicios materiales señaló el Juez de

primera instancia, procediendo a incrementarla en forma considerable, sin reparar que la impugnación solo involucraba los perjuicios morales, lo que evidencia la falta de interés de la parte civil para recurrir el fallo, resultando imperiosa la declaración oficiosa de la nulidad parcial del proceso a partir del auto de fecha 25 de julio de 1994, inclusive por el cual se concedió el recurso, quedando así en firme la sentencia de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo único

El casacionista acierta al considerar que el desconocimiento del artículo 31 de la Carta Política, debe plantearse en casación al amparo de la causal 1ª, pues tal hipótesis entraña la falta de aplicación de la referida norma sustancial de rango supralegal.

También tiene razón el censor cuando afirma que al apoderado de la parte civil le estaba vedado por ley pretender mediante la apelación que hizo del fallo de primer grado, el aumento de pena al procesado y/o la revocación de la condena de ejecución condicional que se le otorgó en primera instancia.

Hasta ahí son atinadas las aserciones del demandante, pero luego, cuando se adentra en el tema de los perjuicios, no demuestra a la Corte que el Tribunal de Popayán haya violado la ley –directa o indirectamente– al incrementar los mismos, pues limitarse a sostener que tal incremento se hizo "sin fundamento alguno" (fl.382, cdno. Tribunal) no es probarle a la Corte el error que se le enrostra al sentenciador, cuyo criterio, repítese, prevalece en principio sobre el del casacionista, ya que está amparado por la doble presunción de acierto y legalidad.

Sin perjuicio de lo dicho, el demandante vuelve a acertar cuando combate las consideraciones efectuadas por el Tribunal atañederas a los perjuicios ocasionados por el delito de homicidio cometido en la misma víctima del hurto, delito contra la vida juzgado en otro proceso (fls.380 y s.s.). Empero, *como este argumento va a ser la base para que la Sala decrete oficiosamente la nulidad del fallo atacado*, por falta de interés de la parte civil para apelar la sentencia de primera instancia, debe colegirse que el cargo que por causal primera (art.220 C.P.P.) hace el casacionista, *no prospera*.

El interés de la parte civil para impugnar el fallo de primera instancia.

En escrito que obra a folios 320 y 321 del cuaderno número 2, el apoderado de la parte civil sustentó la apelación interpuesta contra la sentencia de julio 6 de 1994 (fl.282), mediante la cual el Juzgado 9º Penal del Circuito de Popayán condenó

al procesado Arnaldo Delgado Ortega a la pena principal de 24 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado en su modalidad de tentativa. También lo condenó al pago de los perjuicios materiales en cuantía de 10 gramos oro y le concedió la condena de ejecución condicional (f. 315).

En la referida sustentación del recurso el impugnante primero se dedica a sostener que el delito de hurto materia del proceso *no tiene el grado de tentativa,* como lo decidió la sentencia que recurre, sino que el mismo se consumó, tal como lo consideró el Tribunal en el proveído calificatorio.

En consecuencia, solicita al Tribunal que procediera de conformidad, aumentando la pena, revocando el subrogado penal y "además, debe condenársele al pago de los perjuicios morales que tan grave delito ocasionó *a los deudos del occiso,* señor Nilo Rodríguez, pues todos los perjuicios se originaron en la planeación y ejecución del delito por parte del autor intelectual. perjuicios que deben ser estimados por el juzgador, ya que es injusto no condenar a este pago a quien fue el cerebro, el instigador y el contratante de los autores materiales" (fl.321).

En este caso concreto la parte civil carecía de interés para impugnar la mencionada sentencia que fue favorable a sus pretensiones, pues que por medio de ella se condenó al procesado penal y civilmente.

Se replicará que tal aserto no es estrictamente cierto porque al final de la sustentación del recurso el impugnante se refirió a los perjuicios. pero no: si se repasa el párrafo respectivo y que arriba se transcribió, es fácil constatar que la sostenida tesis del hurto consumado *no guarda relación ninguna* con la mencionada referencia a los perjuicios, pues a éstos aludió el recurrente pero relacionándolos con el delito de homicidio cometido en la misma víctima del hurto, *delito contra la vida éste que no era objeto de este proceso* ni, por tanto, de la sentencia apelada: Obvio que no porque el Tribunal de Popayán haya acogido las referidas y equivocadas pretensiones de la parte civil apelante y, en consecuencia, haya aumentado los perjuicios en consideración exclusiva al delito de homicidio (fls.353 y ss.)), se genera el referido interés para recurrir, y por supuesto que tiene razón la Delegada cuando califica de "desconcertante" (fl.18 cdno. Corte) esta decisión del Tribunal con respecto al nombrado delito de homicidio que, se reitera, *es ajeno a este proceso* a partir del auto de julio 23 de 1991, mediante el cual el Tribunal, al revisar por apelación el proveído calificatorio (fls.251 y ss.-2) en juicio a Arnaldo Delgado Ortega por el delito de hurto y *justamente cesó procedimiento a su respecto por el delito de homicidio* (fl.293).

En esas condiciones, se exhibe igualmente nítido que el Tribunal carecía de competencia para revisar la sentencia en cuestión, causal de nulidad consagrada

en el artículo 304-1 del Código de Procedimiento Penal y que en sede de casación también prevé el artículo 220-3 ibídem.

Así las cosas, la Sala casará la sentencia y decretará la nulidad de la sentencia recurrida, quedando de este modo en firme el fallo de primera instancia (arts. 228 y 229-1 C.P.P.).

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

RESUELVE

1. Desestimar la demanda.

2. Casar oficiosamente la sentencia impugnada, en el sentido de decretar la nulidad de ésta, quedando así en firme el fallo de primera instancia.

Cópiese, notifíquese 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.

COMPETENCIA/ JUEZ REGIONAL/ PORTE ILEGAL DE ARMAS

El artículo 71 ibídem, modificado por el artículo 9º de la ley 81 de 1993, dispone que los Jueces Regionales conocen en primera instancia de los delitos a los que se refiere el decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio.

Ahora bien, el Decreto 2266 de 1991 adoptó como norma permanente el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, el cual sanciona con prisión de uno a cuatro años al que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos.

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 71 del estatuto procesal penal corresponde a los Jueces Regionales conocer de todas las conductas descritas en el artículo 1º del decreto 3664 de 1986, a excepción del porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento es competencia de los Juzgados Penales del Circuito, de acuerdo con el numeral 1º, inciso c), del artículo 72 idem.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado acta no. 67

Rad. 13153

VISTOS

La Sala resuelve la colisión negativa de competencias surgida entre un Juzgado Regional de Medellín y el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio Caldas, quienes

se han declarado incompetentes para conocer del proceso que se adelanta contra *José Bernardo Tamayo Gómez*, por el delito previsto en el artículo primero del Decreto 3664 de 1986.

ANTECEDENTES

1. El ocho de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en la población de Riosucio Caldas se presentó un altercado entre Luis Teodulio Ruiz Ríos y José Bernardo Tamayo Gómez, quien, al parecer, esgrimió un revólver a efecto de intimidar a su contrincante. Al día siguiente Ruiz Ríos denunció tales hechos ante la Unidad Seccional de Fiscalía de esa localidad y agregó que Tamayo Gómez se dedicaba a fabricar y reparar armas de fuego.

2. El veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cinco, la Fiscalía Treinta y Dos Delegada de Riosucio practicó diligencia de allanamiento y registro a la residencia del denunciado, encontrando una escopeta calibre 16, dos revólveres calibre 22 y veinticuatro cartuchos de diferentes calibres.

3. Ese mismo día abrió la correspondiente investigación penal y vinculó mediante indagatoria a José Bernardo Tamayo Gómez, quien admitió no solamente haber fabricado la escopeta decomisada, sino también haber comprado y vendido dos escopetas en el año de 1993. Así mismo, manifestó que hacía varios meses dos personas que residen en el barrio El Carmen de esa población le habían llevado los revólveres a fin de que los arreglara.

4. Mediante providencia del veinticinco de junio de 1996, la Fiscalía Regional de Medellín profirió resolución de acusación en contra del procesado, por el delito previsto en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, consistente en la venta y reparación de armas de fuego y municiones de defensa personal.

El ocho de agosto de 1996, un Juez Regional de Medellín asumió el conocimiento de la causa y procedió a darle el trámite previsto en los artículos 42 y 46 del Decreto 2790 de 1990.

6. Mediante auto del once de abril último, el Juzgado Regional declaró no ser competente para conocer del proceso, porque, en su criterio, el delito previsto en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 es de competencia de los Juzgados Penales del Circuito de Medellín. En consecuencia, dispuso la remisión del expediente y propuso conflicto negativo de competencias.

7. El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Medellín a quien le correspondió el proceso por reparto, ordenó remitirlo al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio Caldas, en razón a que el delito ocurrió en esa localidad.

8. El Juzgado Penal del Circuito de Riosucio aceptó la colisión, por cuanto estima que el artículo 71, numeral 4°, del Código de Procedimiento Penal dispone claramente que los delitos contra la existencia y seguridad del estado, señalados en el decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia y los delitos contra el sufragio, son competencia de los Juzgados Regionales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Como el conflicto negativo de competencias se presentó entre un Juez Regional y un Juez Penal del Circuito, de conformidad con el artículo 68 numeral 5° del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Corte dirimirlo.

2. El artículo 71 ibídem, modificado por el artículo 9° de la ley 81 de 1993, dispone que los Jueces Regionales conocen en primera instancia de los delitos a los que se refiere el decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio.

Ahora bien, el Decreto 2266 de 1991 adoptó como norma permanente el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, el cual sanciona con prisión de uno a cuatro años al que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos.

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 71 del estatuto procesal penal corresponde a los Jueces Regionales conocer de todas las conductas descritas en el artículo 1° del decreto 3664 de 1986, a excepción del porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento es competencia de los Juzgados Penales del Circuito, de acuerdo con el numeral 1°, inciso c), del artículo 72 idem.

3. Hechas estas precisiones, ninguna duda queda sobre la competencia del Juez Regional de Medellín para conocer del presente proceso, por cuanto la Fiscalía Regional, con fundamento en las pruebas allegadas al proceso, le profirió al sindicado resolución de acusación bajo los cargos de vender y reparar armas de fuego de defensa personal, comportamientos cuyo conocimiento la ley atribuye a la Justicia Regional, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 71 del código procesal penal.

El Juez Regional declaró que no era competente para conocer del proceso argumentando que el delito consagrado en el artículo 1º del decreto 3664 de 1986 es de competencia de los Juzgados Penales del Circuito, pero tal consideración resulta equivocada, pues de conformidad con el artículo 71 estos despachos sólo conocen del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, toda vez que los demás comportamientos que consagra la norma son de competencia de los Juzgados Regionales.

En consecuencia, se declarará que la competencia para conocer de este proceso corresponde a la Justicia Regional y, por tanto, se remitirá al Juzgado de Medellín para que sin más dilaciones proceda a proferir la respectiva sentencia.

4. La Sala se abstendrá de compulsar copias de la actuación para que se investigue un presunto delito de prevaricato, como solicita el señor Juez Penal del Circuito de Riosucio, por cuanto en este momento no existen motivos suficientes que permitan considerar que el Juez Regional incurrió en tal ilícito.

En cambio, ordenará oficiar a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia a efecto de que se investigue al Juez Regional de Medellín, por cuanto el conflicto propuesto responde más al ánimo de sustraerse al cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales, que a una seria y legítima inquietud sobre la competencia para conocer del proceso, pues no se explica de otra manera que hubiese propuesto la colisión a último momento, esto es, cuando el proceso ingresó al despacho para dictar la correspondiente sentencia, y sin exponer mayores razones para abstenerse de conocer del mismo.

Finalmente, se advierte en el Juez Regional falta de diligencia en sus actuaciones, que se refleja en la circunstancia de haber remitido el proceso a los Jueces Penales del Circuito de Medellín, cuando los hechos ocurrieron en el perímetro urbano de la población de Riosucio Caldas.

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

RESUELVE:

Declarar que la competencia para conocer de este proceso corresponde a la Justicia Regional. Por tanto, remítase el expediente al Juzgado Regional de Medellín e infórmese de esta decisión al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio Caldas.

Oficiar a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquía a efecto de que se investigue la actuación del Juez Regional de Medellín.

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.

ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD

Son distintas las necesidades de prueba si el "trastorno mental" exigido en el referido tipo penal se entiende en el sentido extremo de la "enajenación mental", como pérdida completa de la consciencia y la voluntad, caso en el cual sería necesario establecer la presencia de una sicosis, una neurosis o una psicopatía grave; o si se entiende en sentido amplio como una alteración en mayor o menor grado de la normalidad del estado psíquico de una persona, caso en el cual bastaría determinar una debilidad mental.

Algo más: cuando el derecho penal adopta la expresión lingüística "trastorno mental", no lo hace de manera uniforme en cuanto a su entidad, pues, para el caso de inimputabilidad requiérese una perturbación tal que afecte profundamente la capacidad de comprensión o de autodeterminación del individuo (art. 31 C. P.); mientras que el "trastorno mental" propio del delito de abuso de circunstancias de inferioridad tiene la connotación de una subordinación psíquica de la víctima en relación con el sujeto activo (art. 360 idem).

Esta distinción es evidente en el texto y la sistemática propia de la última disposición citada, cuyo tenor es el siguiente:

*"**Abuso de circunstancias de inferioridad.** El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de la necesidad, de la pasión o del trastorno mental de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de quinientos a cincuenta mil pesos.*

"Si se ocasionare el perjuicio, la pena será de uno (1) a siete (7) años de prisión y multa de un mil a cien mil pesos".

La frase rectora "inducir a realizar" *significa que el sujeto activo no hace las cosas por la víctima, no la suplanta, sino que simplemente la anima o la azuza*

para que ella misma realice cierta acción que él quiere. De ahí que el inducido no necesariamente tiene que ser un "enajenado mental" o quien padece un grave y extendido trastorno de las esferas intelectiva y/o volitiva de su personalidad, porque basta establecer una interferencia en la inteligencia, memoria o atención para evaluar el sentido y prueba de la realidad, precaria condición mental de la cual se aprovecha el victimario para llevar a la víctima a un acto perjudicial para ella y en el cual se imponen notoriamente la voluntad y el interés de aquél. Dentro de este contexto, el trastorno mental debe ser entendido como sinónimo de debilidad mental, ya que el ámbito situacional del tipo examinado requiere como sujeto pasivo a una persona que, por su inferioridad psíquica permanente o transitoria, fácilmente sea impresionable o sugestionable por las insinuaciones interesadas del sujeto activo.

En el tipo penal en examen caben las hipótesis casuísticas del que vende su bien por un precio irrisorio pero por el apuro de querer salvar la vida de su madre que pende de una cirugía, situación de la que se vale el agente (necesidad); o el que lo entrega gratuitamente por su inclinación incontenible hacia una persona que abusa de su situación de privilegio para obtenerlo (pasión); o el que se desprende de la cosa porque su co-contratante se aprovecha de su falta ostensible de conocimientos y habilidades sobre la materia (inexperiencia). En todos estos supuestos la víctima sabe literalmente lo que hace en el momento de la realización, pero no percibe las consecuencias del acto en su vida de relación. De ahí que, en el caso del "trastorno mental", la cuestión no puede ser sustancialmente diferente, pues, dentro de una interpretación por homologación, basta a los fines punibles que el actor se aproveche de un defecto de personalidad del sujeto pasivo que, a pesar de que no le obstaculice el conocimiento del hecho, sí impida la proyección de la persona.

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

Magistrado Ponente: Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta N° 67

Rad. 9850

VISTOS

María Eugenia del Rosario Buendía Otero y Eduardo Spath Estefan, abogada y médico de profesión, respectivamente, fueron condenados a la pena principal

de treinta y cuatro (34) meses de prisión, cada uno, a título de coautores del delito de abuso de circunstancias de inferioridad, cuya víctima fue la señora Rosa Otero de Carrera, según sentencia de segunda instancia fechada el 25 de marzo de 1994, obra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.

En contra de esta decisión del tribunal interpusieron y sustentaron el recurso de casación los defensores de ambos procesados, el mismo que se decidirá por medio de este fallo, verificado como ha sido el cumplimiento de los traslados y las respuestas de rigor.

De los hechos

La señora Rosa Otero de Carrera, ya fallecida, contrajo su primer matrimonio con el señor Humberto Buendía, relación en cuya vigencia se procreó a la dama María Eugenia del Rosario Buendía Otero (procesada), pero que posteriormente fue judicialmente anulada, acto que propició entonces sus segundas nupcias con el señor Luis Carrera Cadena, persona con la cual le dio vida a su segundo hijo, el señor Fernando Javier Carrera Otero. De esta segunda relación derivó la anciana mujer una casa de habitación situada en la transversal 29 N° 118-54, nomenclatura de la zona norte de esta capital, y un vehículo marca mazda 626 L, clase automóvil, tipo sedán, de placas GM 7682, modelo 1987.

Pues bien, el 18 de marzo de 1989, la sexagenaria mujer fue llevada de urgencia a la Fundación Santa Fe de Bogotá, se le diagnosticó una oclusión total de dos arterias coronarias, y el 30 de marzo siguiente fue sometida a una cirugía abierta de corazón. Durante el post-operatorio a la paciente le apareció un trombo que le produjo lesiones de arterias cerebrales, razón por la cual se vio afectada en principio tanto su conciencia como el movimiento de los miembros superior e inferior del lado izquierdo, mas recuperado completamente su estado de conocimiento persistió la limitación de sus extremidades. Gracias a estos progresos, después de un mes de reclusión hospitalaria, los médicos tratantes permitieron que la dama convaleciera en su propia residencia, atendida por enfermeras que le contrató su hijo *Fernando* con la firma "Dacores y Canitas Ltda.".

La recuperación de la anciana era satisfactoria, hasta el punto que ya caminaba ayudada por un bastón, pero a mediados del mes de junio del mismo año, debido a la sorpresiva salida de *Fernando Javier* y su familia al exterior por razones de seguridad, aquélla quedó bajo la responsabilidad de su hija *María Eugenia del Rosario Buendía Otero*, y se inició entonces un período de declinación en la salud de la paciente, pues la nueva tutora empezó por cambiar el equipo de médicos tratantes y enfermeras asistentes, se le suministraban aproximadamente doce (12) drogas diferentes a la enferma, amén de otro preparado que le administraba

personalmente *María Eugenia* todos los días a las nueve de la noche, cuyas características específicas siempre le ocultó a las enfermeras, ordenado por el médico Eduardo Spath Estefan presuntamente para combatirle el insomnio, pero que por el contrario la excitaba en demasía, la desorientaba mentalmente y le producía pesadillas.

Ocurrió que durante los días 5 y 6 de julio 1989, en medio de este cuadro de precariedad física y mental de la señora *Otero de Carrera*, ésta le transfiere el vehículo y la nuda propiedad de su casa a *María Eugenia del Rosario Buendía Otero*, presuntamente a título gratuito, el primero, y por la suma de tres millones novecientos mil pesos ($ 3.900.000.oo), la segunda, después de firmar el documento de traspaso del automotor y la escritura de compraventa de inmueble, escritos avalados por una certificación expedida por el médico *Spath Estefan*, de fecha 4 de julio de 1989, de acuerdo con la cual la transferente gozaba de plenas facultades mentales para esa fecha y era apta para realizar cualquier acto jurídico y asumir las responsabilidades consecuentes. Además, se esfumaron los fondos que la anciana poseía en la cuenta corriente número 084-001270 del Banco de Bogotá, sucursal del Centro Comercial La Rioja, en cuantía aproximada de un millón de pesos, y curiosamente la mayoría de los cheques de salida aparecen girados a nombre de los sindicados.

Fernando Javier regresó al país el 12 de agosto y, después de franquear durante algunos días los obstáculos puestos por *María Eugenia del Rosario*, logró visitar a su anciana madre en su residencia y, en razón de la somnolencia y la incoherencia que revelaba, la internó en la Clínica Nueva el día 30 de agosto siguiente, le hizo tomar una muestra de sangre y orina por medio del Laboratorio Clínico "Analizar", se enviaron las pruebas al Laboratorio de Toxicología de la Clínica "Guillermo Uribe Cualla", y esta institución certificó "positivo para barbitúricos".

ACTUACIÓN PROCESAL

Después de ser sometida a un tratamiento de desintoxicación en la Clínica Nueva, la señora *Rosa Otero de Carrera* denunció los hechos el día 14 de diciembre de 1989, queja por cuyo mérito se ordenaron diligencias de indagación preliminar a cargo del Juzgado 58 de Instrucción Criminal, y después el mismo despacho judicial dictó auto cabeza de proceso (7 de febrero de 1990), todo conforme con el anterior Código de Procedimiento Penal –Decreto 050/87– (fs. 2, 28 y 71).

Por medio de auto fechado 12 de febrero de 1990, el juzgado instructor admitió a la señora *Rosa Otero de Carrera* como parte civil dentro del proceso penal y además reconoció a su apoderado de confianza (fs. 89). Evacuados algunos testimonios y acopiadas otras pruebas, se recibió en indagatoria a los imputados

María Eugenia del Rosario Buendía Otero y *Eduardo Spath Estefan* (fs. 290, 313 y 542).

El mismo Juzgado de Instrucción declaró cerrada la investigación y, por medio de auto fechado el 19 de marzo de 1992, calificó el mérito del sumario con decisorio de cesación de procedimiento en favor de ambos sindicados, habida cuenta que eran atípicas las conductas realizadas frente a las hipótesis delictivas averiguadas de homicidio (tentativa) y estafa (cuaderno 2, fs. 116 y 232). Interpuesto el recurso de apelación por el apoderado de la parte civil en contra de la decisión calificatoria, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en aquel entonces competente para proveer la segunda instancia en el sumario, dictó el auto fechado el 30 de junio de 1992, por el cual revocó la providencia impugnada y profirió resolución de acusación en contra de ambos procesados por un concurso de delitos de homicidio en el grado de tentativa y abuso de circunstancias de inferioridad; emitió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin derecho a excarcelación, en relación con ambos sindicados; decidió tener como parte civil al señor *Fernando Carrera Otero*; dispuso el embargo especial del inmueble situado en la transversal 29 N° 118-54 de esta ciudad, así como del vehículo marca Mazda, modelo 1987, de placas GM-7682; y ordenó compulsar copias para que se investigara éticamente la conducta del médico *Spath Estefan*, y penalmente los comportamientos de *Jorge Angarita Gómez*, notario décimo del círculo, *Joaquín Armando Rodríguez Beltrán* y *Pedro Luis Alvarez Benavides*, testigos de la celebración de la promesa de compraventa del aludido inmueble, *Martha Sofía del Carmen Giraldo de Díaz*, gerente del Banco de Bogotá, sucursal La Rioja, por la extraña salida de los fondos bancarios de la ofendida, y a los mismos acusados por las hipótesis de falsedad documental sugeridas en la investigación (cuaderno tribunal N° 1, fs. 55y ss.).

Correspondió el juzgamiento al Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de la ciudad, despacho ante el cual se intensificó la actividad probatoria por obra de las partes (cuaderno 2, fs. 409 a 411), y se realizó la audiencia en sesiones cumplidas durante los días 10 de junio, 15 de julio, 19 de agosto, 2 de septiembre, 9 de septiembre, 16 de septiembre, 4 de octubre y 9 de noviembre del año de 1993 (cuaderno 2, fs. 460, 480, 490, 494, 502, 523, 537 y 562).

El fallo de primera instancia se dictó el 24 de noviembre de 1993, y por su contenido los dos acusados quedaron expuestos a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión, como responsables del delito de *abuso de circunstancias de inferioridad*, de acuerdo con los artículos 360 y 372 del Código Penal; recibieron la sanción accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal; se les impuso la obligación de cubrir el valor de perjuicios materiales y morales, en cuantía

de 3.200 gramos-oro; se negó el subrogado de la condena de ejecución condicional a la procesada *Buendía Otero* pero se le concedió al sentenciado *Spath Estefan*; y finalmente se absolvió a los dos acusados por el delito de homicidio (tentativa) por el que también habían sido convocados a juicio (cuaderno 2, fs. 574 a 604).

La decisión de instancia fue impugnada por el señor Fiscal 114 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito y el apoderado de la parte civil, en lo que atañe a la absolución por el delito contra la vida, y por los defensores de ambos procesados en razón de la condena impuesta. El Tribunal Superior, por medio de sentencia del 25 de marzo de 1994, confirmó las direcciones condenatoria y absolutoria adoptadas en el fallo apelado, pero lo modificó en el sentido de intensificar la pena principal a treinta y cuatro (34) meses de prisión y la accesoria por igual período, en relación con cada uno de los procesados; también revocó la negación del subrogado a la coprocesada *María Eugenia del Rosario Buendía Otero*; y finalmente ordenó la cancelación del registro de compraventa de la nuda propiedad y de las anotaciones posteriores, respecto del inmueble que ilícitamente había salido del poder de la señora *Rosa Otero de Carrera* (Cuaderno Tribunal N° 1, fs. 136 a 184).

Contenido de las demandas

El defensor de la procesada *María Eugenia del Rosario Buendía Otero* impugna la sentencia del tribunal al amparo de la causal primera de casación, en su modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, debido a que la apreciación probatoria hecha por el fallador ha incurrido en errores de hecho (falso juicio de existencia y falso juicio de identidad) y de derecho (falso juicio de legalidad), por obra de la falta de aplicación de los artículos 247-1, 274 y 445 del Código de Procedimiento Penal y de la indebida interpretación de los artículos 246, 264 y siguientes del mismo Estatuto –normas medio–, de tal manera que indirectamente se transgredieron por falta de aplicación los artículos 1°, 2° y 3° del Código Penal y se interpretó indebidamente el artículo 360 *idem*.

El cargo se refiere exclusivamente a la condena por el delito de abuso de circunstancias de inferioridad, en la medida en que el opugnador estima que, merced a una errónea apreciación probatoria, el fallo atacado supone que *María Eugenia Buendía Otero*, por indicación del médico *Eduardo Spath Estefan*, le suministró barbitúricos a su madre *Rosa Otero de Carrera*; que de esta manera se colocó a la víctima en situación de trastorno mental transitorio; y que abusando de esta precaria condición mental de la ofendida, los acusados lograron de aquélla el traspaso de sus bienes a *María Eugenia*, hecho no sólo perjudicial para la afectada sino que significó un provecho patrimonial indebido para aquélla.

Con apoyo en las transcripciones que estima pertinentes, el demandante señala los errores y los demuestra en el siguiente orden:

Se incurre en *falsos juicios de identidad* porque...

La testigo *Raquel Flórez Montes*, a pesar de manifestar que la señora *Rosa Otero* desvariaba, hacía crisis de pesadilla por la noche y que no coordinaba sus palabras, jamás expresó que la dama tuviese alterada su conciencia para la época de los hechos (primeros días del mes de julio de 1989); por el contrario, la lectura integral del testimonio permite establecer que aquélla gozaba de plenas facultades mentales el día en que se produjo la firma de la escritura.

Se ha tergiversado el testimonio de *Blanca Cecilia Castillo de Contreras*, dicho que fue capitalizado por el fallador para establecer que a doña *Rosa Otero* sí le suministraron barbitúricos, pues la testigo dijo que *María Eugenia* le administraba una droga presuntamente para dormir "y por el contrario excitaba muchísimo a la paciente". Entendido que los barbitúricos son sustancias depresoras del sistema nervioso central, que producen un efecto contrario al indicado en la declaración, expone el casacionista, mal podía el tribunal concluir que tal era la droga administrada, sin distorsionar el contenido fáctico de esta prueba, pues la testigo no lo dice ni lo sugiere. De este testimonio tampoco se puede inferir el trastorno mental de la ofendida, por lo menos al momento de transferir la nuda propiedad del inmueble, pues, por el contrario, afirma que ésta tenía ocasiones de mucha lucidez.

Ha sido distorsionado el testimonio de *Cecilia Garzón Herrera*, porque el tribunal sacó fragmentos del contexto de su versión para concluir que dicha testigo afirmó que la paciente perdió lucidez, después del cambio de médicos, cuando aquélla siempre se refirió a la sanidad mental y a la capacidad volitiva de doña Rosa, aunque sí reconoció algunas dificultades pero de orden físico.

La tergiversación también hizo mella en el testimonio del médico *Jaime Fernando Guzmán Mora*, quien evidentemente se refirió a un cuadro de depresión y confusión mental de la paciente, sólo que tal señalamiento se refería al mes de agosto de 1989 y no a la primera semana del mes de julio, época de ocurrencia de los hechos.

El mismo sentido de distorsión del caso anterior, referido al estado mental de la paciente para la fecha de los acontecimientos, se presenta en relación con el testimonio del médico *Mario Bernal Ramírez*.

De igual manera, el señor *Fernando Javier Carrera Otero* se refiere a un estado mental afectado de su madre para el día 13 de agosto de 1989, razón por la cual el

tribunal tergiversa su testimonio cuando pone a funcionar dicha aseveración para la fecha de los episodios.

Ha lugar a los *falsos juicios de existencia* en razón de que...

Se desconoce el testimonio de la señora *Bertha Nidia García de Mayorga*, que obra a folios 499 y ss. del primer cuaderno original, de acuerdo con el cual la deponente visitó a la convaleciente en su casa antes del mes de agosto de 1989 (fecha próxima a los hechos), cuando apenas había salido de la clínica Santa Fe, y la advirtió consciente, sin trastornos ni borracheras, hasta el punto que disfrutaba de una película del sistema parabólico.

Se ha ignorado el testimonio del doctor *Héctor González Recamán* (fs. 488, cuaderno 2), médico cardiólogo que trató a la señora *Otero de Carrera* por un lapso cercano a los 40 días, desde finales del mes de junio hasta comienzos del mes de agosto de 1989, circunstancias que por modo y tiempo lo colocan en situación de testigo excepcional. Una persona experta como ésta expuso que la paciente se encontraba consciente, respondía las órdenes y sugerencias, y no captó entonces el trastorno mental que aducen la denunciante y la parte civil. Y a pesar de tales expresiones, las instancias no valoraron este testimonio en lo que atañe al delito de abuso de circunstancias de inferioridad, aunque sí se mencionó en relación con el delito de tentativa de homicidio.

También se pretermitió la declaración del doctor *Carlos Aristides Duque Concha*, odontólogo que atendió a *Rosa Otero* el día 27 de julio de 1989, de acuerdo con la cual ella era una persona consciente (fs. 490, cuaderno 2).

No se tuvo en cuenta el dicho de la señora *Martha Sofía del Carmen Giraldo de Díaz*, gerente del Banco de Bogotá, Sucursal de la calle 100, según el cual ella conocía a la dama ofendida y, para la época de los hechos, la recibió en razón de un cambio de firma, ya que había experimentado distorsiones por problemas físicos, oportunidad en la cual la notó consciente porque la reconoció, la saludó y le habló (cuaderno 2, fs. 13).

Se omitió el hecho indicador impreso en la carta que la fisioterapéuta *Karim Alvis* le envió al señor *Fernando Carrera*, de acuerdo con la cual, a partir del 28 de junio se suspendía la terapia por expresa disposición de doña *Rosa Otero*, hecho que permite inferir la aptitud mental y la capacidad volitiva de la disponente (fs. 164, cuaderno 1). Una tal orden no la libera la persona que se encuentra en estado de enajenación mental.

Se desconoció un *dictamen del Instituto Nacional de Salud*, que obra a folios 526 y 532 del primer cuaderno, de cuyo contenido se infiere que a la paciente no

se le administraron barbitúricos, pues todas las muestras analizadas compaginan con su respectiva etiqueta.

No se valoró en su dimensión el *indicio de la mentira* que ofrecen versiones encontradas de la ofendida, pues, en relación con el momento de la firma de la escritura, primero aduce que la llevaron a la calle donde se sitúa la notaría pero le hicieron firmar el documento dentro del carro, mas después asevera que no recuerda haber ido a notaría alguna. Curiosamente "olvida" lo atinente a la transacción pero sí evoca detalles de otras cuestiones ocurridas en la misma época (fs. 63 y 507, cuaderno 1).

Los *falsos juicios de legalidad* se reprochan en las siguientes actuaciones:

El tribunal le concedió ilegalmente el carácter de dictamen a un escrito aportado en copia simple, de acuerdo con el cual un experto de la Clínica de Toxicología "Guillermo Uribe Cualla", concluye que es positivo para barbitúricos el análisis de las muestras de sangre y orina tomadas a la paciente. La prueba pericial está sujeta al rito de la orden judicial, la designación del perito, su posesión, la elaboración del cuestionario, etc., pasos que no se conocen en este caso (C. P. P., arts. 264 a 273). El mencionado escrito, si se le buscan efectos probatorios, ni siquiera tiene el alcance legal de un documento privado, pues para ello debió aportarse en original o copia auténtica o haber sido certificado por el funcionario en una diligencia de inspección judicial (*idem*, art. 274). Ahora bien, por cuanto los defensores siempre cuestionaron y objetaron el mencionado escrito, tampoco se consolida la aceptación tácita de su autenticidad.

Para tratar la incidencia de los errores destacados en el fallo protestado, el demandante se apoya en las siguientes reflexiones:

De acuerdo con el texto del artículo 360 del Código Penal, además de la doctrina y la jurisprudencia que cita como argumento de autoridad, en orden a la tipificación del delito de abuso de circunstancias de inferioridad, no basta la objetiva demostración de un desplazamiento patrimonial, efectivo o probable, sino que es imperativo verificar que éste es el producto causal del abuso de esa disminuida condición de la víctima.

Así entonces, en el caso concreto no se ha demostrado en el grado de certeza que a *Rosa Otero* le fueron administrados barbitúricos durante los primeros días del mes de julio de 1989; que la ingestión de dicha droga le produjo un trastorno mental; y que la procesada *María Eugenia Buendía Otero*, abusando de esa débil condición de su madre, la indujo en enajenar sus bienes. A pesar de la ausencia de certitud, el tribunal concluyó lo contrario por obra de los errores que se han resaltado en la apreciación probatoria.

Por lo demás, no se demostraron alteraciones de la conciencia de la ofendida para la época de los hechos, pues, por conveniencia, se regresó dos meses atrás la sintomatología que la paciente presentaba a finales del mes de agosto de 1989, como manera de acreditar el trastorno mental, cuando la verdad es que éste brilla por la ausencia de verificación regular.

En este acápite también relieva una presunta violación al principio lógico de no contradicción en el cuerpo de la sentencia, pues, en orden a absolver por el delito de homicidio, expresa que no existe certeza probatoria sobre el suministro de barbitúricos, pero si la advierte al momento de condenar por el hecho punible de abuso de circunstancias de inferioridad.

En un apartado final de motivación se sostiene que los restantes medios de convicción no controvertidos no permitirían mantener el fallo de condena, afirmación que intenta demostrar a través de un escrutinio uno a uno, intercalando gradualmente las respectivas glosas, la mayoría de las cuales se refieren a una ausencia de relación temporal de la prueba con los hechos discutidos; o la impertinencia para demostrar el abuso de las circunstancias de inferioridad; o la referencia a otros hechos o a hechos posteriores; o la confirmación del buen estado de salud mental de la ofendida.

Para concluir, el censor alega que el fallo impugnado se fundamentó en protuberantes errores de apreciación probatoria, a partir de los cuales afirmó la inexistente tipicidad del delito de abuso de circunstancias de inferioridad, razón por la cual solicita a la Corte que case parcialmente la sentencia y profiera la absolución por tal hecho punible.

El defensor del procesado *Eduardo Spath Estefan*, sin sujeción a las mínimas reglas formales del recurso extraordinario de casación, presenta su inconformidad en esta sede de la siguiente manera:

En el capítulo del libelo que denomina "*Errores en que incurrió la sentencia*", relaciona objeciones tales como:

La fotocopia que aparece a folios 9 del primer cuaderno original, relacionada con el concepto de la Clínica de Toxicología "Guillermo Uribe Cualla", no cumple los pasos formales del dictamen pericial.

El tribunal distorsiona el alcance del testimonio de la enfermera *Raquel Flórez Montes*, pues, si se analiza con mayor rigor su total declaración, se advierte que la testigo no se refiere a una "alteración de la conciencia" de la ofendida para los días en que le hizo traspaso de los bienes a su hija, sino que, por el contrario, ella sabía a qué iba a la notaría y tenía capacidad volitiva.

Algo más: como ni siquiera se estableció qué clase de droga era la que supuestamente le administraba *María Eugenia* a su progenitora, menos podía el tribunal afirmar que tal fármaco era ordenado por el médico *Spath Estefan*. Pero aunque se dijera caprichosamente que aquélla sí proporcionó medicamentos a su madre, no existe en el proceso "ni la más remota prueba de que esos fármacos (administrados por la sindicada) fueran formulados por mi defendido".

La versión de la señora *Cecilia Garzón Herrera* fue citada fragmentariamente por el tribunal, con el fin de hacerle decir exclusivamente que la señora *Rosa Otero* "después del cambio de médicos perdió lucidez", cuando en el cuerpo integral de su declaración, la testigo siempre refiere que la paciente "estaba en sus cinco sentidos". Para avalar el estado de claridad mental que expone la testimoniante, el censor cita fragmentos de los testimonios de *Fernando Guzmán Mora, Héctor González Recamán, José Vicente Pardo, Jaime Toro Gómez y Carlos Aristides Duque Concha.*

Es igualmente recortada la cita que se hace del dicho de la denunciante *Rosa Otero*, cuando ésta sostiene que "no se daba cuenta de nada", pues en la integridad de su declaración evoca situaciones tales como la de que se proponía vender la casa y comprar un apartamento; que tenía "pleno conocimiento" de sus deudas; y que no necesitaba la certificación del doctor *Spath Estefan* sobre su aptitud para ejecutar actos civiles.

Del texto completo del testimonio del médico *Jaime Fernando Guzmán Mora* no emergen con claridad las fechas precisas de ingreso en crisis de la paciente y tampoco se sabe cuándo la superó con éxito.

Es bien importante el testimonio del doctor *Mario Bernal Ramírez*, de acuerdo con el cual la señora *Otero* padecía una cantidad de males físicos desde años atrás, los cuales obviamente repercutían en su estado psíquico, razón por la cual no resulta afortunado afirmar que los procesados estaban comprometidos con una crisis que tenía orígenes antiguos.

Como el traspaso de la nuda propiedad de la casa ocurrió el día 6 de julio de 1989, y el señor *Fernando Carrera Otero* hace alusión al estado mental de su madre el día 13 de agosto siguiente, deducir delito en tal operación sería distorsionar en materia grave la prueba.

Con el propósito de señalar "*Más errores en materia de responsabilidad*", el actor expone lo siguiente:

El tribunal afirma que existía una "estrecha amistad" entre los procesados, y de esta manera tergiversa abrumadoramente la prueba, pues ésta no indica que

ellos hubiesen sido amantes, ni novios, o que tuvieron intimidades o que hayan sido socios o que hayan realizado negocios de dinero, etc.

Como es contradictoria la manifestación de la ofendida sobre la presunta insinuación que le hacía el médico *Eduardo Spath Estefan* para que le traspasara los bienes a su hija, dado que primero dijo que se lo sugería permanentemente, pero después expresó que sólo lo había hecho una vez, ha de asumirse favorablemente la realidad de la segunda afirmación. Si ello es así, como quiera que el tipo penal del artículo 360 utiliza el verbo rector "inducir", no puede pensarse que una sugerencia ocasional comporta el persuadir, convencer o impresionar, que son las significaciones auténticas de aquella forma verbal.

Destina el demandante un acápite a la "*Trascendencia de los errores en el fallo cuestionado*", tema que desarrolla de la siguiente manera:

Si el "trastorno mental" es una perturbación psiquica, obviamente su diagnóstico corresponde a una pericia psiquiátrica que se echa de menos en el proceso, pues lo que se ha querido es forjar la existencia de esa perturbación sobre la base de testimonios de partes interesadas, que como tales no merecen la importancia que le han otorgado los jueces.

En otro apartado de la demanda se dice que los experticios rendidos por Medicina Legal y el Instituto Nacional de Salud (fs. 503 y 526) quedaron en el proceso como "*pruebas esenciales no valoradas por el Honorable Tribunal*", pues se les desconoció olímpicamente, sin presentar contra-argumentos convincentes para desestimarlos, a pesar de que indicaban que los medicamentos fueron administrados correctamente a la paciente, no en sobredosis, y no obstante que el primero, además, señalaba que "con base en la historia clínica, el estado mental de la paciente se puede explicar como producto de la mala circulación cardíaca y cerebral y de los infartos cerebrales sufridos, no por efecto de todas las drogas administradas".

Para el demandante queda claramente demostrado que las conductas investigadas son atípicas, razón por la cual solicita que se case la sentencia y se profiera absolución en favor de ambos procesados.

El representante de la parte civil aprovechó el término de traslado concedido y presentó su alegato en contra de las pretensiones de las demandas, así:

En cuanto a la primera demanda, el opositor advierte la necesidad de un estudio en conjunto del haz probatorio, por imperativo de la ley, actitud que no asumió el demandante y, por el contrario, tomó datos aislados de la prueba y los desconectó

del cuerpo integral. Dice que es abundante la prueba documental, indiciaria y testimonial de cargo que obra en el proceso y después la relaciona con la apostilla del mérito que cada una de ellas le suscita. Si tomar y aceptar las pruebas en su integridad informadora, apreciarlas en el conjunto que son, en su clara armonía, y asignarles después la credibilidad que merecen, significa distorsionarlas y tergiversarlas, realmente sería caer en la apoteosis del absurdo.

La primera demanda es además inconsistente, porque el fallo atacado lejos estuvo de distorsionar las declaraciones testimoniales. Es que ni la sentencia ni las pruebas recogidas afirman que el estado mental irregular de la señora *Rosa Otero de Carrera* haya ocurrido sólo el día de la disposición patrimonial, como lo quiere hacer ver el impugnante, sino que esa anomalía mental fue la consecuencia de un seguro y lento proceso, "una continua manipulación negativa de la salud de dicha señora", abonado con un "tratamiento psiquiátrico inadecuado y criminal" y con el suministro masivo de drogas, y reforzado además por los malos tratos, el hostigamiento continuo y el aislamiento total de la víctima en relación con sus parientes y amigos.

Es vano el propósito de desprestigiar las pruebas testimoniales con el argumento de que los testigos observaron a la paciente después del hecho central. Lo que se logró en la investigación y se evidenció en el fallo es que, a pesar del tiempo transcurrido, los testimoniantes encontraron todavía confusa a la mujer: "no sabía quién era y dónde estaba", afirma el médico *Fernando Guzmán Mora*; o como dice el también galeno *Mario Bernal Ramírez*, la vio "deprimida, confusa, aislada del medio ambiente, situación que era mucho más marcada que en los controles previos".

El documento del Instituto Nacional de Salud, supuestamente ignorado por el fallador, constituye apenas un informe sobre la composición, dimensiones y empaque de los medicamentos, pero la sobredosis farmacológica y la intoxicación resultan por el agregado de la sustancia letal que a diario se le aplicaba a la víctima.

Especial atención le merece el cargo por falso juicio de legalidad, fundado en el mérito otorgado a la certificación de la Clínica de Toxicología, pues resulta absurdo exigir el cumplimiento de todas las ritualidades del Código de Procedimiento Penal para un examen que era preciso practicar el 31 de agosto, no después de que se hubiese iniciado el proceso, cuando entonces ya hubieran desaparecido los rastros de la sustancia tóxica en la sangre y orina de la persona. Simplemente estamos en presencia de un documento que certifica sobre un examen de sangre y orina y su resultado, cuya autenticidad, genuinidad y veracidad no fueron nunca puestas en duda en el proceso, pues no fue tachado de falso por ninguno de los sujetos procesales.

Ahora bien, el Instituto de Medicina Legal requirió sobre la naturaleza de las muestras y las técnicas de laboratorio utilizadas para llegar a la conclusión de la presencia de barbitúricos, requerimiento que fue atendido por medio de las aclaraciones que suministró el testimonio de la bacterióloga *Ligia Virginia Saffon de Saldarriaga*.

En relación con el libelo presentado en favor del procesado *Spath Estefan*, la parte civil dice que carece de los elementales requisitos señalados en la ley para merecer el apelativo de demanda de casación, pues ni siquiera aduce la causal de sustento, circunstancia que torna imposible cualquier respuesta a los argumentos expuestos por el recurrente. En consecuencia, sugiere a la Corte que desestime el escrito, dado además que por ningún lado se observa lesión del fallo a los derechos fundamentales.

El concepto del Ministerio Público

Ha intervenido en este asunto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien postula la siguiente respuesta a las inquietudes de los recurrentes:

A la demanda de María Eugenia Buendía:

No es real la tergiversación del testimonio de *Raquel Flórez Montes*, pues, no obstante que se ofrezcan datos contradictorios dentro de la misma exposición, es tarea del valorador superar la contradicción por medio del juicio crítico.

En cuanto al testimonio de *Blanca Cecilia Castillo*, si bien el fallador no tuvo en cuenta lo contradictorio de los efectos de la droga suministrada por *María Eugenia*, pues en lugar de dormir a la paciente la excitaba, no por ello existe distorsión del contenido de la prueba. En efecto, dentro del tema de la valoración de los medios de convicción en conjunto cabe la posibilidad de desechar una porción de la misma, para atenerse sólo a una parte que armoniza en la reconstrucción total.

El mismo sentido debe otorgarse a la presunta tergiversación del testimonio de *Cecilia Garzón Herrera*, pues aunque se advierta "composición de frases aisladas" en la sentencia, finalmente todo depende de su correlación con el resto del acervo probatorio. Dice que "Es un proceso cognoscitivo de interacción dialéctica en que se toman los elementos de prueba –aún parcialmente– para conformar la verdad del hecho, superando su contradicción interna y su contradicción de conjunto".

La deformación del testimonio de los médicos *Fernando Guzmán Mora y Mario Bernal Ramírez* también es una censura irrazonable, en la medida en que, si bien

ellos no se refirieron al estado mental exhibido por la víctima para principios del mes de julio, época del desplazamiento patrimonial, el juez no pretende la demostración por obra directa de la prueba, sino que media entre ambos extremos su juicio crítico para darle sentido a los medios de convicción. Se trata entonces de una inferencia lógica del sentenciador y en el caso concreto: de la afirmación del estado mental deficiente en épocas posteriores, pero próximas al hecho, deduce la perturbación hacia el pasado, dado que las reglas de la experiencia señalan con evidencia que todo proceso patológico como tal no es súbito y, por ende, tiene un período de desarrollo.

Existe un denominador común en los falsos juicios de existencia atribuidos en relación con los testimonios de *Bertha de Mayorga*, el médico *González Recamán*, el odontólogo *Aristides Duque* y la señora *Giraldo de Díaz*, pues en todos olvida el demandante "que la prueba del proceso penal no es prueba singular, aislada del acervo común, sino la verdad extraída de toda la comunidad de prueba existente en los autos". Desatender un elemento demostrativo de signo contrario a la conclusión judicial, no necesariamente comporta el yerro de desconocer su existencia, si lo que ocurre es una valoración que le niega efectos probatorios en el conjunto de convicción.

Respecto del indicio de la mentira que se atribuye a la versión de la ofendida, el Ministerio Público cree que la contradicción es aparente, porque la verdad es que la señora no ingresó a la notaría sino que la firma se concedió dentro del automóvil, en la calle, lugar hasta el cual llegó un empleado de la institución para tal menester. Además, trátase otra vez de una contradicción interna superable por la crítica probatoria del juez.

El dictamen del Instituto Nacional de Salud, en relación con las drogas suministradas a doña *Rosa Otero*, afirma la correspondencia de etiquetas, pero no señala si son barbitúricos o no lo son.

El Procurador admite una imprecisión técnica de la sentencia del tribunal en cuanto denomina dictamen a la copia de la certificación de la Clínica de Toxicología. Mas establecido que se trata de un documento privado, tiénese que su contenido no ha sido confrontado con el autor o la entidad que lo expidió y, siendo que la prueba fue aportada por la denunciante y víctima en el proceso, no se tiene seguridad sobre su autenticidad, máxime que lo dicho en la certificación fue discutido en las instancias.

Sin embargo, ocurre que dicha prueba no ha sido fundamental en la sentencia de condena, pues entiende el Delegado que el tema del suministro de barbitúricos fue más un elemento distractor en el proceso, dado que finalmente

el fallo se asentó sobre la certeza del suministro excesivo de drogas y no de barbitúricos, lo cual compagina con la "intoxicación medicamentosa" de que habla la prueba, aunque se admite que el fallo es confuso en la redacción de este tema.

A pesar de esa parte confusa y contradictoria de la motivación de la sentencia, se sabe que el funcionario afirmó su certidumbre sobre la "deparación de drogas innecesarias", excluyendo los barbitúricos, lo cual salva la legalidad y el acierto del fallo, "pues resulta evidente que consideró como fundamento de la perturbación mental de la señora el suministro de otras drogas diversas...".

Sobre la demanda de Eduardo Spath Estefan:

El mencionado escrito contiene una mera crítica de las pruebas, una perspectiva de valoración del demandante distinta a la del juez, razón por la cual no reúne las exigencias técnicas requeridas y no podría invocarse el artículo 228 del C. de P. P. para introducir un libelo como ese ante la Corte de Casación. Racionalmente puede caber una interpretación diferente de las pruebas, pero ello no significa de suyo un yerro en la apreciación crítica del juez, por ello no se admite un debate de tal dimensión en sede de casación, pues el fin de este recurso es la invalidación extraordinaria de un fallo judicial, siempre que se demuestren errores protuberantes sobre la prueba que además repercutan en el sentido de la decisión.

En razón de lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Sala que no case la sentencia impugnada por medio de las demandas que se responden.

Consideraciones de la Corte

En el fondo de las distanciadas apreciaciones probatorias que sitúa el impugnante en relación con las del fallador, se advierte una desmesurada exigencia del primero en lo que atañe a la ponderación jurídica del "trastorno mental" de la víctima, componente normativo que trae la figura delictiva denominada "abuso de circunstancias de inferioridad". Sin embargo, antes de evidenciar dicho trasfondo, que por su mayor trascendencia bastaría para hallar la razón de la sentencia o de la impugnación, conviene examinar la realidad de los errores propuestos por el demandante, así:

Con una nota común, el recurrente apunta que se han distorsionado los testimonios de la enfermera *Raquel Flórez Montes*, del señor *Fernando Javier Carrea Otero* y de los médicos *Jaime Fernando Guzmán Mora* y *Mario Bernal Ramírez*, supuesto que éstos nunca afirmaron el deterioro mental de la víctima para los días 5 y 6 de julio, fechas de las negociaciones presuntamente abusivas.

En el falso juicio de identidad, tiénese dicho por la doctrina jurisprudencial, se altera la ontología de la prueba, de tal manera que, sin mediar valoración del fallador, se le hace decir al medio de percepción algo distinto a su expresión fáctica simple o a su contexto. Pero si el juzgador compromete algún razonamiento deductivo que le suscitan las escuetas manifestaciones de la prueba (valor), no puede reprocharse en ello una perversión fáctica del medio de prueba sino de pronto un *falso juicio de valoración*.

En este caso, el fallador citó textualmente los apartes pertinentes de cada uno de los cuatro testimonios examinados (fs. 170, 171 y 172, cuaderno 1 del Tribunal) y, en relación con ellos y el resto de la prueba de cargo, consignó las siguientes conclusiones:

"Si se analiza con detenimiento uno a uno de los síntomas mencionados (se refiere a la sintomatología que la ciencia expone de la intoxicación por barbitúricos), se llegará a la certeza de cómo a través de la abundante prueba científica, testimonial y documental, sin lugar a dudas Rosa Otero fue objeto de intoxicación barbitúrica..." (fs. 166). Y más adelante dice: "El exceso de medicamentos sin el respectivo seguimiento plenamente demostrado, en una persona que recientemente había sufrido un accidente cardiovascular, de por sí atenta contra la salud de una persona con las características de edad, peso y convalecencia post-operatoria que presentaba la denunciante, aunándose a lo anterior el cambio de médicos y de tratamiento médico, todo lo cual conduce a demostrar hacia dónde iba dirigida la voluntad de los encausados. Aprovechar de su trastorno provocado por ellos para hacer traspasar los bienes a favor de la procesada; y, si no eliminarla por lo menos, con certeza, impedirle su reclamo o testimonio inteligible" (fs. 166 y 167). Y también agrega: "María Eugenia Buendía con la colaboración (coautoría) de Eduardo Spath Estefan, logró despojar a su señora madre de los bienes que figuraban a su nombre, abusando de la condición especial y débil de la víctima al momento de la comisión del delito: trastorno mental obtenido por éstos" (fs. 173).

De modo que si el testimonio no se ha desfigurado en su contenido fáctico, sino que simplemente se ha interpuesto una inferencia conclusiva del funcionario (axiología), el ataque debió hacerse por la vía del *falso juicio de valoración* que, a pesar de su encuadramiento jurisprudencial también en *el falso juicio de identidad*, debe fundarse en la demostración cabal de un flagrante desconocimiento de las reglas de convicción (C. P. P., arts. 254 y 294).

También se objeta por distorsión el testimonio de la enfermera *Cecilia Garzón Herrera*, dizque en razón de que esta testigo siempre afirmó lucidez en la paciente y sólo reconoció algunas dificultades de orden físico. Pero no sólo del examen

completo de esta versión, sino también de la plenitud del cuerpo testimonial, se extrae que la recuperación de doña *Rosa Otero* experimentó dos épocas distintas: la primera, cuando la enfermera la recibió, inmediatamente después de que salió de la Fundación Santa Fe y por cuenta de su hijo el doctor *Fernando Carrera*, que "era una señora muy en sus cabales y se veía muy entusiasta de recuperarse y vivía muy esperanzada en recuperarse y en menos de dos meses ya ella daba pasos con bastón..." (fs. 328, cuaderno original 1); y la segunda, sobreviene una regresión en el estado de salud (aparece la procesada *María Eugenia*), y a la testigo le parecen inexplicables las causas del desmejoramiento, pero "... la fisioterapéuta inclusive una vez le dijo que ella había desmejorado muchísimo desde que María Eugenia había llegado a meterse en la vida de ella" (fs. 329).

Con igual detalle podríamos demostrar que no se han configurado en realidad los falsos juicios de existencia y de legalidad que se relacionan a continuación en la demanda, o que no tienen trascendencia porque en últimas lo relevante sería atacar los juicios de valor emitidos por el fallador en torno al conjunto probatorio, lo cual exige un modo de proceder sustancialmente diferente. Pero es importante regresar al anunciado motivo que tiene mayor peso en la desestimación de la demanda. En efecto:

Ha sido tesonera y aguda la discusión en este proceso en torno a la existencia del trastorno mental en la víctima, al aprovechamiento abusivo de esa débil condición psíquica, como causa relevante del traslado de los bienes de propiedad de la señora *Rosa Otero de Carrera* al patrimonio de su hija *María Eugenia del Rosario Buendía Otero*. Sin embargo, como dicho trastorno mental es un elemento normativo del tipo penal de "*abuso de circunstancias de inferioridad*", previsto en el artículo 360 del Código Penal, resulta imperativo definir la naturaleza jurídica del mismo, el sentido de la expresión en el contexto de regulación de la figura delictiva, antes de juzgar sobre los presuntos errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria, pues el principio lógico antecedente-consecuente enseña que el acierto o el yerro de la prueba dependen inexorablemente de lo que se pretenda probar. En efecto, son distintas las necesidades de prueba si el "trastorno mental" exigido en el referido tipo penal se entiende en el sentido extremo de la "enajenación mental", como pérdida completa de la consciencia y la voluntad, caso en el cual sería necesario establecer la presencia de una sicosis, una neurosis o una psicopatía grave; o si se entiende en sentido amplio como una alteración en mayor o menor grado de la normalidad del estado psíquico de una persona, caso en el cual bastaría determinar una debilidad mental.

Algo más: cuando el derecho penal adopta la expresión lingüística "trastorno mental", no lo hace de manera uniforme en cuanto a su entidad, pues, para el caso de inimputabilidad requiérese una perturbación tal que afecte profundamente la

capacidad de comprensión o de autodeterminación del individuo (art. 31 C. P.); mientras que el "trastorno mental" propio del delito de abuso de circunstancias de inferioridad tiene la connotación de una subordinación psíquica de la víctima en relación con el sujeto activo (art. 360 *idem*).

Esta distinción es evidente en el texto y la sistemática propia de la última disposición citada, cuyo tenor es el siguiente:

"Abuso de circunstancias de inferioridad. *El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de la necesidad, de la pasión o del trastorno mental de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de quinientos a cincuenta mil pesos.*

"Si se ocasionare el perjuicio, la pena será de uno (1) a siete (7) años de prisión y multa de un mil a cien mil pesos".

La frase rectora "*inducir a realizar*" significa que el sujeto activo no hace las cosas por la víctima, no la suplanta, sino que simplemente la anima o la azuza para que ella misma realice cierta acción que él quiere. De ahí que el inducido no necesariamente tiene que ser un "enajenado mental" o quien padece un grave y extendido trastorno de las esferas intelectiva y/o volitiva de su personalidad, porque basta establecer una interferencia en la inteligencia, memoria o atención para evaluar el sentido y prueba de la realidad, precaria condición mental de la cual se aprovecha el victimario para llevar a la víctima a un acto perjudicial para ella y en el cual se imponen notoriamente la voluntad y el interés de aquél. Dentro de este contexto, el trastorno mental debe ser entendido como sinónimo de debilidad mental, ya que el ámbito situacional del tipo examinado requiere como sujeto pasivo a una persona que, por su inferioridad psíquica permanente o transitoria, fácilmente sea impresionable o sugestionable por las insinuaciones interesadas del sujeto activo.

En el tipo penal en examen caben las hipótesis casuísticas del que vende su bien por un precio irrisorio pero por el apuro de querer salvar la vida de su madre que pende de una cirugía, situación de la que se vale el agente (necesidad); o el que lo entrega gratuitamente por su inclinación incontenible hacia una persona que abusa de su situación de privilegio para obtenerlo (pasión); o el que se desprende de la cosa porque su co-contratante se aprovecha de su falta ostensible de conocimientos y habilidades sobre la materia (inexperiencia). En todos estos supuestos la víctima sabe literalmente lo que hace en el momento de la realización, pero no percibe las consecuencias del acto en su vida de relación. De ahí que, en el caso del "trastorno mental", la

cuestión no puede ser sustancialmente diferente, pues, dentro de una interpretación por homologación, basta a los fines punibles que el actor se aproveche de un defecto de personalidad del sujeto pasivo que, a pesar de que no le obstaculice el conocimiento del hecho, sí impida la proyección de la persona.

En este orden de ideas, basta saber que la inferioridad mental de la señora *Rosa Otero de Carrera* comienza desde que en el post-operatorio, una vez intervenida del corazón el día 30 de marzo de 1989, padeció un accidente vascular cerebral que le afectó su estado de conciencia y, a pesar de que recuperó la lucidez bajo el cuidado de los médicos *Fernando Guzmán Mora y Mario Bernal Ramírez*, de su hijo *Fernando Carrera Otero* y de las enfermeras que éste contrató, de todas maneras era susceptible a las depresiones, lo cual evidencia su estado de inferioridad psíquica.

De esa debilidad mental de la señora *Otero de Carrera*, por obra del accidente cerebro-vascular, tenían conocimiento suficiente ambos procesados cuando empezaron a influir sobre ella. Así, *María Eugenia Buendía Otero* en la diligencia de indagatoria dijo: "...claro que no se a ciencia cierta porque no hablé con el médico, pero se que la operaron del corazón, qué clase de operación no *se y que posteriormente mi mamá sufrió una trombosis* pero no se si fue por consecuencia de la operación o cosas orgánicas..." (fs. 293. Énfasis añadido). Y el médico *Spath Estefan* expresó: "... hace como unos ocho meses me llamó la paciente hablé con ella telefónicamente *entonces ella me dijo que se sentía triste* y que quería hablar conmigo entonces yo fui a la casa. Me contó que ella había tenido nuevamente su enfermedad coronaria o manifestaciones de su enfermedad coronaria y que por lo mismo había sido hospitalizada y operada del corazón, *entonces me contó que después de la operación del corazón había tenido un accidente cerebro-vascular del hemisferio cerebral derecho*, pues no con esas palabras pero médicamente es eso *y que eso la hacía sentir muy mal...* la encontré consciente, orientada en todas sus esferas, colaboró con el interrogatorio y con el examen, estaba atenta, pensamiento normal, lógico, memoria normal... *y estaba muy triste por su estado de dificultad física... Su tristeza y su limitación física resultantes de su accidente cerebro-vascular siempre la hicieron sentir triste y preocupada por ellas... Yo a la paciente en cierta fecha si le formulé Theralite dosis mínima que son 300 miligramos que es una tableta diaria... Si le formulé eso es porque estaba triste y deprimida; a los pocos días si no estoy mal yo vi que seguía triste y creo que yo se lo suspendí porque yo no quise aumentarle la dosis y la mandé precisamente para esa época donde el Dr. Jaime Toro Gómez que es especialista en Neurología quien la examinó y la encontró triste*, creo que él no le formuló nada en ese momento..." (fs. 314 y ss. Se ha resaltado).

De modo que, en orden a la protección que dispensa el artículo 360 del Código Penal (fiel reflejo del inciso final del artículo 13 de la Constitución Política), no es necesario especular si para los días 5 y 6 de julio de 1989, fechas de traslado del vehículo y la casa, la señora *Rosa Otero de Carrera* "gozaba plenamente de todas sus facultades mentales" (fs. 42, cuaderno 1), como engañosamente lo certificó el médico *Spath Estefan* y se pretende con esmero demostrar en las demandas de casación, sino que es suficiente establecer que el accidente cerebro-vascular reciente, por las secuelas de depresión que le produjo, la mantenía en manifiesta condición de debilidad mental de la cual abusaron los sujetos activos, pues nada diferente indica que *María Eugenia* hubiese obtenido la nuda propiedad de un inmueble entonces estimado en la suma de sesenta millones ($ 60.000.000.oo), por la irrisoria cantidad de tres millones novecientos mil pesos ($ 3.900.000.oo), valor que jamás fue entregado a la vendedora, y que ésta a su vez se hubiere desprendido gratuitamente del único automotor que poseía, precisamente en los momentos más aciagos y de mayor necesidad en su vida por su avanzada edad y por la manifiesta perturbación de su salud física y mental.

Con todo, también es evidente que tal estado de inferioridad psíquica fue arreciado por la actuación maliciosa de ambos procesados. El fallo impugnado muestra y analiza los siguientes datos probatorios:

En efecto, la enfermera *Raquel Flórez Montes* conoció a la señora *Rosa Otero de Carrera* en el mes de junio de 1989, a raíz de la ayuda que le empezó a prestar en la convalecencia de una cirugía abierta de corazón, y le administraba aproximadamente diez (10) medicamentos que le recetaron el cardiólogo, el psiquiatra (*Spath Estefan*) y el gastroenterólogo. Pero además, todas las noches *María Eugenia* se preocupaba de suministrarle personalmente una misteriosa droga que supuestamente era para provocarle el sueño a la paciente, comprimido que ella celosamente mantenía en su alcoba y no en el lugar de los demás medicamentos, pero que paradójicamente no la hacía dormir sino que le producía desvaríos, pesadillas y descoordinación en el lenguaje. El psiquiatra sí sabía qué droga le estaba aplicando *María Eugenia*, porque a él "le comentaba y se le decía que deliraba y decía que en la sesión de siquiatría él iba a consultar..." (fs. 188). De igual manera, dice la testigo, la señorita *María Eugenia* suspendió las visitas y llamadas, que no debían "dejar entrar a nadie, absolutamente a nadie, ni al hijo, que si llegaba y tumbaba la casa o echaba la pared al suelo que nada de dejarlo entrar y no dio razón alguna..." (fs. 191). Agrega que el doctor Spath le formuló a la convaleciente *theralite y tríttico*, que son antidepresivos, y que a ella se le notaba tranquila pero por efecto de la droga antidepresiva.

Con expresiones sustancialmente coincidentes con las anteriores, la también enfermera *Blanca Cecilia Castillo de Contreras* dice elocuentemente: "... *y falta una droga que esa no la administramos nosotras la cual no se el nombre, se daban dos cuartos de pastilla a las 9 de la noche todos los días y la administraba la señorita María Eugenia Buendía, ella o sea MarÕa Eugenia decía que eso lo ordenaba el Dr. Spath y supuestamente era la droga de dormir pero no la dormía y por el contrario excitaba muchísimo a la paciente y cuando ella manifestaba esas irritaciones muy frecuentes administraba media pasta de la que no se el nombre y era otra diferente, es decir que le daban dos drogas que estaban fuera del control de nosotras y esa droga sí la dormía pero no se le daba todos los días, eso se la suministraba la señorita María Eugenia en forma esporádica...*" (fs. 199. Resaltado fuera de texto).

También cuidó de la paciente la enfermera *Cecilia Garzón Herrera*, quien afirma que a ella la atendió el cardiólogo Dr. *Bernal*, "después la estaba tratando un no se si sería sicólogo o que sería pero un tal Dr. Spath..." (fs. 327). Agrega: "Cuando la recibí era una señora muy en sus cabales y se veía muy entusiasta de recuperarse y se veía muy esperanzada en recuperarse y en menos de dos meses ya ella daba pasos con bastón..." (fs. 328). Más adelante dice que la paciente comenzó a desmejorar después del cambio de médicos ordenado por *María Eugenia*; que primero la dama era muy consciente pero después "... decía que se sentía muy rara que como si no fuera ella y yo le preguntaba que cómo se sentía y ella me decía que ella no podía expresar lo que quería decir que como si la lengua se le trabara..." (fs. 331). Apunta de igual manera que el doctor *Spath* la visitaba mucho en su residencia, pero también ella se la llevaba a su consultorio y que "en dos ocasiones salió llorando de ese consultorio..." (fs. 331). Revela que "... últimamente después del cambio de médicos le dio a doña Rosa porque le diera o me acostara con ella en la cama que porque le daba miedo quedarse dormida y últimamente ya no me dejaba ni dormir ni nada y eso era a todo momento llamándome y llamándome y si me acostaba con ella eso era a abrazarlo a uno como aferrándose..." (fs. 331 y 332).

Aunque se ha discutido duramente la credibilidad de la certificación de la Clínica de Toxicológica "Cuillermo Uribe Cualla", que advirtió barbitúricos en las muestras de sangre y orina tomadas a la paciente, sin necesidad de entrar en la polémica sobre la autenticidad del documento, la Sala quiere significar que de todas maneras los ameritados testimonios dan fe de un proceso de intoxicación de la víctima. La reacción disociativa de la paciente cuando recibía una droga cuya naturaleza siempre se mantuvo oculta por la procesada, guardada con celo en su propio armario para que las enfermeras no tuvieran contacto con el producto, en lugar de producirle el sueño esperado, son manifestaciones de un proceso de intoxicación, máxime que los médicos de la Clínica Nueva (*Ricardo Beltrán Pineda y Martha Juliana*

Acevedo Danner), el 30 de agosto de 1989, advirtieron en la paciente un cuadro de "intoxicación medicamentosa", connotado por adinamia, agresividad, desorientación, tendencia marcada a la somnolencia, pero que prácticamente el tratamiento consistió en la suspensión de la droga que le venían administrando a la dama (fs. 176 y 180).

Y no se diga que las manifestaciones de excitación e irritabilidad de la anciana, conforme con la observación que hicieran las enfermeras (*Blanca Cecilia Castillo de Contreras* más directamente), son contrarias a la hipótesis del suministro de barbitúricos, como se reprocha en la primera demanda de casación, dizque porque tales sustancias son depresoras y no excitadoras del sistema nervioso central. Grave equivocación se comete en la evaluación de este síntoma, pues, como lo señala puntualmente el psiquiatra *Roberto Serpa Flórez*, "*La intoxicación aguda y subaguda por barbitúricos se caracteriza por ebriedad, torpeza, lentitud de la ideación que puede llegar hasta la confusión, trastornos de la coordinación motora que se exteriorizan por una pronunciación lenta y defectuosa (disartria y "lengua pastosa"), y en la marcha tambaleante y el equilibrio precario, trastornos psíquicos como irritabilidad, emotividad excesiva, a veces agitación y crisis de ansiedad; en las personas de edad avanzada se produce a veces inquietud nocturna paradójica del sueño*" (*Psiquiatría médica y jurídica*. pág. 63).

Lamentable y cándida derrota sufriría la justicia si, por no haber podido conocer la etiqueta de una sustancia que maliciosamente le administraban a la víctima, gracias precisamente a las maniobras habilidosas de los procesados, no se pudiera declarar la presencia de un hipnótico y sedante en su organismo, a pesar de los inequívocos signos reveladores de la acción de tal tóxico.

Así entonces, como quiera que la mayoría de los esfuerzos intelectuales del primer demandante se orientaron a desvirtuar un grave estado de perturbación mental de la víctima para las fechas precisas de las negociaciones (5 y 6 de julio de 1989), con señalamientos testimoniales aislados de posibles momentos de claridad de conciencia y lucidez ejecutiva en ella, sin importar el señalado proceso de deterioro e inferioridad mental, huelga concluir que los cargos deben desestimarse por errónea apreciación de la naturaleza jurídica del elemento por probar ("trastorno mental"). En lo demás, la prueba racionalmente examinada por las instancias, conforme con la síntesis dialéctica que se deja expuesta, es suficientemente meritoria para mantener el fallo de condena, a pesar de la confusión que evidenció la sentencia del tribunal en ciertos pasajes de la motivación, como lo hizo ver el Ministerio Público, pues todo se debió al deseo loable de hacer saber en últimas que la prueba de la intoxicación farmacológica no era inequívoca para predicar el atentado contra la vida, pero si era bastante para determinar el delito de abuso de circunstancias de inferioridad.

En relación con la participación del médico *Eduardo Spath Estefan*, además de los unívocos señalamientos de la prueba, cuenta su amistad y solidaridad con *María Eugenia Buendía Otero*, tal como lo indica la realidad de un tratamiento psicológico o psiquiátrico dispensado a la víctima y que ingenuamente se empeña en negar; las presiones sicológicas que ejercía sobre la ofendida en las distintas sesiones para que le trasladara los bienes a *María Eugenia* y el aseguramiento con una certificación del estado mental de la ofendida, que de todas maneras envuelve mentira, expedida un día antes de comenzar las defraudaciones (fs. 42, cuaderno 1).

En relación con la segunda demanda de casación, la Sala prohija integralmente, por su razonabilidad, el reparo sobre su completa informalidad que le hace tanto la Procuraduría Delegada como la parte civil en su escrito de oposición. Si bien en la administración de justicia debe prevalecer el derecho sustancial, las mínimas formalidades que consagra el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal son protectoras y finalísticas, en la medida en que se pretende amparar la autonomía e independencia de las instancias judiciales, con el fin de poner a salvo los fallos de repetitivas censuras de grado y reservar la casación, como recurso extraordinario que es, para los evidentes yerros de desapego a la Constitución y la ley.

Con todo, a pesar del rechazo formal que merece dicha demanda, la mayor parte de sus inquietudes quedan absueltas con la respuesta al primer libelo, habida cuenta de la notoria coincidencia de inconformidades.

Se desestimarán, en consecuencia, los cargos formulados en ambas demandas.

Finalmente, en razón de los móviles económicos que asistieron la delincuencia en este asunto, resulta bastante inquietante que posteriormente la procesada *María Eugenia Buendía* haya prestado testamento en favor de un hijo de los esposos *Bejamín Osorio y Lucía Rodríguez de Osorio* (cuaderno 2, fs. 307); que el médico *Eduardo Spath Estefan* y el señor *Osorio* sean o hayan sido socios, según el testimonio de *María Eugenia de la Concepción Villamil de Carrera* (cuaderno 1, fs. 129) o que se conozcan hace doce años, como lo admite *Spath Estefan* (fs. 322, cuaderno 1); y que de pronto *Benjamín Osorio* ya se haya visto involucrado en asuntos de igual dinámica al que se juzgó en esta ocasión, como lo dice la misma testigo *Villamil de Carrera* (fs. 137). En consecuencia, el juzgado de primera instancia, una vez regrese el proceso, expedirá las copias pertinentes para investigar lo que se insinúa en aquellos señalamientos.

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, naturaleza y origen indicados en la motivación.

El Juzgado de Circuito expedirá las copias ordenadas en la parte expositiva.

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.

DERECHO DE DEFENSA/ DEBIDO PROCESO/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ NULIDAD

Es ostensible, que en el presente proceso se desconocieron abiertamente los fines de la investigación señalados en el artículo 334 del C.P.P., formulándose en la resolución de acusación un cargo que no fue investigado, como es el del porte ilegal de armas, sorprendiéndose al procesado con esta imputación, asistiéndole por tanto razón al demandante al solicitar de la Sala se case el fallo impugnado para que en su defecto se declare la invalidez de lo actuado, como en consecuencia se decidirá, precisándose que la nulidad a decretar lo será parcialmente, esto es con relación al delito de porte ilegal de armas de defensa personal y a partir de la resolución acusatoria inclusive, debiéndose compulsar las copias correspondientes para que la Fiscalía investigue esta conducta.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Galvez Argote.*

Aprobado Acta No. 63 (5-VI-97)

Rad. 9642

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de José Eutimio Tibambre, contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 1994 por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 53 Penal del Circuito el 10 de noviembre de 1993, mediante la cual lo condenó a la pena principal de 65 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de defensa personal y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso.

HECHOS

Tuvieron ocurrencia a eso de las cuatro de la tarde del día primero de enero de 1993, en el barrio Diana Turbay de esta ciudad, cuando miembros de las familias Cuervo Pulido y Tibambre Quiróz, quienes mantenían una relación de enemistad a causa de la cual se habían presentado riñas constantes, lesionados y denuncias recíprocas, protagonizaron un nuevo altercado, en el cual José Eutimio Tibambre disparó con una escopeta en el rostro a Reynaldo Cuervo Torres, causándole heridas que le generaron deformidad física de carácter transitorio en el rostro y pérdida funcional del órgano de la visión, de carácter permanente; como consecuencia de la misma deflagración también resultó con lesiones menores la esposa de este último, Luz Marina Cuervo Pulido.

ACTUACIÓN PROCESAL.

Conoció de las primeras diligencias, la Fiscal Octava Especial de Permanencia de la Calle 40 con carrera 8a, quien por resolución del 2 de enero de 1993 declaró abierta la instrucción con fundamento en el informe suscrito por el Oficial de Servicio de la Cuarta Estación de Policía, en el que deja a disposición de las autoridades judiciales a José Eutimio Tibambre, como el autor de las lesiones sufridas por Reynaldo Cuervo Torres y Luz Marina Cuervo Pulido, que afirma, fueron causadas "con arma de fuego escopeta".

Vinculado mediante indagatoria el capturado, desde un comienzo acepta haber intervenido en los hechos, pero únicamente para tratar de desarmar a Reynaldo Cuervo y a su cuñado Luis, de quienes dice portaban puñal y pistola, motivo por el cual se vio obligado a propinarles un "garrotazo" a cada uno, y que fue en ese momento cuando "no se qué persona procedió y le dieron un tiro en la cabeza" a Reynaldo.

Ante este relato inicial y habida cuenta que de acuerdo con el informe policial y la denuncia formulada por Luz Marina Cuervo Pulido, las lesiones ocasionadas a ella y a su esposo Reynaldo fueron propinadas por José Eutimio Tibambre con la escopeta que portaba, procedió el instructor a interrogarlo, en principio, sobre si acostumbraba a portar armas de alguna naturaleza, respondiendo el sindicado que "a veces cargo un cuchillo por que a mi me iban a atracar y lo cargo por defensa, no mas", y luego, al imputarle concretamente el cargo de haberle causado "heridas al señor Reynaldo Cuervo Torres (sic) en la cara con un arma de fuego (escopeta) así (sic) como a la señora Luz Marina Cuervo Pulido", respondió: "Eso es falso, porque yo no tenía arma, lo único que tenía era un palo".

Remitido el proceso a los Jueces Penales Municipales por considerar la Fiscalía que se procedía por el delito de lesiones personales, le correspondió

al 68 quien dispuso la práctica de los reconocimientos médico-legales a quienes resultaron lesionados en la contienda, y recepcionó, entre otros testimonios, los de Luz Marina Cuervo Pulido, Reynaldo y Matilde Cuervo Torres y Luis Felipe Jamaica Botía, quienes fueron enfáticos en imputar a José Eutimio Tibambre la autoría de las referidas lesiones y el porte del arma con la cual las causó, que describen como una escopeta de cartucho, de aproximadamente 80 ó 90 centímetros de larga, cañón niquelado, con empuñadura, sin culata y de doblar, y que dicen fue la misma que utilizó uno de los hijos de Tibambre días antes en similar discusión, cuyos hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades como consta en la copia de la denuncia que obra a los folios 24 y 25 y que aportó la aquí denunciante.

Con fundamento en esta prueba, se procedió a resolver la situación jurídica de Tibambre por auto del 8 de enero de dicho año, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, en grado de tentativa, dejando claro en la parte motiva y al analizar los precitados testimonios, que las lesiones ocasionadas a Reynaldo Cuervo Torres lo fueron con la escopeta que portaba José Eutimio Tibambre, pese a lo cual no existió pronunciamiento alguno, en la parte resolutiva del auto, sobre el porte ilegal del arma.

Impugnada esta decisión por el defensor del procesado, impetró ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal la revocatoria de la medida detentiva, argumentando a lo largo de su escrito la no autoría de las lesiones imputadas por el a quo a su procurado, por cuanto el día de autos su defendido no portaba la escopeta de que hablan los testigos de cargo, ya que toda su actividad se contrajo a defenderse de las agresiones de sus contrincantes pero con un palo.

La Fiscalía de segunda instancia confirmó el auto impugnado, reconociendo que fue José Eutimio Tibambre quien "accionó un arma de fuego", lesionando a Reynaldo Cuervo Torres y Luz Marina Cuervo Pulido, dejando claro que se trató de la escopeta ya descrita portada por el incriminado; sin embargo, tampoco este funcionario decidió sobre el porte ilegal del arma y se limitó a confirmar la decisión apelada.

En estas condiciones, el proceso se envió por competencia, a la oficina de asignaciones de la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito, conociendo de él la Fiscalía 113 de la Unidad Tercera de Vida, la cual una vez cerrada la investigación y no acogiendo la petición del defensor en el sentido de que Tibambre no portaba la escopeta de autos el día de los hechos, calificó su mérito probatorio el 27 de abril de 1993, mediante el proferimiento de resolución de acusación por los delitos de homicidio tentado, porte ilegal de armas y lesiones personales de que fuera víctima Luz Marina Cuervo Pulido.

Apelada esta decisión, la misma fue confirmada por el superior, salvo en lo relacionado con las lesiones personales que ameritaron la compulsación de copias ante las autoridades de policía por constituir contravenciones especiales, acogiendo en esta forma la petición de la procuradora judicial representante del Ministerio Público ante esa instancia y apartándose de las argumentaciones del defensor, entre las cuales y en relación con el porte ilegal de armas alegó la atipicidad de esta conducta por considerar que "el portar", debe entenderse como "llevar consigo, tener en su poder, transportar de un lugar a otro, o lo que es lo mismo, debe comprobarse plenamente la propiedad del arma o por lo menos la tenencia como señor o dueño y no únicamente como lo da a entender la fiscalía de primera instancia, cogerla accidentalmente y accionarla, como se deduce de la providencia apelada".

En la etapa del juicio avocó conocimiento del proceso el Juzgado 53 Penal del Circuito, ordenando la recepción de los testimonios solicitados por la defensa, como también la práctica de algunas otras pruebas decretadas de oficio. Celebrada la audiencia pública, en la cual el procesado insistió en manifestar, como lo hizo en su injurada, que nunca ha portado armas de fuego y menos la escopeta con la cual se le imputa el delito objeto de la acusación, razón por la cual en la misma forma, el defensor insistió en la absolución de Tibambre, pues en su criterio se demostró la certeza de la afirmación de su representado.

Proferida la sentencia de primera instancia fue apelada por el defensor, quien en la sustentación oral del recurso solicitó su revocatoria, debido a que el acusado "ni siquiera tuvo el arma en su poder, como se demuestra en las diligencias". El Tribunal confirmó el fallo de primer grado, en los términos ya consignados.

Demanda

El defensor de José Eutimio Tibambre formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, el primero con base en la causal tercera del art. 220 del C. de P.P. y el otro con sustento en la causal primera del mismo precepto.

Cargo primero

Sostiene el actor que la sentencia impugnada se dictó en un proceso viciado de nulidad, en razón a que dentro de la resolución calificatoria se incurrió en el yerro de hacer cargos contra el procesado por el delito de porte ilegal de armas, pese a no haber sido interrogado sobre el mismo, como tampoco ocuparse de él el auto por medio del cual le fue resuelta su situación jurídica.

Para demostrar el cargo, refiere enseguida que el delito como comportamiento humano típico, antijurídico y culpable, no solamente debe aparecer plenamente establecido en el proceso, "sino también que al sujeto activo de la infracción se le debe poner en conocimiento del hecho imputado, y este conocimiento únicamente se puede llevar a cabo mediante el interrogatorio a que es sometido el día que se le recibe indagatoria; mientras no se le haga ese interrogatorio para que pueda defenderse, no se llenan a cabalidad los requisitos para llevar a decretarse un pliego de cargos, mucho menos pueda decretarse sentencia en su contra por un hecho punible, sobre el cual jamás se hizo pregunta alguna al respecto".

Para el censor, a la persona que se imputa el hecho punible de porte ilegal de armas, debe preguntársele sobre la procedencia y clase de arma, el tiempo que la ha tenido en su poder y el motivo por el cual el día de autos "la ha usado", cuál el motivo para no haber solicitado salvo conducto, etc., circunstancias respecto de las cuales no fue preguntado el procesado, pues todo se contrajo a inquirirlo sobre si acostumbraba a cargar armas "y luego sobre el cargo de las lesiones que con arma de fuego se le infirió al señor Reynaldo Cuervo y allí termina la diligencia".

Como quiera que nunca se decretó ampliación de indagatoria, jamás fue interpelado sobre el delito "de que habla el Decreto 2664/86 o 2266/91...violando así no solo el derecho de defensa, sino también el debido proceso".

Agrega a lo anterior que, además, si se revisa tanto la decisión del 8 de enero de 1993, que impuso medida de aseguramiento de detención por tentativa de homicidio, como la resolución del superior que la confirmó, e igual se hace con el auto calificatorio de primera y segunda instancia, fácilmente se advierte que en ningún momento a Tibambre le fue resuelta situación jurídica por el delito de porte ilegal de armas.

Segundo cargo

Con sustento en el numeral primero del art. 220 del C. de P.P., que reproduce en su integridad, alega el libelista error en la apreciación de las pruebas, que entiende vulnera el art. 247 del C. de P.P. y los arts. 323 y 22 del C.P.

Precisa desde su óptica los elementos que entiende deben hacer parte de una sana crítica del testimonio, para enseguida censurar de los falladores el haber tachado de falsos los recepcionados por el Juez 53 Penal del Circuito, sin tener en cuenta que concurren dentro del proceso versiones tanto de familiares del sindicado, como del lesionado, las cuales, afirma, "por simple lógica...tienen un interés procesal, y en la forma que cada uno de nosotros lo tome, nos lleva a una conclusión que no da la talla de veracidad, sea cualquiera la determinación que se tome en favor o en contra".

Pese a lo anterior, desde su perspectiva, cada versión contiene frases que son determinantes para llegar a una decisión, la que adquiere mayor fortaleza cuando se respalda en otras pruebas. Sobre este supuesto refiere la declaración de Claudia Patricia Huertas, quien entre sollozos afirmara estar segura de que José Eutimio Tibambre no tenía arma de fuego, siendo corroborada por Yansi Roa Hernández y Anderson Preciado, esto es, la esposa, la hija y el yerno del procesado.

Relata los motivos por los cuales no se les dió plena credibilidad y aun cuando advierte que no trata de controvertir la apreciación de la prueba, a continuación señala que su discrepancia es "por no haber apreciado los falladores la prueba en conjunto", máxime cuando se desechó la corroborada circunstancia de nunca haber portado el procesado un arma el día de los hechos, dando de este modo "una falsa existencia a la prueba, por desestimar la frase que daba toda la verosimilitud".

Finalmente aduce que tampoco se apreció el hecho de que la Constitución y las leyes respaldaban a la familia del implicado y a él mismo en su decisión de no proporcionar el nombre de la persona que había disparado contra Reynaldo Cuervo, lo cual "desemboca en la violación de las normas sustanciales".

Solicita, en conclusión, se case la sentencia impugnada.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO:

Primer cargo

Advierte el Procurador Primero Delegado en lo Penal, en cuanto al primer reproche, que en la indagatoria el procesado sí fue interrogado en varias oportunidades sobre el porte ilegal de armas, lo que demuestra que la afirmación del censor es contraria a la verdad, y además, que el exigir que específicamente se le cuestionara sobre los aspectos a que alude el libelista, dice el Ministerio Público, "...es apenas producto de la imaginación del recurrente, pues no obedece a disposición alguna", aparte de que la negativa del interrogado impedía seguir el interrogatorio en la secuencia a que se alude en la demanda.

Al margen de lo anterior, reconoce el Procurador que al momento de resolver la situación jurídica al procesado no se hubiera incluído el delito de porte ilegal de armas, no obstante, entiende que dicha omisión no puede considerarse como vulneradora del derecho de defensa y el debido proceso, en atención al carácter meramente provisional que tal decisión comporta, siendo relevante sólo la resolución acusatoria, en la cual sí se hizo expresa mención a ese ilícito y se ejerció a plenitud la defensa, solicitándose pruebas por el apoderado, por lo que la pretendida nulidad no existiría.

Segundo cargo

En cuanto al segundo reproche, el Procurador reprueba su presentación, al omitirse señalar la categoría del error que se atribuye al sentenciador, como también la modalidad del mismo y pese a hablarse de una "falsa existencia de la prueba", hay confusión y falta de desarrollo de esta frase suelta en la demanda.

En su lugar, agrega, lo que sí aparece debidamente fundamentado, es la crítica del actor a la valoración de la prueba testimonial dada por el sentenciador, lo cual pone de presente que su intención ha sido oponer a la íntima convicción del fallador la suya propia, lo que no es posible en casación por "no existir tarifa legal para medir las pruebas".

Solicita, en consecuencia, desechar la demanda.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. Como quedó precisado en la sinopsis de la demanda, impetra el censor se case el fallo impugnado, por cuanto se le imputó al procesado un delito que no obstante haber sido objeto de la acusación, sorprendió a la defensa, debido a que ni durante la instrucción ni menos aún en la causa fue investigado, conforme, dice, queda demostrado con la sola constatación de la indagatoria en la que no se interrogó específicamente por el porte ilegal de armas para la defensa personal y con la resolución por medio de la cual se le resolvió la situación jurídica a José Eutimino Tibambre, ya que la medida de aseguramiento de detención preventiva solo se refirió al delito de homicidio en grado de tentativa y por ninguna parte se hizo la menor referencia al punible contra la seguridad pública.

2. Centra, así, el demandante su inconformidad en el deficiente interrogatorio que afirma le hizo el instructor a su defendido, que solo tuvo como fin investigar las graves lesiones de Reynaldo Cuervo Torres, más no el posible porte ilegal del arma, pues de las preguntas que le fueron formuladas al incriminado, es claro colegir que la conducta que se le atribuyó fue la homicida y no aquella; de ahí que en el proceso se carezca de explicación probatoria sobre la ilegalidad del referido porte.

3. Es, entonces, la falencia investigativa sobre el referido delito de porte ilegal de armas para la defensa personal el fondo de la censura, pues lejos de los cuestionamientos que puedan atribuírsele a la técnica empleada por el instructor en el interrogatorio para colegir si efectivamente se indagó o no sobre el porte y

más específicamente sobre la ilícitud del mismo, es lo cierto que aparte de las obligadas referencias que al respecto se hicieron en dicha diligencia y del allanamiento que con resultados negativos se practicó en la residencia del procesado a fin de encontrar el arma con la que atentó contra la vida de Cuervo Torres, ninguna actividad investigativa que permitiera su imputación fue realizada por el instructor y mucho menos por el Juez, como que ni siquiera se solicitó la información respectiva a las autoridades competentes, para saberse si Tibambre estaba autorizado para portar armas de defensa personal y de qué clase, quedando todo reducido a la negativa que éste mantuvo a lo largo del proceso.

4. Tal omisión investigativa explica que al resolverse la situación jurídica del procesado, tanto la fiscalía Seccional como la de segunda instancia solo se hayan pronunciado respecto del delito de homicidio en grado de tentiva y no sobre el porte ilegal del arma, y que al proferirse la resolución acusatoria la Fiscalía No. 113 de la Unidad de Vida le haya imputado a Tibambre la infracción al Decreto 3664 de 1986 con el argumento de que "dada su negativa en haber efectuado el disparo con la escopeta, existen circunstancias que denotan de por sí solas la existencia de dicha arma, aparte de que no se allegó al proceso tampoco la prueba suficiente de que estuviera amparada con su respectivo salvoconducto", lo cual significa una clara vulneración al inciso segundo del artículo 249 del C.P.P. según el cual "Durante el juzgamiento, la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado corresponde a la fiscalía".

Resultando aún más inusitado el argumento de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal cuando al confirmar la resolución acusatoria, concluyó de la prueba testimonial que como el procesado "poseía el arma dentro de su residencia, la utilizaba sin permiso de autoridad competente y la llevaba consigo el día de los sucesos", se estructuraba este delito.

Este desacierto continuó en el Juez de la causa, quien al proferir fallo de primera instancia tipificó el porte con el argumento de que "su plena estructuración se estableció en el paginario con la prueba testimonial recaudada, donde se describe una escopeta de aproximadamente 90 cms., de cañón niquelado con empuñadura y sin culata como el arma que utilizó el victimario para disparar contra Reynaldo Cuervo Torres, prueba que encuentra corroboración, primeramente en la experticia médico legal realizada al ofendido al determinarse como el elemento causante de tales lesiones un arma de fuego de carga múltiple, y, en segundo lugar, con la copia de la denuncia formulada por la mujer Matilde Cuervo Torres instaurada contra miembros de la familia Tibambre, dando a conocer los insucesos acaecidos el 12 de diciembre de 1992, hechos en los que por primera vez conocieron la existencia de la escopeta, al intentarse por parte de uno de los hijos del encausado accionarla contra su humanidad".

Una tal deducción fue avalada por el Tribunal al confirmar la sentencia condenatoria, afirmando que el porte ilegal de armas "encontró cabal demostración, pues las lesiones que recibió la víctima fueron ocasionadas con arma de fuego –escopeta–, así ésta no haya sido decomisada pues el procesado no fue capturado en el lugar de los acontecimientos".

Evidente es entonces el yerro en que incurrieron fiscales, Juez y Tribunal al entender que como José Eurimio Tibambre disparó contra Reynaldo Cuervo Torres, con una escopeta, de este hecho necesaria e inequívocamente se infería su ilegal porte, a pesar de carecer de los elementos de juicio demostrativos de este aserto por no haberse practicado las pruebas tendientes a ese fin.

5. En estas condiciones, es ostensible, que en el presente proceso se desconocieron abiertamente los fines de la investigación señalados en el artículo 334 del C.P.P., formulándose en la resolución de acusación un cargo que no fue investigado, como es el del porte ilegal de armas, sorprendiéndose al procesado con esta imputación, asistiéndole por tanto razón al demandante al solicitar de la Sala se case el fallo impugnado para que en su defecto se declare la invalidez de lo actuado, como en consecuencia se decidirá, precisándose que la nulidad a decretar lo será parcialmente, esto es con relación al delito de porte ilegal de armas de defensa personal y a partir de la resolución acusatoria inclusive, debiéndose compulsar las copias correspondientes para que la Fiscalía investigue esta conducta.

Segundo cargo

1. Frente al segundo reproche, demostrando con ello un notable desconocimiento de las reglas que rigen la técnica del recurso extraordinario de casación y el hecho de tratarse de un mecanismo excepcional y dispositivo de impugnación de las sentencias, el actor se limita a citar la causal primera del art. 220 del C. de P.P. acusando por vía indirecta el fallo recurrido, sin determinar la clase de yerro que atribuye al mismo, como tampoco su específica modalidad.

2. Manifiesta el censor, en un alegato libre de requisitos y cuya elaboración permite sostener que sería mas pertinente de instancias ya superadas, no estar conforme con la sentencia por cuanto los juzgadores le negaron credibilidad a las declaraciones de los familiares del procesado, que fueran recibidas en desarrollo de la audiencia pública, al "tachar" de falsos dichos testimonios, como quiera que, desde su criterio valorativo de tales pruebas, hay frases de ellos que conducían a darle "toda la verisimilitud (sic)" a su recuento sobre los hechos y que por lo mismo, permitían establecer la "verdad real" de lo acontecido el día de autos.

3. Bajo este recurrente enfoque del ataque y pretextando "una falsa existencia" de la prueba que condujo a su "errónea apreciación", que desde luego distante se encuentra de corresponder a una clara y precisa enunciación del reproche y mucho menos se acompaña de una lógica demostración, nada permite establecer si las pretensiones del actor han tomado como supuesto la existencia de un error de hecho o de derecho y si, en el primer caso, obedece a alguno de los denominados falsos juicios de existencia por omisión, tergiversación o suposición probatoria, o si en cambio, por tratarse del segundo evento, se está en presencia de un falso juicio de legalidad o de convicción.

4. Como quiera que el principio de limitación que rige este recurso, impone a la Corte que sólo pueda dar respuesta a cargos jurídicos que en forma completa, coherente y lógica se formulen en la demanda de casación, de acuerdo con las causales contempladas en la ley, y siendo que según lo visto, no puede saberse a ciencia cierta en qué consiste la censura que en este caso propone el actor, como que ella simple y llanamente expone, lo que es apenas obvio debido a su condición, su discrepancia con los criterios apreciativos de la prueba expuestos por el juzgador en la sentencia y ello en ningún caso da lugar a un reproche casacional, en estas condiciones, este cargo será desestimado.

TASACIÓN DE LA PENA

Siendo que, como quedó expuesto, el primer cargo está llamado a prosperar, se impone la reducción de la pena principal en los 5 meses de prisión impuestos por los falladores al procesado por el delito de porte ilegal de armas para la defensa personal, quedando ésta definitivamente en 60 meses de prisión por el delito de homicidio en grado de tentativa, y reducida también a este término la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

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. Casar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de decretar la nulidad de lo actuado en relación con el delito de porte ilegal de arma para la defensa personal, a partir, inclusive, de la resolución acusatoria proferida en este proceso.

2o. Imponer al procesado José Eutiminio Tibambre la pena princial de 60 meses de prisión, como autor del delito de homicidio en grado de tentativa en la persona de Reynaldo Cuervo Torres y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso.

3o. Expídanse las copias a que hace referencia la parte motiva.

4o. Desestimar el cargo propuesto por el defensor del procesado respecto del delito de homicidio en grado de tentativa.

5o. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de orígen.

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.

INJURIA/ CALUMNIA/ CONGRESISTA/ INMUNIDAD

La inmunidad respecto de las expresiones de los congresistas al interior de sus respectivas cámaras desarrolla el principio de la autonomía y el equilibrio de las Ramas del Poder Público, lo que

"... exige la presencia de mecanismos que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros".

"En este orden de ideas es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan a un gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende, entre otras cosas la atribución que tienen las Cámaras al citar a los miembros del gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora.

"La vitalidad de un sistema político está íntimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones".

"Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución (hoy 185 se aclara), que le garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos y opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y que podrán decir cosas en ocasiones urticantes y

molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus actividades." (cfr.: auto de septiembre 6 de 1988, Magistrado Ponente Dr. Rodolfo Mantilla Jácome).

Cierto es, pues, como queda dicho, que en el ejercicio de esta actividad puede haber lugar a excesos verbales, y no difícil reconocer que en ellos podría llegarse hasta la imputación de hechos deshonrosos o de conductas delictivas. No obstante, la comprensión cabal de la inmunidad impide la coincidencia a un mismo tiempo de la tolerancia y la punibilidad de esas conductas, salvo la intervención de la propia cámara donde los posibles agravios fuesen hechos, pues lo contrario se opondría al precepto constitucional del artículo 185 que ha quedado invocado.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta No.67 (junio 17/97)

Rad. 12208

VISTOS

Define la Sala si la querella formulada por el doctor Pedro Juan Moreno Villa, Secretario de Gobierno del Departamento de Antioquia, otorga fundamento para la apertura de instrucción penal en contra del Senador de la República doctor Fabio Valencia Cossio, a quien le imputa la comisión de los delitos de injuria, calumnia, falso testimonio y otros que pudiera haber cometido en la realización de la conducta que a continuación se indica:

HECHOS

Expresa el enterante que en el diario *El Colombiano* de la ciudad de Medellín, edición del día 28 de agosto de 1995, se transcribieron algunas opiniones del Senador Fabio Valencia Cossio relacionadas con los problemas de violencia vividos en la región del Urabá Antioqueño, censurando al Gobierno Departamental por el manejo del orden público en dicha zona, ya que en su criterio, la creación de asociaciones de civiles armados solo conduce a la generación de más violencia.

Este comentario hacía referencia al debate que se realizaría en sesión plenaria ordinaria del Senado de la República el día 29 de agosto de 1995 donde se abordó el tema de la violencia en el Urabá Antioqueño, con la presencia (y aún la audiencia

informal) del señor Gobernador de aquel Departamento doctor Alvaro Uribe Vélez, ocasión en la cual el señor Senador ahora denunciado tuvo oportunidad de criticar el manejo de las políticas gubernamentales, atribuyendo a la creación de las Cooperativas Convivir creadas por la Presidencia de la República el convertirse en el "distraz que se está utilizando para fomentar, par inducir a que haya paramilitarismo y unas autodefensas que están creando la agudización de la guerra en el Departamento de Antioquia".

Tales hechos, según entiende el querellante, y en especial su condición de orientador y promotor de grupos al margen de la ley se le imputaron por el congresista de manera tendenciosa, adicionándole antecedentes mendaces, todo lo cual le ha ocasionado graves perjuicios de orden moral y evidentes riesgos para su vida y la de su familia.

A su denuncia inicial añadiría luego el quejoso otros hechos incluidos en sucesivas ampliaciones, relacionados siempre con el invocado debate parlamentario, sus proyecciones y consecuencias, mediante escritos (septiembre 4, octubre 3 y diciembre 10 de 1996, y enero 17 y febrero 24 del corriente año), que más a espacio serán motivo de análisis, pero en los cuales extiende sus reparos al también senador doctor Hernán Motta Motta, a la esposa del Senador Juan Camilo Restrepo, periodista María Teresa Herrán, insistiendo en las graves consecuencias que las diatribas del doctor Valencia han generado en su contra, al tiempo que insinúa que otra Sala de esta Corte, la Fiscalía y otras instancias judiciales han valorado de graves y penalmente reprochables las afirmaciones hechas en su intervención por el querellado, en tanto que la Fiscalía exoneró al doctor Moreno Villa de cualquier comportamiento penal que hubiera podido inferirse de las afirmaciones lanzadas en su contra.

LAS PRUEBAS ALLEGADAS

1. Los elementos de juicio que llevarán a adoptar la decisión que en derecho corresponda cuentan como primer supuesto con prueba documental sobre la vinculación actual del doctor Valencia Cossio como Senador de la República, elegido y posesionado para el período constitucional de 1994 a 1998, hecho al cual se suma en relación con las imputaciones de injuria y de calumnia la formulación oportuna de la querella, en cuanto esta se recibe en la Secretaría de la Sala un día antes del plazo de un año que para su presentación fija el artículo 32 del Código de Procedimiento Penal.

2. Hecha la anterior advertencia, resulta pertinente realizar la puntualización y análisis de la extensa queja que formula el doctor Moreno Villa y la copiosa prueba que con ella se acompaña, la cual se inicia con la advertencia, debidamente

demostrada, de ser el quejoso para el momento de los hecho y desde el 2 de enero de 1995 el Secretario de Gobierno del Departamento de Antioquia, lo que le otorga legitimidad como querellante, dadas las referencias que a ese cargo se hacen en su detrimento dentro de la intervención del parlamentario.

De allí se parte para indicar que como antecedente de la formulación de la querella debe tomarse la intervención del reclamante ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, donde interpuso una acción de tutela para sus derechos fundamentales vulnerados por el Senador Fabio Valencia Cossio al afirmar, so pretexto del ejercicio de su función congresional, que el doctor Pedro Juan Moreno actuaba como "organizador y coordinador de grupos al margen de la ley, autores de masacres y protagonistas de violencia", afirmaciones que se hicieron públicas con la transmisión televisada del debate en el Congreso y su divulgación posterior por los medios de prensa parciales al querellado.

De esta tutela resalta el formulante que si bien no tuvo eco en primera instancia, sí prosperó ante la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia que no encontró tolerable el que bajo el supuesto de la inviolabilidad parlamentaria pudiesen conculcarse derechos de tanta entidad como el de la dignidad humana, la intimidad, el buen nombre y la honra.

Y si bien con respeto por la verdad histórica el quejoso admite que la Corte Constitucional no avaló la decisión de segunda instancia, ello en su sentir no significa el desconocimiento de la vulneración de su dignidad, la que se colocó al amparo en las acciones penales y de resarcimiento que desde entonces anunciaba, pues no se podría ser indiferente a las extralimitaciones del Congresista cuando recurre a los agravios, como que ello se constituiría en un verdadero abuso del derecho.

Seguidamente el escrito aborda la calificación y trascendencia de los hechos que el Senador le imputara al denunciante, para resaltar que la legislación nacional describe como hecho punible la promoción, financiación, organización, dirección, fomento o ejecución de actos tendientes a la formación o ingreso a los llamados grupos paramilitares, actividad vedada desde el año de 1965, pero más reciente y drásticamente sancionada por el Decreto 1194 de 1989, lo que implica que la imputación recibida se adecúa a un delito de calumnia, de modo que de haber tenido algún respaldo o seriedad los hechos, debieron formalizarse como denuncia ante las autoridades competentes, como en efecto se lo solicitó al aforado.

E ingresando más a fondo a la configuración de los hechos denunciados, parte la queja de la publicación que hiciera el diario *El Colombiano* el día 28 de agosto de 1995 al transcribir opiniones del senador Fabio Valencia relacionadas con los

problemas de Urabá, censurando los criterios del Gobierno departamental respecto del orden público, para advertir que ellos solo conducen a mayor violencia.

Sin embargo, donde se centra y radicaliza el reclamo contra el comportamiento del congresal es en su intervención en la sesión ordinaria del Senado del día 29 de agosto de aquel año en que el parlamentario debatió directa y expresamente el tema, analizando estadísticas sobre detenciones, migración, pobreza, abandono, muertes violentas, hurtos y otras agresiones ocurridas en el Urabá Antioqueño, sesión a la cual dice el Doctor Moreno haber concurrido en asocio del Gobernador de Antioquia doctor Alvaro Uribe Vélez, para escuchar cuando se calificaron las cooperativas "Convivir" como un disfraz utilizado "para fomentar, para inducir a que halla un paramilitarismo y unas autodefensas que están creando la agudización de la guerra..."(sic).

Añade que el senador instó al Gobernador allí presente para que expresara su desacuerdo con el armamentismo propuesto por su Secretario, que con la orientación dada a los Inspectores Departamentales generaba los grupos de autodefensa, pasando luego a instigar a su colega el Senador Hernán Motta Motta, quien prosiguió dentro de la misma línea de ataques, al punto de llevar al compañero de bancada Senador Luis Guillermo Vélez a censurar el lenguaje que estaban utilizando sus colegas.

Resalta la intervención que se le permitió al Gobernador, una vez se convino en restarle para ese fin su formalidad a la sesión, y la réplica que hizo el mandatario a la mentira, la desinformación y la deshonra a la que habían recurrido los oradores frente a los canales de la televisión que captaban el debate, apuntando al margen que de allí precisamente surgieron actitudes de los partidarios políticos de los doctores Motta y Valencia y de otros sectores, con el coro de los medios de prensa, que redundaron en amenazas, anónimos, y hasta en la solicitud de su renuncia, surtiéndose a nivel de la Asamblea Departamental otros debates paralelos.

Abriendo otro punto dentro de la formulación de los hechos, el querellante aduce que de allí en adelante se inició en su contra una campaña difamatoria de la cual hizo parte una denuncia formulada el 20 de marzo de 1996 por el Senador Valencia en contra suya, y de la cual conocería la Fiscalía 58 Delegada de Medellín, en cuya ratificación hizo el aforado afirmaciones mentirosas que lo harían incurso en el delito de falso testimonio al insinuar que el doctor Pedro Juan Moreno Villa era un sujeto matón, peligroso y paramilitar, para lo cual pidió que se escuchara a un testigo sin rostro.

Más adelante el doctor Valencia Cossio se rectificaría parcialmente de lo dicho, con lo que se comprueba su mendacidad y al mismo tiempo la transgresión que

hizo de la ley penal, hecho ocurrido al margen de la invocada inviolabilidad parlamentaria.

Al valorar estas afirmaciones al lado del testimonio de los diputados seguidores del ahora querellado (quienes reconocieron que la única amenaza conocida en contra del doctor Valencia era la contenida en un panfleto que éste exhibía y ofrecía como excusa de temores para no acompañar sus visitas por algunos municipios), la Fiscalía estableció la inocencia del doctor Pedro Juan Moreno y profirió en su favor una resolución inhibitoria.

De allí en adelante, el quejoso alude para reprocharlas, a la actitud asumida por otros dirigentes como la señora Aída Abella Esquivel que hicieron eco al debate del congreso reclamando su desvinculación ante el Gobernador del Departamento, a la publicación de un editorial del diario *El Colombiano*, órgano que dice afecto al querellado, donde le enrostran duros epítetos como los de bárbaro, despótico, extremista y violento, y a una constancia que se dejó en la Asamblea del Departamento, entidades a las cuales se vio impuesto a replicar oportunamente.

Ya terminando agrega como "hechos Especiales" que el Senador Valencia le dirigió a la Fiscalía el oficio 1926 del 29 de abril de 1996 incurriendo en afirmaciones que no concuerdan con la realidad, sobre los cuales trata en la denuncia que formuló después al doctor Moreno Villa, sugiriendo que la Procuraduría lo había investigado por paramilitar, siendo que la supuesta averiguación se refería a unos socios de Fadegán, no al querellante, imprecisiones que adicionó al sostener que había conocido de una carta porque el "Señor Moreno Villa" se la había enviado, cuando el aquí quejoso se había limitado a remitirle copia para su conocimiento, mas no a otorgarle autenticidad, como afirma la denuncia.

Después de analizar versiones de las que entiende el doctor Moreno que surgen las contradicciones del doctor Valencia Cossio ante la Fiscalía, termina insistiendo en los apartes de la intervención ante el Senado en que a su juicio se le imputan nexos con el paramilitarismo, la réplica del señor Gobernador, un oficio del Congresista al Tribunal de Santafé de Bogotá con motivo de la tutela del doctor Moreno Villa, la intervención de este último al impugnar el fallo de tutela, las amenazas surgidas contra el Gobernador y el quejoso a raíz de las palabras del denunciado, incluyendo una copiosa relación del material probatorio que va apoyando cada ítem.

Las subsiguientes ampliaciones del doctor Moreno Villa no modifican en su esencia la extensa e incipiente queja aquí relacionada:

En la primera analiza la decisión inhibitoria de la Fiscalía Regional de Medellín del 28 de agosto de 1996, sobre una solicitud del doctor Moreno Villa quien reclamó

que se le investigara como presunto promotor, financiador u organizador de grupos paramilitares, frente a la imputación que hacían en el debate televisado los doctores Valencia y Motta Motta, auto del cual subraya la calificación fiscal de graves que se dan a las quejas, y cómo ninguno de los congresistas presentaba pruebas en contra del doctor Moreno Villa.

Otra ampliación que entrega para la misma fecha, dice que ante los calificativos ofensivos utilizados por el apoderado del doctor Valencia Cossio en el escrito de apelación contra el inhibitorio, el doctor Moreno había acusado al abogado Hernando Londoño Jiménez ante el Consejo de la Judicatura, considerando que su lenguaje no era de recibo en un togado.

La siguiente se dice motivada en la ejecutoria del auto inhibitorio de la justicia regional sobre las afirmaciones del doctor Valencia contra el doctor Moreno por participación presunta en grupos paramilitares, reiterando una vez más que las imputaciones deshonrosas y calumniosas que le adjudica al Senador son las de su intervención en la sesión del 29 de agosto de 1995, algunos de cuyos apartes vuelve a transcribir diciendo que el denunciado tergiversó las expresiones del Secretario ante la Asamblea, pues mientras éste dijo que "desarmar a la gente de bien no es ninguna solución", el congresista pretende que ello equivale a que a "la gente hay que armarla y que la solución es a sangre y fuego". También añade que pese haber podido rectificarse, luego de oír las aclaraciones del Gobernador, el senador Valencia lo que hizo fue ratificar ante la televisión sus afirmaciones al hacer uso de la palabra en tercera oportunidad dentro de aquel debate. Una vez más se queja de las expresiones ofensivas del abogado del doctor Valencia al apelar del auto inhibitorio del doctor Moreno, como también insiste en la "campaña difamatoria" adelantada por los seguidores de los dos senadores que lo acusaron en el debate, recordando de nuevo razonamientos del auto inhibitorio y de las Sala de Casación Civil y Agraria y de la Corte Constitucional que conocieron de la tutela del Doctor Moreno, volviendo a calificar de punibles las afirmaciones del doctor Valencia y su intervención ante la Fiscalía al no probar los cargos ni cumplir con el deber ciudadano de denunciar las "presuntas actividades al margen de la Ley del Señor Moreno Villa", tergiversando en cambio de modo irresponsable sus palabras y actuaciones, para accionar una campaña difamatoria en su contra.

En esta ocasión aporta constancia de ejecutoria del auto inhibitorio, nueva copia de la Gaceta del Congreso con las intervenciones del doctor Valencia, y notas cruzadas con el Procurador Regional de Antioquia, reafirmando que a su juicio la imputación contra el senador se halla debidamente demostrada.

La penúltima intervención del querellante informa que en la revista Alternativa y bajo la responsabilidad de la periodista María Teresa Herrán, esposa del

congresista Juan Camilo Restrepo quien es segundo renglón en la lista del Senador Fabio Valencia se divulgó una nueva referencia al debate adelantado por aquel, repitiendo los mismos agravios de ese entonces, por lo que el querellante infiere la intervención o acuerdo del imputado, de modo que se vio impuesto a reclamar ante la informadora y ante su silencio, a querellarla también ante la Fiscalía. Por ello pide se llame a declarar a la señora Herrán y a su esposo, como al senador Hernán Motta, y se interrogue al senador Valencia, estableciendo ante la Fiscalía en qué oficina se radicó la queja en contra de la señora Herrán, a fin de determinar la participación de los senadores Valencia y Motta.

El último memorial de ampliación precisa que como consecuencias dañinas de la intervención del denunciado se ha desatado una persecución por diferentes grupos que se dicen adversos a la actividad paramilitar, quienes acogen la hipótesis irresponsable de participación del doctor Moreno en ella. En esta ocasión también censura el denunciante al apoderado que designó para este asunto el aforado, calificando de irregular el contrato de asesoría que había celebrado con el Congreso, y ahora la representación que le confiere el doctor Valencia Cossio, hechos de los que dice ya dio información a la Procuraduría, y pide se tengan como prueba de las secuelas dañosas a sus intereses las múltiples amenazas recibidas.

3. Con miras al esclarecimiento de los hechos, la Sala requirió los testimonios por certificación jurada del señor Gobernador de Antioquia doctor Alvaro Uribe Vélez lo mismo que del Senador de la República doctor Luis Guillermo Vélez Trujillo, quienes dicen ignorar las relaciones que existen entre el denunciado doctor Fabio Valencia Cossio y el Secretario de Gobierno de Antioquia doctor Pedro Juan Moreno Villa. Les consta sí a los declarantes la intervención del senador Valencia en la plenaria de ese cuerpo legislativo a la que se refiere el denunciante, dentro del debate allí suscitado sobre la crítica situación de Urabá, y sobre ella añade el doctor Uribe Vélez que las palabras del aforado se distinguieron por la agresividad con la que cuestionó las políticas de manejo del orden público en el Departamento de Antioquia, siendo coadyuvado por el también congresal Hernán Motta Motta, para quienes tanto el Gobernador como su Secretario de Gobierno fomentaban y alentaban la creación de grupos al margen de la ley, encubiertos bajo la figura de las asociaciones "Convivir". Esa fue la razón, añade, por la que el testigo intervino en ese foro para explicar el verdadero significado de tales asociaciones, los alcances de la política de su gobierno en lo tocante con el manejo del orden público y las políticas de paz, convivencia y seguridad ciudadana, destacando allí mismo algunas de las cualidades del doctor Moreno Villa.

El Senador Vélez Trujillo se remitió en cuanto al contenido de la intervención del doctor Valencia Cossio a la divulgación oficial de su texto contenida en la Gaceta del Congreso número 271 del 1o. de septiembre de 1995 que integra en

copia como parte de su testimonio, añadiendo que de su lectura podrá inferirse la clase de acusaciones lanzadas por su colega el senador valencia en contra del doctor Moreno Villa, y que nada le consta sobre una presunta vinculación del Secretario de Gobierno con organizaciones paramilitares. Tampoco conoce lo que al respecto se haya dicho en la sesión de la Asamblea de Antioquia el 21 de febrero de 1995.

El testimonio del señor Oscar Aristizábal invocado también por parte del denunciante, nada aportó sobre los hechos.

4. De la copiosa documentación allegada por el querellante para apoyo de su prolífica intervención merece destacar que la publicación certificada del diario *El Colombiano* del 28 de agosto de 1995 no hizo cosa distinta de relacionar una actuación oficial del congresista doctor Valencia Cossio al advertir que éste había entregado una constancia "en medio del debate que se adelanta en el Senado" sobre la grave situación de deterioro que vive el Departamento de Antioquia. "A manera de abrebocas al debate convocado por el senador Jaime Henríquez Gallo".

Por lo demás, el texto de la publicación se limita a reproducir palabras del congresista que de ninguna manera vinculan la actividad del quejoso con el paramilitarismo, porque si bien se dice allí que la política del gobierno departamental la inspira en ese ámbito el Secretario de Gobierno, y en ella se menciona el impulso de las cooperativas Convivir, allí mismo se apunta que el interés por armar a los ciudadanos solo puede redundar en más violencia e incremento de la barbarie, y además podría ser mal entendida especialmente en el exterior donde "a la luz de las experiencias pasadas, la promoción oficial de autodefensas, pueden ser interpretadas en algún momento como una señal de tolerancia a la extrema derecha", insistiendo en que los editorialistas de la prensa europea y norteamericana, lo mismo que los activistas de derechos humanos "no entienden las sutiles diferencias que existen entre el significado de las palabras autodefensas, cooperativas de vigilancia o grupo paramilitar", por lo que el texto lo que hace en esencia es una exhortación al señor Gobernador para que se comprometa con una mayor presencia estatal encaminada a restablecer el orden en la región de Urabá como una prioridad inaplazable.

Posteriormente, y en cuanto atañe con la relación de lo sucedido al interior de la sesión del martes 29 de agosto de 1995, el texto de la Gaceta del Congreso del 1o. de septiembre de 1995 plural y formalmente allegado a estas preliminares, entera que el debate se dio al interior de una sesión formal del Senado, que en ella medió una amplia presentación y discusión del tema de la citación relacionado con la situación de deterioro que en el orden público, el empleo, la economía, y la justicia mostraba la zona de Urabá, debate en el cual intervinieron varios senadores,

entre ellos el ahora denunciado doctor Fabio Valencia Cossio, quien apoyó su discurso con el aporte de datos estadísticos y otros informes relacionados con la severa crisis que en múltiples aspectos venía padeciendo esa zona del país, y quien incluyó en su oración críticas al gobierno departamental, recriminándole porque sus políticas estaban alentando más violencia antes que la búsqueda de la paz.

En la misma oportunidad se habilitó la prosecución informal de la sesión con el fin de escuchar al señor Gobernador doctor Alvaro Uribe Vélez, facilitándole las explicaciones que a bien tuviese y la réplica de las críticas recibidas, luego de lo cual el debate prosiguió de manera ordinaria con nuevas intervenciones del aforado y otros de sus colegas.

El aporte del querellante, de allí se extiende a acreditar que como consecuencia de ese debate existieron otras réplicas a nivel de la Asamblea departamental, se hicieron publicaciones de prensa y otras clandestinas donde se le señala como responsable del impulso de grupos paramilitares, que rematan con amenazas en su contra, y en particular, como ha quedado dicho, una publicación de la revista *Alternativa* que se atribuye a la esposa del también senador doctor Juan Camilo Restrepo, periodista María Teresa Herrán, en cuya contra se sigue por separado una averiguación ante la Fiscalía.

Como resultas, también, de aquel debate, se cita la intervención de la Fiscalía 58 Delegada de la Unidad Primera de delitos contra la Seguridad con sede en Medellín, estimulada por denuncia del doctor Fabio Valencia Cossio en contra del doctor Moreno Villa, por "amenazas contra su vida e integridad personal", queja que culminó mediante auto inhibitorio del 5 de agosto de 1996, en el cual se afirma que los hechos denunciados por el senador y relacionados con la amplia divulgación de un panfleto amenazante en su contra, y la existencia de una fotografía suya grabada en las computadoras del Departamento no resultaron vinculados con la actividad del Secretario de Gobierno, ni con los retos y acciones intentados por éste en contra del congresista, por lo que se estimó ajeno el doctor Moreno Villa a las amenazas punibles.

El denunciante destaca que dentro de esa actuación el doctor Valencia Cossio pudo incurrir en un delito de falsa denuncia por haber atribuido primero y bajo la gravedad del juramento al doctor Moreno la autoría de unas comunicaciones, pese a lo cual, meses después se rectificó advirtiendo que había incurrido en "un error de transcripción", a juicio del quejoso inadmisible, en cuanto la primera afirmación era directa, juramentada y jurídicamente relevante, de donde concluye su trascendencia penal por encima de la posterior retractación. Este hecho aparece informado con pedido de investigación desde el 26 de agosto de 1996 al Director Regional de Fiscalías de Medellín.

De igual manera y dentro de la averiguación que a solicitud del doctor Moreno Villa adelantó una Fiscalía Regional de Medellín bajo la radicación 19076 se acredita que el doctor Valencia Cossio rindió un testimonio mediante certificación jurada el 17 de mayo de 1996, dentro del cual reitera la forma como recibió de parte del doctor Moreno Villa copia de un mensaje supuestamente suscrito por el señor Ramón Isaza a quien se tilda de dirigente de las autodefensas del Magdalena Medio en el cual le niega al congresista el apoyo que algunos amigos suyos le pedían a Isaza, y copia de unas versiones testimoniales rendidas, que apoyando el dicho del senador, rechazan haber sido contactado el presunto paramilitar a nombre del denunciado.

Consideraciones de la Sala

1. De la relación profusa de los hechos propuestos y los medios de prueba allegados, surge sin conexidad alguna la proposición de dos episodios diferentes y distantes en el tiempo, el lugar y las circunstancias, lo que imposibilita dentro del principio de unidad que sienta el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal su averiguación conjunta, de modo que la presente providencia se ocupará del pronunciamiento que reclama la querella por los posibles delitos de injuria y de calumnia, mientras que en relación con la presunta infracción contra la administración de justicia (falsa denuncia), se han de expedir las copias pertinentes, a fin de que por separado se adelante la averiguación que concierna, si es que del reclamo ya hecho por el quejoso y de tiempo atrás ante la Fiscalía –según lo acredita con los documentos primeramente aportados :anexo 11.3.18-, no se acredita que de ese episodio se haya ocupado ya la Sala.

2. Sobre el punto concreto que amerita este pronunciamiento se ha clarificado ya la competencia de la Sala derivada de la vinculación actual del querellado como Senador de la República, de donde emerge el fuero para su investigación y juzgamiento por esta Sala de la Corte de conformidad con el artículo 235 Constitucional.

También la vigencia de la respectiva acción penal, en cuanto siendo los hechos penalmente perseguibles por exclusiva solicitud de la persona ofendida o perjudicada (artículo 33 del Código de Procedimiento Penal), de ella proviene en este caso la iniciativa para denunciarlos, cuya queja alcanzó a formular poco antes de que operara la caducidad (artículo 32 ibídem).

3. Realizado el análisis del hecho y de sus circunstancias, es de advertir que no existe actuación alguna del aforado, presumiblemente constitutiva de los delitos de injuria o de calumnia cumplida fuera de su intervención parlamentaria, lo que conduce a valorar su conducta frente a la naturaleza y características que a esa clase de intervenciones fijan la Carta Política y la legislación vigente.

Cierto es que la primera noticia que alertó al quejoso fue la aparecida en el diario *El Colombiano*, en su edición del día 28 de agosto de 1995, que en su contenido formal traslada el inconforme a estas diligencias. Pero además de observar que la versión divulgada es la del texto de una constancia que el senador llevó al Senado dentro de su gestión parlamentaria con el fin de servir como "abrebocas" para el debate que con la citación de los ministros realizaría esa Corporación sobre la situación de Urabá, cualquier duda al respecto se disipa al observar de ese documento que de ninguna forma se utilizaban calificativos vejativos ni injuriosos para el reclamante, como tampoco se le hacían imputaciones por la comisión de algún hecho punible, pues si algo caracteriza el artículo es la diferenciación que hace el congresista entre las Cooperativas Convivir de origen gubernamental, y otros grupos de auto defensa al margen de la ley, pues lo que se le pide al Gobierno departamental es que prescinda de aquéllas ante las dificultades que en el ámbito internacional genera la distinción entre una y otra clase de organizaciones.

Por lo anterior se entiende que la inconformidad del denunciante radique su verdadera esencia en la intervención del congresista al interior del debate parlamentario del 29 de agosto de 1995, donde en medio de un amplio y sustentado discurso hizo repetidas críticas al gobierno del doctor Alvaro Uribe Vélez y de su Secretario doctor Pedro Juan Moreno Villa, como frecuentes citas de sus criterios e intervenciones, censurando porque a su juicio había en ellos una "clara orientación" a armar a la gente para que la solución fuese "a sangre y fuego y que las tales cooperativas Convivir no son de inteligencia sino son unas cooperativas armadas que conducen inexorablemente a llevarle el mensaje claro a la opinión de que son autodefensas" y otras afirmaciones de esa estirpe, de las que infiere el quejoso su vinculación con la promoción o patrocinio de grupos paramilitares al margen de la ley y penados por ella.

Frente a ese reparo resulta inaplazable precisar que las afirmaciones criticadas se hallan contenidas dentro del ejercicio del derecho-deber de expresión del congresista y de su participación oficial dentro de un debate de interés nacional, lo que guarda estrecha relación con el cumplimiento de funciones tales como las que se indican bajo el numeral 8 del artículo 135 la Constitución Política, y muy particularmente dentro del ejercicio del control político que se le atribuye al Congreso (artículo 6-3 de la ley 5a. de 1992) "para requerir y emplazar a los Ministros del Despacho (allí fueron citados los del Interior, Agricultura, Comercio Exterior y Defensa Nacional) y demás autoridades (también concurrió el señor Gobernador de Antioquia) y conocer de las acusaciones que se formulen a los altos funcionarios del Estado...".

Siendo ello así, y por no sustraerse al estudio de ese foro un tema tan sensible para los intereses del país como el de la grave crisis de Urabá, tendrá que

reconocerse la operancia del artículo 185 constitucional, relativa a la inviolabilidad de los congresistas "por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio de su cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo", lo que no podría ser de otro modo, como que colocar en manos de otro órgano del Estado la persecución y eventual sanción de algún exceso en dichas intervenciones, pondría a riesgo la existencia de una mordaza que coartando la necesaria libertad y autonomía de aquel foro, socavara los intereses y la vigencia misma de la democracia.

Es por ello que refiriendo al alcance de esta institución, ya en providencia del 19 de junio de 1996, y con ponencia de este mismo Despacho, tuvo ocasión la Sala de reiterar que el legítimo ejercicio del derecho de expresión se constituye en "un deber cuando se ejerce la representación de la comunidad en órganos representativos como el Congreso", órgano esencial de la democracia,

"a la que no podrían serle indiferentes las opiniones de las minorías ni de los grupos de oposición que por antonomasia deben tener en ese foro la mejor audiencia para la expresión de su pensamiento discrepante".

Del mismo modo y como en ocasiones precedentes esta misma Sala lo ha expuesto, se recordó allí y ahora se reafirma, que la inmunidad respecto de las expresiones de los congresistas al interior de sus respectivas cámaras desarrolla el principio de la autonomía y el equilibrio de las Ramas del Poder Público, lo que

"... exige la presencia de mecanismos que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros".

"En este orden de ideas es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan a un gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende, entre otras cosas la atribución que tienen las Cámaras al citar a los miembros del gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora.

"La vitalidad de un sistema político está íntimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones".

"Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución (hoy 185 se aclara), que le garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos y opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y que podrán decir cosas en ocasiones urticantes y molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus actividades." (cfr.: auto de septiembre 6 de 1988. Magistrado Ponente Dr. Rodolfo Mantilla Jácome).

Cierto es, pues, como queda dicho, que en el ejercicio de esta actividad puede haber lugar a excesos verbales, y no difícil reconocer que en ellos podría llegarse hasta la imputación de hechos deshonrosos o de conductas delictivas. No obstante, la comprensión cabal de la inmunidad impide la coincidencia a un mismo tiempo de la tolerancia y la punibilidad de esas conductas, salvo la intervención de la propia cámara donde los posibles agravios fuesen hechos, pues lo contrario se opondría al precepto constitucional del artículo 185 que ha quedado invocado.

Ello explica que el Reglamento del Congreso admita al interior de los debates la réplica de quien resulte agraviado, sea que se trate de otro miembro del parlamento o de una colectividad que en él esté representada (artículo 99 y 100), pero es también el sentido de las citaciones de los Ministros del Despacho o de otras autoridades a quienes como en el caso de la controversia se concedió oportunidad de mostrar sus posturas y contraargumentar los cargos, lo que a nombre del Gobierno Nacional realizó el señor Ministro de Defensa, y a nombre de la Gobernación su titular, mediante la suspensión de la sesión formal para que fuera de ella y sin violentar el reglamento –pero con la audiencia de todos los presentes en la sesión–, se le concediera el uso de la palabra al doctor Uribe Vélez quien aclaró y replicó como a bien lo tuvo.

Allí se garantizaron los derechos de cada interviniente dentro de un sentido de lealtad y de objetividad que le permitió al doctor Uribe Vélez explicar y controvertir como así consta, aludiendo a la naturaleza, objeto e integración de las Cooperativas Convivir, y a sus diferencias con los grupos de autodefensa, pero además defenderse y respaldar al Secretario de Gobierno, cuyo apoyo le ofreció mostrándole como hombre valiente, honrado y respetuoso de la legalidad, lo que comprueba a las claras que dentro de las particularidades que caracterizaban ese acto, se dio oportunidad a los representantes de cada una de las tesis enfrentadas, para enderezar los unos una crítica dura a las políticas gubernativas, la que se extendió a quienes la representaban, pero también a éstos para explicarse oficial y particularmente según queda reseñado.

Si algún exceso, al interior de aquella discusión, pudo llegar a cometer el denunciado, es claro que para su represión no puede intervenir otro ente distinto de la cámara a la que pertenece, pues otra interpretación quebrantaría la autonomía que reconoce la Carta a los diferentes órganos del Estado, y muy particularmente al Congreso en el cumplimiento del control político que le compete en provecho de la democracia.

Como lo dicho implica la atipicidad del comportamiento denunciado, y de ésta surge la inviabilidad de una apertura sumarial en términos del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, se inhibirá la Sala de iniciar la instrucción que el querellante pide, y en su lugar archivará las diligencias tan pronto esta decisión alcance ejecutoria.

4. La decisión que para este caso se sustenta, muestra a las claras la impertinencia de las pruebas que todavía insinúa el denunciante, pues las versiones de los parlamentarios Hernán Motta Motta, Juan Camilo Restrepo y Valencia Cossio, la de María Teresa Herrán, o la ubicación del expediente correspondiente a la querella que el doctor Moreno Villa intenta contra esta periodista, carecen de relevancia respecto de la imputación que en este expediente se debate, siendo claro que de surgir alguna imputación en contra del aforado en desarrollo de la denuncia que recibe la comunicadora María Teresa Herrán, sería de allí de donde partiría la iniciativa para comunicarla a la Corte, y no a la inversa como equivocadamente se pretende, pues no es de competencia de la Sala investigar a la editora, solo a la espera de alguna imputación en contra del parlamentario.

Util, por lo demás, la observación, para aclarar que tampoco es de cargo de la Corte definir si a alguna de las partes trenzadas en un debate político apasionado y de especial encono le asiste la razón, solo porque despues de emplazar sus diferencias en acciones de tutela, en acciones penales ante la Fiscalía, en debates de corporaciones públicas y medios de comunicación, o en quejas ante la Procuraduría, terminan por concurrir ante la Sala, pues ésta solo procede a investigar y acusar a los miembros del congreso, a condición de que para ello haya lugar conforme al artículo 235 de la Carta Política, lo que en el caso presente se descuenta.

Por la misma razón no le concierne a la Corte investigar si el abogado que designó el doctor Valencia Cossio para su representación en este asunto, pudo incumplir deberes de su profesión, o si hubo fallas en su contratación por parte del Congreso, pues lo primero compete al Consejo Seccional de la Judicatura, y lo segundo a la Procuraduría, ante la cual querelló también el denunciante, sin que la sola afirmación de su inconformidad o su sospecha, sea fundamento para impulsar por copias una instrucción incierta, distinta de la que está ya en manos del Ministerio Público.

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

RESUELVE

Primero: Abstenerse de abrir investigación penal en contra del aforado doctor Fabio Valencia Cossio, frente a la querella que en su contra formula el doctor Pedro Juan Moreno Villa, por los delitos de injuria y de calumnia.

Segundo: Denegar por improcedentes la práctica de los testimonios de los doctores Hernán Mota Motta, Juan Camilo Restrepo, de la señora María Teresa Herrán y la versión del denunciado doctor Fabio Valencia Cossio, lo mismo que la información tendiente a localizar la querella formulada contra la señora Herrán de Restrepo, y

Tercero: Ordenar la expedición de copias para que por separado se investigue, si hay lugar a ello, el presunto delito de falsa denuncia que se le imputa al Senador Fabio Valencia Cossio, según lo motivado.

Cópiese, notifíquese, y una vez en firme esta providencia, archívese el expediente.

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.

ANONIMO/ DENUNCIA

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992. a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo al que remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reúna tales características o no contenga la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio.

En el caso de una denuncia anónima, puede iniciarse algún proceso investigativo sólo si la misma tiene fundamento, pero tal concepto no puede concluirse arbitrariamente, sino que la propia ley 190 de 1995 enseña que "deben existir medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito (...)", al tiempo que es la propia ley procedimental penal la que indica cuales son los medios probatorios, al señalar en su artículo 248 que son tales: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio y la confesión, advirtiendo que los indicios se tendrán en cuenta al momento de la apreciación de las pruebas de acuerdo a las normas de la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 68

Rad. 13187

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho corresponda respecto del escrito hecho llegar a la Secretaría de la Sala a través de la Unidad de Fiscalía Delegada ante esta Corporación y del despacho del Fiscal General de la Nación.

ANTECEDENTES

Mediante memorial dirigido al Fiscal General de la Nación, de allí remitido a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y finalmente hecho llegar a esta Corporación, se le comunican a ese funcionario, por parte de quien suscribe como José Franco Muñoz S. y se autodenomina "Presidente por la Moralidad Caucana", una serie de hechos relacionados con los doctores Aurelio Iragorri Hormaza y Jesús Ignacio García.

Respecto de Iragorri Hormaza afirma el escrito, que en una emisión del noticiero de televisión 24 horas, cuya fecha no precisa, apareció que "A. Iragorri Cauca" había recibido ayuda de los Rodríguez Orejuela para su campaña política, respecto de lo cual quiere informar que "aquí en el Cauca el único político A. Iragorri es el doctor Aurelio Iragorri Hormaza".

Dice que una persona exempleada de Justo Pastor Perafan "comentó que el Senador Aurelio Iragorri Hormaza frecuentó las oficinas {de aquel} en Bogotá", en los últimos 4 meses de 1994 y durante todo 1995.

En lo que tiene que ver con Jesús Ignacio García, dice que como miembro de la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes le fue ofrecida la Dirección Regional de Invías, institución en la que posteriormente fue nombrado el señor Jesús A. Calvo, amigo de García, hecho que relaciona con la absolución del Presidente Samper.

Igualmente se refiere a la misma publicación noticiosa atrás citada, para señalar que la anotación "Dr. Chucho. Cauca. corresponde al Dr. Jesús Ignacio García Valencia. El aquí en el Depto. del Cauca es popularmente conocido como el Dr. Chucho García".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo al que remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reúna tales características o no contenga la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio.

En el caso de una denuncia anónima, puede iniciarse algún proceso investigativo sólo si la misma tiene fundamento, pero tal concepto no puede concluirse arbitrariamente, sino que la propia ley 190 de 1995 enseña que "deben existir medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito (...)", al tiempo que es la propia ley procedimental penal la que indica cuales son los medios probatorios, al señalar en su artículo 248 que son tales: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio y la confesión, advirtiendo que los indicios se tendrán en cuenta al momento de la apreciación de las pruebas de acuerdo a las normas de la sana crítica.

El escrito que ha sido remitido a la Corte es anónimo, porque su signatario no entrega ningún dato que permita su identificación, omite el número de su cédula de ciudadanía y su segundo apellido; o su ubicación, pues no suministra dirección alguna para su localización, en clara actitud evasiva de la eventual responsabilidad que le pueda caber por las imputaciones que hace a los dos ciudadanos contra los que dirige su escrito.

Tampoco aporta el documento suscrito por el autodenominado "Presidente por la Moralidad Caucana", ningún medio probatorio sobre el que pueda fundar el Estado, con la mínima seriedad, la génesis de por lo menos una investigación previa.

El suscriptor del documento, hace una serie de conclusiones sobre algún informe periodístico, cuya fecha ni siquiera precisa, a partir del cual asevera, sin prueba alguna, que las abreviaturas mostradas en un noticiero de televisión, corresponden al nombre del Senador de la República Aurelio Iragorri Hormaza o al apodo del Representante a la Cámara Jesús Ignacio García, para culminar relacionándolos con presuntos donativos a sus campañas por parte de "los señores Rodríguez Orejuela", manifestaciones que por sí solas no constituyen medio probatorio alguno y por tanto resultan insuficientes para iniciar investigación.

De otra parte y en cuanto hace a la presunta relación del Senador Aurelio Iragorri Hormaza con el señor Justo Pastor Perafán, la Sala adelanta la investigación previa No. 13.017, iniciada con fundamento en documentos remitidos por la Fiscalía General de la Nación, a la que ni siquiera puede adjuntarse el anónimo, por su condición de tal y por no constituir medio probatorio alguno.

Así las cosas y en aplicación de los artículos 38 del Estatuto Anti Corrupción y 27-1° de la Ley 24 de 1992, se inadmitirá la denuncia formulada en contra del Senador Aurelio Iragorri Hormaza y el Representante a la Cámara Jesús Ignacio García.

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

RESUELVE

1°. Inadmitir la denuncia anónima presentada en contra del Senador Aurelio Iragorri Hormaza y del Representante a la Cámara Jesús Ignacio García.

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

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.

DEFENSA TECNICA/ DEBIDO PROCESO

*Según preceptúa el artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, la designación de un nuevo defensor por parte del sindicado revoca cualquier nombramiento anterior, y aquél "**podrá**" actuar a partir del momento en que presente el respectivo poder, pero si tal no hace, porque con la aprobación de todos el primer apoderado sigue actuando mientras el nuevo obtiene el reconocimiento de la personería adjetiva, es claro que por el solo cambio de mandatario no hay solución de continuidad en la defensa del procesado.*

Así pues, teniendo en cuenta que en la actuación procesal debe prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo, como máxima expresión de la efectividad del procedimiento (art. 9° C.P.P.), impera conceder el recurso extraordinario de casación suplicado por el nuevo apoderado del justiciable.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta Nro. 68

Rad. 13022

VISTOS

De plano, como manda el artículo 209 del C.P.P., procede la Sala a decidir el recurso de hecho interpuesto por el defensor de Raúl Matallana Pulgarín, con miras a la concesión del extraordinario de casación introducido contra la sentencia del Tribunal Nacional que confirmó con modificaciones la condena impuesta en primera instancia a su poderdante por el delito de secuestro extorsivo.

ANTECEDENTES

Mediante fallo del 9 de mayo de 1996, un Juez Regional con sede en este Distrito Capital condenó por el delito de secuestro extorsivo a Raúl Matallana Pulgarín, Pedro Pablo Zárate Guerrero, Rubén Mendoza Real y Roberto Anzola Guerrero, imponiéndoles a cada uno de ellos como pena principal 40 años de prisión y multa de cien salarios mínimos legales. Impugnada la decisión, en providencia del 17 de septiembre siguiente, el Tribunal Nacional la confirmó pero redujo el quantum punitivo a 34 años y 6 meses e incrementó la sanción pecuniaria.

Al momento del fallo de segundo grado fungía como defensor del procesado Matallana Pulgarín el Dr. Raúl Trujillo Cortés, a quien se le citó para la correspondiente notificación, pero antes de su comparecencia, el sentenciado otorgó nuevo poder para su defensa al doctor José Edgar Santa Piedrahita. No empece lo anterior, el 18 de octubre la secretaría del Tribunal de todos modos notificó personalmente al doctor Trujillo Cortés el fallo, contra el cual tres días más tarde interpuso el recurso de casación.

El 12 de diciembre de 1996 pasó el proceso al despacho "para casación", pero antes de cualquier pronunciamiento en este sentido, por auto del 20 del mismo mes y año, dijo el Tribunal: "De conformidad con la manifestación de voluntad hecha por el procesado Raúl Matallana Pulgarín, reconócese y tiénese al doctor. José Edgar Santa Piedrahita, como su defensor de confianza en los términos y condiciones a que se refiere su memorial poder visto a folio 56".

Fue mediante proveído del 20 de febrero del corriente año que el Tribunal Nacional denegó el recurso de casación, con el argumento de que el impugnante había cesado en sus funciones por la revocatoria tácita del mandato que el procesado Matallana había hecho el 10 de octubre, al conferir poder a otro profesional para que continuara con su representación, habiendo éste guardado silencio sobre el recurso extraordinario.

La decisión no fue del agrado del nuevo defensor convencional quien interpuso contra ella el recurso de reposición, argumentando que la defensa es inescindible y su antecesor oportunamente había acudido en casación sin presentar posterior desistimiento, amén de que no resulta válido considerar que la revocatoria del poder produce el mismo efecto sobre la peticiones. Recordó, además, que sólo el 20 de diciembre del año inmediatamente anterior se le había reconocido personería para actuar, considerando innecesario reiterar la impetración del recurso. Por último, en su escrito se remite a lo estipulado en el artículo 207 del C. P. Penal "para si fuere necesario: recurrir de hecho". Despachado desfavorablemente el recurso de reposición, interpretó el Tribunal como subsidiario el de hecho, razón por la cual compulsó copias de la actuación.

Dispuesto el trámite ordenado por el artículo 209 del C. de P. Penal, el interesado dejó transcurrir en silencio el término allí previsto para formular la sustentación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero advertir que si bien el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal establece que dentro de los tres días siguientes al recibo de las copias debe sustentarse el recurso de hecho, nada se opone a que esta carga procesal se entienda satisfecha con las razones expuestas en la instancia correspondiente si se ha intentado previamente, como en este caso, la reposición del auto que no concedió la alzada, porque lo que en verdad interesa es que el recurrente dé a conocer las razones por las cuales estima procedente el recurso denegado, sin que sea dado exigir la repetición de los argumentos ante el superior, pues este sería un requerimiento "no sólo innecesario sino excesivamente formalista, contraventor del principio rector de toda actuación judicial de la *efectividad del derecho sustancial* (arts. 228 de la C.N.,1° de la Ley 270/96 y 9° del C. de P. P.)": (Auto de septiembre 5 de 1996. M.P. Fernando Arboleda Ripoll).

Ahora bien, en cuanto a lo pretendido concierne, es claro que el recurrente tiene razón al insistir en que se le conceda el recurso extraordinario de casación, toda vez que el procedimiento empleado por el Tribunal Nacional para negarlo no sólo es contradictorio sino que además deviene desleal con la defensa.

En efecto, ningún reparo le mereció a la Sala de Decisión la notificación personal del fallo de segunda instancia que, previa citación para ese efecto, le hizo la secretaría al defensor saliente, doctor Raúl Trujillo Cortés, el día 18 de octubre, no empece que desde el 10 del mismo mes el acusado Matallana Pulgarín había dado poder a otro profesional del derecho para que a partir de ese mismo momento representara sus intereses. Sin embargo, la capacidad no discutida para recibir formal notificación de la sentencia sí se convirtió en obstáculo insalvable para enervar la posibilidad de impugnar ese acto procesal, olvidándose que la razón de ser de las notificaciones es la de dar oportunidad de atacar la decisión cuyo contenido se da a conocer.

Y no se diga que el Tribunal consideró automáticamente desplazado el primer defensor con el poder otorgado el 10 de octubre al segundo, porque de su propia factura es el auto dictado casi dos meses y medio después (diciembre 20), concebido precisamente para reconocerle a este último personería a fin de que pudiera actuar a nombre del procesado Matallana Pulgarín "en los términos y condiciones a que se refiere su memorial poder"; y si sólo a partir de esta fecha se habilitó al doctor José Edgar Santa Piedrahita para ejercer el

mandato recibido, mal hace el ad quem cuando reprocha su silencio frente a una sentencia proferida y notificada cuando aún no había sido reconocido como sujeto procesal.

Es que con la dilogía que subyace en el irregular procedimiento del Tribunal, se da pábulo para aceptar que el justiciable, no obstante haber dado poder a dos abogados para que en forma consecutiva lo representaran en la segunda instancia, estuvo desprovisto de defensa nada menos que en el tiempo hábil para recurrir la sentencia de segundo grado, pues el primer mandato se entendió automáticamente revocado por el segundo y este no se pudo ejercer porque al mandatario aún no se le había reconocido personería para actuar.

Ciertamente, según preceptúa el artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, la designación de un nuevo defensor por parte del sindicado revoca cualquier nombramiento anterior, y aquél "*podrá*" actuar a partir del momento en que presente el respectivo poder, pero si tal no hace, porque con la aprobación de todos el primer apoderado sigue actuando mientras el nuevo obtiene el reconocimiento de la personería adjetiva, es claro que por el sólo cambio de mandatario no hay solución de continuidad en la defensa del procesado.

Así pues, teniendo en cuenta que en la actuación procesal debe prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo, como máxima expresión de la efectividad del procedimiento (art. 9° C.P.P.), impera conceder el recurso extraordinario de casación suplicado por el nuevo apoderado del justiciable, pues fue interpuesto en tiempo hábil por el único representante de la defensa técnica a quien se le dio oportunidad de incoarlo, amén de que está dirigido contra una sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Nacional y por un delito cuyo máximo de pena excede con creces los seis años de prisión.

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

RESUELVE

Conceder el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado Raúl Matallana Pulgarín contra la sentencia del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, mediante la cual el Tribunal Nacional lo condenó a la pena principal de treinta y cuatro años y seis meses de prisión y multa de ciento treinta y dos salarios mínimos legales mensuales, como convicto de secuestro extorsivo.

Remítase la actuación al Tribunal Nacional a fin de que dé curso a los traslados que dispone el artículo 224 del C.P.P.

Notifíquese, cúmplase y devuelvase

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.

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA

En cuanto lo que se busca socavar a través de la acción de revisión es la firmeza de la cosa juzgada, las condiciones de admisibilidad de la demanda, cuando se plantee la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, son exigentes al punto que los fundamentos y pruebas que se presenten en ella evidencien la inocencia del condenado o su inimputabilidad, o al menos las hagan presumir, sin importar que finalmente, admitida la demanda y tramitada, la Corte ordene o no la revisión del proceso.

No se trata entonces de cualquier prueba sino de una con capacidad suficiente para concluir que se condenó a un inocente y que conduzca de manera paralela a estimar que se está ante un yerro judicial.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997)

Magistrado ponente: Doctor *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado acta No.: 68

Rad. 13163

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la acción de revisión presentada por el apoderado de Leonicio Berrío Giraldo, quien fue condenado por el delito de utilización ilegal de uniformes de uso privativo de la fuerza pública (art. 19 del decreto 180 de 1988), a la pena principal de 4 años de prisión, según sentencia de marzo 8 de 1996, emanada del Tribunal Nacional.

ANTECEDENTES

Los hechos sucedieron en la vereda Grecia, finca Las Mirlas, del municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda). Era el 6 de diciembre de 1990, 3 hombres llegaron al lugar y 2 de ellos vestían uniformes de la Policía e iban armados. Los atendieron la esposa y la hija del administrador del predio Jaime Ospina Pulgarín. Preguntaron por éste y por el propietario del inmueble Octavio García Aristizábal.

El primero, avisado de la visita, se acercó cautelosamente al lugar. Desconfió de que los uniformados en realidad pertenecieran a la fuerza pública, sintió temor y decidió denunciar el suceso ante el Comando de Policía de Santa Rosa de Cabal. Vinieron algunas averiguaciones y como resultado el informe policial respectivo, según el cual Olmedo Antonio González Henao, quien transportó a los desconocidos a la finca, reconoció a uno de ellos como agente de la Policía, constatándose que se trataba de Leonicio Berrío Giraldo y, además, que había pertenecido a dicha institución, siendo retirado del servicio por mal comportamiento e investigado y condenado por la Justicia Penal Militar.

El temor que le suscitó la visita a Ospina Pulgarín no era infundado. Varios de sus familiares habían fallecido como consecuencia de atentados, él mismo había sido víctima de uno del que logró escapar, pero no corrió igual suerte con el acontecido el 17 de diciembre de 1993. Ese día lo mataron cuando se desplazaba a bordo de un vehículo de servicio público por la vía Armenia-Pueblo Tapao.

Por la utilización ilegal de uniformes e insignias de la Policía (art. 19 del decreto 180 de 1988) Leonicio Berrío Giraldo fue vinculado al proceso mediante declaración de persona ausente y en tal condición fue acusado por un Fiscal Regional de Medellín y absuelto en primera instancia por un Juez Regional de la misma ciudad, mediante providencia de agosto 31 de 1995. El Tribunal Nacional, al desatar el grado jurisdiccional de consulta, determinó revocar el fallo absolutorio y condenar al procesado, por el cargo de la acusación, a 4 años de prisión.

LA DEMANDA

El apoderado de Leonicio Berrío Giraldo promovió la acción de revisión con fundamento en la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, por el surgimiento de pruebas nuevas posteriores a la sentencia condenatoria, que establecen la inocencia del condenado.

Recuerda que su representado fue miembro de la Policía, que prestaba sus servicios en el Corregimiento de San Clemente en Risaralda, que "se perdió un fusil Galil", que el hecho se le atribuyó a él y a dos de sus compañeros y que un

Juez Penal Militar comenzó a procesarlos por hurto militar el 14 de junio de 1988, fecha desde la cual Berrío Giraldo abandonó la policía, antes de resultar condenado a 28 meses de prisión.

Anota el accionante a renglón seguido que Berrío Giraldo, luego "...de estar en varias ciudades del país...", finalmente se radicó en Puerto Boyacá y allí laboró entre el 1° de marzo de 1989 y el 30 de septiembre de 1992, como conductor de la empresa Arenas Vargas Ltda, de la cual se retiró debido a una enfermedad cardiovascular. Regresó a Pereira a comienzos de diciembre de 1992, donde fue capturado y purgó la pena impuesta por la Justicia Penal Militar.

En Puerto Boyacá, dice el abogado, el patrón de su representado fue el señor Víctor Manuel Arenas y su compañero de labores Ezequiel Perlaza Pinillo. Aportó una certificación laboral expedida por el primero, cuyo contenido es la información mencionada en el párrafo anterior. Y concluye, sin más, que su representado no fue la persona que estuvo en la Finca Las Mirlas el día de los hechos, pues para esa fecha residía y laboraba en Puerto Boyacá, de acuerdo con la constancia de trabajo aportada.

Consideraciones de la Corte:

En cuanto lo que se busca socavar a través de la acción de revisión es la firmeza de la cosa juzgada, las condiciones de admisibilidad de la demanda, cuando se plantee la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, son exigentes al punto que los fundamentos y pruebas que se presenten en ella evidencien la inocencia del condenado o su inimputabilidad, o al menos las hagan presumir, sin importar que finalmente, admitida la demanda y tramitada, la Corte ordene o no la revisión del proceso.

No se trata entonces de cualquier prueba sino de una con capacidad suficiente para concluir que se condenó a un inocente y que conduzca de manera paralela a estimar que se está ante un yerro judicial.

La prueba que presentó el demandante como sustento de la causal invocada no reúne esas características. Se trata simplemente de una certificación, ni siquiera auténtica, según la cual Berrío Giraldo laboró en Arenas Vargas Ltda entre el 1° de marzo de 1989 y el 30 de septiembre de 1992. Y aún dándola por cierta no se ve de dónde derivar, en el grado de probabilidad requerido para que la Corte admita la demanda de revisión, que no fue una de las personas que vestida de policía concurrió a la Finca Las Mirlas el 6 de diciembre de 1990. Que realmente haya laborado entre las fechas señaladas en el municipio de Puerto Boyacá, en manera alguna conduce a inferir que no era posible su presencia en la zona rural

de Santa Rosa de Cabal un día de dicho período, como concluyó el apoderado en la solicitud y a lo cual limitó su argumentación.

Es por lo tanto inadmisible la demanda presentada. Derivar sin más de la constancia aportada que Berrío Giraldo no estuvo en el lugar de los hechos y que nada diga el demandante respecto de los medios de prueba que sirvieron para fundamentar la condena, es pretender que se reviva un debate probatorio a partir del contenido de un documento que por sí mismo no señala una realidad diferente a la tenida en cuenta por el juzgador y que por lo tanto carece de la entidad suficiente para cuestionar la presunción de certeza y de justicia de que goza la sentencia que se dictó en contra de su representado.

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

RESUELVE

Inadmitir la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado Leonicio Berrío Giraldo, doctor Javier Gutiérrez Rincón, a quien se reconoce como su apoderado.

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.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ CASACION OFICIOSA

Tratándose de la violación directa, la vulneración de las normas sustanciales bien puede darse por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, ya que cada uno de estos sentidos impone al demandante una determinada lógica y metodología que debe respetar al momento de su demostración, dándose por descontada, la obligación que tiene de acoger los hechos y la valoración probatoria en la forma exacta en que fueron presentados en la sentencia.

Las facultades oficiosas conferidas por el artículo 228 del C.P.P. proceden cuando, admitida la demanda y obtenido el concepto de la Procuraduría, al momento de fallar observe la Corte la necesidad de casar el fallo impugnado, bien para decretar la nulidad de lo actuado, conforme a las causales previstas en la ley, o para restablecer la violación de garantías fundamentales, razón por la cual no es menos que un contrasentido que se presente como un cargo o petición especial, pues si el demandante considera que se presenta, es su deber demostrarlo al amparo de la respectiva causal de casación.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Galvez Argote.*

Aprobado Acta No. 68

Rad. 12398

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre los requisitos formales de las demandas sustentatorias del recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de Miguel Angel García Vivas y Oscar Pérez Guevara, contra la sentencia proferida

el 22 de marzo del año en curso por el Tribunal Superior de esta ciudad, que confirmó la de primera instancia en la que se condenó a los procesados a las penas principales de 34 y 16 meses de prisión, multa de $5.000 y $2.000, respectivamente, al primero como autor de los delitos de falsedad en documento privado, por ocultación, falsedad en documento privado y abuso de confianza y al segundo como cómplice del delito contra el patrimonio económico. Igualmente se les impuso como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, negándosele el subrogado de la condena de ejecución condicional a Mejía Vivas y concediéndosela al segundo.

HECHOS

El Tribunal los resumió de la siguiente manera:

"1. Desde el año de 1985 entró a operar la Sociedad 'Andina de Alimentos S.A., E.M.A', que tenía como objeto la exportación e importación de productos agropecuarios e hidrobiológicos, así como la compraventa de los mismos.

2. En desarrollo de lo anterior, dicha sociedad bajo la gerencia de Miguel Angel Mejía Vivas, importaba pescado del Perú a través de Adualcomex, el que luego era depositado en Colfrigos y de allí se distribuía a los compradores.

3. Afirma el denunciante y revisor Fiscal de la compañía Andina de Alimentos, Carlos Humberto Navarrete González, que por los años 1988 y 1989, Mejía Vivas comenzó a demorar la entrega de la documentación contable y que, al hacer averiguaciones más a fondo , pudo establecer que el gerente había retirado la existencia de pescado de colfrigos, sin cancelar las deudas contraídas con dicha empresa.

Que en resumen, Mejía Vivas dispuso ilícitamente de 55 toneladas de pescado por valor de $35'000.000,oo

4. Indica el referido revisor Fiscal de Andina de Alimentos, que el denunciado Mejía Vivas creó una falsa facturación de venta para apropiarse de cerca de $60'000.000,oo no pudiendo a la postre cumplir con los compromisos financieros contraídos con el Banco Extebandes de Colombia , lo que lo obligó a suscribir de manera unilateral, sin autorización estatutaria , un pagaré por U.S. 286.108 dólares, con base en el cual el Banco inició acción ejecutiva contra Andina de Alimentos.

5. Se afirma igualmente que Mejía Vivas creó la empresa 'Geoandina de alimentos', con características semejantes a la de Andina de Alimentos, la cual

era gerenciada por su yerno Oscar Pérez Guevara, con quienes se efectuaron transacciones de pescado de manera irregular, contribuyendo al desmedro económico contra Andina de Alimentos".

LAS DEMANDAS

1. *Demanda presentada a nombre de Miguel Angel García Vivas*:

Al amparo de la causal primera de casación, un solo cargo propone el defensor de Miguel Angel García Vivas, "Por violación directa de la ley sustancial, *error in procedendo*, por quebranto de las leyes procesales, al no dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 247 del C. de P.P.".

Afirma el casacionista que no existe "plena prueba" sobre la el hecho punible y la responsabilidad del procesado, pues, "por más que esté demostrado un hecho por contundente que sea no es suficiente para condenar si falta demostrar la responsabilidad o está minada por la fragilidad de la prueba o inconsistencia de la misma o por duda insalvable, no podrá dictarse sentencia condenatoria".

A continuación, dice, que la sociedad Andina de Alimentos tenía sede en esta ciudad y domicilio comercial en la misma casa de Miguel Angel Mejía Vivas, así como cuáles eran sus socios, composición accionaria, cómo estaba compuesto el órgano administrador de dicha sociedad y que para llevar la contabilidad se contrataron los servicios de la firma Conahite Ltda., de propiedad de Humberto Navarrete González, a su vez responsable de dicha labor.

Igualmente, hace un recuento de cómo se iniciaron la operaciones de importación de pescado congelado desde el Perú y el subsidio, que para el año 1985, el gobierno de ese país otorgaba a los exportadores por tonelada de pescado, exponiendo en detalle, cuál era el sistema logístico para la importación, a fin de destacar que si por más de diez horas y media el pescado no es sometido a una temperatura inferior a los "20°" el producto se descongela y por consiguiente, pierde peso, que para el pescado congelado en la escala internacional puede llegar a ser hasta de 5%, por manera que, por esta situación inherente a la naturaleza del producto "no puede ser de responsabilidad del señor Miguel Angel Mejía Vivas", quien en su calidad de gerente de la mencionada sociedad y por mandato de la junta directiva, ejecutaba la coordinación de la importación y venta del pescado.

Enfatiza que Humberto Navarrete nunca estuvo en los frigoríficos colombianos Colfrigos haciendo certificaciones de inventarios y pesos del producto, pues según su propia denuncia solamente lo hizo en octubre de 1989, cuando encontró que

Miguel Angel Mejía Vivas había dispuesto del pescado, pudiendo deducirse de allí que el procesado "efectuó lo justo".

En lo que titula como "nota importante", describe cuál era el procedimiento a seguir cuando la venta se hacía a crédito y por intermedio del Banco Extebnades, advirtiendo que todas las copias de los documentos pertinentes se le entregaban a la firma Conahite, desvirtuándose con ello lo que denomina "malintencionada versión del denunciante" en el sentido de que su defendido no hacía llegar tales documentos a la contabilidad, "induciendo a la justicia y en especial a la Fiscalía en error", ya que la persona encargada de llevar la contabilidad anotaba de su puño y letra, que eran entregados por Mejía Vivas.

Con el título "instrumentos de pago al exterior", describe el procedimiento para hacer los pagos al exterior por medio de cartas de crédito en dólares a favor del exportador, resaltando más adelnate en el acápite "Nota", cómo en ello se aprecia que el negocio celebrado con los socios peruanos de Andina de Alimentos era el de "vender en Colombia grandes volúmenes de pescado congelado a bajo precio e inclusive a pérdida para captar el Certex que ofrecía el gobierno peruano".

Así, concluye, que Humberto Navarrete, revisor fiscal y contador Andina de Alimentos, conocía a cabalidad el negocio de los ciudadanos peruanos, "como le refleja en los balances dirigidos al señor César Alfredo Arenas Linares, en donde es notoria la pérdida operacional de Andina de Alimentos", no obstante que en la misma fecha "producía inescrupulosamente un balance con destino al Banco Extebandes de Colombia para poder lograr así de esa entiddad las cartas comerciales y de crédito sobre el exterior", agregando que, "esta doble moral de los socios peruanos y del señor revisor fiscal y a la vez contador de Andina de Alimentos S.A., tenía que buscar para su justificación a una persona que cargara con todas las consecuencias y con toda la responsabilidad", creando dudas en la empresa afectada sobre quién tiene la culpa para evitar que se lleve la verdad al Juez, quien finalmente decide de acuerdo a su criterio jurídico y a la realidad del expediente.

Destaca entonces, cómo al tratarse de una compañía cuyo funcionamiento dependendía del órgano administrativo colegiado, era necesaria la firma de dos de los directivos para obligarla, siendo la principal consecuencia, la responsabilidad solidaria y que "los actos que cada uno de los administradores ejecuta motu propio (sic), en principio, no obligan a la compañía, pues de acuerdo con la costumbre comercial, cuando un acto se repite consuetudinariamente "con la aprobación o tolerancia de las personas que se involucran en el, es perfectamente válido", ya que "si no existe una oposición inmediata, hace tácita aprobación".

Vuelve a cuestionar las afirmaciones que sobre la responsabilidad Mejía Vivas se hicieron en la denuncia, calificándolas de "débiles", no obstante que, el gerente "siempre tiene en su descargo, el principio de que todas sus actuaciones las ha efectuado de buena fe", de ahí que, sea "normal y legal" que el procesado retirara el pescado de las bodegas y lo vendiera, ya que esto lo venía haciendo desde años atrás con la aprobación expresa de los demás socios de la asamblea.

De otra parte, considera el demandante, que de existir anomalías administrativas, debían probarse con las respectivas declaraciones de renta, ya que éstas se soportaban en los balances contables que eran elaborados por el denunciante, de quien afirma, "no tiene autoridad moral , ni ética, ni por ende legal para denunciar ilícitos cometidos Durán te períodos económicos conducidos y aprobados por él como revisor Fiscal".

Analiza también las exigencias del artículo 247 del C. de P.P. para proferir sentencia condenatoria y concluye, que no hay nada en el voluminoso expediente que pruebe la infracción ni que demuestre que Mejía Vivas haya recibido determinada cantidad de pescado y por qué valor, destacando que no se consultaron las funciones y competencias de los órganos administradores, desconociéndose la competencia que a su vez tenía el procesado como miembro de la junta directiva, ni se llamó a rendir indagatoria a César Alfredo Arenas Linares, actual miembro de la junta directiva, para demostrar por qué él y el procesado "actuando conjuntamente siempre comprometieron la empresa en el normal desarrollo de su ejercicio económico", tampoco se investigó, agrega en el Banco Extebandes la totalidad del movimiento de la cuenta corriente No. 001-00172-6, ni se consultó al Incomex sobre la tarea que venía desarrollando "., ni cuál era el precio del pescado congelado variedad merluza en el mercado internacional , ni el pagaré No. 1257 del 14 de septiembre de 1989 por U.S. 286.108,20 entregado por Mejía Vivas al Juzgado 39 de Instrucción Criminal y que constituía el "quid" del asunto, además de establecer, como era imprescindible, que era el Banco Extebandes el que debía la firma de Arenas Linares, una vez lograda la de Mejía Vivas en las cartas de crédito.

Con base en lo anterior, concluye el casacionista, que de haberse adelantado un debido proceso, se habría encontrado la verdad real, pues de todo se deduce que Navarrte Narváez incurrió en fraude procesal con la denuncia instaurada, pues siendo él quien años atras año aprobó sus balances, "no hubo nada irregular" y si "toda prueba debía ser confirmada o desvirtuada por los socios peruanos y ello no se hizo, es forzoso aseverar que no se dan las exigencias del artículo 247 del C. de P.P.".

Solicita en consecuencia, casar la sentencia para que se dicte una en donde se "restablezca la certeza de la completa voluntad de la ley".

2. Demanda presentada a nombre de Oscar Pérez Guevara:

Primer Cargo

Luego de criticar arduamente la valoración probatoria, bajo el título de "causal invocada", aduce el casacionista la tercera del artículo 220 del C. De P.P., el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 225 y 228 del Ejusdem, pasando de inmediato a exponer una serie de comentarios sobre el alcance que la jurisprudencia le ha dado a las denominadas nulidades supralegales y a la violación al derecho de defensa.

Con base en tales premisas, afirma el censor, que el fallo atacado es nulo de "nulidad absoluta– no saneable al falsear el contenido de la prueba tanto testimonial como documental y aún la indiciaria"–, lo cual predica de la prueba practicada por el Juez del Circuito en el Banco Estebandes, pues, en su criterio, sabiendo que las consignaciones se encontraban en sus archivos "no quiso mirarlas o escudriñarlas en su contenido", actitud que también asumió en la diligencia practicada en las oficinas de Conahite, pues el Juez, agrega, tampoco "quiso confrontar allí la relación de dichas facturas para comprobar el pago total de su contenido".

Apoyándose de nuevo en el artículo 29 constitucional, afirma que la sentencia impugnada adolece de una falsa motivación, pues no encuentra razón "para que en forma falsificada se tenga la figura de la complicidad" sin existir prueba sobre los elementos del abuso de confianza ni sobre el acuerdo de voluntades, razón por la cual, "el sentenciador debió acudir a la distorsión....tergiversación o manipulación inexplicable de la prueba", vulnerando el debido proceso en razón a que el peritaje contable "tanto en Extebandes como en Conahite" y la versión del denunciante comprobaron que Pérez Guevara "no se ha robado ni un solo kilo de merluza".

En lo que titula como nulidades de "estirpe legal", invoca los artículos 304 y 305 del C.P.P. "por cuanto las pruebas deben analizarse en su conjunto ...correlacionándolas– y no de acuerdo a los denuncios fraudulentos concebidos".

Pasa a citar el artículo 254 del C.P.P. y no obstante advertir, que conoce la jurisprudencia sobre la posibilidad de existir prevaricato por la falta de motivación de las decisiones, afirma no querer adentrarse "en una nulidad por falta de motivación", pues la nulidad que invoca es por "falta de confrontación integral de la prueba", ya que en el fallo objeto de ataque se analiza la "fraudulenta denuncia" a sabiendas de que Duque Rodríguez había "despenalizado" la conducta de Mejía Vivas y de que el apoderado de la parte civil había hecho lo propio con Pérez Guevara, no comparándose el contenido de las facturas con los testimonios de Olga Lucía Prieto y Carlos José Duque, no obstante que en el peritaje contable

conahite y Extebandes excluyen "toda posibilidad de complicidad –aún más– excluye toda posibilidad de abuso de confianza", destacando que Pérez Guevara no está excluido del aretículo 254 del C.P.P.

Segundo Cargo

Referido a la prueba de indicios, acusa el demandante la sentencia de segunda instancia de haber "capitalizado" el parentezco como indicio de culpa "en el campo de la complicidad".

Por ello, a su modo de ver, "con el deliberado propósito de condenar a Pérez Guevara" no se tuvieron en cuenta las pruebas adicionales que infirmaban el efecto del presunto indicio, dándose por establecidos los elementos del tipo, no conconfrontándose el peritaje contable, y concluye que "como quiéra que nunca el parentesco se quiso confrontar con la inspección judicial practicada al Banco Extebandes o Conahite" no podía ello servir de fundamento a la sentencia de condena.

Solicita en consecuencia, se decrete la nulidad desde el auto que declaró cerrada la investigación, a fin de que se pueda demostrar el "monstruoso fraude cometido por el acusado Navarrete González".

En el acápite de conclusiones, aduce nuevamente una nulidad, por haberse confirmado la sentencia de primera instancia "sostenido en la escalada de nulidades" emanadas de la resolución de acusación, y además, por haber falseado el contenido de la prueba testimonial y documental, reiterando nuevamente lo expuesto en los anteriores cargos.

Igualmente afirma que el fallo cuestionado valoró parcialmente los testimonios de Rojas Díaz y Romero Arévalo, no tuvo en cuenta la declaración de Olga Lucía Prieto y además, estimó como ficticias las facturas a cargo del procesado.

En lo que titula como "petición especial", de manera subsidiaria pide a la Corte tener en cuenta el contenido del artículo 228 del C. de P.P. en cuanto se violaron las garantías fundamentales, habida cuenta que la conducta de Mejía Vivas y Pérez Guevara "no confluyen hacia una misma adecuacion tipica".

En el capítulo cuarto, presenta el censor siete cargos así:

Primer Cargo

Con fundamento en la causal primera de casación, por error de hecho, derivado de falsos juicios de existencia, ataca el demandante el fallo impugnado respecto

de la valoración que tuvo la versión de José Duque Rodríguez, que, en su criterio, exonera a su representado de cualquier responsabilidad, concluyendo que afirmar que Pérez Guevara es cpómplice de Mejía Vivas es un "error esencial de hecho".

Segundo Cargo

En esta oportunidad dice el casacionista que la sentencia de segunda instancia incurrió en falsos juicios de identidad respecto de la indagatoria de Pérez Guevara. pues no existe prueba del acuerdo de voluntades, ni tampoco esto fue aceptado por aquél, ni se valoró como como confesión la versión de navarrete González.

Tercer Cargo

En esta censura. acusa el defensor el fallo de segundo grado de ignorar y tervigersar los testimonios de Olga Lucía Prieto, Carlos Hernando Arias Duque, Gladys Suárez, Juan Pablo de Boduot, Jesús Evelio Rojas y Carlos Benjamín López.

Acto seguido, hace referencia a los requisitos neCésarios para la estructuración de la complicidad, aduciendo al respecto que con el peritaje contable se estableció que Mejía Vivas canceló las facturas, reproduciendo a continuación alguna doctrina sobre la coparticipación criminal, al tiempo que hace algunos comentarios sobre la comunicabilidad de las circunstancias y el dolo para cometer el delito de abuso de confianza.

Cuarto Cargo.

Este ataque lo propone el demandante, por considerar que se tergiversaron los hechos indicadores, tales como la relación de facturas –de las que Pérez Guevara dijo que sí las pagó–, el balance general de Andina de Alimentos en donde Navarrete González afirma que el procesado no le adeuda nada y la propia versión de esta persona, que califica como mentirosa cuando afirma que Pérez Guevara retiraba el pescado sin cancelar las deudas.

Solicita en consecuencia, casar la sentencia y absolver a este procesado, pues, en su concepto, son "falsas" y "ridículas" las conclusiones del Tribunal, no obstante que reitera lo dicho sobre la coparticipación y expone lo pertinente al análisis de la prueba de indicios.

Quinto Cargo

En esta censura, reitera el demandante, su anterior argumento en el sentido de que se condenó a Pérez Guevara por ser el yerno de Mejía Vivas, pero no se tuvo en

cuenta la prueba contable, ni los extractos de enero a diciembre de 1988, y enero a agosto de 1989, pertenecientes a la cuenta corriente No. 001-00172-6 del Banco Extebandes de Colombia, cuyo titular es Andina de Alimentos, ni el proceso de rendidición de cuentas; y sin embargo, dice, se le dio credibilidad a Navarrete González.

Sexto Cargo

En este reproche, también acusa el demandante el fallo impugnado de haber incurrido en falsos juicios de identidad, referidos a prueba documental como el pagaré que en blanco firmó Mejía Vivas, el proceso de rendición de cuentas y el dictamen pericial contable rendido por expertos del DAS, haciéndole decir a estas pruebas que Pérez Guevara es cómplice, pese a que no hay prueba que lo demuestre.

Séptimo cargo

También como subsidiaria, formula el demandante esta censura por falsos juicios de existencia respecto de unas actas en las que se daba cuenta de dos pérdidas operacionales, no obstante, pasa de inmediato a cuestionar la valoración probatoria dada al dictamen contable.

Así, en lo que denimina "sintesis de los cargos", afirma nuevamente el actor que se ignoró el testimonio de José Duque Rodríguez, manipularon y tergiversaron las indagatorias de Pérez Guevara y Mejía Vivas, así como las denuncias de Navarrete González y Benjamín López, haciéndoles decir que Pérez Guevara era cómplice, mencionando en el mismo sentido a Alfonso Romero Arévalo, para concluir también que se hace responder a su defendido por una operación mercantil, reiterando las consideraciones expuestas sobre la prueba de indicios.

Solicita casar el fallo impugnado, para que se absuelva al procesado y de manera especial, que se tengan en cuenta los fallos del 24 y 29 de julio de 1993, proferidos por esta Corporación.

CONSIDERACIONES

a. *Demanda a nombre de Miguel Angel García Vivas:*

1o. Sin cumplir con los requisitos a que se refieren los numerales 1o., 2o. y 3o. del artículo 225 del C.P.P. pretende el defensor de Mejía Vivas sustentar la impugnación extraordinaria, pues aparte de que no identifica claramente los sujetos procesales, ni la actuación impugnada, tampoco se ciñe a la esencial exigencia de precisión y claridad que le impone no solo la formulación del cargo, sino su pretendida demostración.

2o. En efecto, desatendiendo por completo estas mínimas exigencias de rigor técnico de este recurso, propone un cargo al amparo del cuerpo primero de la causal primera de casación aduciendo una violación directa del artículo 247 del C.P.P., sin detenerse a concretar cuál es el sentido de la violación, pues como es bien sabido, tratándose de la violación directa, la vulneración de las normas sustanciales bien puede darse por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, ya que cada uno de estos sentidos impone al demandante una determinada lógica y metodología que debe respetar al momento de su demostración, dándose por descontada, la obligación que tiene de acoger los hechos y la valoración probatoria en la forma exacta en que fueron presentados en la sentencia.

3o. Mayor aún resulta el desatino del demandante, cuando luego de aducir una violación directa, sin precisar el sentido de la violación, acomete la demostración de la censura, desde su particular forma de valorar y cuestionar las pruebas, pretendiendo entonces, a manera de alegato de instancia, que prime su forma de ver los hechos, a la verdad declarada en las instancias, y olvidando de paso que los fallos judiciales arriban a esta sede amparados por la doble presunción de acierto y legalidad, que solo puede quebrarse en la medida en que el casacionista demuestre con argumentos serios y contundentes los yerros en que pudo haber incurrido el sentenciador, ya que la mera confrontación de criterios, resulta inane en esta sede, máxime, si como ya se ha reiterado constantemente, frente a casos como éste, mal puede pretenderse la existencia de tarifación legal para la valoración probatoria, habida cuenta que los jueces solo están sometidos al imperio de la ley, y que en materia penal, deben atenerse las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

4o. Por ello, desacierta el censor al atacar el fallo impugnado por haber infrigido directamente el artículo 247 del C.P.P., puesto que si lo que pretendía demostrar era la duda, ha debido tener en cuenta que a esta forma de violación solo resulta posible acudir, cuando habiendo sido reconocida por el fallador, al momento de resolver la niega condenando al procesado, incurriendo en una aplicación indebida de este precepto. No obstante, cuando la situación es la contraria, es decir, que el sentenciador no reconoce la existencia de la duda, porque considera que existe prueba suficiente para concluir con certeza la responsabilidad penal, debe entonces acudir al cuerpo segundo de la causal primera de casación, para que por medio de un juicioso cuestionamiento de las pruebas, a través de los diversos sentidos de esta clase de violación de la ley sustancial –errores de hecho o de derecho por falsos juicios de existencia por omisión o suposición, falsos juicios de identidad o falsos juicios de legalidad– demuestre que de no haberse incurrido en tales yerros, la decisión neCésariamente hubiese sido diferente.

Por tales razones, se rechazará el libelo presentado a nombre del procesado Miguel Angel Mejía Vivas.

B. Demanda a nombre de Oscar Pérez Guevara:

1o. Por completo desatinada y confusa es la demanda presentada a nombre de este procesado, pues el casacionista absteniéndose de dar cumplimiento a todos los requisitos formales a que se contrae el artículo 225 del C. de P.P., esto es, sin identificar los sujetos procesales, ni la sentencia impugnada, y mucho menos hacer un resumen de los hechos y la actuación procesal, desde la misma referencia del escrito que a manera de demanda presentó, comienza sin más ni más por hacer una serie de críticas sobre la valoración probatoria, para pasar de inmediato y sin ningún recato de orden técnico y alejado por completo de las elementales exigencias sobre precisión y claridad en la proposición y desarrollo de las censuras, aducir una nulidad de tipo supralegal por violación al derecho de defensa, con argumentos que por su naturaleza, corresponden a la causal primera de casación, en su cuerpo segundo, como que la hace consistir en el hecho de que, en su particular criterio, no se valoró la prueba en conjunto, refiriéndose indistintamente a la prueba documental y a la indiciaria, sin que se pueda saber al fin y al cabo cuál era el alcance que pretendía darle al reproche.

2o. En forma inusitada, también en lo que denomina "nulidades de estirpe legal", aduce la violación tanto del derecho a la defensa como del debido proceso, afirmando que se trata de una nulidad por falta de motivación, postulado que inexplicablemente procede de inmediato a rechazar para reiterar que la nulidad que invoca lo es "por falta de confrontación integral de la prueba", haciendo de su extenso y engorroso escrito un alegato ofensivo en contra de los funcionarios que tuvieron conocimiento de este proceso, y concluir finalmente, que es una injusticia que se haya condenado en calidad de cómplice a su defendido, pero sin lograr a través de una tal incoherente fraseología concretar cuáles fueron las actuaciones que imponen la invalidación del proceso, bien por desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento o por desconocimiento de garantías fundamentales de los sujetos procesales.

3o. Iguales consideraciones pueden hacerse del segundo cargo, en donde sin concretar en qué causal se apoya, o qué clase de violación invoca, se limita el censor a afirmar que la sentencia impugnada "capitalizo" en contra del procesado el parentesco con Mejía Vivas, como indicio, sin tener en cuenta otras pruebas que, a su modo de ver demostraban lo contrario; y sin que haya logrado darle la más mínima claridad a su escrito, termina solicitando se case la sentencia, decretando la nulidad desde el auto que cerró la investigación, pues la pretendida nulidad, se presenta desde la misma resolución de acusación, desconociendo no

sólo que por medio de este recurso extraordinario, los reparos se hacen frente al fallo de segunda instancia, y si se trata de la causal tercera, debe demostrar la configuración de cualquiera de las tres contenidas en el artículo 304 del C. de P.P., ya que si bien está permite una cierta amplitud en su formulación y desarrollo, ello no significa que pueda hacerse libremente y a manera de alegato de instancia.

4o. Y como si lo anterior no fuera suficiente muestra de lo que no debe ser una demanda de casación, sin ningún cometario, solicita la casación oficiosa, respecto de lo cual ha sostenido varias veces la Sala, que las facultades oficiosas conferidas por el artículo 228 del C.P.P. proceden cuando, admitida la demanda y obtenido el concepto de la Procuraduría, al momento de fallar observe la Corte la necesidad de casar el fallo impugnado, bien para decretar la nulidad de lo actuado, conforme a las causales previstas en la ley, o para restablecer la violación de garantías fundamentales, razón por la cual no es menos que un contrasentido que se presente como un cargo o petición especial, pues si el demandante considera que se presenta, es su deber demostrarlo al amparo de la respectiva causal de casación.

5o. Además, en el capítulo IV, al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del estatuto procedimental penal, el demandante propone siete cargos, todos con fundamento en las mismas pruebas, y de manera obsesiva en lo relacionado con el dictamen contable practicado por peritos del DAS, así como la diligencia de inspección llevada a cabo en el Banco Extebandes de Colombia y el contenido de la declaración de Navarrete González, el denunciante, pretendiendo desde su sui generis forma de argumentar, que se crean no solo las exculpaciones del procesado, sino también las versiones de Duque Rodríguez y Romero Arévalo, concluyendo que la responsabilidad debe recaer en Navarrete González, sin lograr concretar em ninguno de los ataques qué aspectos fueron falseados o tervigersados por el Tribunal, ni cuál la importancia de la prueba que dice ignorada, puesto que todas sus conclusiones se reducen a afirmar genérica y reiteradamente que no se demostró la existencia de un acuerdo de voluntades, y por lo tanto, no podía condenarse a éste procesado en calidad de cómplice, basándose siempre desde luego, en su consideración de que los hechos contenidos en la denuncia, son mentirosos.

6o. Todas estas argumentaciones, desvían necesariamente el contenido del ataque hacia el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, que como ya se dijo, en casos como éstos resultan de esteril alegación, ante la ausencia de tarifa legal, debiendo entonces permanecer incólume la presunción de acierto y legalidad que cobija las decisiones judiciales.

Por último debe la Sala hacerle un llamado de atención a este ya conocido demandante, pues aunque en otras oportunidades la Corte ha hecho lo propio, sus escritos continúan siendo bastante peyorativos cuando de referirse a funcionarios

judiciales se trata, ya que, aunque considere tener la razón, es un deber respetar a las autoridades que administran justicia.

Siendo ello así, impera también rechazar in limine esta demanda.

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

RESUELVE:

1o. Rechazar in limine las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Miguel Angel Mejía Vivas y Oscar Pérez Guevara.

2o. Declarar desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de Miguel Angel Mejía Vivas y Oscar Pérez Guevara.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del C.P.P., contra esta decisión no procede recurso alguno.

Comuníquese, cúmplase y devuélvase la actuación 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.

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE DERECHO/ NULIDAD

Si lo buscado es un fallo de sustitución, para lo cual se alegan errores de derecho, es de esperar que la actuación procesal no esté viciada y que así se reconozca, porque sin ella es imposible llegar a una absolución o una condena.

Pero si lo querido es la nulidad de lo actuado, la que se debe –invocar, desarrollar y probar es la causal tercera, porque no es lógico que al mismo tiempo una actuación sea válida y nula, proposiciones entre sí excluyentes que de haber querido formular, tenía el censor que someter a cargos separados y de manera subsidiaria (artículo 225 Código de Procedimiento Penal, inciso final).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., junio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta No. 68

Rad. 12796

VISTOS

Decide la Sala si la demanda de casación que presenta el defensor del procesado Víctor Alfredo Ospina contra el fallo de segundo grado proferido el 19 de diciembre de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de santafé de Bogotá, reune las exigencias que para su admisibilidad formal prevé el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

1. En la noche del domingo 9 de octubre de 1994, cuando se dirigía a su residencia acompañado por su padre y de su esposa, el agente del F-2 de la

Policía Nacional señor Julio César Guerrero Cubillos fue víctima de una agresión a voces por cinco muchachos que le interceptaron en un sector del Barrio La Victoria, en la zona sur de Santafé de Bogotá, mientras le lanzaban una lata de cerveza y golpeaban a su padre. Cuando el ofendido reclamó se le hizo víctima de varios disparos por la espalda, a consecuencia de los cuales falleció.

2. Individualizado y retenido el autor de los disparos por señalamiento de los acompañantes del occiso, se identificó ante las autoridades como Víctor Alfredo Ospina, iniciándose en su contra la respectiva investigación a cargo primero de la Fiscalía Veintidós Delegada y luego de la Fiscalía Novena de la Unidad Tercera de Vida ante la cual se definió su situación provisional con medida de aseguramiento de detención preventiva, al lado del co-sumariado Víctor Manuel Martínez.

Al proseguir la actuación y proveer su cierre, la instrucción se calificó por cuenta del Fiscal Treinta y tres Delegado de la misma Unidad, quien profirió resolución de acusación en contra de Ospina bajo el cargo de homicidio, en tanto precluyó en favor del co-sindicado.

Llevada la causa al conocimiento del Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, su titular dispuso la práctica de diferentes pruebas complementarias, y luego de agotar la diligencia de audiencia profirió el fallo del 25 de octubre de 1995, mediante el cual rechazaría de plano una nulidda planteada por la defensa, para en su lugar condenar al acusado, quien para entonces se había adjudicado también el nombre de Isaac Echeverry Ruiz, a la pena principal de 26 años de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por 10 años y al resarcimiento de los perjuicios causados y estimados en 1.500 gramos oro.

Contra la anterior decisión recurrieron el acusado y su defensor, por lo que el Tribunal Superior del Distrito se pronunció en fallo del 19 de diciembre del mismo año, que equivocadamente se fechó como de "mil novecientos noventa y nueve" (sic), por medio de la cual se confirmó en su integridad el fallo apelado.

Inconforme la defensa con esta nueva decisión la impugnó en sede de casación, y una vez rituado su trámite ante el Tribunal, tras una prolongada demora ocasionada por sucesivos traslados del recluso que obstruyeron su notificación, es la oportunidad ahora de analizar si la demanda que sustenta el recurso extraordinario se aviene a las exigencias formales para su admisión.

LA DEMANDA

Luego de una suscinta identificación del fallo que ataca, de los sujetos procesales, los hechos materia de la causa y la actuación que condujo al fallo de condena, el nuevo defensor del procesado anuncia la formulación de un solo cargo en sede extraordinaria, invocando una violación de la ley sustancial "por infracción indirecta, ya que el Tribunal admitió y otorgó un valor probatorio a un medio de convicción aportado irregularmente al proceso por haberse omitido las formalidades que la ley exige para su aducción incurriendo el fallador en un error de derecho".

Aplicado a la demostración de su censura, dice primero que la sentencia ha de precederse de la plenitud de las formas propias del debido proceso y obedecer a un debate iniciado y adelantado con arreglo a la ley sustancial, para enseguida argumentar que el reconocimiento en fila de personas verificado sobre el procesado no se ciñó a derecho, en cuanto no se le designó allí un defensor que le hubiese representado y garantizado la plenitud de sus prerrogativas.

Como esa prueba se consideró al definir la situación provisional del acusado y luego en la resolución de acusación, se estaría frente a una violación indirecta y en consecuencia a un procedimiento viciado de nulidad por desconocimiento de los artículos 388 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución.

De allí la crítica se extiende al dictamen sobre absorción atómica porque a juicio del censor el fallador le dio una valoración errónea, ya que el perito "se quedó corto en proferir su experticio, sin llegar a conclusión definitiva".

Como de lo anterior concluye que el Tribunal se equivocó, y que se dio la violación indirecta invocada, el libelista pide a la Corte que invalide la condena y en su lugar devuelva el expediente al Juzgado del Circuito "para efecto de que se reponga el procedimiento afectado de nulidad".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No se requiere mayor esfuerzo para advertir que la demanda de casación examinada no se acomoda a las exigencias mínimas de forma y lógica que un escrito de esta índole reclama, y que precisamente por el cuidado que su presentación requiere, ha relegado la ley a la intervención exclusiva de un abogado –artículo 222 del Código de Procedimiento Penal–.

En efecto y de forma opuesta a las exigencias del numeral 3 del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, aquí el casacionista olvida la obligación de

indicar de manera clara y precisa los fundamentos de la causal de casación que invoca, y todavía desconoce el deber de no plantear proposiciones excluyentes al interior de un mismo cargo.

Tal acumulación de errores se inicia cuando sostiene que la violación indirecta de la ley obedece a un error de derecho originado en un falso juicio de legalidad, pero al tratar de probarlo se adelanta a reconocer que la primera prueba discutida –el reconocimiento en rueda de personas– no fue el pilar de la sentencia, porque con esa observación olvida que el motivo de ataque en esta sede es la sentencia de segundo grado y no otras providencias precedentes, y más remota deja la posibilidad de triunfo de su escrito, si anticipa que esa prueba ilegal no trascendió al sentido del fallo proferido, porque con ello muestra la inutilidad de su examen.

Otro tanto sucede cuando la alegación alude al dictamen de peritos. Aquí la crítica se concentra en la respuesta del experto, pero como no advierte de su contenido, ni mucho menos fija su trascendencia en la condena, es evidente que la acusación queda inconclusa, lo que priva a la Corte de la oportunidad de corregir o adicionar tan pobres argumentos, que anticipadamente muestran su inocuidad en esta sede.

Es más: la falta de logicidad surge protuberante cuando de un lado se invoca la causal primera, pero del otro la petición final apunta a una nulidad del trámite cumplido, pues un tal planteamiento sólo acredita que el censor confunde irremediablemente los vicios de actividad y los de juicio.

Si lo buscado es un fallo de sustitución, para lo cual se alegan errores de derecho, es de esperar que la actuación procesal no esté viciada y que así se reconozca, porque sin ella es imposible llegar a una absolución o una condena.

Pero si lo querido es la nulidad de lo actuado, la que se debe invocar, desarrollar y probar es la causal tercera, porque no es lógico que al mismo tiempo una actuación sea válida y nula, proposiciones entre sí excluyentes que de haber querido formular, tenía el censor que someter a cargos separados y de manera subsidiaria (artículo 225 Código de Procedimiento Penal, inciso final).

Ya se ha dicho que bajo el principio de limitación que rige este recurso extraordinario, es imposible para la Corte sustituir al actor, o remediar las fallas del libelo. Siendo ello así, por incompleta, contradictoria, confusa e imprecisa, la demanda examinada tendrá que rechazarse, y ello conduce irremediablemente a la deserción del recurso interpuesto.

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

RESUELVE

Primero: Rechazar in límine la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Víctor Alfredo Ospina o Isaac Echeverry Ruiz, y

Segundo: Declarar como consecuencia la deserción del recurso extraordinario interpuesto.

Contra esta decisión no procede recurso alguno (artículos 197 y 226 del C. de P.P.)

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.

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

La causal primera de casación contempla dos modalidades de vulneración de la norma de derecho sustancial: una, a causa de su violación directa, *en donde el actor, evitando cualquier debate probatorio, endereza el razonamiento jurídico a mostrar la aplicación indebida de la regla jurídica a los hechos ya definidos por el sentenciador, o la falta de aplicación de la misma, o su interpretación errónea, para que la Sala, probada la causal, dicte el fallo de reemplazo; y la otra, que también resulta de la conculcación de la ley sustancial pero mediatizada por una incorrecta apreciación de la prueba, por lo que se conoce como* violación indirecta, *modalidad esta en la que se debe demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien que se trate de un error de hecho por la deformación del alcance fáctico de la prueba, como cuando se ignora estando incorporada en el proceso o se supone sin que obre allí (falso juicio de existencia) o cuando se tergiversa o distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); ora que se ubique en el campo del error de derecho, que ab-initio será posible frente a un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la incorporación de la prueba o porque a pesar de no estar afectada de ninguna irregularidad se le repudie por ello, toda vez que el falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente al haber desaparecido de nuestro sistema la tarifa legal de pruebas.*

En múltiples ocasiones la Corte ha reiterado que tratar de interpretar las palabras del recurrente, resolver sus contradicciones o suplir sus vacíos sería abandonar su papel de Tribunal de Casación para convertirse en asesor ilegítimo en asuntos que luego estará obligado a decidir, razón por la cual todo esfuerzo dialéctico para adivinar la intención del opugnador o mejorar su propuesta resulte extraño al recurso extraordinario, a fuer de quebrantar el principio de limitación que lo rige.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge Aníbal Gómez Gallego*.

Aprobado Acta Nro. 68

Rad. 12307

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Octavio Arboleda González* contra la sentencia proferida el 13 de mayo de 1996 por el Tribunal Superior de Santiago de Cali, que confirmó la dictada por el Juzgado 20 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se impuso al acusado la pena principal de veinticinco años de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período de diez años y la obligación de cancelar los perjuicios morales, como responsable del delito de Homicidio.

ANTECEDENTES

El 15 de mayo de 1993, en inmediaciones de la calle 85 con la carrera 1B del barrio Petecuy del municipio de Cali, la Fiscalía 116 Seccional practicó el levantamiento del cadáver de Carlos Nacianceno España Rojas, quien murió a consecuencia de las heridas producidas por arma de fuego.

Como autor material del hecho se identificó a Octavio Arboleda González, a quien sólo se pudo capturar el 4 de agosto del año siguiente y, una vez oído en indagatoria, se profirió en su contra medida de aseguramiento de detención por el delito de homicidio.

Una vez perfeccionada la investigación, el Fiscal Octavo de la Unidad de delitos contra la vida, la libertad y el pudor sexuales de Cali, el 2 de diciembre de 1994, calificó el mérito del sumario y formuló acusación contra Octavio Arboleda González por el delito de homicidio simple, previsto en el artículo 323 del Código Penal y modificado por la ley 40 de 1993.

Cumplido el rito del juicio, mediante fallo del 31 de enero de 1996, el Juzgado 20 Penal del Circuito de Cali condenó a Arboleda González por el delito señalado en la resolución de acusación, imponiéndole como pena principal 25 años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez años y el pago del equivalente a 600 gramos oro, únicamente por concepto de perjuicios morales pues consideró que no se habían causado los materiales.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el procesado, mediante fallo del 13 de mayo de 1996 el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial confirmó íntegramente la decisión, contra la cual el acusado y su defensor plasmaron su disenso con la interposición del recurso extraordinario de casación, cuya demanda revisa ahora la Corte en orden a establecer su admisibilidad.

LA DEMANDA

Luego de identificar los sujetos procesales y la sentencia impugnada, el casacionista hace una síntesis de los hechos y un recuento de la actuación procesal. A continuación y bajo el título de "causal de casación invocada", textualmente escribe:

"La prevista en el art. 220-1 del C.P.P., inciso 1°, la cual se enuncia cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial 9 C.N., 228 ibidem, si la violación proviene de la norma sustancial, proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente. En este caso el error proviene de un error de derecho en la apreciación de determinada prueba como es la violación de las normas sustantivas como son los autos".

Seguidamente, bajo el título "causal alegada o violada", aduce el demandante que es el desconocimiento de la legítima defensa que consagra el artículo 29 del Código Penal, y transcribe el inciso primero del ordinal 4° de dicha norma.

En lo que llama "Fundamento del presente cargo", el recurrente afirma que tanto el Juzgado 20 Penal del Circuito como el Tribunal "de manera explícita violan en forma indirecta la ley sustancial por error de hecho, al no contemplar en los medios de prueba que la causal existió", y agrega: "es que su falso juicio de existencia recae en la no cotejación de los testimonios de la señora María Luisa Agrono Lucumi, quien nos relata que entre la compañera del occiso y el condenado existía una rivalidad, esta afirmación en concordancia con la versión de la señora María Amparo Ramírez Muñoz, quien relata que tuvo enfrentamiento con el hoy condenado y tuvieron mutuas peleas de agresiones, concadenada a los hechos como ocurren se puede establecer indiciariamente que el dia de los hechos la señora María Amparo Ramírez Muñoz, al saber que su esposo estaba alicorado lo lleva a la casa de su hija, a sabiendas que en el camino se iban a encontrar con el señor Octavio Arboleda González y de esta manera provocar un hostigamiento en el que podía cobrarle los agravios al hoy condenado y de esta manera desquitarse y así solucionar su problema personal, pero la vida le jugó una mala pasada y colocó a estos dos hombres en infortunio, llevando la peor parte el señor Carlos Nacianceno España Rojas debido al disparo que recibió."

Explica luego el impugnante que en este proceso la falla está en "no apreciar la funcionaria a-quo el hecho indicador que es la provocación por parte de la compañera del occiso señora María Amparo Ramírez Muñoz", pues fue ella la que provocó al acusado y lo puso a la defensiva "al creer en forma sicológica que iiba (sic) a ser atacado y por lo cual agrede al señor Carlos Nacianceno España Rojas, al verlo embriagado y en su dirección o casa y acompañado de su enemiga de marras; por lo cual nace aquí lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado legitima defensa putativa".

Bajo el epígrafe de "planteamientos jurídicos legales", afirma el recurrente que "se vulneró la causal del art. 29+4 del C.P. en concordancia con la jurisprudencia y la doctrina: como la defensa putativa, ya que se encuadra dentro del ordenamiento penal como causal justificativa del hecho punible. (...) Por lo cual se vulneró el debio (sic) proceso en el trámite del presente proceso y compete a esta instancia reconocerle."

Como petición final, solicita se case la sentencia "por ser violatoria de la causal de una norma sustancial de derecho art. 220 numeral 1°, inciso 1 del C.P.P."

La Corte considera

Expedito resulta concluir que en el remedo de demanda no existe siquiera aproximación a los requisitos formales que para su confección consagra el artículo 225 del C. de P. Penal, en procura de su curso legal con miras a un pronunciamiento de fondo, pues el actor apenas si cumple de manera deficitaria con los numerales primero y segundo de dicha norma, constituyéndose el resto del farragoso escrito en prueba palmaria del absoluto desconocimiento de lo que es la técnica de este extraordinario recurso.

Es que el hirsuto pliego ni siquiera permite establecer por ministerio de cuál de las causales de casación consagradas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal pretende el impugnante desquiciar la sentencia de segunda instancia, porque si bien en forma poco menos que ininteligible en el acápite que titula "Causal de Casación Invocada" inicialmente cita la norma pertinente a la primera, o sea a la violación directa, posteriormente, en el mismo párrafo acude a la indirecta, en la medida en que luego de copiar descuidadamente el inciso segundo del ordinal primero de la mencionada preceptiva, consigna este galimatías: "en este caso el error proviene de un error de derecho en la apreciación de determinada prueba como es la violación de las normas sustantivas como son los autos".

Pero la proverbial inconsistencia de la demanda llega a extremos inconcebibles, en cuanto a la vía del ataque se refiere, cuando inesperadamente al final de la

misma se concluye que "se vulneró el debido proceso en el trámite del presente proceso y compete a esta instancia (sic) reconocerle", planteamiento que por lo perfunctorio no deja de ser propio de la causal tercera; todo lo cual conduce a afirmar que definitivamente el libelo se convierte en el súmmum de la indefinición y la perplejidad, defectos estos perfectamente antípodas a los predicados de claridad y precisión que deben caracterizar los postulados de la demanda en forma, según el categórico mandato del artículo 225 del C. de P. P.

Es que este cúmulo de confusos enunciados en lo que el censor ha denominado "la causal invocada" impiden desentrañar si lo que éste pretende es citar el contenido integral de la causal primera bajo sus formas de violación directa e indirecta de la ley sustancial como introducción, o en verdad se apresta a censurar la sentencia por el cuerpo segundo de dicho canon frente a un error en la contemplación material de la prueba, que correctamente planteado daría pábulo para el ajuste legal; empero, semejante laxitud interpretativa no es admisible cuando se trata de un recurso rogado, como es el extraordinario de casación, que exige de claros y precisos planteamientos para modificar una decisión judicial que goza de la doble presunción de legalidad y acierto.

Pero si en un exceso de permisividad, que no tolera el rígido esquema de la casación, se abonara como elegida la causal de violación indirecta, ninguna claridad habría en lo concerniente al reproche que al desgaire se había anunciado como constitutivo de un *error de derecho* en la apreciación de la prueba, pues en el apartado que con optimismo el censor titula como "fundamento del cargo", habla ya de un *error de hecho* "al no contemplar en los medios de prueba que la causal existió", y hasta intenta precisarlo como un falso juicio de existencia que "recae en la no cotejación de los testimonios de la señora María Luisa Agrono Lucumí", pero para colmo de la confusión luego abandona este reproche para afirmar que "se falla al no apreciar la funcionaria a-quo, el hecho indicador que es la provocación por parte de la señora del occiso María Amparo Ramírez Muñoz".

Con todo, estos inescrutables yerros se quedan en su imperfecto enunciado, sin desarrollo ni fundamentación alguna, pues no trascienden más allá del campo de un insuficiente alegato de instancia, en el que basta oponer el particular análisis del censor al efectuado por el juez de grado, cuando la obligación del casacionista es demostrarle a la Corte, con claridad meridiana, no sólo los vicios de actividad o de juicio en que ha incurrido el sentenciador sino también de qué manera se conculcó la norma de derecho sustantivo con grave perjuicio para el procesado, aspecto este tajantemente omitido por el opugnador, quien al efecto se limita a incurrir en el desatino de afirmar que los autos son normas sustantivas, exabrupto que por contera hace imposible conocer la norma de derecho sustancial

presuntamente violada, más aún cuando la imprecisión se matiza con el mayúsculo yerro conceptual de confundir las causales de justificación con las de inculpabilidad, imperdonable en la formulación de una demanda de casación.

Debería saber el recurrente que la causal primera de casación contempla dos modalidades de vulneración de la norma de derecho sustancial: una, a causa de su *violación directa*, en donde el actor, evitando cualquier debate probatorio, endereza el razonamiento jurídico a mostrar la aplicación indebida de la regla jurídica a los hechos ya definidos por el sentenciador, o la falta de aplicación de la misma, o su interpretación errónea, para que la Sala, probada la causal, dicte el fallo de reemplazo: y la otra, que también resulta de la conculcación de la ley sustancial pero mediatizada por una incorrecta apreciación de la prueba, por lo que se conoce como *violación indirecta*, modalidad esta en la que se debe demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien que se trate de un error de hecho por la deformación del alcance fáctico de la prueba, como cuando se ignora estando incorporada en el proceso o se supone sin que obre allí (falso juicio de existencia) o cuando se tergiversa o distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); ora que se ubique en el campo del error de derecho, que ab-initio será posible frente a un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la incorporación de la prueba o porque a pesar de no estar afectada de ninguna irregularidad se le repudie por ello, toda vez que el falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente al haber desaparecido de nuestro sistema la tarifa legal de pruebas.

En múltiples ocasiones la Corte ha reiterado que tratar de interpretar las palabras del recurrente, resolver sus contradicciones o suplir sus vacíos sería abandonar su papel de Tribunal de Casación para convertirse en asesor ilegítimo en asuntos que luego estará obligado a decidir, razón por la cual todo esfuerzo dialéctico para adivinar la intención del opugnador o mejorar su propuesta resulte extraño al recurso extraordinario, a fuer de quebrantar el principio de limitación que lo rige.

Así pues, el discurrir errático del actor entre las distintas causales de casación, sin poder concretar su pretensión, y el confuso señalamiento de la norma sustantiva presuntamente avasallada son, entre otras falencias ya reseñadas, aspectos elocuentes de la indebida formulación de la demanda de casación que hacen inevitable su rechazo de plano y la consecuente declaratoria de deserción del recurso (arts. 225 y 226 C. de P. Penal).

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

RESUELVE

Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el defensor del sentenciado Octavio Arboleda González; en consecuencia, se declara desierto el recurso oportunamente interpuesto.

De acuerdo con los artículos 197 y 226 del C. de P. Penal, contra esta decisión no cabe recurso alguno.

Copiese, cumplase y devuelvase.

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

En tratándose del prevaricato omisivo, la mera demostración objetiva de la acomodación de los hechos dentro de uno de los verbos rectores de la descripción legal del tipo, no resulta suficiente para predicar la punibilidad de la conducta, pues deben demostrarse probados los demás elementos del tipo, esto es la antijuridicidad y la culpabilidad.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 71

Rad. 12112

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, lo que en derecho corresponda respecto de la denuncia formulada en contra del Representante a la Cámara Roberto Moya Angel, por actuaciones suyas como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación de esa Corporación.

ANTECEDENTES

1. El ciudadano Hildebrando Ortiz Lozano, hizo llegar a la Secretaría de la Sala escrito en el que formuló denuncia contra varios miembros del Congreso de la República, como presuntos responsables de diversos hechos punibles.

2. Por decisión del despacho del Magistrado Dídimo Páez Velandia, se escindieron tantas copias como hechos pudieron identificarse, correspondiéndole a esta Oficina el reparto de los que el denunciante achaca al Representante a la Cámara Roberto Moya Angel.

El señor Ortiz Lozano afirma haber presentado una denuncia en la Cámara de Representantes en contra del actual Presidente de la República, de algunos Consejeros de Estado y de todos los miembros del Consejo Electoral, sin que Durán te el período de sesiones de 1994 (sic) haya sido llamado para "ratificarme" en la denuncia, por lo que considera que tal omisión es una maniobra engañosa para pretermitir una etapa procesal, de donde concluye que el Representante Moya Angel está incurso en el delito de fraude procesal y violación de los artículos 269-1, 331 y 332 del Estatuto del Congresista; 228 de la Constitución Nacional y 177 del Código de Procedimiento Penal.

Dice que la denuncia fue radicada con el número 542, que fue instaurada desde el 15 de mayo de 1995, que su reparto ha debido hacerse a más tardar el 18 de ese mes, y la ratificación y juramento máximo el 23 de mayo, por lo que considera que esa violación de los términos es igualmente ilegal.

3. Acreditadas las calidades del denunciado y su condición de miembro de las Comisiones 5ª Constitucional Permanente y de Investigación y Acusaciones de la Corporación, se ordenó apertura de investigación previa, dentro de la cual se ordenó la práctica de inspección judicial al expediente 542 que se adelanta en la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara de Representantes.

4. La diligencia de inspección judicial permitió establecer el cronograma que ha seguido el expediente 542 en la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, así:

4.1.-15 de mayo de 1995: Se recibe la denuncia.

4.2.-17 de mayo de 1995: Repartida al doctor Roberto Moya Angel.

4.3.-24 de mayo de 1995: Recibidas las diligencias en el Despacho del Representante investigador.

4.4.-20 de junio a 20 de julio de 1995: Receso del Congreso por finalización de la legislatura.

4.5.-21 de julio de 1995: El Representante Moya Angel avoca el conocimiento de las diligencia, ordena abrir investigación previa y decreta la práctica de pruebas, entre otras, la ratificación y ampliación de la denuncia, para lo cual señaló el 17 de agosto siguiente.

4.6.-17 de agosto de 1995: El denunciante Ortiz Lozano presenta escrito de "petición de impedimento" para que el Representante Moya Angel se abstenga de

seguir tramitando el expediente 542. La Secretaría de la Comisión deja constancia de la suspensión de la diligencia por tal razón.

4.7.-22 de agosto de 1995: El Representante Roberto Moya Angel se declara impedido para seguir conociendo del asunto.

Igualmente en la inspección judicial se pudo establecer que a cargo del denunciado se encuentran los expedientes radicados con los números 322, 375, 438, 471, 489, 501, 518, 527, 598, que le fueron asignados hasta antes de la fecha de declaratoria del impedimento, en los cuales se pudieron constatar actuaciones que impulsaron el trámite de las mismas. (folios 31-33)

5.-Se recaudaron copias de los escritos de "petición de impedimento" (folio 31) y del auto por medio del cual el Representante investigador se declara impedido (folios 33 a 35).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La investigación previa que la Sala de Casación Penal debió iniciar con fundamento en los hechos que puso en su conocimiento el ciudadano Hildebrando Ortiz Lozano será finiquitada con auto inhibitorio, por cuanto no constituyen delito.

2. El denunciante señala al Representante a la Cámara Roberto Moya Angel incurso en el delito de fraude procesal, porque, según él, pretermitió llamarlo a ratificar una denuncia, aunque luego señala que no lo hizo dentro del término señalado por la ley 5ª de 1992.

Sin embargo de lo anterior, la diligencia de inspección judicial ordenada por la Sala, permite aseverar la inexistencia, tanto del delito señalado por el denunciante, como de cualesquiera otro.

La denuncia formulada por el señor Hildebrando Lozano contra el actual Presidente de la República y otros altos funcionarios del Estado, radicada con el número 542 le fue entregada al despacho del denunciado el 24 de mayo de 1995, y el 21 de julio siguiente se ordenó la apertura de investigación previa, fijándose fecha para oír al denunciante en ratificación y ampliación de la misma.

Si bien es cierto, el artículo 331 de la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso de la República, señala que recibida por el Representante-Investigador la denuncia, éste dentro de los dos (2) días siguientes, citará al denunciante para que se ratifique bajo la gravedad del juramento, el señalamiento de la fecha para tal diligencia en

un lapso superior al que indica la ley, no es, per se, un hecho punible, aunque, puede llegar a ser un elemento de una conducta de tal naturaleza, cuando se advierta que obedece a un propósito determinado y específico, de violentar el ordenamiento legal, a través de la omisión del cumplimiento de los términos legales.

Así, por ejemplo, una mora voluntaria, exagerada e injustificada en la tramitación de una actuación judicial o administrativa, de la que se genera daño es evidentemente punible, pero el simple transcurso de un término mayor que el que la ley señala para la realización de una diligencia procesal, no es, en principio, un hecho delictuoso.

En el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, el doctor Moya Angel recibió las diligencias el 24 de mayo de 1995, el 20 de junio siguiente se declaró el receso constitucional del Congreso hasta el 20 de julio, fijándose al día siguiente la fecha para la ratificación de la denuncia, es decir el 21 de julio, por lo que debe concluirse que se superaron los dos (2) días señalados por la ley para la celebración de tal diligencia.

No obstante, que el Representante-Investigador se demoró 16 días hábiles para la citación del denunciante a la ratificación, ese lapso superior en 14 días al término legal, no es constitutivo de conducta ilícita alguna, pues aunque podría corresponder a la descripción del prevaricato por omisión, dentro del verbo rector "retardar", debe tenerse en cuenta que tal reato exige como presupuesto de su existencia la actuación intencional del agente para la violación legal, circunstancia que el material probatorio niega de plano, y en contrario señala el plazo tomado por el Representante-Investigador como razonable, habida cuenta de la carga laboral que soporta como miembro de la Comisión, 10 procesos más, de su obligatoria asistencia a las sesiones plenarias de la Corporación y a las deliberaciones de la Comisión 5ª Constitucional Permanente a la que pertenece, a lo que debe agregársele el tiempo que también debe dedicar a labores propias del ejercicio de la actividad política, en desarrollo de la cual desempeña la función de legislador.

En consecuencia, en tratándose del prevaricato omisivo, la mera demostración objetiva de la acomodación de los hechos dentro de uno de los verbos rectores de la descripción legal del tipo, no resulta suficiente para predicar la punibilidad de la conducta, pues deben demostrarse probados los demás elementos del tipo, esto es la antijuridicidad y la culpabilidad, los que como se advierte atrás ni siquiera asoman en el comportamiento del Representante Moya Angel.

Si no se puede hablar de prevaricato omisivo, menos aun del fraude procesal que el denunciante señala, pues en un caso como este, habría que demostrar el absurdo de que el propio Representante-Investigador se engañó para obtener, de

sí mismo una decisión contraria a la ley, situación no solo contraria a los principios de la lógica, sino completamente ajena a lo que el material probatorio refleja.

Son las anteriores razones, por las que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1°. Inhibirse de abrir instrucción penal en contra del doctor Roberto Moya Angel, miembro de la Comisión de Acusaciones e Investigaciones de la Cámara de Representantes, por los hechos a que se contrae la denuncia.

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

Notifíquese y 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.

CAPTURA/ CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

El tema sometido a consideración de la Sala, se encuentra regulado expresamente en el Código de Procedimiento Penal. La regla general, según su artículo 198, es que las órdenes de libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, se cumplan de inmediato. Pero "si se niega la condena de ejecución condicional "señala el inciso 2° de la norma", la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que Durán te el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación".

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

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 71

Rad. 12966

VISTOS

Procede la Sala a resolver la solicitud de libertad elevada por el defensor del procesado Fantino Rada Victoria.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

Mediante providencia del 3 de mayo de 1995 la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional acusó al doctor Fantino Rada Victoria por los cargos de prevaricato por acción y abuso de función pública. Contra el mismo se había decretado la detención preventiva el 24 de octubre de 1994, sin derecho a libertad provisional. El 31 de enero de 1995, de conformidad con el artículo 407 del Código

de Procedimiento Penal, se le suspendió la detención preventiva, fijándole como reclusión su propia residencia. Esta situación se dispuso mantenerla en la resolución acusatoria.

Tramitado el juicio el Tribunal Nacional lo condenó el 21 de noviembre de 1996 a la pena principal de 3 años y 6 meses de prisión. En dicha decisión, que se encuentra recurrida ante la Sala, se declaró que no tenía derecho a la condena de ejecución condicional, tampoco a la suspensión de la ejecución de la pena en virtud del incumplimiento de la obligación que le había sido impuesta de permanecer en su residencia y, en consecuencia, se ordenó su captura. Esta se hizo efectiva en la ciudad de Cali el pasado 19 de junio y de inmediato la misma se legalizó.

El argumento presentado por la defensa consiste en que en tanto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia se concedió en el efecto suspensivo (art. 204 del C. de P.P.) no puede cumplirse la orden de captura, por lo que procede retornarle la libertad a su representado. "De otro lado, es preciso atender a la avanzada edad del doctor Rada Victoria y a su estado de salud que se acredita con múltiples certificados médicos", concluye el solicitante, lo cual entendería la Sala como nueva petición de suspensión de la detención, por enfermedad.

El tema sometido a consideración de la Sala, se encuentra regulado expresamente en el Código de Procedimiento Penal. La regla general, según su artículo 198, es que las órdenes de libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, se cumplan de inmediato. Pero "si se niega la condena de ejecución condicional —señala el inciso 2° de la norma—, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que Durán te el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación".

Como tal es el caso del doctor Rada Victoria, quien fue detenido preventivamente y nunca se le concedió libertad provisional, opera la citada excepción, por lo que era procedente su captura sin necesidad de la ejecutoria del fallo. En consecuencia, no se le concederá la libertad solicitada.

Estima la Sala necesario disponer la práctica de un dictamen pericial por parte de un médico legista adscrito al Instituto de Medicina Legal, con el objeto de que examine al doctor Rada Victoria, establezca su estado de salud, si padece de enfermedad grave y a qué tipo de ciudados debe estar sometido. Esto en consideración a las certifificaciones de médicos particulares aportadas por el solicitante.

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

RESUELVE:

1. Negar la solicitud de libertad elevada por el defensor del procesado Fantino Rada Victoria.

2. Practicar el dictamen médico a que se aludió en las consideraciones.

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.

UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ CONTRAVENCION/ COMPETENCIA

Mayoritariamente la Sala ha sostenido que la unidad procesal por razón de la conexidad no puede mantenerse cuando el vínculo sustancial o procesal entrelaza delitos y contravenciones, por encontrarse derogado el artículo 90 del Decreto 522 que lo permitía, y existir, en cambio, el artículo 18.1 del Decreto 800 de 1991, que contrariamente prevé esta eventualidad como motivo de escisión procesal.

Esto significa que al causarse la referida subrogación de la conducta delictiva a contravención, el funcionario judicial que venía conociendo de ella perdió competencia para seguir haciéndolo, y que la actuación cumplida desde entonces, en relación con este concreto hecho punible, se encuentra viciada de nulidad, debiendo la Corte, en ejercicio de la facultad oficiosa que le defiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, entrar a decretarla (art.229.1 ejusdem), lo cual hará a partir de la sentencia de primera instancia, pues para este momento, el juzgador ya carecía de competencia.

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

Magistrado Ponente: Doctor *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No.67 junio 17/97

Rad. 9839

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a los procesados Ismael Quilindo Bambague, Humberto Ramírez, Emiro Salamanca Anacona e Isidro Perdomo Pascuas, a las penas principales de 28, 20, 20 y 16 años de prisión, respectivamente, los primeros como autores responsables de los delitos de

homicidio agravado, secuestro simple, hurto agravado, violación de habitación ajena y concierto para delinquir, y el último por homicidio agravado, dentro de las causas acumuladas Nos.1648, 1558 y 1506.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

Causa No. 1648:

"El viernes 25 de marzo de 1988, en la Vereda Alto Santa Bárbara de Timaná, antes de las 8 de la noche, arribaron a la residencia de Sixto Tulio Camacho Lugo dos desconocidos, inquiriendo por los hijos de aquel, Gerardo y Sixto Tulio, con quienes salieron. Aproximadamente a las 9 de la noche, los Camacho llamaron a Jesús Antonio Ardila, a quien los desconocidos compelieron a salir, diciéndose emisarios de las FARC. Ya actuaba un tercer individuo, con cuya colaboración los Camacho y Ardila fueron atados y llevados a un cafetal, donde los dos hermanos recibieron muerte, en tanto que Ardila logró fugarse, siendo rozado por unos disparos, en el pómulo y la oreja izquierda.

"Según el testimonio del afectado, de casa de Sixto Tulio Camacho Lugo, los intrusos se sustrajeron un reloj avaluado en $40.000.oo y la suma de $7.000.oo. De la casa de Jesús Antonio Ardila Ardila faltaron varios objetos, principalmente joyas. Las dos viviendas y la de Mónica Ardila de Ardila, madre de Jesús Antonio, fueron requisadas pero de esta última nada se apropiaron.

"Jesús Antonio Ardila Ardila reconoció como uno de sus secuestradores y frustrados homicidas, a Ismael Quilindo Bambague, persona igualmente reconocida por los esposos Sixto Tulio Camacho Lugo y María Eugenia Gómez de Camacho, como uno de los individuos que fueron a su vivienda rural a sacar a sus hijos Gerardo y Sixto Tulio Camacho Gómez en la noche de la occisión" (Sent. segunda instancia. fls. 63 cd.13).

Por estos hechos, el Juzgado Único ad honorem de la ciudad de Neiva, profirió resolución acusatoria contra Ismael Quilindo Bambague, por los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, tentativa de homicidio y hurto, y ordenó reabrir la investigación en relación con Humberto Ramírez, Sargento Segundo del Ejército Nacional. (fls.356, 412 cd.1 causa 1648).

Causa No.1558:

"El 8 de abril de 1988, aproximadamente a las 8:30 de la noche, en una tienda de San Agustín (H) donde departía Miller Hernán Obando Meneses con un grupo de amigos, se presentaron varias personas que dijeron pertenecer a la

contraguerrilla del Batallón Magdalena. requisaron a los contertulios, los despojaron de algunos objetos y se llevaron a Obando Meneses. Lo condujeron inicialmente a casa de Marino Muñoz –la cual también requisaron–, con la pretensión de que les prestara un vehículo, la cual no cristalizaron por daños en el automotor. Uno de los aprehensores escoltó a Miller Hernán hasta la bomba de gasolina, en busca del campero de propiedad de Edilberto Jamioy, que Obando trabajaba. Hacia la media noche llegaron a la vivienda rural de Ovidio Castro, a quien no encontraron, requisaron la casa y se apropiaron de dinero y otros bienes. Una hora mas tarde (1 a.m. del 9 de abril de 1988), llegaron a la casa de Marco Tulio Dorado, a quien obligaron a ir con ellos. Hacia las 3 a. m., fueron a la casa de Luis Adán Benavides, a quien despojaron de su vehículo el cual fue abandonado sobre el cruce de la vía que conduce a San José de Isnos. Posteriormente se encontraron en el río Magadalena los cadáveres de Miller Hernán y Marco Tulio.

"Denis Muñoz Bolaños, novia de Miller Hernán, identificó a Ismael Quilindo Bambague como uno de los individuos que llevaban secuestrado a Obando Meneses. Bladimir Muñoz Bolaños, al ampliar su declaración, dijo que el entonces Cabo Humberto Martínez y Emiro Salamanca, habían pasado por el lugar al momento de los hechos, explicando que en su primera versión había callado por miedo.

"Mariela Imbachi Ibarra, también en ampliación, dijo que su esposo Luis Hernán Muñoz –señalado como uno de los autores del doble homicidio–, le confió antes de morir que había acompañado a los autores la noche de los hechos, especificando que Quilindo era quien los había matado, por orden del Cabo Ramírez. Ismael fue varias veces a su casa, a buscar a Luis, en horas inmediatamente anteriores a los hechos. Entre los partícipes ubicó también a los fallecidos Carlos Enrique Meneses y Octavio N., señalados por otros testigos" (Sentencia de segunda instancia. Fls.63 y 64, Cd. No.13).

De estos hechos conoció inicialmente la justicia ordinaria y después la de orden público, que dictó sentencia en primera instancia, la cual, junto con la actuación surtida a partir de los traslados previos a su proferimiento (fls.833, 898 y 1014 causa 1558), fue declarada nula por incompetencia. Clausurada la investigación y calificado el mérito del sumario, el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Pitalito (Huila), mediante proveído de 15 de enero de 1991, profirió resolución de acusación contra *Humberto Ramírez, Ismael Quilindo Bambague y Emiro Salamanca Anacona*, por los siguientes delitos: homicidio agravado y secuestro en Marco Tulio Dorado y Miller Hernán Obando Meneses; hurto calificado y agravado (arts.350 y.351 C.P.), en concurso homogéneo, en perjuicio de Pedro Antonio Ordóñez, Olivio Trujillo, Marco Tulio Dorado y Luis Adán Benavides Vargas, el último de estos ilícitos en cuantía superior a cien mil pesos (art.372

ejusdem); violación de habitación ajena, en concurso homogéneo; y, concierto para delinquir (fls.1120 ibidem). Esta providencia surtió ejecutoria el 11 de febrero de 1991 (fls. 1120 y 1193 vto.-3).

Causa No.1506:

"El domingo 5 de julio de 1988, mas o menos, a las 8 de la noche, fue sacado de su casa de habitación, en la Vereda Cascajal-Pajies, jurisdicción de Timaná (Huila), Gregorio Ome Vargas, por dos sujetos que una hora antes se habían presentado, posteriormente identificados como Ismael Quilindo Bambague e Isidro Pascuas Perdomo (sic). Al día siguiente fue encontrado el cadáver de Ome Vargas en el río Timaná.

"Alba Luz Torres Sánchez, compañera de Gregorio, no conocía a los intrusos, pero días después los vio en Pitalito, dando aviso de ello a las autoridades" (Sentencia de Segunda Instancia. fls.65 cd.13).

La investigación de estos hechos correspondió al Juzgado Primero de Instrucción Criminal de Pitalito, que por auto de 5 de diciembre de 1989 profirió resolución de acusación contra *Ismael Quilindo Bambague* e *Isidro Perdomo Pascuas*, por el delito de homicidio en Gregorio Ome Vargas, "con fines abyectos" (fls:199 causa 1506). Esta decisión alcanzó ejecutoria el 20 de los citados mes y año, según constancia vista a folios 225 ibidem.

Mediante providencias de 18 de abril de 1991 y 13 de febrero de 1992 (fls.19 Cd.4 causa 1558 y 414 Causa No. 1648), el Juzgado Unico Superior de Pitalito decretó la acumulación de las referidas causas y, con fecha 3 de septiembre de 1993, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad, dictó la respectiva sentencia, en la cual tomó las siguientes decisiones: condenó a *Ismael Quilindo Bambague* a la pena principal de 28 años de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado (art.324 C. P.), secuestro simple (art.269 C.P.), hurto agravado (art.351 C.P.), violación de habitación ajena (art.284 C.P) y concierto para delinquir (art.186 C. P.), de conformidad con los cargos formulados dentro de las causas Nos.1648, 1558 y 1506. A *Humberto Ramírez y Emiro Salamanca Anacona* a veinte (20) años de prisión, como autores responsables de los delitos de homicidio agravado (art.324), secuestro simple (art.269), hurto agravado (art.351), violación de habitación ajena (art.284) y concierto para delinquir (art.186), de acuerdo con los cargos deducidos en la causa No.1558. Y, a *Isidro Perdomo Pascuas*, a dieciseis (16) años de prisión, como autor del delito de homicidio agravado, según los cargos imputados en la causa No.1506. Como penas accesorias les impuso la de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, si la tuvieren, por un período de 10 años.

Finalmente, los condenó al pago de los daños y perjuicios causados con las infracciones (fls.84 y ss.).

Apelado este fallo por los procesados y sus defensores, el Tribunal Superior de Neiva, mediante el suyo de 21 de febrero de 1994, lo confirmó en todas sus partes, adicionándolo en el sentido de ordenar expedir copias para investigar el posible delito de falso testimonio en que pudieron haber incurrido algunos declarantes (fls.55 cd. No.13). No obstante que todos los procesados, cuando no directamente por intermedio de sus defensores, recurrieron en casación, solo el apoderado de Humberto Ramírez presentó escrito de sustentación del recurso.

LA DEMANDA

Con fundamento en los artículos 220 del Código de Procedimiento Penal y 51 del Decreto 2651 de 1991, causal primera de casación, cuerpo segundo, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar de manera indirecta la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 2º, 5º, 324, 269, 351, 284 y 186 del Código Penal y falta de aplicación de los artículos 21 del Código Penal y 246, 247, 248 y 253 del estatuto procesal, "debido a trascendentes errores de hecho, generados en interpretaciones falsas del acervo probatorio".

En desarrollo del cargo sostiene que la sentencia del Tribunal presupone la presencia de su representado en San Agustín (Huila) para la época de los hechos, partiendo del relato que Luis Muñoz Santacruz le hiciera a su mujer antes de su muerte, y de los testimonios de los familiares de las víctimas, desestimando las declaraciones de los Militares que lo ubican en sitio distinto. De esta manera, el juzgador incurre en un defecto de raciocinio motivado por varios errores de hecho en la apreciación de la prueba, dándoles alcance equivocado a unas e ignorando otras, así:

"... desecha totalmente los testimonios de los compañeros de trabajo del Cabo Humberto Ramírez, y en cambio le da una interpretación errónea a los testimonios sospechosos de los familiares de las víctimas que incurren en numerosas contradicciones" (fls.167-13).

Señala que, de esta forma, se ha incurrido en error de hecho en la apreciación de los testimonios de los primeros, al desestimar su credibilidad por ser militares y pensarse que están favoreciendo al procesado, y acoger, en cambio, los de los familiares de las víctimas. Actuó, por tanto, el Tribunal, "con desconocimiento de postulados procesales de la necesidad de la prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del procesado, con exclusión de la duda conforme lo establecen los artículos 246, 247 y 148 del C. de P. P., con violación de la sana crítica y de la apreciación en conjunto del material probatorio".

Respaldado en estas consideraciones, pide a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar absolver a su defendido.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la demanda presenta dos imprecisiones de orden técnico que la hacen inexaminable. De un lado, la alegación simultánea de las dos formas de violación (directa e indirecta) dentro de la misma censura, y en segundo lugar, la disconformidad existente entre el error de hecho planteado y el de derecho por falso juicio de convicción que finalmente pareciera desarrollar.

Sostiene que en el derecho colombiano el recurso extraordinario de casación está regido por el principio dispositivo, en tanto que habiéndose dispensado la justicia en las instancias, en esta sede solo corresponde denunciar los errores cometidos por el sentenciador, susceptibles de ser alegados en casación, razón por la cual es obligatorio para el recurrente determinar con claridad y precisión los aspectos que deben ser analizados por la Corte, los cuales fijan los límites mismos del recurso.

Destaca que los fallos de instancia analizan con suficiencia las pruebas que señalan a Humberto Ramírez como partícipe de los hechos, no siendo el testimonio de Maricla Imbachi el único elemento de convicción tenido en cuenta. Y concluye: "Ello se debió a que confrontado el referido testimonio con el indicio de presencia en el lugar de los hechos, además de confirmar –al contrario de lo manifestado por los compañeros militares de Ramírez– que éste se encontraba en el Municipio de San Agustín por la fecha de los acontecimientos, resultaba tal examen compatible con otras pruebas que también permitieron la deducción de la responsabilidad penal. No fue entonces, como lo dijo el recurrente, sólo el testimonio de la viuda de Muñoz Santacruz o de los familiares de los occisos los que dieron origen a la sentencia que se impugna, sino el conjunto de pruebas analizadas dentro de la sana crítica y de acuerdo con las reglas de la experiencia" (fls.16 cuaderno de la Corte).

Convencido de que el ataque obedece a criterios puramente subjetivos, mas no a una impugnación dentro de los parámetros de la técnica del recurso, sugiere a la Corte no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA

Ha de precisarse, en primer término, que el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, invocado por el actor como fundamento de la impugnación, no comprende

el recurso de casación en materia penal, pues ha venido entendiéndose que su contenido está orientado a descongestionar la justicia civil y laboral, siendo por tanto una norma específica con destinación especial, de ámbito restringido, que no puede tener efectos en un campo en donde la materia se encuentra íntegramente reglamentada por el Código de Procedimiento Penal (Cfr. Cas. enero 31/92. Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Cas.enero 30/92, Mag. Pte. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

En cuanto al contenido de la demanda, cierto es que el censor, al presentar el cargo, ataca el fallo por violación indirecta de la ley sustancial, y luego habla de infracción directa, pero cuando alude a esta última lo hace de manera aislada dentro del capítulo de las conclusiones, insistiendo a renglón seguido que la violación fue mediata, razón por la cual debe entenderse que se trata de un simple error de escritura, absolutamente intrascendente.

Lo que sí resulta inocultable, es la falta de claridad en el planteamiento del reproche y su ausencia de fundamentación. Como el Procurador Delegado lo sostiene, el censor pronto deja de lado la demostración de los errores de existencia e identidad inicialmente propuestos, para incursionar en el campo de la valoración del mérito de las pruebas, desviando la censura hacia un posible error de persuasión o convicción, que tampoco demuestra.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que cuando la apreciación de la prueba se funda en la sana crítica, como ocurre con la testimonial, los eventuales errores que el juzgador pueda cometer en el proceso de valoración de su grado de verosimilitud, son de naturaleza fáctica, siendo obligación del impugnante demostrar que la evaluación que de ellas se hizo en la sentencia difiere de la que imponen la lógica, la experiencia o la ciencia, y que de no haberse presentado este yerro, las conclusiones de ésta serían sustancialmente distintas.

No basta, pues, para la correcta presentación de la censura y su consiguiente estudio, la confrontación de criterios personales acerca de la forma como debió haberse valorado la prueba, ni las afirmaciones genéricas sobre la incidencia del supuesto yerro en la parte dispositiva del fallo. Es necesario que el actor precise de qué manera la valoración hecha por el juzgador desconoce los principios que informan la sana crítica, y cómo, en relación con el conjunto probatorio, el error desquicia la decisión impugnada.

Nada de esto hace el casacionista, quien, como se dejó visto, no trasciende la presentación del cargo, quedándose en el simple enunciado, al punto de no individualizar siquiera las pruebas cuya valoración cuestiona. De manera general, alude los testimonios de los militares que, en su opinión, avalarían la versión del

procesado, sin entrar en su estudio, y a las declaraciones de los familiares de las víctimas, que tampoco indica, para concluir, sin el menor esfuerzo dialéctico, que los primeros debieron ser acogidos por el juzgador y los últimos desestimados por contradictorios.

Dicho de otra manera, el censor omite demostrar la validez de sus afirmaciones y la incidencia del error denunciado en las conclusiones del fallo, en la equivocada creencia que esta obligación le compete a la Corte.

A margen de estas consideraciones, suficientes de suyo para desestimar el reproche, resulta oportuno señalar que la sentencia impugnada no se fundamentó exclusivamente en los testimonios de los familiares de las víctimas para afirmar la responsabilidad del procesado Humberto Ramírez en los hechos, sino que tuvo en cuenta otros elementos de prueba que el censor evita mencionar, como se deduce del siguiente aparte del fallo de segunda instancia, transcrito también por la Delegada:

"A la Sala merece credibilidad el relato sobre las revelaciones hechas por Luis Muñoz Santacruz a su mujer, poco antes de su muerte, dada su concordancia con las versiones de diversos testigos sobre la participación de *Ismael* en el secuestro de Obando, y la presencia de *Ramírez* en el lugar de los hechos y en el atisbo o vigilancia previa al escenario. Las numerosas declaraciones de militares situándo a *Humberto* en San Antonio del Pescado para la fecha de los hechos, se encuentran rebatidas en el proceso por porte ilegal de armas seguido contra Muñoz Santacruz, quien en su indagatoria manifestó que el revólver que portaba le había sido entregado por el Cabo *Ramírez* como cinco días antes de los hechos que generaron ese proceso, vale decir el 8 de abril de 1988. Y no en San Antonio del Pescado sino en San Agustín, donde por entonces tenía establecido su hogar el mencionado suboficial del ejército. Como la solidaridad del cuerpo no autoriza el falso testimonio, se adicionará la sentencia ordenando compulsar copias para que se investiguen los que no se encuentran prescritos" (fls.69-13).

El cargo no prospera.

OTRAS DECISIONES

1. Prescripción:

Advierte la Corte que la acción penal por los delitos de secuestro simple; hurto calificado y agravado en perjuicio de Pedro Antonio Ordóñez, Olivio Trujillo y Marco Tulio Dorado; y, concierto para delinquir, imputados dentro de la causa No.1558, por los cuales fueron condenados *Ismael Quilindo Bambague, Humberto*

Ramírez y Emiro Salamanca Anacona, se encuentra prescrita. Por tanto, declarará su ocurrencia y modificará la sentencia en los puntos pertinentes.

Secuestro simple (art.269 C.P., subrogado por el art.2º ley 40 de 1993). Para cuando los hechos sucedieron, adscribía como sanción pena privativa de la libertad de 6 meses a 3 años de prisión. Por tanto, el lapso prescriptivo para este ilícito, dentro de la etapa de juzgamiento, sería de 5 años (arts.80 y 84 C. P.), los cuales, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación en la referida causa (febrero 11 de 1991) a esta fecha, han transcurrido ampliamente.

Hurto calificado y agravado (arts.350 y 351 C. P.). Tiene señalada pena privativa de la libertad máxima de 12 años de prisión, de suerte que el término prescriptivo, dentro de la etapa del juicio, sería de 6 años, lapso también a estas alturas cumplido. Se excluye el hurto de que fue objeto el vehículo de propiedad de Luis Adán Benavides Vargas, pues, por concurrir la agravante del artículo 372 del Código Penal, el fenómeno no ha tenido ocurrencia.

Concierto para delinquir (art.186 C.P, modificado por la ley 365 de 1997, art. 8º). Penalizado para la época de los hechos (1988) con privación de la libertad hasta de 9 años cuando la banda actuaba en despoblado, y hasta de 12 si el procesado tenía la condición de cabecilla. Por tanto, el fenómeno prescriptivo dentro del juicio operaría en seis (6) años, los cuales ya se cumplieron.

2. *Casación oficiosa:*

a) *Nulidad parcial por incompetencia:*

Los acusados *Ismael Quilindo Bambague, Humberto Ramírez y Emiro Salamanca Anacona*, fueron condenados por el delito de violación de habitación ajena, descrito en el artículo 284 del Código Penal. Este ilícito, fue convertido en contravención especial por la ley 23 de 21 de marzo de 1991, correspondiéndole inicialmente su conocimiento a las autoridades de policía y ahora a los Jueces Penales y Promiscuos Municipales (art.16 ley 228 de 21 de diciembre de 1995).

Mayoritariamente la Sala ha sostenido que la unidad procesal por razón de la conexidad no puede mantenerse cuando el vínculo sustancial o procesal entrelaza delitos y contravenciones, por encontrarse derogado el artículo 90 del Decreto 522 que lo permitía, y existir, en cambio, el artículo 18.1 del Decreto 800 de 1991, que contrariamente prevé esta eventualidad como motivo de escisión procesal.

Esto significa que al causarse la referida subrogación de la conducta delictiva a contravención, el funcionario judicial que venía conociendo de ella perdió

competencia para seguir haciéndolo, y que la actuación cumplida desde entonces, en relación con este concreto hecho punible, se encuentra viciada de nulidad, debiendo la Corte, en ejercicio de la facultad oficiosa que le defiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, entrar a decretarla (art.229.1 ejusdem), lo cual hará a partir de la sentencia de primera instancia, pues para este momento, el juzgador ya carecía de competencia.

Consecuencia necesaria de esta decisión, sería la compulsación de copias para ante la autoridad competente a fin de que asuma el conocimiento del asunto en relación con esta conducta contravencional; si embargo, como es evidente la prescripción de la acción, dado el tiempo transcurrido desde la ejecutoria del llamamiento a juicio (febrero 11 de 1991), la Corte se abstendrá de hacerlo.

b) *Suspensión de la patria potestad*:

La Corte ha sostenido reiteradamente que la pena accesoria de suspensión de la patria postestad, por ser de carácter discrecional, deber ser fundamentada, conforme lo establece el artículo 52 del Código Penal, además de tener aptitud de concreción y guardar relación con el hecho que se imputa.

Como se advierte que en el presente caso los juzgadores de instancia no motivaron esta decisión, sino que se limitaron a imponer la pena asumiendo erradamente que advenía a la de prisión, habrá de invalidársele, acudiendo a la facultad consagrada en los citados artículos 228 y 229.1 del estatuto procesal.

3. *Dosificación punitiva*:

La extinción de la acción penal por los delitos de secuestro simple, asociación para delinquir y hurto calificado y agravado en perjuicio de Pedro Antonio Ordóñez, Olivio Trujillo, y Marco Tulio Dorado, al igual que por la contravención especial de violación de habitación ajena, por los cuales fueron condenados Ismael Quilindo Bambague, Humberto Ramírez y Emiro Salamanca Anacona, obliga a modificar en relación con ellos la pena tasada en la sentencia, así:

Ismael Quilindo Bambague: Fue condenado a la pena principal de 28 años de prisión. Respecto de este procesado el fallo se mantiene por los siguientes delitos: Homicidios de Gerardo Camacho Gómez, Sixto Tulio Camacho Gómez, Marco Tulio Dorado, Miller Hernán Obando Meneses y Gregorio Orne Vargas, en la modalidad de agravados; homicidio tentado, también agravado, en Jesús Antonio Ardila Ardila; y, hurto calificado agravado contra el patrimonio económico de Sixto Tulio Camacho Lugo y Luis Adán Benavides Vargas.

Puesto que del contenido de las sentencias no es posible determinar el aumento de pena por razón de los delitos prescritos, la Corte, teniendo en cuenta que no pudo haber sido superior a un (1) año, dadas la gravedad y pluralidad de los restantes delitos por los que también merecía incremento, la reducirá en dicho monto, para un total de 27 años de prisión, que es la pena privativa de la libertad que en definitiva debe pagar este procesado.

Humberto Ramírez: Fue condenado a veinte (20) años de prisión. El fallo se mantiene por los delitos de homicidio agravado en Marco Tulio Dorado y Miller Hernán Obando Meneses; y, hurto calificado y agravado en perjuicio de Luis Adán Benavides Vargas. Aplicando igual descuento por razón de la prescripción (1 año), la pena privativa de la libertad queda reducida a 19 años de prisión.

Emiro Salamanca Anacona: Se encuentra en idénticas condiciones del anterior. Fue sentenciado a 20 años de prisión y la condena en cuanto a él se mantiene por los mismos delitos. Por tanto, se le hará igual descuento (1 año), para un total 19 años de prisión.

En razón a que no se tasaron perjuicios en relación con los delitos cuya prescripción se declara, ni por virtud de la conducta contravencional, según se desprende del contenido de la sentencia de primera instancia y el dictamen pericial visto a folios 94 y 95 del cuaderno No.5 (Causa No.1558), ninguna modificación cabe introducir al fallo en este sentido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casacion Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1) Desestimar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Humberto Ramírez*.

2) *Declarar prescrita* la acción penal respecto de los delitos de secuestro simple, asociación para delinquir y hurto calificado y agravado en perjuicio de Pedro Antonio Ordóñez, Olivio Trujillo y Marco Tulio Dorado.

3) *Casar Parcialmente, de oficio*, la sentencia impugnada, con el fin de tomar las siguientes decisiones:

a) Decretar la nulidad de lo actuado en este proceso, en relación con la contravención especial de violación de habitación ajena, a partir del fallo de primera instancia.

b) Dejar sin efecto la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta a los procesados.

4) Como consecuencia de las decisiones tomadas en los numerales anteriores 2º y 3º literal a), las penas privativas de la libertad en relación con los procesados Ismael Quilindo Bambague, Humberto Ramírez y Emiro Salamanca Anacona, quedarán así:

a) *Ismael Quilindo Bambague*: Veintisiete (27) años de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado de que se hizo víctima a Gerardo Camacho Gómez, Sixto Tulio Camacho Gómez, Marco Tulio Dorado, Miller Hernán Obando Meneses y Gregorio Ome Vargas; homicidio agravado en la modalidad de tentativa en Jesús Antonio Ardila Ardila; y, hurto contra el patrimonio económico de Sixto Tulio Camacho Lugo y Luis Adán Benavides Vargas.

b) *Humberto Ramírez y Emiro Salamanca Anacona*: Diecinueve (19) años de prisión cada uno, como autores responsables de los delitos de homicidio agravado de que fueron víctimas Miller Hernán Obando Meneses y Marco Tulio Dorado; y, hurto calificado y agravado en perjuicio de Luis Adán Benavides Vargas.

5) Abstenerse de expedir copias para continuar la investigación respecto de la contravención especial de violación de habitación ajena, por los motivos señalados en la parte considerativa.

En lo demás, la sentencia recurrida conserva su validez.

Notifíquese 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.

PRESCRIPCION

*La casacionista admite que dicho Juzgado le reconoció al procesado la rebaja de pena prevista en el artículo 1° de la ley 48 de 1987, pero echa de menos un pronunciamiento al respecto del Tribunal. Mas no: se sabe que cuando el juzgado de segundo grado no disiente expresamente de las decisiones del a quo, éstas quedan, de suyo, vigentes; es decir que en este caso el Tribunal sí estuvo de acuerdo con la mencionada rebaja que en primera instancia se otorgó a (...), sino que consideró que esa rebaja no operaba para efectos de la prescripción: "De conformidad con el artículo 629 del C.P.P. –dijo el tribunal a fl.109– es cierto que la ley 48 de 1987, consagra una rebaja o aminorante de pena, pero esta no es una atenuante referida a la ley sino al juez que un momento dado la está dosificando: más concretamente, es una rebaja para la pena 'imponible', y no una rebaja a las penas máximas que consagran los diferentes dispositivos legales, **como lo consideró el juez a quo**". (se subraya).*

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

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No. 71.

Rad. 12089

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 14 de diciembre de 1993 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a Henry Mosquera Salas a la pena principal de 6 años de prisión por el delito de peculado.

ANTECEDENTES

1. Los hechos germen de este proceso los resume correctamente el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

"Los hechos que dieron origen a este proceso se remontan a los meses de mayo a diciembre del año de 1977, época en la cual en la cuenta No.900648-7 del Banco de Colombia, Sucursal Edificio Lara de Bogotá, de la cual era titular José Arboleda, se consignaron varios cheques con endoso falso, los que habían sido girados por diversas empresas a favor de la Tesorería Distrital y la Administración de Impuestos Nacionales.

Para lograr los títulos valores mencionados Arboleda contaba con la colaboración de varios funcionarios de la Administración de Impuestos Nacionales y del empleado de la Contraloría de la República Henry Mosquera Salas, quienes aparecen recibiendo grandes sumas de dinero de la cuenta corriente mencionada" (fls.1 y 2 cdno. Corte).

2. Abierta la investigación se recibieron las respectivas indagatorias y Mosquera Salas se declaró inocente de la apropiación oficial imputada.

Practicadas otras pruebas se cerró investigación y la misma fue calificada con auto de llamamiento a juicio contra Mosquera Salas por el delito de peculado por apropiación tipificado en el artículo 133 del Código Penal, providencia que, apelada por la defensa, fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá mediante la suya de junio 6 de 1987 (fl.9 cdno.6).

3. Celebrada la audiencia pública, el Juzgado 64 Penal del Circuito condenó a Mosquera Salas a 6 años y 8 meses de prisión, de conformidad con la referida acusación por peculado (fl.112-8, fallo de septiembre 3 de 1993).

Apelada dicha providencia por la defensa, el Tribunal, mediante la suya que fue objeto de casación, la confirmó (fls.96 y 128 cdno.1 Tribunal).

Recurrido en casación dicho fallo, esta Sala, mediante providencia de febrero 22 de 1996 (fl.116 cdno.1 Corte, M.P. Dr. Mejía Escobar), casó el mismo y declaró la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, del referido fallo complementario, por considerar que a través de él se había violado el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, al ir más allá de lo que dicha norma faculta y dispuso esta Sala que en Tribunal se corrieran los traslados correspondientes a la referida sentencia de 14 de diciembre de 1993.

El Tribunal cumplió lo ordenado allí, disponiendo que el proceso "permanezca en Secretaría Durán te el término de ejecutoria correspondiente a la sentencia de segunda instancia, según lo indicado. Entérese a los sujetos procesales (fl.293 cdno. Tribunal No. 1).

Dicha sentencia de segunda instancia, de diciembre 14 de 1993, fue recurrida en casación por la defensora del procesado Henry Mosquera Salas

La demanda

El casacionista a nombre de Henry Mosquera Salas hace un "cargo único" al amparo del artículo 220-1, cuerpo primero, del Código de Procedimiento Penal, violación directa de la ley por falta de aplicación del artículo 1º de la ley 48 de 1987, según el cual se ordena conceder una rebaja de la sexta parte de la pena privativa de la libertad que se imponga por delitos cometidos antes del 1º de julio de 1986.

Dice el censor que, de conformidad con ese precepto, el Juzgado 64 Penal del Circuito de la pena de 8 años hizo la respectiva disminución, quedando ésta en 6 años y 8 meses de prisión, pero el Tribunal, al conocer de la apelación, redujo la vista sanción a 6 años de prisión por considerar que era aplicable el inciso 1º del artículo 133 del Código Penal, y no el inciso 2º como lo consideró el juzgador de primer grado, "pero no se dedujo la mentada rebaja papal" (fl.66 cdno.2 Tribunal).

Insiste en que el peculado objeto del fallo fue cometido en el año de 1977, motivo por el cual sí procedía la referida rebaja.

Así las cosas, pide que se case el fallo y se otorgue la mencionada rebaja de pena.

Concepto de la Procuraduría

El referido señor Procurador Delegado en lo Penal dice que no le asiste razón al demandante porque el Tribunal en su fallo de adición de enero 28 de 1994, corrigió su inicial sentencia y declaró que la pena que se debía imponer al procesado era la de 6 años y 8 meses resuelta por el juzgador de primer grado "incluida la rebaja por razón de la ley 48 de 1987, revocando en lo pertinente la sentencia de diciembre 14 de 1993" (fls.135 y 136 cdno. No.1).

Conceptúa entonces que el cargo no prospera y la demanda no debe casarse.

Consideraciones de la Corte

1. *Cuestión previa: sobre la prescripción.*

Como lo sostuvo esta Sala en auto de marzo 4 del año en curso (fl.28 cdno. Corte) y también lo reitera el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en el oficio mediante el cual remitió con fecha de ayer este proceso para fallo, la acción penal aquí prescribe el 24 de los corrientes, es decir el día de hoy,

entendiéndose que dicho día judicial termina a las 24 horas, es decir, a las 12 de la noche.

2. La Delegada olvidó que el mencionado fallo de complemento de 28 de enero de 1994 fue anulado por la Corte en la referida oportunidad, quedando únicamente vigente la sentencia de diciembre 14 de 1993 (fl.96 cdno. Tribunal No. 1), la cual, como se dijo, rebajó en 8 meses la pena impuesta en primera instancia, por considerar que era aplicable el inciso 1° del artículo 133 del Código Penal y no el inciso 2° como decidió el Juzgado 64 Penal del Circuito, "por ser ley intermedia y aplicable por favorabilidad", dijo el Tribunal a folio 109.

La casacionista admite que dicho Juzgado le reconoció al procesado la rebaja de pena prevista en el artículo 1° de la ley 48 de 1987, pero echa de menos un pronunciamiento al respecto del Tribunal. Mas no: se sabe que cuando el juzgado de segundo grado no disiente expresamente de las decisiones del a quo, éstas quedan, de suyo, vigentes; es decir que en este caso el Tribunal sí estuvo de acuerdo con la mencionada rebaja que en primera instancia se otorgó a Mosquera Salas, sino que consideró que esa rebaja no operaba para efectos de la prescripción: "De conformidad con el artículo 629 del C.P.P. –dijo el tribunal a fl.109– es cierto que la ley 48 de 1987, consagra una rebaja o aminorante de pena, pero esta no es una atenuante referida a la ley sino al juez que un momento dado la está dosificando: más concretamente, es una rebaja para la pena 'imponible', y no una rebaja a las penas máximas que consagran los diferentes dispositivos legales, *como lo consideró el juez a quo*". (Se resalta).

Y el Tribunal incluso le rebajó la pena al procesado en 8 meses, razón de más para que el recurrente no tuviera interés en su protesta.

Salta a la vista, pues, que el fallo atacado *sí le reconoció la rebaja de pena que afirma no reconocida la casacionista.*

En fin, como el hecho que invoca la censora como base de su reproche *no existió*, éste pierde todo sustento y entonces es apenas obvio que no salga avante.

La demanda, pues, no prospera y el fallo no se casará.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo, en parte, con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

No Casar el fallo recurrido. En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jaime Rico Carvajal, Conjuez; 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.

HABEAS CORPUS/ COMPETENCIA

La Sala carece de competencia para adelantar el trámite de la acción pública de habeas corpus, no solamente por cuanto se trata de un mecanismo especial de defensa de la libertad que exige un pronunciamiento rápido y preferente dada su naturaleza y finalidades, por lo que no es dable a los jueces colegiados como la Corte conocer de ella, sino por cuanto tal acción no puede ejercerse ante el juez que viene conociendo del proceso.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Carlos Augusto Galvez Argote.*

Aprobado Acta No.73

Rad. 12646

VISTOS

Invocando ante la Corte la acción de habeas corpus, solicita el procesado Wilson de Jesús Manco Bedoya quien se encuentra recluído en la Cárcel Judicial de Bellavista, le sea concedida la libertad.

CONSIDERACIONES

1o. Wilson de Jesús Manco Bedoya fue condenado por un Juzgado Regional de Medellín, en decisión confirmada por el Tribunal Nacional el 3 de enero de 1996, a la pena principal de 26 años de prisión y multa de 100 salarios mínimos mensuales. Contra esta decisión su apoderada interpuso el recurso extraordinario de casación habiendo presentado la demanda sustentatoria correspondiente, encontrándose el proceso al despacho para decidir sobre si reune o no los requisitos a que se refiere el art. 225 del C. de P.P.

2o. Sobre la base de que lleva privado de la libertad más de tres (3) años –pues según afirma fue capturado el 20 de enero de 1994–, "sin abérseme condenado", aduce el procesado la acción de habeas corpus consagrada en la Constitución Política y en los arts. 5 y 434, 435, 436, y 437 del C. de P.P.

3o. Así las cosas, frente a esta petición elevado por el interno Manco Bedoya se impone recordar, que la Sala carece de competencia para adelantar el trámite de la acción pública de habeas corpus, no solamente por cuanto se trata de un mecanismo especial de defensa de la libertad que exige un pronunciamiento rápido y preferente dada su naturaleza y finalidades, por lo que no es dable a los jueces colegiados como la Corte conocer de ella, sino por cuanto tal acción no puede ejercerse ante el juez que viene conociendo del proceso, tal y como sucede en el presente caso.

4o. Surge entonces meridianamente claro que la pretendida acción de habeas corpus presentada por Manco Bedoya es improcedente y consecuencia de ello es que la Sala deba abstenerse de resolver sobre la misma.

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

RESUELVE

1o. Abstenerse de resolver la acción pública de habeas corpus presentada por Wilson de Jesús Manco Bedoya, por improcedente.

2o. En consecuencia, negar la libertad por éste solicitada.

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.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO

Con relación al beneficio administrativo de las 72 horas previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, en providencia del 19 de marzo último se le indicó al petente que solo es procedente "para aquellos procesados que ostenten la calidad de condenados, situación que no se da en el presente asunto, en razón a que la sentencia aún no se encuentra en firme" (fl. 59), razón por la cual la Sala se abstuvo de pronunciarse sobre las rebajas que por trabajo y estudio le puedan corresponder.

*Sin embargo, ahora la situación se presenta diferente, dado que el Gobierno Nacional con fecha 12 de los corrientes mes y año, expidió el Decreto No. 1542, publicado en el diario oficial No. 43.061 del lunes 16 de junio de 1997, "Por el cual se dictan medidas en desarrollo de la Ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", en cuyo artículo 5° consagra que "Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, **a cuyo recurso de casación se encuentre pendiente**, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados" (Negrillas fuera de texto).*

Siendo así que de conformidad con lo previsto en el artículo 20 el referido decreto rige a partir de la fecha de su publicación, es entendido que el citado beneficio administrativo podrá ser concedido por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, también en favor de quienes se hallen condenados aún sin que la sentencia respectiva se halle en firme, desde luego que, solo en los casos en que se cumplan las condiciones consagradas en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

*Una de ellas consiste en que el interno se halle en "fase de mediana seguridad", lo que según el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 ya mencionado, se entiende cuando el peticionario haya **superado la tercera parte de la pena impuesta y "observado buena conducta** de conformidad con el concepto que al respecto rinda el Consejo de Evaluación".*

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta No. 72.

Rad. 10145

El procesado *Mario Durán Yepes*, quien se halla detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia, solicita que se le informe el estado actual del proceso; se decida el recurso extraordinario favorable o desfavorablemente "teniendo en cuenta que por causa de la morosidad presentada me encuentro perjudicado por no poder solicitar el beneficio administrativo según lo estipulado en la Ley 65 de 1993. Código Penitenciario. Beneficio de las 72 horas".

Agrega que "Soy conocedor de que existe un fallo constitucional donde especifican que cuando se apela una condena ya sea por derecho constitucional art. 29 la Honorable Corte ha declarado nulidad procesal a aquellas solicitudes que después de haber transcurrido 3 años o más como en mi caso, se les ha decretado nulidad. Debido a la morosidad" (fl. 77 y 78).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En reiteradas oportunidades y a través de la Asesoría Jurídica del Centro de Reclusión, se ha informado al libelista el estado de su asunto, esto es, que el recurso de casación interpuesto por el Procurador 64 en lo Penal ante el Tribunal Superior de Cali, se halla con proyecto de fallo y en turno legal para decisión.

Así mismo, con relación al beneficio administrativo de las 72 horas previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, en providencia del 19 de marzo último se le indicó al peticionario que solo es procedente "para aquellos procesados que ostenten la calidad de condenados, situación que no se da en el presente asunto, en razón a que la sentencia aún no se encuentra en firme" (fl. 59), razón por la cual la Sala se abstuvo de pronunciarse sobre las rebajas que por trabajo y estudio le puedan corresponder.

Sin embargo, ahora la situación se presenta diferente, dado que el Gobierno Nacional con fecha 12 de los corrientes mes y año, expidió el Decreto No. 1542, publicado en el diario oficial No. 43.061 del lunes 16 de junio de 1997, "Por el cual se dictan medidas en desarrollo de la Ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", en cuyo artículo 5° consagra que "Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y

penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, *o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente*, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados" (Resaltado fuera de texto).

Siendo así que de conformidad con lo previsto en el artículo 20 el referido decreto rige a partir de la fecha de su publicación, es entendido que el citado beneficio administrativo podrá ser concedido por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, también en favor de quienes se hallen condenados aún sin que la sentencia respectiva se halle en firme, desde luego que, solo en los casos en que se cumplan las condiciones consagradas en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Una de ellas consiste en que el interno se halle en "fase de mediana seguridad", la que según el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 ya mencionado, se entiende cuando el peticionario haya *superado la tercera parte de la pena impuesta* y "*observado buena conducta* de conformidad con el concepto que al respecto rinda el Consejo de Evaluación".

Así las cosas, corresponde en este caso concreto a la Corte pronunciarse de manera provisional y sólo para dicho efecto, sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho Mario Durán Yepes por las labores realizadas Durante el tiempo en reclusión, pues solo de esa manera podrá acreditar ante las autoridades carcelarias y penitenciarias el cumplimiento del referido requisito objetivo, siendo claro que la concesión o negativa del beneficio administrativo, corresponde exclusivamente a los directores de los centros de reclusión, en la forma y bajo las condiciones señaladas en las preceptivas antes mencionadas.

El Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia del 2 de mayo de 1994, condenó a Durán Yepes a la pena privativa de la libertad de trece (13) años y seis (6) meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio imperfecto en concurso con el de porte ilegal de armas, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad el 14 de julio siguiente, con la aclaración de que el homicidio por el que se condena, es el imperfecto y simple y no el agravado como se había indicado en la resolución de acusación.

El procesado fue capturado el 25 de abril de 1993, es decir, a la fecha ha descontado efectivamente en reclusión cincuenta (50) meses. Por trabajo se le certifican 3.719 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 le representan una rebaja equivalente a siete (7) meses y veintidós (22) días. Por estudio acredita 1.388 horas que de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 de la misma Ley, le reportan una rebaja adicional de tres (3) meses y veinticinco (25) días, para un acumulado *de sesenta y un (61) meses y diecisiete (17) días*, superiores a la tercera parte de la sanción impuesta en los fallos de instancia.

Por último, debe puntualizarse que cualquier determinación con relación a la invalidación del proceso, en sede de casación solo puede realizarse mediante el fallo que ponga término al recurso extraordinario, por las causales previstas en la Constitución y la ley, motivo por el cual la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre la nulidad aducida por el libelista.

Copia de esta providencia se remitirá al Director del establecimiento de reclusión donde Durán Yepes se halla privado de su libertad y al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", con la finalidad de darse a conocer en todos los centros de reclusión del país, dado que en cumplimiento del Decreto 1542 del 12 de los corrientes mes y año, el criterio reiterado hasta ahora por la Corte con relación a la aplicabilidad del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, ha perdido su vigencia.

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

RESUELVE

1° Reconocer al procesado Mario Durán Yepes en forma provisional y solo para los efectos previstos en el artículo 5° del Decreto No. 1542 del 12 de junio del corriente año, una rebaja de pena equivalente a *once (11) meses y diecisiete (17) días*, correspondientes a 3.719 horas de trabajo y 1.388 horas de estudio, cumplidas Durán te el tiempo en reclusión en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali y Cárcel del Circuito Judicial de Cartago (Valle).

2° Abstenerse de considerar la petición de nulidad que eleva el citado procesado, por las razones consignadas en la parte motiva. Con la notificación personal que se haga al peticionario mediante despacho comisorio, queda enterado del estado actual de su proceso.

3° Copia de esta providencia remítase al Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia para lo de su competencia y al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para los fines indicados en precedencia.

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.

RECUSACION/ CUERPO COLEGIADO

La ley determina que "Si la recusación versa sobre magistrado y el recusado no la aceptare, decidirán los restantes magistrados de la sala" (art. 109 C. de P. P.'), lo cual está excluyendo, para casos como el ahora analizado, alguna participación externa en la decisión.

Como el trámite debe efectuarse conjuntamente cuando la causal de separación del conocimiento se extienda a varios integrantes de la corporación (art. 107 ib.), al ir dirigida contra los tres miembros de la Sala de Decisión nadie queda "restante" en ella, lo cual no puede dar lugar a un cambio de entidad que, según se ha mencionado, no se encuentra legalmente establecido; se entiende que quien "siga en turno" es un Magistrado del mismo órgano judicial competente, en el orden y la cantidad subsecuente a los recusados, acudiendo al sorteo de conjuez si fuere necesario.

La determinación de la Sala así conformada es decisiva, terminando de esta manera el incidente, sin que la Corte tenga intervención en este caso, puesto que no existe norma que le otorgue competencia ni la decisión que se adopte es susceptible de recurso alguno (art. 117 ib.).

Sobre el particular, la Corte ha expuesto lo siguiente, en criterio que ahora reitera:

"En tratándose de la recusación de toda la sala de decisión es neCésario que el trámite se haga de manera conjunta por los recusados, tal como se prevé expresamente para el caso de impedimento que afecta 'a varios integrantes de la sala' (art. 107), ya que estando todos recusados ninguno podría entrar a conocer de la recusación de sus compañeros de sala, y en estas circunstancias la competencia para pronunciarse sobre este asunto correspondería a la sala presidida por el Magistrado que 'siga en turno'." (Auto, Jun.29/93, rad. 8489, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., junio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N° 73

Rad. 13214

VISTOS

Corresponde a la Corte pronunciarse sobre la recusación propuesta contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, integrada por los Magistrados *María Del Rosario González de Lemos, Anna Hilda Gudziol Vidal* y *Herney Hoyos Garcés*, para conocer del proceso seguido contra *Elías Ortiz Montoya* y *Efraín Erazo Labrada*.

ANTECEDENTES

1° La Fiscalía Seccional 26 de Cali, mediante providencia de marzo 27 de 1996, profirió resolución de acusación contra *Elías Ortiz Montoya* y *Efraín Erazo Labrada* como presuntos coautores de dos delitos de homicidio agravado, cometidos en esa ciudad el 16 de agosto de 1994, uno consumado contra Harold Medina Urcue y el otro en grado de tentativa, contra Oscar Medina Urcue, hermano del anterior, y porte ilegal de armas de fuego, en concurso (fs. 306 a 323).

2° El Juzgado 10° Penal del Circuito de Cali, en fallo de 23 de octubre de 1996 (fs. 436 a 452), condenó a los implicados Ortiz Montoya y Erazo Labrada a la pena principal de 30 años y 6 meses de prisión, por el concurso de hechos punibles antes indicado, estimando, en relación con los atentados contra la vida, que no se daba la circunstancia de agravación atribuida en la resolución de acusación (art. 324-7 C. P.).

3° Recurrida la sentencia por los procesados y su defensor, quien sustentó, el Tribunal Superior de Cali, en Sala de Decisión Penal integrada por los Magistrados María del Rosario González de Lemos, Ana Hilda Gudziol Vidal y Herney Hoyos Garcés, en auto de fecha 25 de febrero del año en curso (fs. 469 a 478), decretó la nulidad del fallo al considerar que el a quo "se apartó, sin razón, de los presupuestos básicos de la acusación lo que vulnera la estructura del proceso dando lugar a la medida extrema con el fin de que armonice la sentencia con los presupuestos fácticos probados en el devenir procesal", pues no podía desestimar la circunstancia de agravación del aprovechamiento de la indefensión, respecto de los delitos de homicidio consumado y tentado.

4° En acatamiento a lo resuelto por el superior, el funcionario de conocimiento, convertido entre tanto en Octavo Penal del Circuito, en providencia de 17 de marzo siguiente (fs. 479 a 501) impuso a los incriminados pena privativa de la libertad de 50 años y 6 meses de prisión, "en virtud de haber sido hallados responsables de los delitos de Doble Homicidio Agravado, uno en grado de tentativa y porte ilegal de armas, que se les atribuyó en la resolución acusatoria...".

5° El fallo anterior fue recurrido por los procesados y su defensor; realizada audiencia de sustentación oral de su recurso, el incriminado Elías Ortiz Montoya, en escrito presentado el 2 de mayo (fs. 543 a 547), recusó a los miembros de la Sala de Decisión, invocando la causal 6 del artículo 103 del C. de P. P. (modificado, L. 81/93. art. 15), por cuanto "dictó una providencia, o mejor, participaron los miembros de la Sala dentro del proceso", donde expusieron que debía condenársele por homicidio agravado. Precisa el recusante que esa participación "es sustancial debido a que la Sala señaló un derrotero jurídico para que se dicte la nueva sentencia y en esas condiciones un recurso de apelación sobre la misma difícilmente se va a tramitar en la Sala con criterio de imparcialidad cuando antes ya se había conceptuado jurídicamente al respecto."

6° La Sala de Decisión del Tribunal, en proveído de fecha 7 de mayo (fs. 549 a 556), declaró infundada la recusación, indicando frente al punto propuesto por el procesado Ortiz Montoya, que su intervención obedeció al "estricto marco de sus funciones judiciales de segunda instancia". Transcribe apartes de dos providencias de la Corte y agrega que tampoco puede entenderse "que exista prejuzgamiento pues... la providencia estuvo centrada, exclusivamente, a la inconcordancia, no justificada, de la sentencia condenatoria de primera instancia con los cargos atribuidos en la resolución de acusación. No estudió la Sala el fondo del asunto; tan solo se refirió al específico aspecto de la estructuración de la agravante..."

Dispuso entonces remitir la actuación a esta corporación, "De acuerdo con el art. 109 del C. de P. Penal, ... para que defina la situación jurídica procesal presentada".

Consideraciones de la Corte

No corresponde a esta corporación resolver el asunto aquí propuesto. En efecto:

La ley determina que "Si la recusación versa sobre magistrado y el recusado no la aceptare, decidirán los restantes magistrados de la sala" (art. 109 C. de P. P.), lo cual está excluyendo, para casos como el ahora analizado, alguna participación externa en la decisión.

Como el trámite debe efectuarse conjuntamente cuando la causal de separación del conocimiento se extienda a varios integrantes de la corporación (art. 107 ib.), al ir dirigida contra los tres miembros de la Sala de Decisión nadie queda "restante" en ella, lo cual no puede dar lugar a un cambio de entidad que, según se ha mencionado, no se encuentra legalmente establecido; se entiende que quien "siga en turno" es un Magistrado del mismo órgano judicial competente, en el orden y la cantidad subsecuente a los recusados, acudiendo al sorteo de conjuez si fuere neCésario.

La determinación de la Sala así conformada es decisiva, terminando de esta manera el incidente, sin que la Corte tenga intervención en este caso, puesto que no existe norma que le otorgue competencia ni la decisión que se adopte es susceptible de recurso alguno (art. 117 ib.).

Sobre el particular, la Corte ha expuesto lo siguiente, en criterio que ahora reitera:

"*En tratándose de la recusación de toda la sala de decisión es neCésario que el trámite se haga de manera conjunta por los recusados, tal como se prevé expresamente para el caso de impedimento que afecta 'a varios integrantes de la sala' (art. 107), ya que estando todos recusados ninguno podría entrar a conocer de la recusación de sus compañeros de sala, y en estas circunstancias la competencia para pronunciarse sobre este asunto correspondería a la sala presidida por el Magistrado que 'siga en turno'.*" *(Auto, Jun.29/93, rad. 8489, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).*

Tal es la situación que ofrece el asunto propuesto, donde toda la Sala de Decisión del Tribunal de Cali fue recusada, de manera que de su manifestación conjunta de no aceptación debe conocer la Sala de Decisión que le sigue en turno.

En consecuencia, la Corte se abstendrá de pronunciarse sobre la recusación propuesta por el implicado Elías Ortiz Montoya contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali que viene conociendo de la segunda instancia de este proceso y, en su lugar, dispondrá la devolución de la actuación a dicho despacho judicial, para que proceda de conformidad con lo antes indicado.

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

RESUELVE

1° Abstenerse de conocer sobre la recusación presentada contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali que conoce de este proceso.

2° Como consecuencia de lo anterior, vuelva la actuación al Tribunal de origen, para que se proceda de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

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.

CASACION/ PERSONERO MUNICIPAL/ MINISTERIO PUBLICO

De acuerdo con lo previsto por el artículo 36 de la ley 81 de 1993, que entró en vigencia el 2 de noviembre de 1993 y modificó el 222 del C. de P. P., el recurso de casación "podrá ser interpuesto por el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil, el fiscal, el Ministerio Público y el tercero civilmente responsable. ..."

Por su parte, el artículo 21 de la citada ley, que introdujo la norma del 131-A del estatuto procesal penal, encomienda a los personeros municipales las funciones del Ministerio Público "en los asuntos de competencia de los juzgados penales y promiscuos municipales y de los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales y promiscuos", sin perjuicio de que funcionarios de la Procuraduría General de la Nación las asuman directamente. En forma complementaria, el artículo 93 de la ley 201 de 1995 remite las funciones en asuntos penales de los personeros, a las asignadas por el Código de Procedimiento Penal, o sea las antes referidas.

De esta manera, no está dentro de las funciones del Personero Municipal actuar como agente del Ministerio Público en segunda instancia ante un Tribunal Superior de Distrito Judicial, cuya cabecera, por cierto, está ubicada en municipio distinto al de la circunscripción de aquél, y contando además esa corporación con Procurador Judicial Penal, quien evidentemente es el titular de la función y como tal fue personalmente notificado del fallo de segunda instancia.

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., junio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobada Acta No.73

Rad. 12674

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Personero Municipal de Tumaco contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, de fecha 30 de agosto de 1996, dictada en procesos acumulados seguidos contra *Francisco Javier Alegría Angulo* por los delitos de homicidio, acto sexual violento, corrupción y hurto.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado 1° Penal del Circuito de Tumaco, mediante sentencia de 27 de mayo de 1996, condenó al procesado *Francisco Javier Alegría Angulo* a la pena de 26 años menos un día de prisión, al hallarlo responsable del delito de homicidio de que fuera víctima Aura Dalia Rivas Caicedo y acto sexual violento en la menor Pilar Jimena Cuero Rincón.

Lo absolvió en relación con el delito de corrupción en la misma Pilar Jimena Cuero Rincón y por el delito de hurto en bienes de propiedad de Gustavo Gil Gil (fs. 337 a 358 cdno. 2).

2. Recurrida la sentencia por el implicado *Alegría Angulo* y por su defensora, el Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, en fallo de 30 de agosto siguiente, la revocó para en su lugar absolver al procesado por todos los cargos formulados en los procesos acumulados, y como consecuencia de ello, dispuso la libertad del acusado (fs. 379 a 405 cdno. 2).

La sentencia de segunda instancia fue notificada personalmente a la representante del Ministerio Público ante el Tribunal, quien guardó silencio (f. 405 vto. ib.).

El Personero Municipal de Tumaco interpuso recurso extraordinario de casación, impugnación que concedió el Tribunal de Pasto por auto del 1° de octubre siguiente (f.411 ib.): "Tanto por la condición legal de quien lo solicita como por la cantidad de pena de que aquí se trata, *se concede el recurso extraordinario de casación* interpuesto por el señor Personero Delegado en lo Penal de Tumaco".

Presentada la demanda y surtidos los traslados de rigor, el Tribunal envió el proceso a esta corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De acuerdo con lo previsto por el artículo 36 de la ley 81 de 1993, que entró en vigencia el 2 de noviembre de 1993 y modificó el 222 del C. de P. P., el recurso de

casación "podrá ser interpuesto por el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil, el fiscal, el Ministerio Público y el tercero civilmente responsable. ..."

Por su parte, el artículo 21 de la citada ley, que introdujo la norma del 131-A del estatuto procesal penal, encomienda a los personeros municipales las funciones del Ministerio Público "en los asuntos de competencia de los juzgados penales y promiscuos municipales y de los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales y promiscuos", sin perjuicio de que funcionarios de la Procuraduría General de la Nación las asuman directamente. En forma complementaria, el artículo 93 de la ley 201 de 1995 remite las funciones en asuntos penales de los personeros, a las asignadas por el Código de Procedimiento Penal, o sea las antes referidas.

De esta manera, no está dentro de las funciones del Personero Municipal actuar como agente del Ministerio Público en segunda instancia ante un Tribunal Superior de Distrito Judicial, cuya cabecera, por cierto, está ubicada en municipio distinto al de la circunscripción de aquél, y contando además esa corporación con Procurador Judicial Penal, quien evidentemente es el titular de la función y como tal fue personalmente notificado del fallo de segunda instancia.

Tomando lo anterior en cuenta, se tiene que el recurso de casación interpuesto por el Personero de Tumaco contra el fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, no es procedente, por falta de legitimación para recurrir, habida consideración que quien lo interpuso no tiene la condición de agente del Ministerio Público ante dicha corporación.

No se discute que el Ministerio Público pueda interponer la impugnación extraordinaria, pero quien está legitimado para cumplir tal actividad como sujeto procesal es, obviamente, el Procurador Judicial Penal asignado ante el Tribunal Superior del correspondiente Distrito Judicial (art. 90 L. 201/95 y normas complementarias).

Lo anterior, además en base a que la representación del Ministerio Público en el trámite de un mismo proceso, entre otras razones para preservar el equilibrio entre las partes, no puede ser ejercida simultáneamente por dos o más agentes en la misma instancia, menos aún para incoar el recurso extraordinario de casación, y la función de interponerlo está reservada al Procurador Judicial válidamente instituido para actuar ante el despacho judicial que profirió el fallo pasible del recurso.

Admitir que quien estaba facultado para obrar como representante del Ministerio Público en actuación instruida y calificada por Fiscal Seccional, lo continúe haciendo y así aparezca también en la segunda instancia para interponer el recurso de casación, equivale a alterar la organización procesal.

El acucioso Personero debe entender que su representación del Ministerio Público tiene unos límites, tanto territoriales como funcionales, y que no podía arrogarse la atribución propia de la Procuraduría Judicial Penal destacada ante el Tribunal, cuya titular había sido notificada personalmente y era quien podía optar por recurrir.

Ese desbordado pedimento del Personero Municipal de Tumaco resultaba por ende inadmisible, y así debió declararlo el Tribunal Superior de Pasto, pese a lo cual el recurso fue concedido, rompiendo las bases propias del juicio en forma que sólo la nulidad puede remediar.

Se decretará, entonces, la nulidad del auto de fecha 1° de octubre de 1996, por medio del cual el Tribunal Superior de Pasto concedió el recurso, al igual que la actuación subsiguiente, y en su lugar no se concederá el recurso extraordinario de casación, por falta de legitimación de quien lo interpuso.

En firme lo anterior, el expediente regresará al despacho judicial de origen.

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

RESUELVE

1. Decretar la nulidad de lo actuado, inclusive desde el auto de fecha octubre 1° de 1996, por medio del cual el Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, admitió el recurso de casación interpuesto por el Personero Municipal de Tumaco contra la sentencia de fecha 30 de agosto del mencionado año, proferida por dicha corporación.

2. No Conceder esa impugnación extraordinaria, por falta de legitimación de quien la interpuso.

Cópiese, notifíquese y vuelva a la oficina 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.

COLISION DE COMPETENCIA/ABUSO DE CONFIANZA/ HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que son varias las diferencias que pueden establecerse entre los punibles de hurto agravado por la confianza y abuso de confianza.

En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, también lo es que en el delito de hurto agravado el bien puede estar en poder del agente pero sin vínculo jurídico sobre el mismo, ya que el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se encuentra en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del sujeto activo de la infracción.

Sobre este aspecto la Corte ha sostenido:

"Repetidamente se ha dicho por esta Corporación que tanto en el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito lucrativo por parte del agente a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico.

"A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por un título no traslaticio de dominio"; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

"El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la

cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente.

"Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos ..., no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos". (Casación del 17 de enero de 1984, M.P. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo).

Corte Suprema de Justicia.– Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C.,veintiséis (26) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Doctor *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 73

Rad. 13139

VISTOS

Resuelve la Corte la Colisión de competencias negativa surgida entre el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca) y el Juzgado Sesenta y Tres Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en el proceso que por un delito contra el patrimonio económico se adelanta contra Hugo Orlando Gómez Díaz.

HECHOS

Así los narró el Juzgado Sesenta y Tres Penal Municipal de esta ciudad capital:

"Informó la querellante María Dolores Acosta Rodríguez que en los primeros días de febrero del mil novecientos noventa y cinco (1995) entregó, en la ciudad de Bogotá, D.C., al procesado Hugo Orlando Gómez Díaz la suma de trescientos diez mil ($310.000.oo) pesos para que se los consignara en la cuenta de ahorros que ella posee en la localidad de Guasca, Cundinamarca. El inculpado en mención en varias ocasiones llamó telefónicamente, desde Guasca a Bogotá, a doña María

Dolores y le hizo saber que ya había cumplido con la gestión encomendada. Sinembargo, la querellante posteriormente estableció que Gómez Díaz no había efectuado la consignación sino que se había apropiado del dinero".

ANTECEDENTES

1. Por los anteriores hechos la señora María Dolores Acosta Rodríguez presentó denuncia penal, por el delito de abuso de confianza, ante el Juez Promiscuo Municipal de Guasca, despacho éste que la remitió a la Oficina de Asignaciones de la Dirección Seccional de Fiscalías de Santafé de Bogotá por competencia.

2. La Fiscal Local 111, luego de adelantar la investigación previa, mediante resolución del 15 de septiembre de 1995, declaró abierta la instrucción. Después de celebrada la audiencia de conciliación, y ante el incumplimiento de lo allí pactado, se ordenó proseguir con la averiguación, resolviéndose la situación jurídica a Hugo Orlando Gómez Díaz con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de hurto agravado por la confianza.

Al momento de calificar el mérito del sumario, la Fiscal 111 concluyó que no era competente para conocer del asunto, toda vez que el hecho imputado era una contravención, por la cual remitió el diligenciamiento a los juzgados municipales de Santafé de Bogotá.

3. El Juzgado 63 Penal Municipal se abstuvo de conocer del proceso aduciendo que como se trataba de un delito de abuso de confianza, la obligación de entrega era en la población de Guasca, motivo por el cual, por el factor territorial, el conocimiento correspondía al Juez Promiscuo Municipal de esa localidad, a quien le propuso colisión de competencias negativa.

4. Por su parte, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca expuso que la adecuación del hecho no correspondía al abuso de confianza sino al hurto agravado por la confianza, puesto que el procesado "carecía de vínculo jurídico con la cosa, mientras que si gozaba de toda la confianza personal de la denunciante, que fue lo que la motivó a entregarle el dinero para le hiciera el favor, a su vez, de entregarlo a la entidad bancaria (ni más ni menos que un mensajero); sino para determinar que fue en la ciudad de Santafé de Bogotá, donde se consumó la ilicitud, pues allí el sujeto agente entró en contacto con el bien y allí se lo apropió, siendo inocuo el destino final que el mismo debía tener".

Aceptando el conflicto de competencias, envió el proceso a esta Corporación para lo de su cargo.

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 suscitado entre el Juzgado Sesenta y Tres Penal Municipal de Santafé de Bogotá y el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca), despachos pertenecientes a disímiles distritos judiciales, según así lo dispone el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

2. En el presente caso no hay duda que se está frente a dos posiciones opuestas, así: la adecuación típica de los hechos denunciados penalmente y la competencia para conocer de ellos.

En cuanto hace relación al primer asunto en conflicto, ve oportuno la Sala hacer las siguientes observaciones:

Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que son varias las diferencias que pueden establecerse entre los punibles de hurto agravado por la confianza y abuso de confianza, tal como atinadamente lo señaló la Juez Promiscuo Municipal de Guasca.

En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, también lo es que en el delito de hurto agravado el bien puede estar en poder del agente pero sin vínculo jurídico sobre el mismo, ya que el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se encuentra en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del sujeto activo de la infracción.

Sobre este aspecto la Corte ha sostenido:

"Repetidamente se ha dicho por esta Corporación que tanto en el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito lucrativo por parte del agente a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico.

"A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente 'por un título no traslaticio de dominio'; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre

el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

"El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente.

"Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos ..., no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos". (Casación del 17 de enero de 1984, M.P. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo).

Así las cosas, puede colegirse que en el presente asunto, conforme a los elementos de juicio hasta ahora recaudados, se estaría frente a una posible contravención de hurto agravado por la confianza, ya que el agente no tenía vínculo jurídico con el objeto material del hecho punible, por cuanto que el procesado sólo tenía la misión de consignar el dinero en la cuenta de ahorros de la denunciante, sin ningún título sobre el mismo.

Ahora bien, en cuanto atañe al segundo tema de discrepancia, cabe señalar lo siguiente:

Como quiera que se desconoce en qué lugar se realizó el hurto denunciado, se debió dar aplicación a lo contemplado en el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, el cual consagra el instituto de la competencia a prevención.

Prescribe la citada norma:

"Cuando el hecho punible se haya realizado en varios sitios, en lugar incierto o en el extranjero, conocerá el funcionario judicial competente por la naturaleza del hecho, del territorio en el cual se haya formulado primero la denuncia, o donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción. Si se hubiere iniciado simultáneamente en varios sitios, será competente el funcionario

judicial del lugar en el cual fuere aprehendido el imputado y si fueren varios los capturados, el del lugar en que se llevó a cabo la primera aprehensión.

Así las cosas, como es claro que uno de los primeros requisitos para atribuir la competencia a un funcionario judicial es el lugar en donde primero se presentó la denuncia, obvio es concluir que, como sucede en este caso, ésta recae en el Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca, por lo que así lo ordenará la Sala.

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

RESUELVE

Declarar que la competencia para conocer de este proceso corresponde a prevención, al Juzgado Promiscuo Municipal de Guasca (Cundinamarca)). En consecuencia, remítasele el expediente e infórmesele de esta decisión al Juzgado 63 Penal Municipal de Santafé de Bogotá.

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.

INDICES

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL
GACETA JUDICIAL PRIMER SEMESTRE DE 1997
INDICE CRONOLOGICO

ACCION DE REVISION. Tiene por objeto la acción de revisión corregir la injusticia en que hayan podido incurrir los jueces individuales o colegiados al proferir sentencias y, en algunas oportunidades autos interlocutorios con fuerza de cosa juzgada (Preclusión o Cesación), buscando mediante aquel mecanismo declarar sin valor el fallo objeto de acción y dictar la providencia que corresponda, o tramitar nuevamente el proceso desde el momento que se indique conforme los lineamientos del Art. 240 del C. de P. Penal. Para llegar a una de estas dos decisiones y de acuerdo con el específico punto relacionado en la demanda, debe la Sala encontrar fundada y demostrada la causal invocada por el peticionario, que se contrae necesariamente a una cualquiera de las que en forma taxativa relaciona el canon 232 de la misma codificación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acción de Revisión. Fecha: 09/05/1997. Decisión: Desestima la demanda de revisión, niega libertad, compulsa copias Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 8925. Publicada: Sí. *941*

CAMBIO DE RADICACION. La competencia que tiene la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en materia de definir solicitudes de cambio de radicación, de un distrito judicial a otro, está limitada a asuntos penales que se tramiten en la etapa del juicio. El artículo 68.8 del C. de P. P., no ofrece dificultad, pues preceptúa que esta corporación conoce: "De las solicitudes de cambio de radicación de procesos penales de un distrito judicial a otro, *durante la etapa de juzgamiento.*" (resaltado fuera del texto), fase que como se sabe comienza con la ejecutoria de la resolución de acusación (art.444 ib.). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Cambio de Radicación. Fecha: 13/05/1997. Decisión: Se abstiene de resolver la petición de cambio de radicación, remite al Fiscal G. Proceso: 13070. Publicada: Sí. *953*

DEMANDA DE CASACION/ NORMA SUSTANCIAL/ NORMA INSTRUMENTAL. El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal prevé algunas formalidades exigibles a la demanda de casación, formas que no sólo son mínimas sino teleológicas. Se trata de que el recurso extraordinario busca sólo el sometimiento de los fallos de segunda instancia a la ley, cuando caprichosamente se ha abandonado dicho camino, por medio de causales taxativamente dispuestas, no de propiciar una nueva instancia judicial o un nuevo grado de apelación. Esto por cuanto se presume, en aras de la seguridad jurídica, la legalidad y el acierto de las decisiones de instancia. La formalidad mínima apunta a lograr que la demanda sea un escrito que se baste a sí mismo para justificar el cuestionamiento de la sentencia de grado, pues, de manera diferente, cualquier expresión de agravio valdría para desconocer el fallo y avanzar hacia un nuevo debate, sin parar mientes en la amplitud de las oportunidades ya brindadas en las instancias y en la concreción de una decisión imparcial e independiente de los jueces

Con razón el numeral 3° de aquel precepto exige que el escrito de demanda exprese *"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"*. Como las causales de casación son las que expresamente consagra el artículo 220 del C. de P. P., lógicamente la argumentación del recurrente debe partir de la cita fidedigna de la motivación y decisión de la sentencia que infiere violación a la ley sustancial (en el caso de la primera), seguidamente debe evidenciar el sentido y la fundamentación clara y precisa de tal vulneración, y finalmente debe invocar las normas que estima infringidas.

El recurrente señala los artículos 246, 247, 249 y 254 del Código de Procedimiento Penal y se esfuerza en un estudio para concluir que tales son preceptos sustanciales y que fueron los vulnerados indirectamente por la sentencia cuestionada. De verdad que no podemos fiarnos de la ubicación sistemática de las disposiciones para calificarlas de sustanciales o meramente instrumentales; pero en el lenguaje jurídico-penal, por regla general, son sustanciales las normas reguladoras de los delitos y sus consecuencias; y, por el contrario, se tienen como instrumentales las normas de derecho procesal penal relativas al método y a las formas de comprobación de aquéllos elementos. De esta manera, si el artículo 246 se refiere a la necesidad de la prueba sobre el hecho punible y la responsabilidad del procesado; el 247 a la certeza objetiva para

condenar; el 249 a la imparcialidad del funcionario en el levantamiento y formalización de la prueba; y el 254 al método de la sana crítica para apreciar los medios de convicción, pues indudablemente se trata de preceptos instrumentales y no sustanciales. En cambio, contienen disposiciones sustanciales los artículos 298, 349, 350, 351del C. P. y 1° del Decreto 3664 de 1986 (adoptado por el Decreto 2266/91), que se refieren a los delitos de *acceso carnal violento, hurto calificado-agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*, por los cuales se condenó al procesado, a través de los modos de proceder contemplados en las normas que el censor erróneamente tildó "de evidente e indiscutible contenido y carácter sustantivo". Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Casación. Fecha: 14/05/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Acceso carnal violento, Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 12995. Publicada: Sí..... 955

MINISTERIO PUBLICO/ PERJUICIOS/ DEMANDA DE CASACION

Es cierto que de conformidad con el mandato constitucional y el consiguiente desarrollo legal, el Ministerio Público en el proceso penal tiene el referido carácter de sujeto procesal, no obstante, esta calidad de suyo no lo está facultando para que respecto a él no procedan las reglas procedimentales previamente establecidas para todos y cada uno de los sujetos procesales que en él participan, pues se debe entender que las facultades que le reconoce la norma superior en el sentido de "Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales", en ninguna forma elimina las exigencias y ritos establecidos por la Constitución o la ley para cada proceso, ya que por el contrario, la referida norma constitucional posibilita su intervención para que pueda actuar "en los procesos", lo que da como supuesto la existencia de una previa regulación procedimental a la cual debe someterse.

Así, siendo que para efectos de la interposición del recurso extraordinario de casación, el C. de P.P. dispone en el art. 221, que cuando "este tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria", el impugnante "deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil, sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos", al atacar el Procurador Judicial el fallo del Tribunal sólo en relación

con los perjuicios a que fue condenada (...), en calidad de tercero civilmente responsable, la procedibilidad del recurso está sometida a la cuantía para recurrir, como a cualquiera de los demás sujetos procesales, pues siendo esta una causal de procedibilidad del recurso, sólo cumpliéndola es que puede ejercitar las funciones constitucionales del precitado art. 277.7, en la medida en que su amplitud hace referencia a la posibilidad de intervenir en favor o en contra de cualquiera de las demás partes, trátase de una persona natural o jurídica, de la sociedad o del Estado, en defensa del ordenamiento jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales que les puedan haber sido afectados.

De no ser esta la interpretación que corresponde a las normas que regulan la intervención del Ministerio Público en el proceso penal, habría que convenir en una incomprensible excepción constitucional a los derechos que la misma Carta consagra, básicamente al de igualdad predicable en estos casos de todas las partes que intervienen en el proceso, pues lo contrario implicaría reconocer que en un proceso en el cual no procede el recurso de casación, todos los demás sujetos procesales exceptuando el Ministerio Público quedarían sin posibilidad de interponerlo y por ende, de ejercer el derecho de defensa, lo cual no resulta realmente admisible en un Estado de derecho social y democrático.

Es que el Ministerio Público no puede ser entendido como un sujeto procesal privilegiado, en el sentido de que a él no le sean aplicables los principios constitucionales y legales que rigen el procedimiento, pues precisamente al actuar en defensa del orden jurídico mal podría desconocerlo, así luego de afirmar que está interviniendo en defensa específica de determinados intereses particulares, acto seguido y tratando de justificar por otra vía su intervención aduzca que está "representando a la sociedad", pues tampoco en estas condiciones le sería viable interponer casación en relación con los perjuicios, si dada su cuantía no procede el recurso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 14/05/1997. Decisión: Declara nulidad a partir del auto que concedió el recurso. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 9934. Publicada: Sí..... 967

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE HECHO. Ya en varias oportunidades se ha sostenido que el ataque en casación respecto de la valoración probatoria, cuando se han desconocido las reglas de la sana crítica haciendo prevalecer

el capricho del juzgador en una forma grosera, debe hacerse por motivo de la violación indirecta de la ley, por error de hecho por falso juicio de identidad, como quedó sentado en el fallo del 13 de febrero de 1995, con ponencia del Dr. Carlos E. Mejía Escobar, así:

"...alegar el error de hecho resulta válido si se mira que todo apartamiento o tradición fundamental y ostensible a las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) entraña tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia, la cual surge de los hechos y no de las normas".

Este criterio también fue reiterado por la Sala en fallo del 12 de septiembre del año anterior, que precisó que si el casacionista "quería demostrar que el juzgador, en forma flagrante ostensible y manifiesta desconoció las reglas de la experiencia, lógica y ciencia (sana crítica) para la obtención del conocimiento y la certeza, también le era necesario acudir a la vía del error de hecho por falso juicio de identidad" (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

El error de hecho pertenece a una de las formas del motivo de violación indirecta de la ley, mientras que el falso juicio de convicción, corresponde a uno de los sentidos del error de derecho, que también pertenece al motivo de la violación indirecta, pero a diferencia del primero, implica el desconocimiento de la disposición legal que le asigna a la prueba determinado valor, lo cual sería posible dentro de un sistema tarifado, y por supuesto, a ellos no pertenece por regla general el nuestro. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 14/05/1997. Decisión: Rechaza in límine y declara desierto el recurso. Delitos: Homicidio. Proceso: 12436. Publicada: Sí..... 972

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE HECHO/ ERROR DE DERECHO/ NULIDAD. Sobre un mismo elemento de juicio y dentro del mismo cargo no es posible predicar errores de hecho y de derecho, en la medida en que si se acude al primero se está aceptando la legalidad de la aducción de la prueba y su validez jurídica, pudiéndose alegar exclusivamente falsos juicios de existencia y de identidad. En cambio, si se trata de error de derecho por falso juicio de legalidad, se está afirmando que el yerro del sentenciador consistió en valorar un medio de prueba practicado o incorporado al proceso ilegalmente, esto es, con desconocimiento de las normas que condicionan su validez, y que, por lo mismo, carece de existencia jurídica; y si de un

error de derecho por falso juicio de convicción se está aceptando que la prueba existe y es jurídicamente válida, pero que se vulneraron las normas que tarifan su fuerza persuasiva.

En cuanto a la petición de nulidad, un vez más debe decirse que en tratándose de esta causal, también está sujeta al rigorismo de la técnica casacional prevista en la ley y desarrollada por la jurisprudencia, ya que el recurso extraordinario no es una tercera instancia que permita un nuevo examen de la actuación procesal, como ahora lo pretende el actor.

Es verdad que la Corte puede oficiosamente declarar la nulidad, siempre y cuando la demanda reúna los requisitos legales y del estudio de la actuación advierta la existencia de una irregularidad que de modo ostensible lesione las garantías de los sujetos procesales o desconozca las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 14/05/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 12350. Publicada: Sí..... 978

DEMANDA DE CASACION-Causal primera, causal tercera. Ha señalado la Corte "que si la equivocada calificación no afecta el nombre genérico de la infracción, el ataque debe encauzarse por la causal primera"; pero si el error implica cambio del nomen iuris, e. g. si se ha endilgado como secuestro extorsivo una conducta constitutiva de encubrimiento por favorecimiento, la causal aducible será la tercera, entre otras razones puesto que si se plantea la primera, por expreso mandato del artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, la Sala tendría que entrar a dictar fallo de sustitución, que implicaría proferir una sentencia en desarmonía con la resolución de acusación.

Pero así mismo ha agregado esta corporación, para la eventualidad invalidante, que la sustentación del recurso debe efectuarse de acuerdo con las reglas de la causal primera, ya que para poder afirmar la nulidad de la actuación el actor debe demostrar previamente que el juzgador equivocó la calificación jurídica de los hechos, bien porque incurrió en errores de apreciación probatoria, que lo llevaron a aplicar una determinada norma de derecho sustancial en lugar de otra, o porque falló al desentrañar el sentido o alcance de los preceptos aplicados o dejados de aplicar". (octubre 24 de 1995, rechazo in límine, rad. 10986, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 14/05/1997. Decisión:

Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Secuestro extorsivo. Proceso: 12057. Publicada: Sí..... 984

DEBIDO PROCESO/ NORMA SUSTANCIAL/ NORMA INSTRUMENTAL. El debido proceso en virtud de su carácter esencial y por constituir un derecho fundamental, acorde con el artículo 29 de la Carta, suele calificarse como norma sustancial; sin embargo, dentro de la sistemática del recurso de casación y en el lenguaje jurídico corriente, por regla general, se utiliza el término "sustancial" por oposición a lo "instrumental". Así entonces, los preceptos referidos a la regulación de los delitos y sus consecuencias, como presupuestos de la persecución penal del Estado, son normas sustanciales; mientras que las disposiciones sobre el proceso penal son instrumentales porque señalan el método y las formas de comprobación de las condiciones de la pena (acción típica, lesividad, culpabilidad). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 15/05/1997. Decisión: Desestima las demandas, casa de oficio y parcial en cuanto a la pena accesoria. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 9761. Publicada: Sí..... 990

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA/AUDIENCIA ESPECIAL/DEMANDA DE CASACION. El numeral 4° del artículo 37B del estatuto procesal establece, que tratándose de sentencia anticipada o de audiencia especial, la sentencia es recurrible por el procesado y por su defensor, pero únicamente respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes.

Como es obvio, la ley no puede permitir que un instrumento de terminación anticipada del proceso penal se convierta en un juego en manos de los sindicados, de suerte que si de manera voluntaria aceptan los cargos debidamente formulados y sobre ellos se profiere sentencia, tienen que asumir las consecuencias que de allí se derivan, y las posibilidades de impugnación se reducen a los puntos ya mencionados. Magistrado Ponente: Dr.Ricardo Calvete Rangel. Auto Casación Fecha: 15/05/1997. Decisión: Rechaza la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Homicidio. Proceso: 12640. Publicada: Sí..... 999

PREVARICATO/ CULPABILIDAD. El delito de prevaricato consiste, en su forma activa, en el hecho de que un servidor público (sujeto activo cualificado) profiera resolución ostensiblemente contraria a la ley, o en

otras palabras, manifiestamente opuesta a la solución jurídica que el funcionario está en la obligación legal de aplicar frente al caso específico.

En torno a la culpabilidad en el delito de prevaricato, el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia.

La ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el artículo 149 del Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la ley; basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia del dolo, sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación.

No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo "simpatía" o "animadversión" hacia una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Unica Instancia. Fecha: 20/05/1997. Decisión: Condena, concede condena de ejecución condicional. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 6746. Publicada: Sí..... *1003*

IMPEDIMENTO/ HABER ACTUADO COMO FISCAL. Como atinadamente lo apuntan los Magistrados que rechazaron el impedimento, es apenas natural entender que -quien lo declara- está obligado a precisar los hechos por los cuales se da la causal en que se apoya tal declaratoria. Un enunciado simplemente general en el sentido de que se actuó como Fiscal dentro del mismo proceso que se debe ahora atender como Juez, sin concreción de qué fue exactamente lo que se hizo en la fase investigativa y de qué manera ello va contra la imparcialidad e independencia del funcionario que nuevamente debe actuar, comporta una motivación insuficiente que fácilmente puede llevar, y lleva, al rechazo del declarado impedimento.

No puede desconocerse el acierto de quien predica que si lo actuado como Fiscal fue poco o nada trascendente en orden a las providencias importantes del sumario (resolución de la situación jurídica o calificación de la instrucción), o, dicho de otro modo, si limitó lo suyo a la realización de diligencias que ni quitan ni ponen a la sustancia de lo debatido procesalmente, mal puede tenérsele con criterio comprometido como para asumir imparcial e independientemente el rol de juez.

Lo que busca el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 11, es que el obvio apego y respeto por la obra propia cumplida en la etapa averiguatoria, no interfiera en la imparcialidad e independencia con que debe cumplirse la actividad de juzgamiento. Pero si lo realizado en el sumario fue ocasional, tangencial, intrascendente y –así–, conceptualmente, sin ninguna incidencia en el criterio del juzgador, no existe ninguna razón para dar por existente la causal impediente de que se trata.

Son –indudablemente– pertinentes los siguientes apartes jurisprudenciales:

"...la manifestación de impedimento del Magistrado M...P... es jurídicamente insostenible, no solo porque en este proceso nunca ha asumido el carácter de fiscal, en cuyo cargo debía haber realizado la actuación precedente, sino porque el tangencial contacto que tuvo en el proceso, en el que apenas se limitó a delegar la práctica de unas pruebas, no permite suponer que dejó adelantado algún concepto o criterio que en su labor juzgadora lo extravíe del camino de la equidad y la justicia. Ahora, la simple práctica de diligencias no es función exclusiva y excluyente de la Fiscalía, pues en la etapa del juzgamiento el juez legalmente está facultado para recepcionar pruebas y no por ello queda desvertebrada su función ni alterado su buen juicio". (M.P.Dr. Dídimo Páez Velandia, auto de mayo 11 de 1994)

Hay que resaltar aquí, en orden al rechazo del impedimento, que la actuación del Magistrado G...O...fue harto limitada, pues se circunscribió, se recalca, a disponer diligencias preliminares y a ordenar la apertura de la investigación penal, sin que pueda asegurarse que de alguna manera comprometió su criterio jurídico. Tan leve participación procesal no permite fundamentar, bajo ningún criterio, una separación del conocimiento del proceso". (M.P. Dr. Valencia M.

Auto de dic. 19 de 1994). Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Impedimento. Fecha: 20/05/1997. Decisión: Declara que le asiste razón a los Magistrados del T. que rechazaron el impedimento. Delitos: Porte de armas de uso privativo de las F.M., Secuestro simple, Fuga de presos, Secuestro agravado. Proceso: 13134. Publicada: Sí *1019*

IMPEDIMENTO/ RECUSACION El capítulo IX del Título II del Código de Procedimiento Penal regula de manera especial el tema de los impedimentos y recusaciones. No solamente el legislador se limitó a catalogar las diferentes circunstancias constitutivas de impedimento del funcionario judicial (art. 103), sino que estableció con precisión el procedimiento a seguirse ante una manifestación de esa naturaleza por parte del funcionario, lo mismo que los requisitos y el trámite correspondiente cuando la discusión sobre el impedimento tenga como origen una propuesta de recusación de una de las partes.

En el primer caso, la declaración de impedimento es controlada por el funcionario que sigue en turno; o por otro del lugar más cercano cuando en el sitio no hubiere más de uno de la categoría del impedido, o todos estuvieren impedidos; o por los demás componentes de la Sala cuando el impedimento sea planteado por un Magistrado. Sólo en el caso de que quien controla la expresión de impedimento no comparta los argumentos del funcionario, así lo precisa el artículo 105 del Código de Procedimiento Penal, interviene el superior jerárquico y decide de plano la diferencia. En caso contrario, la decisión del funcionario mediante la cual admite los fundamentos del impedimento pone fin al incidente y contra la misma no procede ningún recurso, de acuerdo con el artículo 117 de la misma obra.

Ocurre de manera similar frente a la recusación. Si el funcionario la acepta, se continúa el trámite previsto para cuando se acepta una causal de impedimento. Y si no lo hace, remite el caso a quien le corresponde resolver (los demás miembros de la Sala cuando la recusación versa sobre un Magistrado), para el control respectivo, el cual se materializa en una decisión de plano.

Es claro, entonces, frente a los incidentes de impedimento o recusación de funcionarios, que la única intervención del superior jerárquico prevista en la ley se presenta cuando los argumentos en los cuales se sustenta una manifestación de impedimento no son compartidos por el funcionario a quien se envía el expediente para resolver sobre la

misma. Y se trata de una intervención impuesta por la ley y no originada en el uso de los recursos por parte de los sujetos procesales.

Significa lo dicho que las decisiones que se adopten en el trámite de un impedimento o una recusación, aunque deben ser motivadas, no son susceptibles de recursos y por lo tanto no deben ser objeto de notificación a las partes, sino simplemente de comunicación. Aquí se excedió el Tribunal de Neiva al disponer que se notificara la providencia cuya apelación pretende el recurrente, circunstancia que no solamente le permitió a éste sostener que era impugnable a través de los recursos ordinarios, sino que llevó al proceso a una parálisis significativa.

En conclusión, la única participación de las partes en el trámite de un impedimento o recusación es exclusivamente la formulación de la última en los términos del artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, sin que la ley les permita la utilización de ningún recurso en su trámite, como en forma clara lo preceptúa el artículo 117 del mismo Estatuto. Y el trámite del incidente, a diferencia de como lo plantea el defensor, obviamente incluye la decisión que le pone fin. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Recurso de Hecho. Fecha: 20/05/1997. Decisión: No concede el recurso de apelación. Delitos: Uso de documento público falso, Falsedad en documento público, Prevaricato, Peculado, Concierto para delinquir. Proceso: 13105. Publicda: Sí..... *1026*

DEFENSA TECNICA/ VERSION LIBRE/ NULIDAD Es cierto que los sindicados no estuvieron asistidos por un defensor en la diligencia de versión libre, y también lo es que en el acta en que se consignó la exposición de (...) no aparece firma en el espacio que dice "interrogo", pero si está suscrita por el Jefe de la Sección de Sustanciaciones y de la secretaria.

Ahora, independientemente de las consecuencias que pudiera generar la falta de esa firma, lo importante es que para efectos de recibir las versiones a los sindicados era necesaria la asistencia de su defensor de confianza, o de uno designado de oficio, so pena de que de no ser así, dichas diligencias no pueden ser tenidas en cuenta al evaluar el material probatorio, porque como lo precisa la Constitución Política en el artículo 29, son nulas de pleno derecho.

Pero lo que está viciada es la prueba, no el proceso, pues lo que ocurrió es que al recibir las versiones no se le dio cumplimiento a una formalidad

establecida como garantía fundamental, consistente en que el sindicado debe estar acompañado por un defensor. Esa falla no trasciende a la estructura del proceso, de manera que no es necesario retrotraer la actuación para repetir la diligencia, ya que la versión libre no es presupuesto procesal de ninguna actuación o decisión posterior. Situación diferente se presentaría si se hubiera tratado de la indagatoria, pues ella además de ser un medio de defensa y un elemento de juicio, es un medio de vinculación del imputado al proceso, y un requisito previo a la definición de la situación jurídica. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 20/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Tentativa de homicidio, Hurto calificado y agravado, Incendio. Proceso: 9591. Publicada: Sí..... *1031*

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA. De nada le sirve al accionante argumentar que la preclusión de la investigación por el delito de fraude procesal es pronunciamiento desavenido con la realidad procesal y manifiestamente contrario a derecho, si no se aporta prueba que demuestre que por dicha decisión se hubiese adelantado proceso y culminado mediante decisión que haya adquirido ejecutoria.

La desatención a la exigencia de acompañar a la demanda de revisión la prueba concerniente a los hechos básicos de la petición, de acuerdo con la causal invocada (artículo 232-4 y 234-4 del C. de P. P.), obligan a no admitirla. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Acción de Revisión. Fecha: 20/05/1997. Decisión: Reconoce apoderado y no admite la demanda de casación. Delitos: Estafa, Fraude procesal. Proceso: 10609. Publicada: Sí..... *1041*

NULIDAD/ PRUEBA-Práctica. No toda omisión en la práctica de pruebas puede generar nulidad, por desconocimiento del derecho a la defensa o quebrantamiento del debido proceso, pues para ello es necesario que la prueba omitida por el juzgador sea de tal fuerza demostrativa, que de haberse acopiado habría podido cambiar la definición del proceso.

La simple omisión en la práctica de una prueba, imperfección muy frecuente por varios motivos, no es suficiente por sí sola para configurar la invalidez del proceso, sino que es preciso examinar en cada caso concreto los elementos de juicio valorados por el juez para fundamentar la sentencia, con el propósito de determinar cuál hubiese sido la incidencia en ella de la prueba omitida y si ésta podía tener la virtualidad de variar su sentido.

Habiéndose consagrado en nuestro ordenamiento procesal penal los principios de libertad de prueba y racional apreciación de la misma, resulta por lo general inaceptable la objeción por falso juicio de convicción.

Además, la jurisprudencia ha resaltado la dificultad de atacar con éxito una decisión sustentada en prueba indiciaria, entre otras razones porque en el planteamiento y fundamentación de la censura es inmanente el riesgo de contraponer a la apreciación del Tribunal, provista de la presunción de legalidad y acierto, la personal y subjetiva estimación del impugnante. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 20/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad documental. Proceso: 9992. Publicada: Sí..... *1047*

PRESCRIPCION/ FAVORABILIDAD. La Sala estima que ninguna razón le asiste al censor porque el fenómeno de la favorabilidad se refiere al conflicto de leyes en el tiempo, evento en el cual la ley posterior si es permisiva o favorable preferirá a la anterior restrictiva o desfavorable, y tal hipótesis normativa no corresponde al caso presente, ya que ningún conflicto se presenta entre los artículos 329 y 330.1 del C. P. y la ley 48 de 1987 que pudiera ser solucionado por aplicación de la disposición más benigna. Tal conflicto existiría si la tan mentada disposición hubiera rebajado específicamente la sanción para el tipo de homicidio culposo, o hubiera suprimido la agravante del artículo 330-1, y no obstante lo cual, se hubiera aplicado la norma vigente en el momento de la comisión del hecho.

Tal disposición lo que le está ordenando al fallador es que al imponer la pena, tasada de acuerdo con los límites mínimo y máximo señalados en la ley, que permanecen inalterables, la rebaje en una sexta parte, siempre que se refiera a hechos punibles cometidos antes del 1o. de julio de 1986 y no se trate de los casos exceptuados : y en el evento de que la pena ya haya sido impuesta se haga la misma deducción.

Descartado este yerro teórico, tampoco tiene razón el censor.

En efecto, conforme al artículo 80 del C. P., la acción penal prescribirá en el máximo de la pena fijada en la ley, cómputo para el cual se deberán tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, como el parentesco en el homicidio, las del 351 del C.P., en el hurto, las del 359, ibídem, en el abuso de confianza, la

atenuante del 373, en los delitos contra el patrimonio económico, la ira, etc., sin que la aminorante de la ley 48 pueda ser calificada como circunstancia del delito, como tampoco lo son la rebaja por confesión, o por sentencia anticipada, o por colaboración eficaz, o por trabajo o estudio, etc., motivo por el cual no puede ser considerada para efecto del cómputo del lapso prescriptivo. Además, basta leer el texto de la norma invocada para percatarse que no hace referencia al máximo de las penas que consagran los respectivos tipos penales, que es el que se debe estimar para efectos de la prescripción, sino a la sanción imponible (o a la ya impuesta) dosificada por el juzgador, para cada hecho punible, dentro de los límites mínimo y máximo fijados en la ley. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Sentencia Casación. Fecha: 20/05/1997. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio a la pena principal. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 12438. Publicada: Sí..... *1055*

JUEZ ESPECIALIZADO/ JUSTICIA PENAL MILITAR/ ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/ NULIDAD/ REFORMATIO IN PEJUS. La Ley 2a de 1984 creó en su artículo 1° los Jueces Especializados, con la misma categoría de Jueces del Circuito, a quienes atribuyó el conocimiento de unas específicas conductas delictivas mediante un procedimiento concretamente señalado allí para su juzgamiento; en esa misma norma determinó que la designación de esos jueces se haría por los respectivos Tribunales Superiores de Distrito Judicial para períodos de dos (2) años.

A su turno el artículo 050 de 1987 (estatuto procesal que regía para la época de los hechos) preceptuaba en su artículo 69 inciso 2o, que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocían en primera instancia de los procesos que se siguieran contra los jueces de instrucción, entre otros, por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones.

Para la Sala no resulta acertada la posición del recurrente en tratar de asimilar al evento en examen, el juzgamiento de los militares por parte de la justicia castrense, porque si bien se ha especializado el tratamiento de las conductas tipificadas en la Ley 30 de 1986 en el sentido de crear una jurisdicción dedicada a su tratamiento, ello no obedece a razones de complejidad o conocimiento que sobre la materia deban tener los funcionarios que las adelantan, sino a una política criminal del Gobierno, conforme a la cual por el auge de esos

comportamientos delictivos, se hacía necesaria la solución de los problemas de orden público, creando una jurisdicción especial dentro de la ordinaria para disminuir la impunidad en esa materia.

En cambio, la causa que justifica la existencia de la justicia castrense, no es otra que la complejidad y especialidad que implica la vida militar para lo cual resulta necesario tener un conocimiento de ella y así entender a cabalidad lo relativo a las infracciones que se cometieran en ejercicio de la vida castrense.

Violación al principio de la *Reformatio in Pejus*

También resulta equivocada la tesis de que el cambio de denominación jurídica ha conculcado el artículo 31 de la Carta Política; aceptarlo así, sería dejar abierta la posibilidad, eso sí en contra de toda lógica, que frente a un error en la denominación jurídica solo se pudiera hacer la nueva adecuación cuando se tratare de tipos penales de menor entidad, esto es, que contengan una pena privativa de la libertad menor a la prevista en el delito erróneamente calificado, posición que francamente raya con el absurdo.

El precepto constitucional es muy claro y se refiere a la situación de los condenados, es decir aquellos contra quienes se ha proferido sentencia condenatoria, a efectos de que puedan mejorar su situación en segunda instancia, con la garantía de que si se trata de apelante único ésta no empeorará.

Con la perspectiva anterior, resulta necesario reconocer que un cambio en la denominación jurídica de la infracción, cuando el nuevo delito resulta ser más grave, no implica vulneración al artículo 31 de la Constitución y menos la consecuencia de tener que declarar nulo el proceso pues, se reitera, este principio de no agravación solo hace referencia a que la decisión que se tome en la segunda instancia no desmejore la situación del procesado respecto de la condena impuesta por el a quo.

La hipótesis presentada por el recurrente también lo llevó a mal interpretar las limitaciones del juez de segunda instancia, cuyas decisiones priman sobre las del a quo; si bien el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal ordena que el superior solo puede revisar los aspectos impugnados, cuando se trate del recurso de apelación, es su deber pronunciarse sobre las irregularidades que encuentre en el

trámite del proceso para purgar de ilegalidades y vicios sustanciales el rito.

Ilógico resultaría que ante la evidencia de situaciones anormales en el curso de la actuación, el superior deba prohijarlas con su silencio o pasarlas por alto so pena de la limitación de que habla la norma en comento la que si bien impone un condicionamiento, éllo no se convierte en obstáculo para corregir los errores que se encuentren en el trámite de la investigación.

El ámbito del error de adecuación sancionado con la nulidad frente al del error subsanable en el fallo con la modificación de su contenido, está claramente delimitado en el artículo 308 del C.P.P. Por eso los errores de nominación que trascienden el capítulo o título respectivo, o que generan incompetencia, sólo pueden sanearse mediante la invalidación. Es la estructura del proceso colombiano y la regulación legal de su rito las que lo disponen así. Otros yerros son enmendables por la vía de la revocatoria de la sentencia o su modificación siempre que no agraven, con ello, la situación del reo o le impidan su defensa. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Segunda Instancia. Fecha: 22/05/1997. Decisión: Confirma la providencia por medio de la cual se denegó la nulidad. Delitos: Favorecimiento a narcotraficantes. Proceso: 12341. Publicadaa: Sí..... *1062*

DEFENSA TECNICA/ PRUEBA/ DEMANDA DE CASACION. El derecho a la defensa técnica como bien se sabe, es una modalidad específica del debido proceso y debe regir a lo largo de la actuación penal. Consiste en la posibilidad de que el procesado pueda ejercer el derecho de contradicción respecto de las pruebas aportadas al proceso o solicitar las que considere pertinentes para la defensa de sus intereses e impugnar las decisiones que le sean contrarias, asistido o a través de persona idónea para ello como es un abogado titulado u otra de las habilitadas por la ley en casos muy específicos para hacerlo.

Sobre la base de lo anterior, resulta claro que la no asistencia de un abogado titulado a la mencionada diligencia se constituye es en la inobservancia de uno de los requisitos formales de la prueba, que como bien lo anunció la Delegada, es posible alegarlo al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, en el ámbito de un error de derecho por falso juicio de legalidad, que en caso de prosperar, generaría la inexistencia del medio probatorio en particular y no la declaratoria de nulidad del proceso, como erradamente lo solicita el censor.

La Nulidad en cambio, resulta de haberse comprobado la existencia de vicios sustanciales e insubsanables que comprometen la estructura y bases fundamentales del proceso o las garantías del imputado frente a lo cual resulta inminente la invalidez del acto.

El hecho de que fundadamente no se acepte la práctica de una prueba, no se constituye en la vulneración de esa garantía, porque el Juez en su función de administrar justicia y como supremo director del proceso, tiene la facultad de rechazar los elementos de juicio que en su sentir no sirvan para los fines de la investigación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 22/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio. Proceso: 9182. Publicada: Sí..... *1078*

NULIDAD/ SITUACION JURIDICA. Lo que el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal regula al prescribir que no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado, dejando a salvo el derecho de defensa, o cuando impone a quien la alega el deber de demostrar que la irregularidad afecta las garantías de los sujetos procesales, cuando no las bases de la instrucción o el juzgamiento, y cuando advierte que es la nulidad el último medio procesal para subsanar las irregularidades sustanciales, luego de reconocer que el perjudicado puede convalidar los actos irregulares.

No desconoce la Sala que el Código de Procedimiento Penal entonces vigente sí imponía la obligación de pronunciarse sobre ese tema cuando su artículo 413 indicaba un término para definir la situación provisional del procesado presente y otro distinto para el vinculado en contumacia. Sin embargo, no solamente omitía aquel ordenamiento el señalamiento de una consecuencia similar a la que hoy opera, sino que además contemplaba la posibilidad de que al calificar de fondo la actuación pudiera definirse también la operancia de la medida de aseguramiento, o aún identificarse las dos dentro del procedimiento abreviado (cfr. artículos 198 y 474 y siguientes), lo que llevó a la doctrina y la jurisprudencia a admitir la contingencia de ese pronunciamiento previo, y ante todo la irrelevancia de su incumplimiento, distanciando la operancia del vicio que en este asunto se argumenta, que, como queda visto, no se ubicaba dentro del principio de taxatividad de las nulidades. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 22/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Homicidio. Proceso: 9451. Publicada: Sí..... *1088*

FAVORABILIDAD/ RECEPTACION Según las voces del artículo 85 de la Constitución Política, el derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, y establece que "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" (artículo 29 ejusdem).

En el presente caso se presenta un fenómeno de tránsito de legislación al haber sido modificada la vigente al momento de la comisión del hecho –Ley 190 de 1995, art. 31– por la dictada con posterioridad –Ley 365 de 1997, art. 7°–, debiéndose confrontar una y otra, para establecer cuál resulta más favorable al procesado y con base en ella adoptar la decisión que corresponda.

Sin duda, la pena privativa de la libertad prevista para el délito de recepración en la segunda de las disposiciones citadas –prisión de uno a cinco años–, resulta objetivamente para el procesado más benigna que la señalada en la primera –prisión de tres a ocho años–.

Acorde con esta nueva regulación punitiva, y siguiendo los parámetros de dosificación adoptados por el fallador de instancia, se partiría de veinticuatro (24) meses de prisión, incrementados en doce (12) por el concurso de hechos punibles, para un total de treinta y seis (36) meses, guarismo que, reducido en la tercera parte por la aplicación de la sentencia anticipada en la fase sumarial –art. 37 del C. de P. P., modificado por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997–, arrojaría una pena finalmente imponible de veinticuatro (24) meses de prisión. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación –Libertad–. Fecha: 26/05/1997. Decisión: Niega libertad provisional. Delitos: Receptación. Proceso: 12162.Publicada: Sí..... *1100*

DEMANDA DE CASACION Es la demanda de casación un juicio jurídico contra la sentencia de segunda instancia, tendiente a lograr de la Corte la enmienda de los errores judiciales objetivos, trascendentes, y susceptibles de esta extraordinaria solución, en que hubiera podido incurrir el fallador, bien sea en la aplicación o interpretación de la ley sustancial directamente, o en el examen de la prueba allegada al proceso, o, en el procedimiento aplicado al caso. Por este motivo, la demostración de la o las censuras debe ser clara y precisa, vale decir, guardar armonía con la causal invocada para solicitar la infirmación de la sentencia; y si de error en la apreciación probatoria se trata, señalar la prueba en la cual ha recaído, discriminar

el error de hecho o de derecho en su evaluación y demostrar la trascendencia del mismo en el sentido o/y alcance del fallo.

No es entonces la demanda, y así lo ha venido precisando con insistencia la Corte, una oportunidad graciosa de descalificación del criterio plasmado en la sentencia de las instancias, en la que el censor pueda consignar su oposición a las consideraciones del fallador sin allanarse a las precisiones demostrativas mencionadas, buscando que en la sede extraordinaria se las prefieran caprichosamente a las judiciales, desconociéndose el principio de la sana crítica de que está investido el juzgador en el análisis de la prueba, la doble presunción de acierto y de legalidad que ampara las sentencias judiciales, y la garantía del debido proceso.

Si se omite precisar la naturaleza de los errores que se pregonan y, se cuestiona solamente *la credibilidad* otorgada a determinados elementos de juicio por el sentenciador ad quem, con reflexiones y deducciones que solo reflejan una subjetiva visión del acontecer fáctico-procesal, la demanda no se aviene a los requisitos de forma previstos en el numeral 3° del artículo 225 del C. de P.P. y asume el riesgo de ser rechazada por no conferir viabilidad al recurso de casación. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 27/05/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Homicidio. Proceso: 11572. Publicada: Sí..... *1104*

DEMANDA DE CASACION. No es la demanda de casación, y así muchas veces lo ha precisado la Corte, un alegato de forma libre en el que el interesado pueda verter sus personalísimas opiniones sobre el criterio judicial plasmado por el fallador en la sentencia acusada, pretendiendo ello suficiente para desquiciar un fallo judicial que arriba a la sede extraordinaria precedido de la doble presunción de acierto y de legalidad.

Debe el escrito contener, a más de las exigencias informativas a que se refiere el artículo 225 del C. de P.P. en sus numerales 1o. y 2o., la fundamentación de las causales que se aducen para solicitar la revocación de la sentencia, *expuésta en forma clara y precisa*, según lo dispone el mismo precepto en su numeral 3o., vale decir, indicando y demostrando los errores judiciales que constituyen el motivo de casación, sea que recaigan sobre la norma sustancial en forma directa, o en la misma, pero a través del examen probatorio, esto es, en forma indirecta, o sobre aspectos procedimentales, ello según sea el yerro que estima dado el demandante.

Al disponer en su inciso segundo el numeral 1o. del artículo 220 del estatuto, que "si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente", *no está* reabriendo arbitrariamente el debate probatorio superado en las instancias, *sino determinando que el reexamen probatorio que se propone, debe tener como causa eficiente el error del fallador en la apreciación de la o las pruebas que sirven de soporte a la sentencia demandada*; lo que implica que debe ser un error detectable objetivamente por la Corte, que hubiera determinado un criterio judicial de segunda instancia equivocado, susceptible de modificación en sede casacional.

Se ha dicho por ello en desarrollo del instituto de la casación, que ese error, en tratándose de cuestionamiento probatorio, debe ser de hecho o de derecho y trascendente, lo que corresponde a omisión o invento de la prueba, o distorsión de su contenido material o de su obvio sentido jurídico –todos estos eventos de la primera clase de yerro mencionada–; o en otorgarle incidencia probatoria a elementos de juicio practicados o incorporados ilegalmente al proceso, o apreciados en exceso o defecto respecto de determinada tarifa legal, caso éste hoy no viable en materia penal, por regla general –error de derecho–.

En resumidas cuentas, la acusación debe decantar la prueba afectada y el error cometido y demostrarlo con fundamentos claramente expresados, supuestos éstos que excluyen meras consideraciones personales del actor en las que se aparta del criterio del fallador con una visión diferente de la prueba o con unas inferencias que a su juicio debieron ser las plasmadas en la sentencia, pero huérfanas de los atributos de claridad y precisión que impone la forma de la demanda en cuanto concierne a lo intrínseco de la censura. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Auto Casación. Fecha: 27/05/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado. Proceso: 11684. Publicada: Sí..... *1110*

LIBERTAD CONDICIONAL/ PERSONALIDAD DEL PROCESADO.

Para el otorgamiento de la libertad condicional cuyo análisis provisional ha de repercutir en la excarcelación del implicado, ha reiterado la Corte que es indispensable que la personalidad del procesado, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.

También ha dicho que cuando el artículo 72 del Código Penal alude a la personalidad, ello impone un pronóstico valorativo sobre el análisis del modo de conducirse en sociedad y de actuar del procesado, estudio que comprende la forma de ejecución del hecho punible como una actividad humana expresiva del concepto de personalidad. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación –Libertad–. Fecha: 27/05/1997. Decisión: Niega libertad provisional. Delitos: Homicidio. Proceso: 9752. Publicada: Sí..... *1116*

CAMBIO DE RADICACION. El artículo 83 del Código de Procedimiento Penal al cual se atiene el solicitante, indica que el cambio de radicación procede

"... cuando, en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal".

Ello obedece, ante todo, al deber del Estado de intervenir para preservar la imparcialidad e independencia de la administración de justicia frente a la ocurrencia de circunstancias especiales que la colocan a riesgo en el Municipio, Circuito o Distrito Judicial donde se lleva a cabo el juzgamiento, o bien para asegurar la integridad del enjuiciado frente a hechos relevantes que en ese lugar podrían ponerla particularmente a riesgo.

Que la familia del requirente resida en ciudad distinta de aquella donde se debe adelantar la causa, o que el asiento de la actividad profesional del defensor tampoco esté en la sede del Juzgado, no constituyen razones válidas para variar el sitio donde por ministerio de la ley se ha de adelantar el juzgamiento, pues como queda dicho, otras son las razones de índole excepcional y grave, y ajenas al sujeto pasivo de la acción penal, las que se imponen para una variación de esa laya. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Cambio de Radicación. Fecha: 27/05/1997. Decisión: Deniega el cambio de radicación. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 13156. Publicada: Sí..... *1119*

PROCESO PENAL/ AUDIENCIA PUBLICA. El proceso penal como método legalmente consagrado en orden a establecer la verdad histórica y determinar judicialmente la aplicabilidad de las

consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento para los supuestos de hecho definidos como delito, está compuesto de una serie armónica y sucesiva de actos concatenados dentro de los cuales se halla la audiencia pública como máxima expresión de los principios de oralidad, publicidad y contradicción que gobiernan el juicio o debate oral, preámbulo necesario de la sentencia.

Se tiene, entonces, que la vista pública, como acto en el cual se concreta la acusación y se ejerce a plenitud la defensa, es la última de las oportunidades para purgar de vicios la actuación, dirimir incidentes y, en general, llevar a efecto todo aquello que por su naturaleza no deba ser diferido para su decisión en el fallo, al punto que con posterioridad a su celebración solo procede el proferimiento de la correspondiente sentencia de mérito.

La dinámica del juicio impone en la audiencia, la materialización de las garantías fundamentales, la concreción de las pretensiones probatorias de las partes, y, con carácter general, el ejercicio de la facultad oficiosa en procura de poner la actuación a tono para el fallo, la definición de los incidentes y las peticiones de libertad. Se trata, por tanto, de una actuación unitaria y compleja que, contrario a la común opinión, trasciende la intervención de los sujetos procesales en defensa de sus intereses; involucrando, en muchos eventos, tal como viene sucediendo en el presente caso, decisiones y actividad de la más variada índole, como el recaudar las pruebas oportunamente decretadas y ordenar aquellas que siendo indispensables para la concreción de la verdad material aún no hubieren sido practicadas, resolver la acumulación de procesos, las peticiones de nulidad, las objeciones a los dictámenes periciales, etc. Más compleja se torna cuando, como aquí acontece, se trata del juzgamiento de varios procesados, en causas acumuladas, por varios delitos, a su vez cometidos en concurso.

Pese a esa complejidad, como ha sido sostenido por esta Sala, "la audiencia pública constituye un solo acto procesal, así se realice en sucesivas etapas" (Sent. 27 de junio de 1995. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla), en donde su interrupción para dar paso a la definición de las incidencias que le son propias en cuanto no existe otra oportunidad para su resolución, no es sino la manera de confirmar esa naturaleza unitaria que se ha venido reseñando. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Auto Segunda Instancia. Fecha: 28/05/1997. Decisión: Confirma auto proferido por el Tribunal. Delitos:

Peculado por apropiación, Prevaricato por acción, Falsedad ideológica en documento público, Prevaricato por omisión, Enriquecimiento ilícito, Concierto para delinquir. Proceso: 12987. Publicada: Sí..... 1123

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ NULIDAD/ RESOLUCION DE ACUSACION. Cierto es que la causal primera de casación en materia penal se funda en errores de mérito o in iudicando, y la tercera en vicios de actividad o in procedendo, y que es la naturaleza del yerro, por tanto, lo que determina en cada caso la causal aducible, pero no siempre que se está en presencia de errores de juicio la causal a plantear será la primera, pues puede suceder que la prosperidad de la censura trascienda la validez de la sentencia misma, como ocurriría en el presente caso si se llegara a declarar que se presenta una modalidad concursal.

Igual acontece, para traer a colación un ejemplo, cuando se alega por el recurrente error en la denominación jurídica del hecho punible, cuya naturaleza de vicio in iudicando nadie discute, pero que debido a los efectos rescisorios que proyecta sobre la actuación procesal, debe plantearse dentro del ámbito de la causal tercera.

En estos casos, ha dicho la Corte, la demanda es de fundamentación mixta, puesto que la censura debe formularse al amparo de esta causal, pero desarrollarse conforme a la técnica que gobierna la primera.
Preciso es señalar que en los casos de sentencia anticipada, la función calificadora no se traslada al Juez, como parece entenderlo equivocadamente el recurrente. Esta sigue siendo exclusiva del fiscal, quien debe, en ejercicio de ella, al igual que en toda resolución de acusación, concretar los hechos y ubicarlos en el derecho, con el señalamiento de las disposiciones de la ley penal que fueron infringidas, las circunstancias específicas de agravación o atenuación concurrentes, las genéricas no objetivas, y los grados y formas de participación en el hecho y de culpabilidad, a efecto que el procesado pueda conocerlos y decidir si acepta o rechaza los cargos que así le son imputados.

Esta concreción fáctico jurídica determina los límites del juzgamiento y por tanto de la sentencia, sea o no anticipada, no pudiendo el Juez, sin sacrificar la consonancia del fallo e incurrir en irregularidad susceptible de ser atacada al amparo de la causal segunda de casación, incluir nuevas conductas delictivas, o adicionar circunstancias específicas de agravación punitiva, o genéricas no objetivas, ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado

o las formas de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidad de cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo.

Todos los cargos, ha dicho esta Sala, deben quedar incluidos en la resolución acusatoria, para que el procesado tenga certeza de la imputación que le es formulada y pueda enderezar su defensa en relación con ella, debiéndose circunscribir el juicio a su comprobación, degradación o desvirtuación, no siendo posible introducir modificaciones que impliquen la concreción de nuevos reparos (Cas. agosto 2/95 Mag. Ptc. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Este derrotero debe, por igual, presidir el proferimiento de la sentencia anticipada, no solo por las razones consignadas en el mencionado fallo, sino porque una decisión al margen de los cargos admitidos por el acusado tornaría ilegítima la terminación anticipada del proceso, que, como se sabe, debe fundarse en acuerdos previos, o por la concurrencia de varios sujetos procesales a la producción del acto, no en posturas unilaterales, y porque la limitación consagrada en el artículo 37B del estatuto procesal, modificado por el artículo 5° de la ley 81 de 1993, numeral 4°, le cerraría al condenado toda posibilidad de controversia, con la consecuente afectación del derecho de defensa. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 29/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 9485. Publicada: SI"..... *1132*

PERJUICIOS/ PERJUICIOS MORALES/ DEMANDA DE CASACION. Dijo la Sala que la autorización del juzgador para que en virtud del artículo 106 del Código Penal señale "prudencialmente" la indemnización del ofendido, se halla precisamente referida al daño moral no valorable pecuniariamente, valga decir al derivado de la aflicción, la congoja o el "pretium doloris" ocasionado con la infracción, y además de modo complementario se añadió que esos

"... perjuicios morales "puros" o "subjetivos, de que trata el artículo 106 del Código Penal no son en su cuantificación susceptibles de avalúo por peritos: así lo tienen dicho la jurisprudencia y la doctrina. Esa tasación está, pues, reservada al buen juicio del sentenciador, que en cada caso observará lo sucedido realmente para calibrar si existe o no ese dolor íntimo y el grado de su intensidad". (cfr. sentencia de noviembre 16 de 1993, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

También y sobre la contingencia del avalúo en materia de perjuicios, como condicionante de la intervención judicial prevista en el artículo 107 del Código Penal son varios los pronunciamientos de la Sala, uno de ellos, el auto de junio 21 de 1994, con ponencia de quien también sustancia en este fallo, donde se anota que

"La ley no tiene establecidas fórmulas predeterminadas ni herméticas dentro de las cuales deba cuantificarse exactamente el monto de los perjuicios irrogados con la infracción, surgiendo tanto de los artículos 55 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 264 ibídem, como de los artículos 106 y 107 del Código Penal, que el verdadero liquidador de esas cifras es el funcionario, a quien se le entregan como criterios valorativos la consulta de "la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible", sin perjuicio de que "según la complejidad del asunto" pueda recurrir al auxilio de peritos, determinándose aún la posibilidad de que aquellos no valorables pecuniariamente puedan fijarse en la forma establecida en los ya invocados artículos 106 y 107 del Código Penal".

Así entonces se admita, que al menos en principio le asistiría interés a la defensa para controvertir las partes del fallo que le gravan, tiene parejamente que aceptarse que en un proceso de partes y ante la controversia de un tema que le es común a todas (en este caso el resarcimiento), no pueden reconocerse privilegios a uno de los sujetos procesales, en relación con otros y ello conduce a exigirles por igual al Ministerio Público, a la parte civil, al Fiscal a la defensa o al tercero civilmente responsable la misma sujeción a los requisitos del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, como en tal sentido han sido ya reiterados los pronunciamientos de esta Sala, y atenido el actor en cada caso a los requisitos que de acuerdo con la naturaleza de cada cargo conciernan, como se ha dicho, por ejemplo en casación de julio 30 de 1996, con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel:

"Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, puede hacerlo en la misma demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exige en la casación civil". Magistrado Po-

nente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 29/05/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Violación al Decreto 3664/86, Hurto calificado y agravado. Proceso: 9536. Publicada: Sí..... *1145*

LEGALIDAD DE LA PENA/ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS/ NULIDAD/ PERJUICIOS. La ley 40 de 1993 modificó el artículo 44 del Código Penal –que por principio de vigencia es el aplicable al caso– constituyendo nuevos límites máximos punitivos para la duración de algunas penas, pero dejó intacta la duración máxima posible de la interdicción de derechos y funciones públicas en la suma de 10 años. Los topes máximo y mínimo previstos por la ley sustancial penal constituyen los límites de la legalidad de la pena, en cuanto a su cantidad. También hace parte de este principio, en cuanto a su calidad, que no se pueda imponer sino una clase de pena prevista en la ley, y que ella sea la consecuencia jurídica prevista para la conducta realizada.

Así pues, se viola éste principio, que la Constitución prevé como derecho fundamental en su artículo 29, cuando se impone pena no prevista en la ley; cuando se impone pena no prevista para el hecho que se imputa, y cuando se impone pena de duración mayor o menor a los límites establecidos para cada tipo de delito o para cada tipo de pena.

Sin embargo, ese error es un defecto de juicio y no un defecto de actividad. No se corrige, a través de la nulidad sino a través de la revocatoria o de la modificación del fallo puesto que entraña la aplicación de una norma de carácter sustancial que la constitución recoge como fundamental, es decir, como fundamentadora del sistema de derecho penal. Es que no todas las garantías constitucionales tienen naturaleza procesal ni se protegen con el remedio de la invalidez. Las que tienen que ver con el sistema de derecho penal material se erigen como límite para el legislador en la creación del derecho, y para el juez en su aplicación. Las que regulan la estructura o la actividad judicial para poder aplicar el derecho, se corrigen al interior del proceso y la nulidad es la manera más drástica de enmendar su desconocimiento.

Ha considerado la Corte que cuando los cargos que se formulan son de índole penal uno o unos y sobre la indemnización de perjuicios otro u otros, cada uno de los puntos a cuestionar debe reunir los respectivos requisitos de los ordenamientos penal y civil. También, que dicha exigencia no es caprichosa sino que obedece a la distinta naturaleza de

las pretensiones civil y punitiva, y a la intención de salvaguardar los principios de igualdad y lealtad entre las partes e impedir la formulación de cargos penales infundados con la sola mira de que, pretextando éstos, se tenga acceso a una impugnación de la condena en perjuicios a la cual separadamente no se tendría. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 29/05/1997. Decisión: Desestima los cargos, casa oficiosamente en cuanto a la pena accesoria. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso 9364. Publicada: Sí..... *1158*

CASACION DISCRECIONAL. En las múltiples oportunidades en que la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la casación excepcional, ha señalado la imperiosa necesidad de que el impugnante sustente, así sea brevemente, pero con suficiente claridad, las razones por las cuales el recurso debe ser admitido, ya que no de otra manera puede ejercer la facultad discrecional que la ley le otorga, frente a los motivos que hacen de recibo el extraordinario instrumento.

Es así como ha dicho que si el recurrente invoca la violación de un derecho fundamental, debe mostrar su concreto conculcamiento en el referido proceso y la trascendencia de la violación en el proferimiento del fallo que impugna, pues no se trata de poner en evidencia cualquier clase de irregularidad sin repercusión alguna sino aquella que implique el desconocimiento de una garantía fundamental. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Casación Discrecional. Fecha: 29/05/1997. Decisión: Inadmite el recurso de casación discrecional. Delitos: Peculado culposo. Proceso: 11788. Publicada: Sí..... *1168*

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ REFORMATIO IN PEJUS. Como es bien sabido, los llamados sentidos o conceptos de la violación, o maneras como se llega a la transgresión de una norma de derecho sustancial en el ejercicio de la actividad in iudicando, son tres: falta de aplicación, aplicación indebida, e interpretación errónea. Se inaplica una norma, cuando se la excluye o ignora, debiendo ser acogida; se aplica indebidamente, cuando se la tiene en cuenta, siendo ajena al hecho juzgado; y, se malinterpreta, cuando se yerra en la determinación de su significado.

En las dos primeras especies de violación, el juzgador se equivoca en la selección del precepto que regula el caso, mientras que en la última, acierta en su escogencia pero yerra al precisar su sentido o alcance. De allí que resulte un contrasentido insalvable, en cuanto atenta contra el

principio lógico de no contradicción, alegar en relación con una misma norma de derecho sustancial, aplicación indebida e interpretación errónea, pues mientras la una presupone que la disposición seleccionada es extraña al caso, la otra admite que lo gobierna.

No cabe duda que al dictarse el fallo de primer grado, la circunstancia de agravación del numeral 4º incidió en la dosificación de la pena para el delito de homicidio. Por tanto, al ser excluida por el Tribunal, se imponía hacer los ajustes punitivos pertinentes, porque si el juzgador mantiene la pena, como sucedió en el presente caso, la estará incrementando en la cantidad que por obligación debe reducir, desconociendo la proporcionalidad debida. De allí que resulte imperiosa la casación oficiosa del fallo, no por desconocimiento del principio de legalidad de la pena, como lo reclama el Ministerio Público, sino por violación del principio de prohibición de reformatio in pejus. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 29/05/1997. Decisión: Desestima las demandas, casa parcial y de oficio, condena. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 9686. Publicada: Sí..... *1172*

FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES Cómo no entender que el funcionario judicial que, mediante providencia manifiestamente contraria a la ley, disponga la reapertura de la investigación, existiendo prueba para acusar y, al mismo tiempo, conceda la libertad provisional sin concurrir causal legal que así lo permita, respecto de hechos ilícitos relacionados con la Ley 30 de 1986, no está ejecutando actos tendientes a la impunidad de uno de sus autores. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Segunda Instancia. Fecha: 30/05/1997. Decisión: Confirma providencia por medio de la cual se decretó nulidad. Delitos: Favorecimiento a narcotráficantes. Proceso: 12684. Publicada: Sí..... *1182*

PRINCIPIO DE INTEGRACION. No es posible invocar el principio de integración respecto del trámite propio de la acción de revisión, toda vez que este postulado opera sólo en aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el Código de Procedimiento Penal y siempre y cuando no se opongan a la naturaleza del proceso penal.

Es claro que el instituto de la acción de revisión que establece el Código de Procedimiento Penal contempla todos los pasos necesarios para su trámite, no haciéndose necesario acudir a otras normas ajenas para dicho objetivo. Si la ley procedimental penal no contempló la

corrección de la correspondiente demanda es porque así lo quiso el legislador, razón por la cual no resulta procedente traer esa posibilidad de la ley civil. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Acción de Revisión. Fecha: 03/06/1997. Decisión: No repone providencia por medio de la cual se inadmitió la demanda de revisión. Delitos: Falsedad en documento privado, Fraude procesal. Proceso: 12251. Publicada: Sí..... *1188*

REHABILITACION. En providencia del 24 de febrero de 1994, Magistrado Ponente Dídimo Páez Velandia, que cita el peticionario, la Corte precisó que "el legislador al señalar los mecanismos de procedimiento para la efectividad del derecho, con buen criterio, estableció dos clases de rehabilitación: la que opera "ipso jure", porque se ha cumplido o se ha extinguido, siendo suficiente para su logro lo dispuesto en el artículo 71 del código electoral (decreto 22 41 de 1986) y la rehabilitación propiamente dicha, que presupone obviamente la vigencia de la pena y la decisión judicial correspondiente (artículos 92 del código penal y 526 del código de procedimiento penal)".

Es claro, entonces, que la rehabilitación que consagra el artículo 92 del estatuto penal sólo se aplica cuando no ha transcurrido el término de la pena impuesta, de manera que por esa razón está consagrada dentro de las causales de extinción de la pena, y sometida a los condicionamientos fijados por la norma en cita. Cuando el tiempo fijado como sanción se ha cumplido, opera la rehabilitación "ipso jure" que prevé el artículo 71 del Código electoral, sin que para ello sea necesario la intervención de la autoridad judicial, pues basta que el interesado formule la solicitud pertinente acompañada de los respectivos documentos ante el Registrador Municipal de su domicilio. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Unica Instancia. Fecha: 03/06/1997. Decisión: No accede a la solicitud de rehabilitación. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 4083. Publicada: Sí..... *1192*

FUERO/ JUEZ REGIONAL Con la expedición del Decreto 2790 de 1990, denominado Estatuto para la Defensa de la Justicia, se suprimieron a partir del 16 de enero de 1991 los juzgados especializados, e integrados a los juzgados de instrucción y de conocimiento de orden público, designados en adelante por el Tribunal de Orden Público con competencia en todo el territorio nacional.

A su turno, el artículo 5o. del citado Decreto, modificado por el lo. del Decreto 99 del 14 de enero de 1991, asignó como nueva función del

entonces ya creado Tribunal de Orden Público la de conocer de las actuaciones que se inicien o adelanten por delitos imputados a los Jueces de Orden Público, categoría que, como queda visto, no se podía ya extender a unos despachos que como los especializados habían perdido su naturaleza y función, al transformarse en otra clase de unidades, ahora competentes (artículo 9o. del mismo decreto modificado por el lo. del Decreto 99 de 1.991) para el conocimiento del delito previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1.986 y sus conexos, normatividad que fue la acogida como legislación permanente por el artículo cuarto del Decreto 2271 de 1991, vigente desde el 4 de octubre de ese año.

De este breve recuento se desprende que siendo de la competencia inicial de los Tribunales Superiores de Distrito el juzgamiento de los jueces especializados de conformidad con los ya invocados artículos 33 y 69 de los Decretos 409 de 1971 y 50 de 1987, por su asimilación legal con los jueces del circuito, dicha situación no se modificó para ocasionar una pérdida del fuero que invariablemente ha amparado dentro del tránsito de normas a los jueces, independientemente de sus especialidades o jerarquías, pero además, que en ningún momento la competencia para el juzgamiento de los jueces especializados estuvo a cargo del Tribunal de Orden Público, ahora Tribunal Nacional, pues cuando a aquel se le comenzó a otorgar el conocimiento de la primera instancia para el juzgamiento de jueces, ya se indicaba que se trataba de los de instrucción y conocimiento de orden público, que fueron precisamente quienes con diferentes especialidades y ya sin dependencia funcional ni jerárquica frente a los Tribunales de Distrito, asumieron las funciones dejadas por los jueces especializados.

Dentro de este mismo orden secuencial la competencia de los Tribunales Superiores para Juzgar a los jueces de su respectivo distrito se conserva hasta hoy en el artículo 70 del Código de Procedimiento Penal vigente, mientras que el conocimiento de los delitos cometidos por los jueces regionales se sigue reservando al Tribunal Nacional, lo que mantiene una armónica coherencia tanto foral como funcional pese a la proliferación y disparidad de normas que sobre los diversos rangos de justicia especializada se han intentado dentro de la últimas décadas. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Segunda Instancia. Fecha: 03/06/1997. Decisión: Confirma decisión por medio de la cual se denegó nulidad. Delitos: Favorecimiento a narcotraficantes. Proceso: 12806. Publicada: Sí..... 1795

ACCION DE REVISION/ LEGITIMIDAD. Debe recordarse que la revisión es una acción independiente de la penal contra cuya decisión ejecutoriada va dirigida, que requiere por tanto de mandato especial al abogado que ha de invocarla, como defensor para el caso presente.

Así lo ha sostenido esta corporación, en providencias de fecha septiembre 27 de 1995, M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel; septiembre 10 de 1996, M.P. doctor Fernando Arboleda Ripoll, y, más recientemente, marzo 11 de 1997. M.P. doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, cuando reiteró:

"... es claro que su ejercicio requiere de la iniciación de un trámite especial, independiente del que ya culminó en las instancias.

Como consecuencia, es necesario que el apoderado del procesado acredite su legitimidad para interponer la demanda, esto es, que adjunte el poder otorgado especialmente para adelantar esta acción, aun cuando se trate del mismo profesional que intervino como apoderado en el trámite ordinario". Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Acción de Revisión Fecha: 03/06/1997. Decisión: No admite la demanda de revisión. Delitos: Acceso carnal violento, Secuestro simple Proceso: 11197. Publicada: Sí..... *1207*

COLISION DE COMPETENCIA/ HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA/ CONEXIDAD. El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal consagra un mecanismo excepcional y de aplicación subsidiaria que aporta soluciones para determinar a quién debe encargarse del conocimiento de un hecho punible, entre varios funcionarios que resultan competentes atendiendo a la naturaleza del asunto, cuando no hay certeza del lugar exacto en donde se perpetró el ilícito (ya porque acaece "en varios sitios", ora porque se ejecuta en uno solo pero que no está bien definido) y cuando se cumple en el extranjero.

Y el precepto consagra distintos factores que por igual dirimen a prevención la competencia territorial cuando se está en presencia de un solo hecho punible o de varios que deben investigarse y fallarse conjuntamente (unidad procesal) por algún factor de conexidad (art. 87 C. P. P.).

Empero, en esta última hipótesis (art. 80, inciso 2° C.P.P.) debe considerarse que se previene el conocimiento de todos aquellos

funcionarios que, a fuer de tener en común la competencia por la naturaleza del hecho, se ha presentado en sus Despachos alguno de los eventos procesales previstos en la norma, pero siempre en el entendido de que no se conozca con certidumbre el lugar de comisión de ninguno de los hechos punibles conexos, porque si respecto de uno solo de ellos está establecido con exactitud el sitio donde tuvo ocurrencia, ya no tendría aplicación la norma subsidiaria de la competencia a prevención que consagra este instituto, sino la general por razón del territorio, o sea que el conocimiento de todos los hechos punibles debe aprehenderlo el funcionario competente para impulsar el proceso por el ilícito cuya sede de consumación es conocida, siendo indiferente en cuál lugar se formuló primero denuncia por una de las infracciones, se privó de libertad al imputado o se dispuso con prelación la apertura de instrucción.

Reiteradamente ha dicho la Corte que en los casos de hurto agravado por razón de la confianza depositada en el agente, el hecho punible no se consuma en el lugar donde se recibe el bien, ni en el sitio donde la cosa debe entregarse a su dueño, sino en el momento y lugar donde el sujeto activo del reato efectúa sobre el bien actos externos de apropiación ilícita con los cuales desconoce la ajenidad de la cosa respecto de la cual es un mero detentador material o simplemente la ha recibido en virtud de un contrato de trabajo pero manteniéndose dentro de la órbita de vigilancia del propietario. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 05/06/1997. Decisión: Asigna el conocimiento al Juez 2º Penal Municipal de Calarcá. Delitos: Abuso de confianza. Proceso: 13044. Publicada: Sí..... *1210*

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO/ DETENCION DOMICILIARIA.

Es del caso remembrar la determinación del 9 de noviembre de 1.993, M.P: Dr. Gustavo Gómez Velásquez así:

"...el artículo 397 establece los casos en que la medida de aseguramiento es la de detención preventiva y efectivamente su sustitución será procedente, de acuerdo con la nueva disposición en aquellos casos en que se presenten a cabalidad los requisitos que exige el artículo 53 de la ley 81 de 1993, desde luego a partir del momento en que se resuelve la situación jurídica del procesado y hasta cuando se profiere la sentencia de primera instancia.

Lo anterior en virtud de la aplicación del mandato constitucional previsto en el artículo 29 de la Carta Política. Pero una vez dictada providencia en

la que se declare la responsabilidad del procesado y se le imponga una pena, sólo será procedente, al proferir la sentencia otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional que implica una suspensión bajo determinadas obligaciones, o el subrogado de la libertad condicional cuando la pena impuesta supera los tres años de prisión y se han satisfecho las dos terceras partes de la sanción entre detención efectiva y las rebajas o redenciones de pena, una vez ejecutoriado el fallo. Si no se da esta ejecutoria y el procesado satisface los requisitos del artículo 72 del Código Penal, lo que procede es el beneficio de libertad provisional conforme lo preceptúa el numeral 2°. Del artículo 415 del C. de P.P.

La finalidad del beneficio consagrado en el artículo 396 del C. de P.P. (art. 53 de la ley 81 de 1.993) apunta exclusivamente a que el sindicado vaya descontando pena en su domicilio mientras el Estado declara su responsabilidad. Proferida la sentencia de condena y determinada la pena que le corresponde al procesado, en aquellos casos en que el Juez considere improcedente la concesión del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal, tendrá que revocar el beneficio concedido (detención domiciliaria), para hacer efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta en el fallo de condena. Esto se afirma sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y ss. de la ley 81 de 1993".

La detención domiciliaria (medida de aseguramiento de naturaleza autónoma, como así ha tenido ocasión de advertirlo esta Sala en determinaciones de noviembre 7 de 1995 y agosto 8 de 1996), así tenga un carácter menos restrictivo de la libertad que la detención propiamente tal, al dejarse sin efecto en la sentencia, para su cumplimiento era imperiosos esperarse a la ejecutoria del fallo, pues fruto de la impugnación aún no había adquirido firmeza, a más de que la apelación se cumple en el efecto suspensivo, lo que –como es sabido– conlleva que las decisiones no puedan ejecutarse de inmediato: Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Segunda Instancia. Fecha: 05/06/1997. Decisión: Declara que no hay lugar a la revocatoria del auto. Delitos: Concusión, Prevaricato por omisión, Falsedad documental por ocultamiento, Falsedad por destrucción de documento público, Supresión de documento público. Proceso: 12699. Publicada: Sí..... *1217*

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ INTERES PARA RECURRIR/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA. Recabar sobre los hechos o las pruebas demostrativas de los mismos, bajo una perspectiva

dimensional diferente a la del juzgador, aparte de violar el principio lógico de no contradicción (se niega lo que ya se había reconocido tácitamente al acudir a la violación directa), es una actitud de mayor proyección, pues la discrepancia ya no es meramente de juicio jurídico, sino que se extiende a la entidad de los datos realmente determinados en el proceso, lo cual comportaría, como atinadamente lo sostiene el Ministerio Público, un debate a través de la causal de violación indirecta de la norma sustancial, ya que es indispensable demostrar los errores de hecho y/o de derecho en que pudo haber incurrido el fallador.

De acuerdo con el artículo 37B, numeral 4°del Código de Procedimiento Penal, antes de la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 365 de 1997, tanto el procesado como su defensor tienen un límite en el objeto de la apelación de la sentencia anticipada, en la medida en que sólo pueden cuestionar "la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios, y la extinción del dominio sobre bienes". Tal restricción tiene un sentido de vinculación lógica con la naturaleza de las formas anticipadas de terminación del proceso, pues, si en estas impera y precede una manifestación voluntaria del procesado en un acuerdo o en la aceptación relacionadas con el hecho delictivo juzgado y su responsabilidad, tales son elementos que ordinariamente no pueden replantearse por aquellos sujetos procesales en los recursos –salvo por nulidad–, pues admitirlo sería tolerar una inusitada retractación del pacto original, lo cual desnaturaliza la significación de participación voluntaria de los sujetos pasivos de la acción penal –procesados– en las decisiones que los afectan, que envuelven aquellas instituciones de la sentencia anticipada y la audiencia especial (Const. Pol., art. 2°). De este modo, en tratándose de estas figuras especiales, la competencia del superior funcional se configura no sólo por la limitación a "los aspectos impugnados" por la parte apelante, como lo dice el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, sino que también ha de constatarse que tales aspectos sean impugnables, de acuerdo con el artículo 37B del mismo ordenamiento.

Ahora bien, esa posibilidad restringida de impugnación se refiere tanto a la apelación como al recurso extraordinario de casación, primero, porque la secuencia lógica y altamente integrada del proceso penal indica que la Corte no puede ocuparse de asuntos que ni siquiera podían ser examinados por el ad quem, en el entendido adicional de que el objeto del ataque extraordinario es la sentencia de segunda instancia dictada por el tribunal

y no el contenido integral del proceso o de cualquiera de las decisiones adoptadas en él (art. 218 C. P. P.); y, en segundo lugar, porque, si la limitación de la materia de impugnación obedece al propósito legislativo de impedir una retractación caprichosa del procesado, sería un absurdo que la misma se propiciara en sede de casación, en desmedro de la coherencia interna del proceso penal. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 05/06/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Peculado por apropiación, Falsedad material empl. of. en doc. publico. Proceso: 9911. Publicada: Sí..... *1225*

DEMANDA DE CASACION/ DEROGATORIA DE UNA LEY/ REFORMATIO IN PEJUS. La aplicación indebida de las normas sustanciales implica que el sentenciador falló en su selección, en tanto que su interpretación errónea supone que el contenido otorgado a la norma no es el que corresponde, aún cuando está bien seleccionada, generándose en un caso u otro, efectos completamente diversos conforme se desprende de lo que presupone el ataque por una cualquiera de las vías enunciadas, lo que desde un principio hace contradictorio el cargo e imposibilita su análisis de fondo.

Por otra parte, en todas las hipótesis de violación directa de la ley sustancial, el censor debe aceptar los hechos y las pruebas como fueron apreciados en las instancias. Así parece que quiso hacerlo el libelista, pero no logró en últimas demostrar uno cualquiera de los yerros endilgados sino que faltando a la claridad y precisión que se demanda en esta sede, habló indiscriminadamente de lo que la doctrina ha dicho acerca de la tentativa, al cabo de lo cual nada concluye con relación a la situación concreta de su representado.

Ha de recordarse que siendo la demanda de casación un juicio técnico-jurídico a la sentencia censurada, debe contener aparte de los supuestos técnicos arriba puntualizados, los razonamientos tendientes a la demostración de la causal alegada, evidenciando el yerro endilgado al fallador, esto es, develando la falta de aplicación o la errónea selección de las normas sutanciales según el caso.

Las nulidades en el proceso penal, tienen como fin restarle eficacia al acto que se supone irregular y así se le impide producir las consecuencias jurídicas que le son propias. En virtud de lo anterior, la actuación efectuada con desconocimiento de las garantías de los sujetos procesales o la vulneración a los principios constitucionales debe ser declarada nula por cuanto se supone irritualmente practicada.

En tal sentido, la nulidad por sí sola no existe, de ella se deben desprender los efectos nocivos que generen la imposibilidad de continuar con el trámite cuando de este se puedan generar vicios en todo o en parte del proceso y en esta sede extraordinaria implica para quien la proponga su demostración y de la trascendencia del yerro enunciado.

La derogatoria de una ley, sea expresa o tácita, implica que esta deja de tener efectos, por contener disposiciones que son contrarias o porque la nueva normatividad modifica parcialmente las anteriores. En el caso de la ley 23 de 1991, en su artículo 1o, numeral 11 asignó a los Inspectores de Policía el conocimiento de algunas contravenciones, dentro de las que se encuentra el hurto simple cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales. De tal contenido no se desprende que por ello haya derogado el artículo 372, pues de ser así muchas de las conductas que cobija el citado artículo quedarían en el aire, al no estar reguladas expresamente la ley 23 de 1991.

El Constituyente Delegado, quiso regular con este la institución de la *Reformatio*, aquellas situaciones en las que se vea afectado el carácter dispositivo del derecho a la defensa por la agravación de la pena, en los casos de único apelante, sin que le sea dable al juzgador entrar a determinar las situaciones en las cuales procede, cuando como en este, su omisión es evidente.

Necesario resulta aceptar que el principio de la Reformatio In pejus también se predica de aquellas situaciones en las que aún cuando la dosificación punitiva efectuada dentro de los límites legales sea muy benigna, se absuelva por una conducta, se elimine una circunstancia de agravación punitiva o se reconozca una atenuante específica. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia Casación. Fecha: 06/06/1997. Decisión: Declara prescripción en cuanto a unos delitos, desestima las demandas, casa parcial. Delitos: Tentativa de homicidio, Hurto calificado y agravado, Homicidio, Concierto para delinquir. Proceso: 8881. Publicada: Sí..... *1237*

DEMANDA DE CASACION. La sustentación del ataque es un alegato en el cual el actor pretende que la Corte deje de lado la valoración probatoria efectuada por el sentenciador, para que en su lugar acoja su criterio y profiera un fallo absolutorio, pretensión que como es sabido no es de recibo en casación, pues se trata de un recurso

extraordinario que no tiene por fin que una tercera autoridad entre a mediar entre dos pareceres enfrentados reestudiando las pruebas, en un momento en que el proceso ya ha sido definido por el sentenciador de segundo grado en forma definitiva, sino a verificar si se ha incurrido en algún error trascendente que vicie de ilegal la decisión. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Sentencia Casación. Fecha: 10/06/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Estafa. Proceso: 8994. Publicada: Sí..... *1262*

POLICIA/ LIBERTAD PROVISIONAL. Es claro que el delito cometido por un miembro de la Policía Nacional, en las circunstancias anotadas, produce mayor desconcierto e intranquilidad, en cuanto se abusa de la autoridad trastocando el sentimiento de confianza y seguridad, tanto mas cuando están comprometidos en el mantenimiento de las condiciones necesarias para que las personas puedan ejercer sus derechos y libertades, asegurando a los habitantes de Colombia una convivencia pacífica y segura.

Desconocer de tal manera sus deberes y traicionar la investidura, es cruel realidad que se ofrece contraria a la liberación provisional que aquí se pide. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Casación –Libertad–. Fecha: 11/06/1997. Decisión: Niega libertad provisional. Delitos: Concusión. Proceso: 12490. Publicada: Sí..... *1285*

PECULADO CULPOSO. El revólver permaneció indebidamente en el Juzgado por la sencilla razón de que si no se requería para la práctica de prueba alguna, como en efecto sucedió, era su obligación legal dar aplicación al artículo 53 del Decreto 1663 de 1979, de conformidad con el cual *"Las armas, municiones y accesorios que sean decomisados, deberán ser enviados a la Sección Control Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General, dentro de los quince días siguientes al mes en que se efectuó el decomiso"* y al *artículo 1º del Decreto 2760 de 1981, modificatorio del artículo 58 del precitado Decreto 1663, que dispone: 'Las armas y municiones de guerra de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y las armas de fuego de cualquier clase que las autoridades tengan en su poder o secuestren por haberse cometido con ellas un delito, o que provengan de su ejecución e hicieren parte de un proceso penal, serán puestas por el respectivo Juez o funcionario bajo control y custodia de las autoridades militares o de la policía nacional, según el caso, y allí quedarán a disposición del funcionario competente para los efectos de la investigación..."*, y no desatender la diligencia

debida para ejercitar la custodia del arma, dejándola expuesta a la posibilidad de extravío o pérdida. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 11/06/1997. Decisión: Confirma el fallo condenatorio apelado. Delitos: Peculado culposo. Proceso: 11028. Publicada: Sí..... *1288*

PARTE CIVIL/ INTERES PARA RECURRIR/ INIMPUTABILIDAD/ MEDIDA DE SEGURIDAD Con la condena del acusado (...) al internamiento en establecimiento siquiátrico, lo mismo que con la declaración de su responsabilidad en el pago de los perjuicios morales y materiales consiguientes, es claro que el interés frente al resarcimiento por la muerte de (...) logró los fines que habilitaban la intervención de esta parte en ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal (artículo 43 y siguientes del C. de P.P.). Y como esa intervención no depende de la clase de medida que le sea impuesta al responsable (bien se trate de penas en el caso del imputable, o de medidas de seguridad en el del inimputable), ningún interés le asiste a la parte civil que le autorice la búsqueda de instrumentos que tornen más gravosa la situación penal del condenado.

Pese a que la ley penal fijaba claras diferencias que distanciaban notoriamente la pena de las medidas de seguridad, y a estas les señalaba unos fines muy diferentes de aquellas y restringidos a la "curación, tutela y rehabilitación" del inimputable, la Corte Constitucional al resolver sobre la acción pública de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 94, 95 y 96 del Decreto 100 de 1980 (parcialmente), creyó ver que las medidas de seguridad eran en realidad equivalentes a una privación de libertad, por lo que en sentencia C-176 de Mayo 6 de 1993 (Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, Tomo V, Mayo, pgs. 31 a 49)sostuvo que,

"...El tiempo de duración máxima de la medida de seguridad es el equivalente del término de la pena prevista para ese hecho punible. Tal tope tiene dos efectos: primero, no se podrá internar a nadie en calidad de medida de seguridad más allá de dicho lapso; segundo, dicho tiempo señala igualmente el plazo para la prescripción de la medida de seguridad. Entonces cuando se llegue el plazo máximo de la medida de seguridad, el juez está obligado a poner en libertad al inimputable. La razón de ser de ello es que la medida de seguridad supone privación de la libertad. Si una vez cumplido el tiempo previsto para el máximo del hecho punible, la persona no se ha rehabilitado a nivel síquico debe ser puesta en libertad. Termina para ella el tiempo

de reclusión en calidad de inimputable, sin perjuicio de que el Estado le garantice el tratamiento especial que requiera, pero ya no como inimputable sino como disminuido síquico. En estos casos deberá asegurarse la presencia de un representante legal para el disminuido síquico. La expresión "y un máximo indeterminado", es contraria a la preceptiva constitucional.

Lo cierto es, pues, que bajo la interpretación que se transcribe, el fallo invocado acabó por declarar la inexequibilidad de la expresión *"y un máximo indeterminado"* que contenían los artículos 94,95 y 96 del Decreto 100 de 1980, y ello conduce, como lo pide aquí la Procuraduría Delegada, a introducir, de oficio, según lo autorizan los artículo 228 y 229 del Código de Procedimiento Penal, la alinderación formal de ese tope temporal en el máximo de duración de la medida de aseguramiento impuesta en este caso al acusado, con el fin de ajustar el fallo a los términos y consecuencia de la invocada sentencia de inexequibilidad. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia Casación. Fecha: 11/06/1997. Decisión: Desestima la demanda y casa parcial y de oficio respecto de la medida de seguridad. Delitos: Homicidio. Proceso: 9112. Publicada: Sí..... *1304*

RECURSOS. Los recursos son medios legales de impugnación a través de los cuales se dota a las partes de mecanismos para reclamar la corrección de los errores en que hayan podido incurrir los funcionarios judiciales en sus decisiones. De ahí que su interposición suponga la carga procesal de expresar las razones del disenso con la providencia cuestionada, es decir, el deber de precisar argumentativamente en qué consiste el desacierto acusado y cuál la resolución que en su lugar corresponde. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación Discrecional –Reposición. Fecha: 12/06/1997. Decisión: No Repone el auto impugnado. Delitos: Abuso de confianza. Proceso: 12935. Publicada: Sí..... *1317*

IMPEDIMENTO/ MAGISTRADO/ CONGRESISTA Se ha abierto camino la tesis de que el interés referenciado por la norma del estatuto procedimental debe ser específico, personal, concreto y no en abstracto, hipotético o de orden meramente legal; por lo tanto diferente de aquel que puede resultar de la eventual investigación recíproca de Magistrados y Representantes a la Cámara, pues lo contrario da lugar a una grave aporía que dejaría sin juez la investigación y el fallo de las conductas punibles atribuídas a los miembros de la Comisión de Investigación y Acusaciones, debido a que los Conjueces llamados a

suplir a los Magistrados supuestamente inhabilitados se hallarían en las mismas condiciones, toda vez que aquéllos como éstos también quedarían expuestos a una eventual investigación por dicha célula del Congreso al fungir como jueces en los casos para los cuales son sorteados. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Unica Instancia. Fecha: 12/06/1997. Decisión: Inadmite el impedimento manifestado por el Dr. Gálvez Argote. Delitos: Por establecer. Proceso: 12980. Publicada: Sí..... *1320*

TRANSFERENCIA ILEGAL DE CHEQUE. Claro resulta que el Senador no ha incurrido en ninguna conducta punible de emisión o transferencia ilegal de cheque, pues al girar estos títulos sólo en garantía y como sucedáneos en el pago de una obligación futura, asumía el compromiso eventual de cancelar un crédito, desvirtuando por completo el carácter de medio de pago que es propio del cheque y lo hace equiparable a la moneda, y de contera haciéndole perder la protección penal que es inherente a este título valor, pues el artículo 357 del Código Penal, en su inciso 4o. excluye de punibilidad la conducta de quien emite cheque posdatado o entregado en garantía. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Unica Instancia. Fecha: 17/06/1997. Decisión: Se abstiene de abrir investigación. Delitos: Emisión y transferencia ilegal de cheques. Proceso: 12253. Publicada: Sí..... *1323*

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE/ DERECHO DE DEFENSA. Es principio general consagrado en la ley 153 de 1887 (artículos 43 y 40) que las normas instrumentales que señalan nuevos procedimientos o fijan competencias, son de aplicación inmediata y prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, salvo frente a los términos y las diligencias que ya estuvieren iniciadas.

Además, el decreto 2700 de 1991, estatuto procedimental que entró a regir el 1° de julio de 1992 y volvió a introducir como sujeto procesal penal al tercero civilmente responsable, deriva de su artículo 13 transitorio que sólo los procesos en los cuales, para esa fecha, ya se hubiese iniciado audiencia pública, continuaban tramitándose con base en el Código anterior.

La preceptiva que permite derivar que la vinculación al proceso penal del tercero civilmente responsable está supeditada a la actuación de la parte civil y ésta goza de una amplísima fase para ser reconocida dentro del proceso penal (desde su apertura hasta antes de proferirse sentencia

de segunda o de única instancia, artículo 45 C. de P.P.), ha generado confusiones, como la que llevó al Tribunal a expresar, inextricablemente, que al tercero civilmente responsable "le basta la garantía de un debido proceso, con la sola notificación de la demanda y la oportunidad para controvertir las pruebas, que según la decisión de la Corte (–Constitucional–), empieza con la resolución de apertura de instrucción y se finiquita, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia, sencillamente porque el tercero es una parte accesoria del titular de la persona constituida como Parte Civil" (f. 386 ib.).

Como tal interpretación se la relaciona con el análisis efectuado por la Corte Constitucional al encontrar exequible lo dispuesto en los artículos 154 y 155 del decreto 2700 de 1991 (sentencia C-541, septiembre 24/92, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz), resulta necesario recordar sus consideraciones relevantes:

"En este sentido queda claro que el llamado a responder en tales condiciones, requiere del cumplimiento de este fundamental requisito de la notificación, que le da el carácter necesario para actuar dentro del proceso como un sujeto procesal, con las facultades suficientes para controvertir las pruebas que se reciban procesalmente para derivarle responsabilidad, para constituir apoderado o para que se le nombre de oficio, para presentar pruebas conducentes a demostrar la exclusión de su responsabilidad, para interponer los recursos que se refieran a los actos que lo comprometan en la citada responsabilidad; todo esto presupone que este sujeto procesal ha podido participar en el trámite del proceso, a partir de la resolución de apertura de instrucción y previa la notificación de la demanda hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia, y su intervención en el eventual trámite incidental de liquidación de perjuicios, que regula el artículo 154, en concordancia con los artículos 56 a 62 del mismo estatuto de procedimiento penal, se garantiza sobre la base de la preexistencia de la sentencia ejecutoriada.

No comparte la Corte la interpretación del actor en el sentido de considerar que la hipótesis planteada por el artículo 154 reduce las oportunidades de intervención del "tercero" sólo a su participación en el citado incidente; más bien, lo correcto es entender que esta participación incidental corresponde a una etapa posterior al trámite de la definición judicial de la responsabilidad de éste y de sus alcances concretos, durante la cual ha podido debatir plenamente y a la luz de toda la normatividad sustancial que regula su situación jurídica, el compromiso civil que le cabe por el

hecho de otro. Se deja en claro que, como el llamamiento a responder civilmente por las consecuencias del hecho punible de otro, debe hacerse por el funcionario de conformidad con la ley sustancial previa solicitud del legitimado para interponer las acciones concedidas, el "tercero" puede controvertir los fundamentos legales de aquella demanda. Obviamente, el debate procesal de la acción civil contra el "tercero", dada la naturaleza del proceso penal en el que se surte y que condiciona de modo prevalente sus trámites, supone que el llamado en tales condiciones debe actuar en el sentido de la determinación del grado de su responsabilidad".

Contrario a lo insinuado en las instancias, esa disertación no deja lugar a malos entendidos, cuando claramente se lee que debe tener la oportunidad de "presentar pruebas conducentes a demostrar la exclusión de su responsabilidad", además de que su vinculación se haga mediante providencia motivada, que le sea debidamente notificada y que se le permita recurrir, al igual que controvertir las pruebas allegadas en su contra, como lo disponen los artículos 44 y 155 del Código de Procedimiento Penal, en defensa provista de apoderado, que puede estar orientada, amén de cuestionar la responsabilidad penal del procesado, a desvirtuar su propia responsabilidad civil o patrimonial, "conforme al Código Civil" (artículo 153 ibídem).

Sobre el tema expresó esta corporación, en sentencia de casación de junio 22 de 1994, radicación 8400, M.P. doctor Edgar Saavedra Rojas:

"... no sucede lo mismo con el tercero civilmente responsable, por cuanto, siendo un extraño frente a la comisión de un hecho delictivo, tal como claramente lo define el artículo 153 del C.P.P., no tiene por qué estar atento o esperar un procesamiento que le deduzca una responsabilidad patrimonial. En esas condiciones, solamente después de haber sido convertido en sujeto procesal, con todas las formalidades que se han establecido con ese fin (art. 44 ibídem), se puede llegar a condenar al tercero civilmente responsable, y si a ello aspira la parte civil, habrá de preocuparse de llegar al proceso penal con la oportunidad necesaria para que el tercero a quien demanda pueda ejercer a plenitud su defensa; imposición que se deduce de los derechos que el estatuto procesal le concede al tercero civilmente responsable.

Esos derechos están nítidamente definidos en el precepto 155 del estatuto comentado, en cuanto consagra como facultades del sujeto procesal en referencia: 'El tercero civilmente responsable tiene los

mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal. No podrá ser condenado en perjuicios cuando no se haya notificado debidamente y se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra'.

Del texto anterior se vislumbra que el legislador cuidó muy bien de proteger al tercero civilmente responsable para que, en caso de resultar condenado dentro del proceso penal, tal decisión se adoptara después de haberle dado la ocasión de ser oído y vencido en juicio. Por tanto, mientras el tercero no haya sido legalmente vinculado al proceso penal y no haya tenido la oportunidad de ejercer realmente la defensa de sus intereses no es posible que el juez penal profiera sentencia condenatoria en su contra. La filosofía plasmada en las normas a las cuales alude este pronunciamiento, que no es otra que el desarrollo de la garantía constitucional del debido proceso, la sigue sosteniendo el legislador de 1993, pues, indudablemente para reforzar la garantía de los derechos del tercero civilmente responsable, excluyó la decisión sobre la responsabilidad de éste en las sentencias anticipadas. (Ley 81/93, artículo 5, numeral 5).

Con relación al tema tratado conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, declaró la inexequibilidad de las disposiciones del Decreto 050 de 1987 que establecía la figura del tercero civilmente responsable, precisamente con base en las limitaciones que se le presentaban a este nuevo sujeto procesal para ejercer su defensa..."

El derecho a la defensa se constituye en la facultad plena y oportuna de demostrar en el proceso que no se es responsable, o sólo en determinado grado. Su ejercicio conlleva que el vinculado conozca los cargos que se elevan en su contra, a fin de que tenga la oportunidad de controvertirlos; debe saber de éllos con la suficiente antelación, para que logre presentar las pruebas o descargos que considere convenientes en salvaguardia de sus intereses, ya que si apenas alcanza a percibirlos cuando ya no puede debatirlos, el derecho a la defensa se hace nugatorio.

Si bien este derecho es regulado tradicionalmente con especial celo en lo que tiene que ver con el procesado, no por ello resulta válido concluir que esté instituído solo en su favor; por el contrario, es predicable en el beneficio lícito de todos los que en el proceso tengan intereses en juego, ya que reconocerlo a unos y no a los otros sería pretermitir el principio constitucional de la igualdad ante la ley.

De esta manera, el tercero civilmente responsable puede ser involucrado válidamente al proceso penal durante la instrucción, o aun iniciándose el juicio siempre que mantenga la oportunidad plena de solicitar, allegar y contradecir pruebas y de preparar debidamente su defensa, para que así se equilibre en "los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal", teniendo en cuenta que para resultar condenado en perjuicios, si a éllo hubiere mérito, se exige que se le "haya notificado debidamente" y "se le haya permitido controvertir las pruebas en su contra" (art. 155 ib.).

Todo lo anterior significa que la oportunidad para ser legalmente vinculado el tercero civilmente responsable al proceso penal, fenece cuando el expediente queda efectivamente "a disposición común de los sujetos procesales por el término de treinta días hábiles, para preparar la audiencia pública, solicitar las nulidades que se hayan originado en la etapa de instrucción que no se hayan resuelto y las pruebas que sean conducentes", determinado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por ser esta la última oportunidad procesal, particularmente para impetrar los elementos de comprobación que requiera.

Ha de tenerse en cuenta, para mayor claridad, que la audiencia pública es un evento connatural para el acopio de pruebas, pero éstas, salvo lo dispuesto por el artículo 448 ibídem, no son otras que las solicitadas dentro del mencionado término del artículo 446.

Una cosa es que la constitución de la parte civil pueda intentarse hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o de única instancia, por expresa previsión legal (art. 45 C. de P. P.), y que la vinculación del tercero o terceros civilmente responsables deba ser postulada por tal parte civil, por su interés en la reparación del daño y la opción de procurar la indemnización por dentro del proceso penal, o en uno civil separado.

Pero este condicionamiento a que el afectado con el delito decida hacerse parte dentro del proceso y llamarlos en tal calidad, no puede conducir a la arbitrariedad que sojuzgue el derecho de defensa, constituyendo un acto de deslealtad procesal que la parte civil con pretensiones de involucrar a terceros en la responsabilidad patrimonial generada por el ilícito, espere hasta último momento para propiciar la convocatoria, cuando ya han transcurrido etapas en que se pueda ejercer debidamente la defensa. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla

Pinilla. Sentencia Casación. Fecha: 17/06/1997. Decisión: Casa parcialmente en cuanto a los perjuicios en contra del tercero civilmente. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 10260***. Publicada: Sí..... *1328*

PARTE CIVIL/ PERJUICIOS/ INTERES PARA RECURRIR. En la referida sustentación del recurso el impugnante primero se dedica a sostener que el delito de hurto materia del proceso no tiene el grado de tentativa, como lo decidió la sentencia que recurre, sino que el mismo se consumó, tal como lo consideró el Tribunal en el proveído calificatorio. En consecuencia, solicita al Tribunal que procediera de conformidad, aumentando la pena, revocando el subrogado penal y "además, debe condenársele al pago de los perjuicios morales que tan grave delito ocasionó a los deudos del occiso, señor (...), pues todos los perjuicios se originaron en la planeación y ejecución del delito por parte del autor intelectual, perjuicios que deben ser estimados por el juzgador, ya que es injusto no condenar a este pago a quien fue el cerebro, el instigador y el contratante de los autores materiales" (fl.321).

En este caso concreto la parte civil carecía de interés para impugnar la mencionada sentencia que fue favorable a sus pretensiones, pues que por medio de ella se condenó al procesado penal y civilmente.

Se replicará que tal aserto no es estrictamente cierto porque al final de la sustentación del recurso el impugnante se refirió a los perjuicios, pero no: si se repasa el párrafo respectivo y que arriba se transcribió, es fácil constatar que la sostenida tesis del hurto consumado no guarda relación ninguna con la mencionada referencia a los perjuicios, pues a éstos aludió el recurrente pero relacionándolos con el delito de homicidio cometido en la misma víctima del hurto, delito contra la vida éste que no era objeto de este proceso ni, por tanto, de la sentencia apelada. Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 17/06/1997. Decisión: Desestima la demanda, casa oficiosamente y decreta nulidad. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 10444. Publicada: Sí..... *1347*

COMPETENCIA/ JUEZ REGIONAL/ PORTE ILEGAL DE ARMAS. El artículo 71 ibídem, modificado por el artículo 9° de la ley 81 de 1993, dispone que los Jueces Regionales conocen en primera instancia de los delitos a los que se refiere el decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio.

Ahora bien, el Decreto 2266 de 1.991 adoptó como norma permanente el artículo 1° del Decreto 3664 de 1.986, el cual sanciona con prisión de uno a cuatro años al que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos.

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 71 del estatuto procesal penal corresponde a los Jueces Regionales conocer de todas las conductas descritas en el artículo 1° del decreto 3664 de 1.986, a excepción del porte de armas de fuego de defensa personal, cuyo conocimiento es competencia de los Juzgados Penales del Circuito, de acuerdo con el numeral 1°, inciso c), del artículo 72 idem. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 17/06/1997. Decisión: Declara competencia a la justicia regional. Delitos: Violación al Decreto 3664/86. Proceso: 13153. Publicada: Sí..... *1359*

ABUSO DE CIRCUNSTANCIAS DE INFERIORIDAD. Son distintas las necesidades de prueba si el "trastorno mental" exigido en el referido tipo penal se entiende en el sentido extremo de la "enajenación mental", como pérdida completa de la consciencia y la voluntad, caso en el cual sería necesario establecer la presencia de una sicosis, una neurosis o una psicopatía grave; o si se entiende en sentido amplio como una alteración en mayor o menor grado de la normalidad del estado psíquico de una persona, caso en el cual bastaría determinar una debilidad mental.

Algo más: cuando el derecho penal adopta la expresión lingüística "trastorno mental", no lo hace de manera uniforme en cuanto a su entidad, pues, para el caso de inimputabilidad requiérese una perturbación tal que afecte profundamente la capacidad de comprensión o de autodeterminación del individuo (art. 31 C. P.); mientras que el "trastorno mental" propio del delito de abuso de circunstancias de inferioridad tiene la connotación de una subordinación psíquica de la víctima en relación con el sujeto activo (art. 360 idem).

Esta distinción es evidente en el texto y la sistemática propia de la última disposición citada, cuyo tenor es el siguiente:

"*Abuso de circunstancias de inferioridad.* El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de la necesidad, de la pasión o del trastorno mental de una persona, o de su inexperiencia,

la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudiquen, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de quinientos a cincuenta mil pesos.

"Si se ocasionare el perjuicio, la pena será de uno (1) a siete (7) años de prisión y multa de un mil a cien mil pesos".

La frase rectora "*inducir a realizar*" significa que el sujeto activo no hace las cosas por la víctima, no la suplanta, sino que simplemente la anima o la azuza para que ella misma realice cierta acción que él quiere. De ahí que el inducido no necesariamente tiene que ser un "enajenado mental" o quien padece un grave y extendido trastorno de las esferas intelectiva y/o volitiva de su personalidad, porque basta establecer una interferencia en la inteligencia, memoria o atención para evaluar el sentido y prueba de la realidad, precaria condición mental de la cual se aprovecha el victimario para llevar a la víctima a un acto perjudicial para ella y en el cual se imponen notoriamente la voluntad y el interés de aquél. Dentro de este contexto, el trastorno mental debe ser entendido como sinónimo de debilidad mental, ya que el ámbito situacional del tipo examinado requiere como sujeto pasivo a una persona que, por su inferioridad psíquica permanente o transitoria, fácilmente sea impresionable o sugestionable por las insinuaciones interesadas del sujeto activo.

En el tipo penal en examen caben las hipótesis casuísticas del que vende su bien por un precio irrisorio pero por el apuro de querer salvar la vida de su madre que pende de una cirugía, situación de la que se vale el agente (necesidad); o el que lo entrega gratuitamente por su inclinación inconteniblе hacia una persona que abusa de su situación de privilegio para obtenerlo (pasión); o el que se desprende de la cosa porque su co-contratante se aprovecha de su falta ostensible de conocimientos y habilidades sobre la materia (inexperiencia). En todos estos supuestos la víctima sabe literalmente lo que hace en el momento de la realización, pero no percibe las consecuencias del acto en su vida de relación. De ahí que, en el caso del "trastorno mental", la cuestión no puede ser sustancialmente diferente, pues, dentro de una interpretación por homologación, basta a los fines punibles que el actor se aproveche de un defecto de personalidad del sujeto pasivo que, a pesar de que no le obstaculice el conocimiento del hecho, sí impida la proyección de la persona. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia Casación. Fecha: 17/06/1997. Decisión: No Casa y expide copias. Delitos: Abuso de Circunstancias de Inferioridad. Proceso: 9850"". Publicada: Sí..... *1364*

DERECHO DE DEFENSA/ DEBIDO PROCESO/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ NULIDAD. Es ostensible, que en el presente proceso se desconocieron abiertamente los fines de la investigación señalados en el artículo 334 del C.P.P., formulándose en la resolución de acusación un cargo que no fue investigado, como es el del porte ilegal de armas, sorprendiéndose al procesado con esta imputación, asistiéndole por tanto razón al demandante al solicitar de la Sala se case el fallo impugnado para que en su defecto se declare la invalidez de lo actuado, como en consecuencia se decidirá, precisándose que la nulidad a decretar lo será parcialmente, esto es con relación al delito de porte ilegal de armas de defensa personal y a partir de la resolución acusatoria inclusive, debiéndose compulsar las copias correspondientes para que la Fiscalía investigue esta conducta. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Sentencia Casación. Fecha: 17/06/1997. Decisión: Casa parcial y decreta nulidad con relación al delito de porte de armas... Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 9642"". Publicada: Sí..... *1389*

INJURIA/ CALUMNIA/ CONGRESISTA/ INMUNIDAD. La inmunidad respecto de las expresiones de los congresistas al interior de sus respectivas cámaras desarrolla el principio de la autonomía y el equilibrio de las Ramas del Poder Público, lo que

"... exige la presencia de mecanismos que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros".

"En este orden de ideas es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan a un gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende, entre otras cosas la atribución que tienen las Cámaras al citar a los miembros del gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora.

"La vitalidad de un sistema político está íntimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios que como en una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones".

"Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución (hoy 185 se aclara), que le garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos y opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y que podrán decir cosas en ocasiones urticantes y molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus activida-des." (cfr.: auto de septiembre 6 de 1988, Magistrado Ponente Dr. Rodolfo Mantilla Jácome).

Cierto es, pues, como queda dicho, que en el ejercicio de esta actividad puede haber lugar a excesos verbales, y no difícil reconocer que en ellos podría llegarse hasta la imputación de hechos deshonrosos o de conductas delictivas. No obstante, la comprensión cabal de la inmunidad impide la coincidencia a un mismo tiempo de la tolerancia y la punibilidad de esas conductas, salvo la intervención de la propia cámara donde los posibles agravios fuesen hechos, pues lo contrario se opondría al precepto constitucional del artículo 185 que ha quedado invocado. Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Unica Instancia. Fecha: 18/06/1997. Decisión: Se abstiene de abrir investigación, deniega por improcede la práctica de testimonios. Delitos: Calumnia, Injuria, Falso testimonio Proceso: 12208. Publicada: Sí..... *1400*

ANONIMO/ DENUNCIA. El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, estableció en su artículo 38 la obligatoriedad de la aplicación del numeral 1° del artículo 27 de la Ley 24 de 1992, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito como para adelantar la actuación de oficio.

El artículo al que remite el Estatuto Anticorrupción, que reglamenta la recepción y trámite de quejas en la Defensoría del Pueblo, ordena la inadmisión de aquellas que sean anónimas o carezcan de fundamento, lo que aplicado al procedimiento penal, permite impedir el movimiento del aparato judicial cuando la denuncia reúna tales características o no contenga la información suficiente como para iniciar una investigación de oficio.

En el caso de una denuncia anónima, puede iniciarse algún proceso investigativo sólo si la misma tiene fundamento, pero tal concepto no puede concluirse arbitrariamente, sino que la propia ley 190 de 1995

enseña que "deben existir medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito (...)", al tiempo que es la propia ley procedimental penal la que indica cuales son los medios probatorios, al señalar en su artículo 248 que son tales: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio y la confesión, advirtiendo que los indicios se tendrán en cuenta al momento de la apreciación de las pruebas de acuerdo a las normas de la sana crítica. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar Unica Instancia. Fecha: 19/06/1997. Decisión: Inadmite la denuncia anónima. Delitos: Por establecer. Proceso: 13187 Publicada: Sí..... *1416*

DEFENSA TECNICA/ DEBIDO PROCESO. Según preceptúa el artículo 142 del Código de Procedimiento Penal, la designación de un nuevo defensor por parte del sindicado revoca cualquier nombramiento anterior, y aquél "*podrá*" actuar a partir del momento en que presente el respectivo poder, pero si tal no hace, porque con la aprobación de todos el primer apoderado sigue actuando mientras el nuevo obtiene el reconocimiento de la personería adjetiva, es claro que por el solo cambio de mandatario no hay solución de continuidad en la defensa del procesado.

Así pues, teniendo en cuenta que en la actuación procesal debe prevalecer el derecho sustancial sobre el adjetivo, como máxima expresión de la efectividad del procedimiento (art. 9° C.P.P.), impera conceder el recurso extraordinario de casación suplicado por el nuevo apoderado del justiciable. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Recurso de Hecho. Fecha: 19/06/1997. Decisión: Concede el recurso de casación. Delitos: Secuestro extorsivo. Proceso: 13022. Publicada: Sí..... *1420*

ACCION DE REVISION/ PRUEBA NUEVA En cuanto lo que se busca socavar a través de la acción de revisión es la firmeza de la cosa juzgada, las condiciones de admisibilidad de la demanda, cuando se plantee la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, son exigentes al punto que los fundamentos y pruebas que se presenten en ella evidencien la inocencia del condenado o su inimputabilidad, o al menos las hagan presumir, sin importar que finalmente, admitida la demanda y tramitada, la Corte ordene o no la revisión del proceso. No se trata entonces de cualquier prueba sino de una con capacidad suficiente para concluir que se condenó a un inocente y que conduzca de manera paralela a estimar que se está ante un yerro judicial. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía

Escobar Acción de Revisión. Fecha: 19/06/1997. Decisión: Inadmite la demanda de revisión. Delitos: Utilización ilegal de uniformes de uso priv. Proceso: 13163. Publicada: Sí..... *1425*

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ CASACION OFICIOSA. Tratándose de la violación directa, la vulneración de las normas sustanciales bien puede darse por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, ya que cada uno de estos sentidos impone al demandante una determinada lógica y metodología que debe respetar al momento de su demostración, dándose por descontada, la obligación que tiene de acoger los hechos y la valoración probatoria en la forma exacta en que fueron presentados en la sentencia.

Las facultades oficiosas conferidas por el artículo 228 del C.P.P. proceden cuando, admitida la demanda y obtenido el concepto de la Procuraduría, al momento de fallar observe la Corte la necesidad de casar el fallo impugnado, bien para decretar la nulidad de lo actuado, conforme a las causales previstas en la ley, o para restablecer la violación de garantías fundamentales, razón por la cual no es menos que un contrasentido que se presente como un cargo o petición especial, pues si el demandante considera que se presenta, es su deber demostrarlo al amparo de la respectiva causal de casación. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Auto Casación. Fecha: 19/06/1997. Decisión: Rechaza in límine las demandas y declara desierto el recurso. Delitos: Abuso de confianza, Falsedad en documento público, Falsedad en documento privado. Proceso: 12398. Publicada: Sí..... *1429*

DEMANDA DE CASACION/ ERROR DE DERECHO/ NULIDAD. Si lo buscado es un fallo de sustitución, para lo cual se alegan errores de derecho, es de esperar que la actuación procesal no esté viciada y que así se reconozca, porque sin ella es imposible llegar a una absolución o una condena.

Pero si lo querido es la nulidad de lo actuado, la que se debe –invocar, desarrollar y probar es la causal tercera, porque no es lógico que al mismo tiempo una actuación sea válida y nula, proposiciones entre sí excluyentes que de haber querido formular, tenía el censor que someter a cargos separados y de manera subsidiaria (artículo 225 Código de Procedimiento Penal, inciso final). Magistrado Ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Auto Casación. Fecha: 19/06/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso Delitos: Homicidio. Proceso: 12796. Publicada: Sí..... *1442*

DEMANDA DE CASACION/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. La causal primera de casación contempla dos modalidades de vulneración de la norma de derecho sustancial: una, a causa de su violación directa, en donde el actor, evitando cualquier debate probatorio, endereza el razonamiento jurídico a mostrar la aplicación indebida de la regla jurídica a los hechos ya definidos por el sentenciador, o la falta de aplicación de la misma, o su interpretación errónea, para que la Sala, probada la causal, dicte el fallo de reemplazo; y la otra, que también resulta de la conculcación de la ley sustancial pero mediatizada por una incorrecta apreciación de la prueba, por lo que se conoce como violación indirecta, modalidad esta en la que se debe demostrar la equivocación en que incurrió el fallador, bien que se trate de un error de hecho por la deformación del alcance fáctico de la prueba, como cuando se ignora estando incorporada en el proceso o se supone sin que obre allí (falso juicio de existencia) o cuando se tergiversa o distorsiona su sentido (falso juicio de identidad); ora que se ubique en el campo del error de derecho, que ab-initio será posible frente a un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la incorporación de la prueba o porque a pesar de no estar afectada de ninguna irregularidad se le repudie por ello, toda vez que el falso juicio de convicción por regla general deviene improcedente al haber desaparecido de nuestro sistema la tarifa legal de pruebas.

En múltiples ocasiones la Corte ha reiterado que tratar de interpretar las palabras del recurrente, resolver sus contradicciones o suplir sus vacíos sería abandonar su papel de Tribunal de Casación para convertirse en asesor ilegítimo en asuntos que luego estará obligado a decidir, razón por la cual todo esfuerzo dialéctico para adivinar la intención del opugnador o mejorar su propuesta resulte extraño al recurso extraordinario, a fuer de quebrantar el principio de limitación que lo rige. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Auto Casación: Fecha: 19/06/1997. Decisión: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso. Delitos: Homicidio. Proceso: 12307. Publicada: Sí..... *1447*

PREVARICATO POR OMISION. En tratándose del prevaricato omisivo, la mera demostración objetiva de la acomodación de los hechos dentro de uno de los verbos rectores de la descripción legal del tipo, no resulta suficiente para predicar la punibilidad de la conducta, pues deben demostrarse probados los demás elementos del tipo, esto es la antijuridicidad y la culpabilidad. Magistrado Ponente: Dr. Carlos

Eduardo Mejía Escobar Unica Instancia. Fecha: 24/06/1997. Decisión: Se inhibe de abrir investigación. Delitos: Por establecer. Proceso: 12112. Publicada: Sí..... *1454*

CAPTURA/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL El tema sometido a consideración de la Sala, se encuentra regulado expresamente en el Código de Procedimiento Penal. La regla general, según su artículo 198, es que las órdenes de libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, se cumplan de inmediato. Pero "si se niega la condena de ejecución condicional "señala el inciso 2° de la norma", la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación". Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar Auto Segunda Instancia Fecha: 24/06/1997. Decisión: Niega la solicitud de libertad, practicar el dictamen médico. Delitos: Prevaricato por acción, Abuso de función pública. Proceso: 12966. Publicada: Sí..... *1459*

UNIDAD PROCESAL/ CONEXIDAD/ CONTRAVENCION/ COMPETENCIA. Mayoritariamente la Sala ha sostenido que la unidad procesal por razón de la conexidad no puede mantenerse cuando el vínculo sustancial o procesal entrelaza delitos y contravenciones, por encontrarse derogado el artículo 90 del Decreto 522 que lo permitía, y existir, en cambio, el artículo 18.1 del Decreto 800 de 1991, que contrariamente prevé esta eventualidad como motivo de escisión procesal. Esto significa que al causarse la referida subrogación de la conducta delictiva a contravención, el funcionario judicial que venía conociendo de ella perdió competencia para seguir haciéndolo, y que la actuación cumplida desde entonces, en relación con este concreto hecho punible, se encuentra viciada de nulidad, debiendo la Corte, en ejercicio de la facultad oficiosa que le defiere el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, entrar a decretarla (art.229.1 ejusdem), lo cual hará a partir de la sentencia de primera instancia, pues para este momento, el juzgador ya carecía de competencia. Magistrado Ponente: Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Sentencia Casación. Fecha: 24/06/1997. Decisión: Desestima la demanda, declara prescripción de unos delitos, casa parcial de oficio.Delitos: Hurto agravado, Secuestro simple, Homicidio agravado, Concierto para delinquir, Violación de habitación ajena. Proceso: 9839. Publicada: Sí..... *1462*

PRESCRIPCION. La casacionista admite que dicho Juzgado le reconoció al procesado la rebaja de pena prevista en el artículo 1° de la ley 48 de

1987, pero echa de menos un pronunciamiento al respecto del Tribunal. Mas no: se sabe que cuando el juzgado de segundo grado no disiente expresamente de las decisiones del a quo, éstas quedan, de suyo, vigentes; es decir que en este caso el Tribunal sí estuvo de acuerdo con la mencionada rebaja que en primera instancia se otorgó a (...), sino que consideró que esa rebaja no operaba para efectos de la prescripción: "De conformidad con el artículo 629 del C.P.P. –dijo el tribunal a fl.109– es cierto que la ley 48 de 1987, consagra una rebaja o aminorante de pena, pero esta no es una atenuante referida a la ley sino al juez que un momento dado la está dosificando: más concretamente, es una rebaja para la pena 'imponible', y no una rebaja a las penas máximas que consagran los diferentes dispositivos legales, *como lo consideró el juez a quo*". (se resalta). Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 24/06/1997. Decisión: No Casa. Delitos: Peculado. Proceso: 12089. Publicada: Sí..... *1474*

HABEAS CORPUS/ COMPETENCIA. La Sala carece de competencia para adelantar el trámite de la acción pública de habeas corpus, no solamente por cuanto se trata de un mecanismo especial de defensa de la libertad que exige un pronunciamiento rápido y preferente dada su naturaleza y finalidades, por lo que no es dable a los jueces colegiados como la Corte conocer de ella, sino por cuanto tal acción no puede ejercerse ante el juez que viene conociendo del proceso. Magistrado Ponente: Dr. Carlos A. Gálvez Argote. Casación –Libertad–. Fecha: 25/06/1997. Decisión: Se abstiene de resolver la acción pública de habeas corpus. Proceso: 12646. Publicada: Sí..... *1479*

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Con relación al beneficio administrativo de las 72 horas previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, en providencia del 19 de marzo último se le indicó al petente que solo es procedente "para aquellos procesados que ostenten la calidad de condenados, situación que no se da en el presente asunto, en razón a que la sentencia aún no se encuentra en firme" (fl. 59), razón por la cual la Sala se abstuvo de pronunciarse sobre las rebajas que por trabajo y estudio le puedan corresponder.

Sin embargo, ahora la situación se presenta diferente, dado que el Gobierno Nacional con fecha 12 de los corrientes mes y año, expidió el Decreto No. 1542, publicado en el diario oficial No. 43.061 del lunes 16 de junio de 1997, "Por el cual se dictan medidas en desarrollo de la Ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", en cuyo artículo 5° consagra que "Con el fin de garantizar el cumplimiento

del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados" (Negrillas fuera de texto).

Siendo así que de conformidad con lo previsto en el artículo 20 el referido decreto rige a partir de la fecha de su publicación, es entendido que el citado beneficio administrativo podrá ser concedido por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, también en favor de quienes se hallen condenados aún sin que la sentencia respectiva se halle en firme, desde luego que, solo en los casos en que se cumplan las condiciones consagradas en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Una de ellas consiste en que el interno se halle en "fase de mediana seguridad", la que según el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 ya mencionado, se entiende cuando el peticionario haya superado la tercera parte de la pena impuesta y "observado buena conducta de conformidad con el concepto que al respecto rinda el Consejo de Evaluación". Magistrado Ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia. Casación –Libertad–. Fecha: 25/06/1997. Decisión: Reconoce en forma provisional rebaja de pena, se abstiene de decretar nulidad. Delitos: Homicidio imperfecto, Porte ilegal de armas. Proceso: 10145 Publicada: Sí..... *1481*

RECUSACION/ CUERPO COLEGIADO. La ley determina que "Si la recusación versa sobre magistrado y el recusado no la aceptare, decidirán los restantes magistrados de la sala" (art. 109 C. de P. P.), lo cual está excluyendo, para casos como el ahora analizado, alguna participación externa en la decisión.

Como el trámite debe efectuarse conjuntamente cuando la causal de separación del conocimiento se extienda a varios integrantes de la corporación (art. 107 ib.), al ir dirigida contra los tres miembros de la Sala de Decisión nadie queda "restante" en ella, lo cual no puede dar lugar a un cambio de entidad que, según se ha mencionado, no se encuentra legalmente establecido; se entiende que quien "siga en turno" es un Magistrado del mismo órgano judicial competente, en el orden y la cantidad subsecuente a los recusados, acudiendo al sorteo de conjuez si fuere necesario.

La determinación de la Sala así conformada es decisiva, terminando de esta manera el incidente, sin que la Corte tenga intervención en este caso, puesto que no existe norma que le otorgue competencia ni la decisión que se adopte es susceptible de recurso alguno (art. 117 ib.).

Sobre el particular, la Corte ha expuesto lo siguiente, en criterio que ahora reitera:

"En tratándose de la recusación de toda la sala de decisión es necesario que el trámite se haga de manera conjunta por los recusados, tal como se prevé expresamente para el caso de impedimento que afecta 'a varios integrantes de la sala' (art. 107), ya que estando todos recusados ninguno podría entrar a conocer de la recusación de sus compañeros de sala, y en estas circunstancias la competencia para pronunciarse sobre este asunto correspondería a la sala presidida por el Magistrado que 'siga en turno'." (Auto, Jun.29/93, rad. 8489, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz). Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Recusación. Fecha: 26/06/1997. Decisión: Se abstiene de conocer sobre la recusación. Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio agravado, Tentativa de homicidio agravado. Proceso: 13214. Publicada: Sí..... *1485*

CASACION/ PERSONERO MUNICIPAL/ MINISTERIO PUBLICO.

De acuerdo con lo previsto por el artículo 36 de la ley 81 de 1993, que entró en vigencia el 2 de noviembre de 1993 y modificó el 222 del C. de P. P., el recurso de casación "podrá ser interpuesto por el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil, el fiscal, el Ministerio Público y el tercero civilmente responsable...".

Por su parte, el artículo 21 de la citada ley, que introdujo la norma del 131-A del estatuto procesal penal, encomienda a los personeros municipales las funciones del Ministerio Público"en los asuntos de competencia de los juzgados penales y promiscuos municipales y de los fiscales delegados ante los jueces del circuito, municipales y promiscuos", sin perjuicio de que funcionarios de la Procuraduría General de la Nación las asuman directamente. En forma complementaria, el artículo 93 de la ley 201 de 1995 remite las funciones en asuntos penales de los personeros, a las asignadas por el Código de Procedimiento Penal, o sea las antes referidas.

De esta manera, no está dentro de las funciones del Personero Municipal actuar como agente del Ministerio Público en segunda

instancia ante un Tribunal Superior de Distrito Judicial, cuya cabecera, por cierto, está ubicada en municipio distinto al de la circunscripción de aquél, y contando además esa corporación con Procurador Judicial Penal, quien evidentemente es el titular de la función y como tal fue personalmente notificado del fallo de segunda instancia. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Auto Casación. Fecha: 26/06/1997. Decisión: Decreta nulidad a partir del auto que concedio el recurso y no concede el recurso. Delitos: Acto sexual violento, Hurto, Homicidio, Corrupción de menores. Proceso: 12674. Publicada: Sí..... *1490*

COLISION DE COMPETENCIA/ABUSO DE CONFIANZA/HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA. Reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que son varias las diferencias que pueden establecerse entre los punibles de hurto agravado por la confianza y abuso de confianza.

En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, también lo es que en el delito de hurto agravado el bien puede estar en poder del agente pero sin vínculo jurídico sobre el mismo, ya que el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se encuentra en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del sujeto activo de la infracción.

Sobre este aspecto la Corte ha sostenido:

"Repetidamente se ha dicho por esta Corporación que tanto en el hurto como en el abuso de confianza se presenta el apoderamiento o apropiación de cosa mueble ajena, el propósito lucrativo por parte del agente a más de que los dos hechos punibles lesionan el patrimonio económico.

"A pesar de que son varias las diferencias que pueden establecerse entre estos dos hechos punibles, destácase que para la tipificación del delito de abuso de confianza la cosa ha debido entrar a la órbita del agente "por un título no traslaticio de dominio"; vale decir, que en este delito el sujeto tiene sobre el bien un poder precario reconocido por el ordenamiento, mientras que en el delito de hurto agravado por la confianza el agente carece por completo de poder jurídico sobre el objeto, aun cuando aparece vinculado por razones de confianza personal con el dueño, poseedor o tenedor.

"El actor ha querido distinguir estas dos formas delictivas en razón de la exclusiva interpretación de los verbos rectores, lo que apenas debe constituir un punto de partida, pero en manera alguna la solución completa de la cuestión planteada. En efecto, si bien es cierto que en el abuso de confianza la cosa mueble se halla en poder del sujeto por razón del título que sobre ella ostenta, en el delito de hurto agravado también la cosa puede estar en el poder del actor, pero sin vínculo jurídico alguno sobre ella, pues el apoderamiento se da cuando se toma para hacer propio el objeto que se halla en la órbita de disposición de su titular, aun cuando materialmente se halle en manos del agente. "Por lo anterior la apropiación de bienes por parte de empleados del servicio doméstico, de compradores que los han recibido en un almacén para examinarlos ..., no constituyen delito de abuso de confianza, a pesar de que los bienes materialmente los tiene el agente, pues en ninguno de los casos mencionados el detentador material que aprovecha su situación personal para apoderarse, posee título legítimo sobre aquellos". (Casación del 17 de enero de 1984, M.P. Dr. Luis Enrique Aldana Rozo). Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 26/06/1997. Decisión. Declara competencia para conocer al J. Promiscuo M. de Guasca. Delitos. Hurto agravado por la confianza. Proceso 13139. Publicada: Sí..... *1494*

ANEXOS
DECISIONES
DE TUTELAS

PRIMER SEMESTRE 1997

DEBIDO PROCESO PENAL: La negligente o errática estrategia defensiva no puede ser suplida con la acción constitucional extraordinaria/ DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: Ante sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75-1° ejusdem, el competente para resolver las solicitudes de libertad no es el Juez de Tutela sino el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad/ MECANISMO TRANSITORIO: no puede incoarse la acción de tutela como mecanismo transitorio a una sentencia de segunda instancia debidamente ejecutoriada, porque en este evento se está frente a un hecho cumplido –y no "inminente"–, que por su carácter definitivo mal podría ser objeto de bloqueo a través de un instrumento provisional.

1. Es improcedente la acción de tutela dirigida a modificar la realidad procesal que entraña un fallo de segunda instancia ejecutoriado, por cuanto el proceso penal, por expreso mandato constitucional –art. 29– ha sido dotado de todas las garantías y controles necesarios para precaver la vulneración de los derechos fundamental de quienes en él intervienen.

La negligente o errática estrategia defensiva de los profesionales del Derecho que fungieron el decurso de las instancias y en su oportunidad omitieron utilizar los recursos e instrumentos intraprocesales, no puede ser suplida con la acción constitucional extraordinaria, como en este caso lo pretende el actor.

2. Por tratarse de una persona privada de su libertad en razón a una sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75-1° ejusdem, el competente para resolver el asunto no es el Juez de Tutela sino el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

De otro lado, como el impugnante insiste en la transitoriedad de la acción instaurada para evitar un perjuicio irremediable, conviene precisar una vez más que, al margen de las consideraciones anteriores, no puede incoarse la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a una sentencia de segunda instancia debidamente ejecutoriada, porque en este evento se está frente a un

hecho cumplido –y no "inminente"–, que por su carácter definitivo mal podría ser objeto de bloqueo a través de un instrumento provisional.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D. C., dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Radicación 3174

Aprobado Acta No. 02.

1. Asunto

Desatar la impugnación interpuesta por el apoderado del procesado Luis Alvarez Laguna contra el fallo del pasado 20 de noviembre, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, negó la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la libertad, presuntamente vulnerados por el Tribunal Nacional al condenarlo en segunda instancia a la pena principal de 22 años, 2 meses y 20 días de prisión como autor del delito de secuestro extorsivo, agravando la pena impuesta en primera instancia.

2. Fundamento de la acción

La acción fue instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, derivado, según el accionante, de la sentencia que en segunda instancia profiriera el Tribunal Nacional al agravar la pena impuesta por un Juzgado Regional de Barranquilla.

Alega el accionante que su defendido fue condenado en primera instancia el 15 de abril de 1994 a la pena principal de 200 meses de prisión "por el delito de secuestro extorsivo, definido y sancionado en el art. 268 del C. P.", y "el 21 de septiembre de ese mismo año, el H. Tribunal Nacional de Orden Público por decisión de la 2da. instancia aprobada por acta No. 244 confirma parcialmente la Sentencia y modifica la parte resolutiva imponiéndome (sic) la pena principal de 22 años 2 meses y 20 días de prisión".

Censuró la actuación anterior, argumentando que "por mandato constitucional a esa Corporación le estaba prohibido modificar el fallo de la Instancia en detrimento del procesado o condenado cuando se tenía la calidad de "único recurrente".

Adicionalmente consideró que de haberse tasado la pena en forma diferente, al sumar el tiempo de privación efectiva de libertad y de rebaja por trabajo y estudio, se deduce que "lleva un total de 92 meses de cumplimiento de la pena lo cual es superior ha (sic) la pena que se debe imponer", por lo que solicitó que a través de la acción de tutela "se ordene la libertad del sr. Luis Alvarez Laguna" (fl. 6 c.o.).

3. El fallo recurrido

Basado en el carácter subsidiario de la acción de tutela, el Tribunal de instancia denegó el amparo solicitado:

"... existiendo otro medio de defensa dentro del ordenamiento que no es utilizado por el accionante de la tutela en su oportunidad, esta (sic) no puede subsanar esa omisión, pues ella no ha sido instaurada para recuperar ocasiones o recursos inutilizados por razones atribuibles exclusivamente al sujeto procesal interesado".

Agregó que "el señor Luis Alberto Alvarez Laguna, dejó de utilizar el recurso de Casación del cual lo dotaba la ley procesal penal, para obtener la protección de sus derechos fundamentales, dentro del proceso penal que por el delito de secuestro extorsivo se le adelantó".

4. La impugnación

Censura la individualización de la pena hecha por el Tribunal Nacional e insiste en la probada existencia de "los presupuestos del perjuicio irremediable en el sentido de que la pena a imponer al sr. Luis Alvarez Laguna era de seis años y se le impuso una pena de veintidós años, dos meses, y veinte días".

Agregó que su defendido no puede resultar lesionado con la negligente labor defensiva desplegada por el profesional del Derecho que en pretérita oportunidad estuvo oficiosamente encargado de tal misión e "interpuso el recurso extraordinario de casación a la providencia del Honorable Tribunal Nacional de Orden Público", pero inexplicablemente no lo sustentó.

5. Consideraciones de la Corte

Se sabe de autos que el señor Luis Alberto Alvarez Laguna fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Nacional el 21 de septiembre de 1994, a la pena principal de 22 años, 2 meses y 20 días de prisión, como autor del delito de secuestro extorsivo. Como quiera que el defensor del procesado incoó el recurso extraordinario de casación pero no lo sustentó, este fallo cobró ejecutoria.

La Sala reitera la improcedibilidad de la acción de tutela dirigida para modificar la realidad procesal que entraña un fallo de segunda instancia ejecutoriado, por cuanto el proceso penal, por expreso mandato constitucional -art. 29- ha sido dotado de todos las garantías y controles necesarios para precaver la vulneración de los derechos fundamentales de quienes en él intervienen.

Y la negligente o errática estrategia defensiva de los profesionales del Derecho que fungieron en el decurso de las instancias y en su oportunidad omitieron utilizar los recursos e instrumentos intraprocesales, no puede ser suplida con la acción constitucional extraordinaria, como en este caso lo pretende el actor.

El Tribunal Nacional informa que la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo que ahora inadecuadamente se cuestiona, habiendo sido declarado desierto mediante auto del 16 de mayo de 1995. Y el a-quo certeramente erige este concreto aspecto en un elemento de juicio para negar la procedencia del amparo, habida consideración del carácter residual que ostenta este excepcional mecanismo constitucional para prohijar derechos esenciales.

Se evidencia igualmente que es la libertad de su cliente la pretensión final del impugnante, por lo que se reitera la aplicación de lo previsto en el inciso 2° del artículo 430 del Ordenamiento Procesal Penal –modificado por el art. 2° de la Ley 15 de 1992–:"Las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso".

En el presente caso, por tratarse de una persona privada de su libertad en razón a una sentencia en firme, de conformidad con el art. 75-1° ejusdem, el competente para resolver el asunto no es el Juez de Tutela sino el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

De otro lado, como el impugnante –en su deseo por justificar la necesidad de la protección que reclama– insiste en la transitoriedad de la acción instaurada para evitar un perjuicio irremediable, conviene precisar una vez más que, al margen de las consideraciones anteriores, no puede incoarse la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a una sentencia de segunda instancia debidamente ejecutoriada, porque en este evento se está frente a un hecho cumplido –y no "inminente"–, que por su carácter definitivo mal podría ser objeto de bloqueo a través de un instrumento provisional.

Son las anteriores razones, aunadas al respeto que por la prefiguración constitucional del Estado como Social y de Derecho merecen principios también de rango constitucional como la independencia y autonomía de los administradores de

Justicia –arts. 228 y 230 de la C. N.– y la cosa juzgada como lógica consecuencia de la seguridad jurídica, elementos de juicio suficientes para afirmar la improcedibilidad de la acción constitucional dirigida en el presente caso contra una sentencia condenatoria en firme.

Se confirmará en consecuencia el fallo de primer grado.

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. *Confirmar* integralmente el fallo recurrido.

2. *Notificar* esta providencia de conformidad con el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. *Remitir* las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: La acción de tutela, no es el mecanismo idóneo para ilustrar la manera cómo debe interpretarse la ley ni hacer prevalecer criterios jurídicos/ DEBIDO PROCESO PENAL: la solicitud de sentencia anticipada en la etapa instructiva debe elevarse antes de que el Fiscal cierre la investigación; la negativa del fiscal a atender la petición presentada al momento del cierre no vulnera el derecho del accionante.

1. Es probable que del contenido de un determinado precepto legal surjan diversas interpretaciones, debido a la amplitud o ambigüedad de su redacción, pero ello no autoriza a que, por la disparidad de criterios, se impute a un funcionario judicial el desconocimiento de las garantías fundamentales, máxime si el fundamento de la decisión presuntamente vulneradora, está acompañada de razonamientos coherentes y lógicos.

2. La postura asumida por la Fiscalía responde a los objetivos de la solicitud de sentencia anticipada. Quien opta por esta solicitud en la etapa instructiva debe elevarla antes de que el Fiscal cierre la investigación, es decir, antes de que profiera el auto que declare perfeccionada esa etapa procesal.

Resulta evidente que si el Estado busca mediante la terminación anticipada del proceso que el organismo judicial encargado de instruirlo renuncie a la búsqueda de pruebas, porque se ha suscitado la declaración voluntaria del procesado, ninguna razón habría para que esa oportunidad se difiera al momento del cierre de investigación, porque esa "voluntaria" "colaboración" del implicado perdería toda validez frente a una investigación que ya se encuentra perfeccionada, máxime cuando este acto procesal supone la existencia de la prueba suficiente para dar paso a la calificación del mérito del sumario.

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: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Radicación 3217. Aprobado Acta No. 06

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el dos de Diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual tuteló el derecho fundamental al debido proceso del señor Luis Mario del Vasto Cerón, presuntamente vulnerado por una Fiscalía Regional de esa ciudad.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El apoderado judicial del señor Del Vasto Cerón, manifestó que la Fiscalía Regional contra la cual dirige su escrito, ordenó la apertura de investigación en contra de su representado, ordenó su captura y luego de escucharlo en indagatoria le profirió medida de aseguramiento, contra la cual interpuso recurso de reposición en orden a obtener la revocatoria de la misma.

El mismo día que ese despacho judicial resolvió la petición en forma desfavorable, ordenó el cierre de la investigación, por lo que, el procesado al momento de ser notificado de tales decisiones, solicitó se realizara diligencia de audiencia especial y se le formularan cargos para que se le dictara sentencia anticipada, a lo cual la Fiscalía en comento tampoco accedió.

A juicio del actor, se vulneraron los derechos fundamentales de petición, defensa y debido proceso por parte de la Fiscalía Regional, al no haberle dado trámite a las peticiones de audiencia especial y en subsidio de sentencia anticipada por considerar erróneamente que la oportunidad para solicitarla era hasta el cierre de la investigación y no hasta la ejecutoria de la resolución.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Superior de Cali consideró que el Fiscal tutelado actuó incorrectamente, al negar la reposición que se le propuso por el procesado Luis Mario del Vasto Cerón y sus apoderados judiciales "al resultar claro que si la Ley Instrumental establece en su artículo 37 que el procesado puede solicitar Sentencia Anticipada '...hasta antes que se cierre la investigación...', forzoso es entender que la actuación no se haya clausurada sino a partir del momento en que dicha resolución de cierre se encuentre ejecutoriada".

Por lo tanto, para el Tribunal, constituye una vía de hecho la negativa a reponer el interlocutorio que ordenó el cierre de investigación, porque va contra lo ordenado

por el artículo 56 de la Ley 81 del 93, inciso tercero, que modificó el artículo 438 del C de P. P., donde se ordena que "*la Providencia de cierre de investigación debe estar 'ejecutoriada'*", y si así lo ordena el legislador, no resultan válidas las interpretaciones amañadas que restrinjan los derechos fundamentales del sumariado.

La negativa del Fiscal en reponer el cierre de investigación, quebranta el artículo 438 y jurídicamente le impide ordenar el traslado por ocho días a los sujetos procesales, porque para ello es necesario que el mencionado cierre se encuentre ejecutoriado, pues solo luego de las notificaciones a las partes y de transcurrido el tiempo señalado para interponer el recurso de reposición, es que se puede decir jurídicamente la resolución se encuentra ejecutoriada.

Además, frente a una solicitud de sentencia anticipada por parte del procesado y sus defensores, cuando el cierre de investigación aún no es ley del proceso, debió el funcionario instructor reponer la resolución de cierre y dictar la correspondiente acta de formulación de cargos, de acuerdo con el inciso 3o del artículo 3o de la ley 81 de 1993.

Al haber actuado el Fiscal en forma diferente y desconociendo que el debate probatorio no había finalizado, lesionó el artículo 29 de la Carta Política afectando el derecho a la defensa, pues le excluyó al procesado la posibilidad de obtener el beneficio de rebaja de una tercera parte de su pena.

Agrega que el planteamiento del Fiscal consistente en que cerrada la investigación, ésta ya no puede reabrirse, es falso, ya que el cierre significa la perfección de la investigación. Con tan "sesgado" criterio, agrega el a quo, se olvida que la clausura y consiguiente calificación, de acuerdo con los artículos 438 y 439 del C de P. P., no implica que no haya otras pruebas en la etapa del juicio, ni mucho menos que con los elementos de convicción hasta ese instante recogidos, se deba dictar sentencia indefectiblemente.

Advierte el Tribunal, para finalizar, que al no prosperar la petición de reposición, desapareció para el accionante Del Vasto Cerón la posibilidad de modificarla, al no proceder contra la resolución que resuelve la reposición, recurso de alzada mientras no haya sido interpuesto subsidiariamente. Y, aún en ese evento, también prosperaría la acción de tutela porque al interior del mismo Tribunal Nacional no existe unidad de criterio en cuanto a la ejecutoria del cierre de investigación "lo cual significa que no obstante lo inconstitucional de tal criterio, aún constituyendo *vía de hecho*, subsiste en algunas salas".

Sobre la base de los anteriores argumentos, el Tribunal Superior de Cali, tuteló el derecho fundamental al debido proceso del señor Luis Mario del Basto Cerón y en

consecuencia ordenó al Señor Fiscal Regional proceder a reponer su resolución de cierre de investigación, a fin de que tramite la petición de sentencia anticipada que el citado accionante le propuso.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Fiscal Regional tutelado, fundamenta su desacuerdo con la decisión proferida por el Tribunal Superior de Cali, en que allí no se tuvo en cuenta el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Considera que el accionante, quien es además sujeto procesal dentro del proceso penal, tenía otros medios de defensa judicial, ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, como superior jerárquico que profirió la providencia objeto de reproche. Con la sola lectura de la decisión de fecha noviembre 12 de 1996, se podía observar que se trataba de "un pronunciamiento mixto y con toda la facilidad comprender que en dicha oportunidad, la Fiscalía motivó y decidió puntos nuevos". Por lo tanto, podía impugnarse a través de los recursos ordinarios que a su modo de ver son medios de defensa que excluyen la tutela.

En tal sentido, estima el impugnante que el *a quo* se abrogó funciones que corresponden a la segunda instancia de la Fiscalía Regional sobre una temática jurídica relacionada con la disparidad de criterios, fenómeno que también se presenta en otras corporaciones judiciales. En el mismo sentido lo hace cuando impone el sentido en que debe interpretarse el artículo 37 del C de P. P., y que en su criterio resulta indebido.

Explica que si bien el fenómeno de la ejecutoria debe estar presente en su punto respecto de la resolución que define la situación jurídica del procesado, no sucede lo mismo con la que precluye, la cual está demarcada por la fecha de la resolución de clausura y no por su ejecutoria. Teniendo en cuenta el criterio de utilidad, agrega, el encartado en aquellos eventos entrega a la administración de justicia un ahorro en su actividad en pro del descubrimiento del delito y sus autores, lo cual supone que debe ocurrir antes del cierre de investigación, lo contrario significa que el Estado se tuvo que emplear a fondo y sin colaboración alguna del procesado, porque el logro de esos cometidos ya no resulta adecuado un incentivo que a manera de rebaja se contempla en la norma.

El cierre de investigación, agrega, no es dentro de nuestra sistemática, el fatal resultado de un cumplimiento de términos, sino una previa ponderación de los alcances de la providencia calificatoria, ya que de acuerdo con el artículo 439 del C de P. P., sólo es viable calificar con resolución de acusación o preclusión cuando se haya agotado el término de instrucción, en cuyo caso es imperioso el cierre de investigación.

Finalmente solicita revocar el fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Cali, mediante el cual se tuteló el derecho fundamental del debido proceso, del señor Luis Mario del Vasto Cerón.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela, no es el mecanismo idóneo para ilustrar la manera como debe interpretarse la ley ni hacer prevalecer criterios jurídicos, como erróneamente lo ha entendido el Tribunal Superior de Cali. Es muy probable que del contenido de un determinado precepto legal surjan diversas interpretaciones, debido la amplitud o ambigüedad de su redacción, pero ello no autoriza a que, por la disparidad de criterios, se impute a un funcionario judicial el desconocimiento de la garantías fundamentales, máxime si el fundamento de la decisión presuntamente vulneradora, está acompañada de razonamientos coherentes y lógicos.

Esta es la situación que se presenta en el caso sub examen, donde el Tribunal Superior de Cali atribuye a un Fiscal Regional de esa ciudad, el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y por ende la incursión en las denominadas vías de hecho, en razón a que dentro del proceso penal seguido contra el accionante Luis Mario del Vasto Cerón, no accedió a su petición de sentencia anticipada, por considerar, el funcionario accionado, que no se daba los presupuestos procesales que para el efecto exige el artículo 37 del C de P. P.

Así razonó el Señor Fiscal:

En sentir de ésta Delegada, claro es el tenor del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal al expresar que el procesado puede solicitar que se dicte sentencia anticipada una vez se encuentra (sic) ejecutoriada la resolución que defina la situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación. (negrillas del texto).

Se cree entonces por esta Agencia Fiscal que fue el querer del legislador delimitar en forma precisa e intencional los dos momentos procesales en que opera el acogimiento de un sindicado a ésta forma de terminación del proceso, siendo enfático en distinguir cuando se requiere la ejecutoria de una providencia y cuando el simple pronunciamiento jurisdiccional que no requiere del trámite necesario para no poder predicar su firmeza, de ahí que haya requerido en el primero de estos eventos, la ejecutoria de la resolución que defina la situación jurídica del procesado y el simple proferimiento de la resolución de acusación en la otra oportunidad procesal para solicitar el proferimiento de sentencia anticipada.

Es nuestro sentir, para que la petición de sentencia anticipada sea atendida por la Fiscalía que ésta sea presentada dentro del lapso antes indicado, pues fuera del mismo se carece de competencia para realizar actuación distinta y que no sea la de calificar el mérito del sumario. (fls. 30 y 31 C.O).

Si se tiene en cuenta que las vías de hecho son aquellas actuaciones caracterizadas por el capricho y la arbitrariedad del funcionario judicial, carentes de todo fundamento objetivo y normativo, es evidente que en este caso no ha existido por parte del Fiscal Regional de Cali, comportamiento de tal naturaleza. Simplemente actuó acorde a la interpretación dada al artículo 37 del C de P. P., la cual mantiene vigente por ser el presupuesto que le sirvió para sustentar la impugnación que se desata y en la que reitera su postura inicial frente al momento procesal para solicitar la sentencia anticipada dentro de la etapa instructiva, lógicamente en contraposición a lo puntualizado por el Tribunal Superior de Cali.

De otra parte, estima la Sala que la postura asumida por la Fiscalía Regional, responde a los objetivos de la solicitud de sentencia anticipada y por ende su aplicación se encuentra ajustada a Derecho.

Tal como se desprende del contenido del artículo 37 del C de P. P., reformado por el artículo 3o de la ley 81 de 1993, es posible dar terminación al proceso mediante el mecanismo de la sentencia anticipada, a solicitud del procesado, bien sea que lo haga antes del cierre de investigación o una vez proferida la resolución de acusación.

La institución como tal apunta a un claro objetivo de política criminal, consistente en que mediante la colaboración del sindicado se le economice tiempo y esfuerzos a la Administración de Justicia en la búsqueda de la verdad material que dió origen a la investigación penal.

En el marco de los anteriores presupuestos si se opta por solicitar la sentencia anticipada en la etapa instructiva, es evidente que en consonancia con esa clara finalidad buscada por el legislador, la solicitud debe elevarse antes de que el Fiscal cierre la investigación, es decir, antes de que profiera el auto que declare perfeccionada esa etapa procesal.

Resulta evidente que si el Estado busca mediante la terminación anticipada del proceso que el organismo judicial encargado de instruirlo renuncie a la búsqueda de pruebas, porque se ha suscitado la declaración voluntaria del procesado, ninguna razón habría para que esa oportunidad se difiera al momento del cierre de investigación, porque esa "voluntaria" "colaboración" del implicado perdería toda

validez frente a una investigación que ya se encuentra perfeccionada, máxime cuando este acto procesal supone la existencia de la prueba suficiente para dar paso a la calificación del mérito del sumario.

Si bien el debido proceso, como principio fundamental consagrado en la Carta Política propugna por la garantía de los derechos del individuo, no implica que el mismo deba ser tenido en cuenta única y exclusivamente en favor del procesado y que por ello se pueda desconocer el rito señalado en la normatividad procesal la cual fija los límites y facultades para todas las partes y en esa medida debe ser aplicado por el funcionario judicial, a efectos de garantizar una justicia imparcial y equilibrada.

Por los anteriores motivos, la Sala revocará la decisión recurrida.

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

RESUELVE

1. *Revocar* en su integridad la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, de fecha diciembre dos de mil novecientos noventa y seis y en consecuencia dejar sin efectos las determinaciones en ella adoptadas, para en su lugar *denegar* el amparo propuesto.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: No obstante la naturaleza constitucional del principio de tipicidad, no es correcto pretender su discusión por fuera del proceso penal, específicamente a través de la acción de tutela

No obstante la naturaleza constitucional del principio de tipicidad, no es correcto pretender su discusión por fuera del proceso penal, específicamente a través de la acción de tutela, como lo pretende el recurrente. Permitirlo significaría la corrosión misma del procedimiento judicial. Concretamente, de seguirse este pensamiento, terminaría el recurso de casación sustituido por la tutela, pues le bastaría a un condenado omitir la interposición de aquél y acudir, en forma personal o a través de un nuevo abogado, a la acción excepcional logrando de tal manera revivir un debate probatorio finalizado en su escenario natural.

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

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

Radicación 3256. Aprobado Acta No. 06

VISTOS

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el abogado de los señores Diego Jair Domínguez Ramírez, Rossi Alexander Daza y William Domínguez Ramírez, contra la sentencia de diciembre 10 de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior de Popayán no accedió a tutelarles el derecho fundamental al debido proceso.

HECHOS Y ACCIÓN DE TUTELA

Los mencionados fueron capturados en la madrugada del 29 de septiembre de 1995, en la Vereda Figueroa de Popayán, luego de que varios vecinos alertaron al Inspector de Policía sobre la presencia en el lugar de un vehículo extraño, el cual resultó que había sido objeto de hurto pocas horas antes.

Por tal razón fueron vinculados a la investigación respectiva y el 10 de octubre siguiente se les dictó detención preventiva con derecho a libertad provisional, por el delito de hurto agravado, mismo cargo por el cual fueron acusados el 23 de enero de 1996. Esta determinación fue notificada personalmente a los procesados y, una vez ejecutoriada, el caso pasó a conocimiento del Juzgado 4o. Penal del Circuito de Popayán, el cual, luego del trámite de rigor, los condenó a la pena principal de 21 meses de prisión y no les concedió la condena de ejecución condicional, disponiendo como consecuencia su captura. Apelado el fallo por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán le impartió confirmación integral el 16 de agosto de 1996 y contra la misma no se propuso recurso de casación.

Mediante la acción de tutela el abogado representante de los condenados planteó que a éstos les fue conculcado el derecho fundamental al debido proceso. En su extenso memorial básicamente estimó que no era inferible la autoría del hurto del simple hecho de haber encontrado el vehículo en poder de los imputados. Y que al no contar con pruebas relativas al momento mismo del apoderamiento, sólo era posible imputarles el delito de receptación, por lo que se incurrió en una equivocada adecuación típica.

La sentencia recurrida y la impugnación

El fundamento del Tribunal Superior de Popayán para no acceder al amparo solicitado fue simple: el proceso penal se tramitó en legal forma, las decisiones judiciales no son atacables por la vía de la tutela, salvo cuando existan manifiestas vías de hecho y una circunstancia así no tuvo ocurrencia.

En el escrito sustentatorio del recurso de apelación sostiene el abogado de los accionantes que la figura de la adecuación típica tiene calidad de constitucional y al ser ella equivocada, sin existir la posibilidad de la acción de revisión, es viable el instrumento de la tutela, pues lo contrario conduciría a la permisibilidad de errores judiciales atentatorios de garantías fundamentales.

Consideraciones de la Sala

No cabe duda para la Corte que el principio rector de la tipicidad es de origen constitucional y forma parte del debido proceso. La previa descripción abstracta del comportamiento en una norma de derecho penal constituye una garantía para sus destinatarios, que no pueden ser sancionados por un hecho no previsto como delito, o por uno distinto de aquel al cual se ajusta la conducta. Esta última limitación, sin embargo, en manera alguna significa que se suprima al juzgador su facultad

interpretativa a nivel probatorio y jurídico, que lo conduzca a concluir en una adecuación típica determinaa, sino que es una barrera a sus eventuales caprichos, marginales a los parámetros establecidos en la ley.

No obstante la naturaleza constitucional del principio de tipicidad, no es correcto pretender su discusión por fuera del proceso penal, específicamente a través de la acción de tutela, como lo pretende el recurrente. Permitirlo significaría la corrosión misma del procedimiento judicial. Concretamente, de seguirse el pensamiento absurdo del apelante, terminaría el recurso de casación sustituido por la tutela, pues le bastaría a un condenado omitir la interposición de aquél y acudir, en forma personal o a través de un nuevo abogado, a la acción excepcional logrando de tal manera revivir un debate probatorio finalizado en su escenario natural.

Es que en realidad lo que persigue el recurrente es que en sede de tutela se revise el proceso penal y se concluya que la adecuación legal del comportamiento imputado a sus representados, una vez valorado el conjunto probatorio, fue equivocada. Eso es un despropósito, máxime cuando el proceso se adelantó en debida forma y fue pleno de garantías para los procesados.

Aparte de lo anterior, como lo recordó la primera instancia, está completamente claro que la acción de tutela no es un instrumento viable de impugnación contra las providencias judiciales, salvo ante la existencia de evidentes vías de hecho, lo cual en manera alguna ocurrió en el caso examinado. Se confirmará, entonces, la providencia materia de la apelación, no sin dejar de lamentar que algunos profesionales del derecho, como ocurrió en el presente caso, persistan en la utilización incontrolada e irresponsable del instrumento excepcional de la tutela.

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

RESUELVE

1. *Confirmar* la sentencia de diciembre 10 de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior de Popayán declaró improcedente la acción de tutela instaurada a través de abogado por los señores Diego Jair Domínguez Ramírez, Rossi Alexander Daza y William Domínguez Ramírez.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD EN TUTELA: la ausencia de competencia territorial para conocer constituye un vicio insaneable

A pesar de que el fallo laboral dice gravar a Colpuertos-Barranquilla, lo cierto es, como desde un inicio lo advirtiera el accionante que el encargado del pago de estas prestaciones es ahora Foncolpuertos, a cuya dirección se habían dirigido las comunicaciones.

Siendo lo anterior así, no cabe duda en cuanto a la competencia que le asistía a las autoridades judiciales de Santafé de Bogotá, y no a las de Barranquilla para entrar a tramitar y resolver el trámite previsto, de donde surge forzosa la nulidad de lo actuado, de decisión oficiosa por parte de la Sala, en cuanto el vicio de incompetencia no resulta en modo alguno subsanable.

Se remite la actuación al Tribunal de Santafé de Bogotá.

NULIDAD EN TUTELA: la nulidad por falta de competencia, de no implicar arrogación abusiva sino inadvertencia convalidable de servidor investido de jurisdicción, puede subsanarse.

(Salvamento de Voto)

En materia de tutela la nulidad por falta de competencia, de no implicar arrogación abusiva sino inadvertencia convalidable de servidor investido de jurisdicción, puede subsanarse.

Si se observa la naturaleza de los derechos cuya protección se demanda –derecho a la vida a la igualdad, a la protección de las personas de la tercera edad y a la seguridad social, por falta de acatamiento a un fallo dictado por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral– es imposible que su hipotética vulneración hubiese ocurrido en lugar distinto a la sede vital, Barranquilla, lo cual fija allí la competencia territorial, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1°. Del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

La competencia del Tribunal de Barranquilla, como también la primacía de lo esencial sobre lo adjetivo de suyo ordenada por la Constitución Política de Colombia y la ley, que en lo referente al trámite de la acción de tutela determina que se desarrollará con arreglo a los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, aconsejaban no dilatar ni iterar la determinación, cuando indemnes se hallaban, además, los derechos al debido proceso y de defensa de los intervinientes.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D. C. febrero siete (7) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente Dr.: Juan Manuel Torres Fresneda

Radicación 3287.
Aprobado Acta No. 13

VISTOS

Remite el Tribunal Superior de Barranquilla –Sala Penal– su fallo de tutela fechado el diez (10) de diciembre próximo pasado, para que esta Sala de la Corte resuelva la impugnación propuesta por el accionante señor Jorge Sánchez Santiago, a quien le denegó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia (FONCOLPUERTOS).

ANTECEDENTES

1. Dice el accionante que es pensionado de la Empresa Puertos de Colombia desde el año de 1979, pero que por haber quedado mal liquidada su prestación tuvo que recurrir ante la jurisdicción del trabajo, logrando que el Tribunal Superior de Barranquilla en Sala Laboral reconociera desde el mes de octubre de 1993 un reajuste mensual superior a los trescientos mil pesos, mas sin que pese al tiempo transcurrido se le haya pagado lo debido, porque el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia sistemáticamente se niega a obedecer la orden judicial y aún a dar respuesta a sus requerimientos, lo que se agrava ante la imposibilidad de embargar dineros del erario, dejando como única solución posible la tutela.

2. Muy a pesar de que la entidad accionada tiene su sede en la Capital de la República, no tuvo inconveniente el Tribunal Superior de Barranquilla de avocar el conocimiento de la presente acción y tramitarla, al punto de resolver de fondo mediante el fallo indicado, que al petente no le asistía razón, porque a pesar de acreditar

certeramente su derecho, era lo cierto que FONCOLPUERTOS no registraba ni el recibo del fallo laboral ni las solicitudes plurales que a nombre de Sánchez Santiago había dirigido insistentemente la Defensoría del Pueblo tratando de que se reconociera e hiciera efectivo su derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pese a las facilidades que para el ejercicio de la acción de tutela concede la ley a todo ciudadano, es lo evidente que por motivos de equidad, de orden y facilitación para el recaudo de medios probatorios, al regular la competencia impuso el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 al accionante, la obligación de dirigir su solicitud "ante los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud", por dar a éstos la competencia a prevención.

Para el caso que en esta providencia se analiza, ninguna duda cabe respecto de la entidad accionada ni de su sede ni del lugar en donde el agravio pudo ocurrir, porque a pesar de que el fallo laboral dice gravar a la Empresa Puertos de Colombia Colpuertos-Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, lo cierto es, como desde un inicio lo advirtiera el accionante que el encargado del pago de estas prestaciones es ahora el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia Foncolpuertos, a cuya dirección en Bogotá se habían dirigido las comunicaciones que en copia adosa el inconforme a folios 6, 9, 11 y 12, donde solicitó y recibió el Tribunal respuesta, y donde en efecto se infiere debían resolverse tanto la petición de pago de los reajustes pensionales como la petición de información sobre el retardo en el trámite que ella implicaba.

Siendo lo anterior así, no cabe duda en cuanto a la competencia que le asistía a las autoridades judiciales de Santafé de Bogotá, y no a las de Barranquilla para entrar a tramitar y resolver el trámite previsto, de donde surge forzosa la nulidad de lo actuado, de decisión oficiosa por parte de la Sala, en cuanto el vicio de incompetencia no resulta en modo alguno subsanable (arts. 140, 144 y 145 del C. de P.C.)

En tan sentido se ha pronunciado esta Sala de la Corte entre otras, en providencia de junio 14 de 1995, en cuya oportunidad se dijo:

Es entendido entonces, que de conformidad con los principios de economía, celeridad y eficiencia que orientan el trámite de la tutela (art. 3o. del decreto 2591 de 1991) la presentación de la demanda ante la autoridad judicial (Juez o Tribunal), que no tenga competencia territorial en "el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud", en modo alguno puede ser

saneada a voluntad de las partes pues lo que se pretende es evitar que por ese medio se ponga en dificultad al funcionario para obtener oportunamente los informes relacionados con los hechos presuntamente atentatorios de los derechos fundamentales del actor y, así mismo, ante la prohibición de fallos inhibitorios tenga el Juez de tutela que proferir decisión de fondo exclusivamente con fundamento en las afirmaciones del accionante. (Tutela No. 1706).

Significa lo expuesto que a la par con la invalidación de la actuación cumplida por el Tribunal de origen, se dispondrá la remisión de la actuación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, interpretando que es a ese nivel que el accionante ha invocado el trámite de su inconformidad, solo que ante la autoridad competente y no ante aquella a la que no le concedió la ley la posibilidad de pronunciarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: Decretar la nulidad de todo lo actuado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dentro del presente asunto, preservando la validez de las pruebas allegadas.

Segundo: Remitir la actuación a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, por competencia y de conformidad con las razones dadas en la parte considerativa, y

Tercero: Comunicar esta decisión al Tribunal Superior de Barranquilla –Sala de decisión Penal–, y notificarla de conformidad con el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

Desanótese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar; Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

A continuación paso a exponer las razones que me llevan a suscribir esta providencia con salvamento de voto, pues considero que no debió decretarse la nulidad de la actuación; por el contrario, se imponía decidir de fondo sobre la impugnación propuesta:

1. Según he venido expresando en anteriores oportunidades, sigo convencido que en materia de tutela, como en otros campos que no atañen al caso presente, la nulidad por falta de competencia, de no implicar arrogación abusiva sino inadvertencia convalidable de servidor investido de jurisdicción, puede subsanarse. Por ello, frente a situaciones como la ahora analizada, cuando el juez de segunda instancia advierta esta clase de irregularidad, debe proceder a ponerla en conocimiento de las partes (C. de P. C., art. 145) y si no se alega, quedará saneada y el proceso continuará su curso.

Así lo ha entendido también la Corte Constitucional: "Pero si es el juez de segunda instancia el que observa la carencia de competencia del de primera, la situación es diferente, pues se estará ante una de las nulidades procesales de que trata el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, nulidad que puede ser saneada, excepto cuando se trate de falta de competencia funcional,... De acuerdo con el artículo 145, del Código citado,... este procedimiento, poner en conocimiento la falta de competencia, es el que debe seguir el ad quem cuando advierta que está en presencia de una nulidad, bien sea carencia de competencia, falta de notificación, etc. Además, es la forma como la Corte Constitucional ha procedido en casos semejantes, al advertir que en las sentencias objeto de revisión se presenta alguna de las nulidades procesales..." (Sent. T-080, feb. 28/95. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

2. Los razonamientos que sobre el particular aparecen desarrollados en la providencia de la cual discrepo y que mayoritariamente han llevado a la Sala a apartarse del criterio citado, ostentan bases tradicionalmente atendibles, pero es la misma raigambre constitucional de la acción de tutela la que impone el procedimiento

preferente y sumario, para que la protección de los derechos fundamentales pueda ser tan inmediata como lo quizo el constituyente. Las decisiones certeras demandadas por el amparo constitucional imponen la superación, a través de alternativas previstas y permitidas por la ley, de ciertos atavismos procesales, como la pretendida rigidez a ultranza de las competencias.

3. En la decisión motivo de este disentimiento se dice que "ninguna duda cabe respecto de la entidad accionada ni de su sede ni del lugar en donde el agravio pudo ocurrir, porque a pesar de que el fallo laboral dice gravar a la Empresa Puertos de Colombia Compuertos-Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, lo cierto es, como desde un inicio lo advirtiera el accionante que el encargado del pago de estas prestaciones es ahora el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia Foncolpuertos, ... dirección en Bogotá" para concluir entonces señalando que "no cabe duda en cuanto a la competencia que le asistía a las autoridades judiciales de Santafé de Bogotá, y no a las de Barranquilla para entrar a tramitar y resolver el trámite previsto...".

La competencia en materia de tutela atendiendo el factor territorial no siempre coincide con el lugar donde acontecieron unos hechos, pues siendo el objeto del amparo la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos por la ley, el acto o la abstención suscitada en un determinado lugar puede proyectar sus efectos violatorios o amenazantes en otros. Tal es el caso de la actuación de un organismo que, no obstante tener su sede principal en determinada ciudad, irradia su ámbito de acción sobre diferentes sitios o en todo el territorio nacional.

La Corte Constitucional ha expresado sobre este aspecto:

Sin embargo, no siempre se define esa competencia por el sitio en el que físicamente acontecieron los hechos, pues no es lo mismo hablar del acto o de la omisión de una autoridad local, en cuanto a asuntos cuyos efectos apenas se proyectan en la localidad, que referirse a la actuación de un funcionario u organismo que, pese a tener su sede en un determinado lugar –por ejemplo, la capital de la República– y llevar a cabo sus actos allí, ejerce autoridad en todo el territorio nacional. Tal es el caso de los ministros del despacho, cuyos actos, no obstante tener generalmente origen en Santafé de Bogotá, se aplican en diversos puntos del país, independientemente del sitio en el cual lo suscriban.

Así, mal podría pensarse que una resolución aplicable a nivel nacional pero firmada en Barranquilla únicamente surtiera sus efectos en ese distrito y, por

tanto, los posibles perjuicios que su vigencia causara en diversas ciudades o municipios a lo largo y ancho de la geografía nacional, en materia de derechos fundamentales, tuvieran que forzosamente ser reclamados ante los jueces de Barranquilla. (Sent. T-574, dic. 14/94. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

En el caso tratado, la entidad accionada, Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia, Foncolpuertos, tiene su domicilio principal en Santafé de Bogotá. Con todo, si aquí se reclama atentado a los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la protección de las personas de la tercera edad y a la seguridad social, por falta de acatamiento a un fallo dictado por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral, que condenó a la Empresa Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de aquella ciudad a pagar determinadas sumas por concepto de reajuste de pensión de jubilación, esta presunta omisión, si bien puede originarse de manera mediata en la sede principal -Santafé de Bogotá-, repercute en sus diversas seccionales y para este caso en la ciudad de Barranquilla.

4. Observando la naturaleza de los derechos cuya protección se demanda, es imposible que su hipotética vulneración hubiese ocurrido en lugar distinto a la sede vital, Barranquilla, lo cual fija allí la competencia territorial, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

En efecto, el presunto quebrantamiento a los derechos a la vida, a la igualdad, a la protección de las personas de la tercera edad y a la seguridad social, que acusa Jorge Sánchez Santiago, acontece en donde él se encuentra, la ciudad de Barranquilla, que no solo es su lugar de residencia y la sede de la seccional a la cual se impuso condena en fallo cuyo cumplimiento se demanda, sino también constituye el sitio donde incuestionablemente repercute y tendría efectos la omisión criticada.

5. De acuerdo con lo expuesto, en mi opinión sí tenía competencia el Tribunal Superior de Barranquilla para definir el asunto en primera instancia, luego lo indicado para la Corte era resolver sustancialmente la impugnación interpuesta.

La competencia de aquella corporación, como también la primacía de lo esencial sobre lo adjetivo de suyo ordenada por la Constitución Política de Colombia y la ley, que en lo referente al trámite de la acción de tutela determina que se desarrollará con arreglo a los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia (D. 2.591/91, art. 3°), aconsejaban no dilatar ni iterar la determinación, cuando indemnes se hallaban, además, los derechos al debido proceso y de defensa de los intervinientes.

Con el respeto de siempre,

Nilson Pinilla Pinilla. Magistrado

(fecha: ut supra).

SEGURIDAD SOCIAL, DERECHO A LA SALUD: no es procedente el amparo constitucional para disponer el reembolso económico en favor de las EPS por concepto de gastos que ocasione la atención médica ordenada en sentencia de tutela

Mediante la acción de tutela no es procedente disponer el reembolso económico en favor de la EPS por concepto de gastos que ocasione la atención médica ordenada, porque el Estado –Ministerio de Salud– no intervino durante el trámite; no se puede emplear el amparo constitucional para establecer los eventuales derechos que pudieran surgir en favor de la empresa accionada en virtud de las órdenes impartidas en la decisión impugnada que se confirma, ni para imponer condenas de facto en contra del Estado.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Radicación 3307. Aprobado Acta No. 14

VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por Germán Cabal Gómez, representante legal de la entidad promotora de Salud, "Servicio Occidental de Salud S.A.", contra el fallo de tutela proferido el 18 de diciembre de 1996 por el Tribunal Superior de Cali, por medio del cual amparó los derechos a la vida y a la salud del ciudadano Guillermo Ortiz Bazurto, presuntamente vulnerados por la empresa impugnante.

LA ACCIÓN

En el escrito de tutela, la apoderada judicial del ciudadano Guillermo Ortiz Bazurto, manifiesta que no obstante encontrarse el accionante afiliado a la entidad

promotora de salud "Servicio Occidental de Salud" desde el 26 de diciembre de 1995, encontrándose al día en el pago de las correspondientes cuotas mensuales y padecer de una cirrosis criatogénica child C hepática, cuya aparición data desde el mes de julio de 1996 y ser una enfermedad de carácter "necesariamente mortal", pues "su única esperanza que le queda de vida es un trasplante hepático, según el concepto de su médico tratante", la entidad prestadora de salud le niega "la solicitud de operación de trasplante hepático", cuyo costo para el afiliado sería de $200'000.000,oo a lo que habría que adicionarle el costo de por vida de una droga que se requiere para evitar que el organismo del paciente rechace dicho trasplante y que cuesta aproximadamente $1'000.000,oo mensuales.

A lo anterior, agrega la apoderada del accionante que carecen de validez los argumentos en que se basa la accionada para negar dicho servicio de salud, puesto que lo que prohíbe el artículo 18 del Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos son aquellos "'que sean considerados como cosméticos, estéticos y suntuarios'. Y en el caso sub-judice esta enfermedad dista mucho de aquellas consideradas dentro de estas categorías" y el artículo 17 ibídem, a su vez excluye la diálisis para insuficiencia renal, de corazón, de médula ósea y de córnea", pero no los trasplantes de hígado, razón por la cual, concluye que, "tratándose de la vida humana no podemos jugar con analogías".

Suministra a continuación los nombres de los médicos de la fundación del "Valle del Lili" que intervendrían en dicha operación, haciendo énfasis en la urgencia de tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante, pues considera que frente a la empresa promotora de salud se encuentra en situación de indefensión.

Solicita en consecuencia, "...A) Se ordene al Servicio Occidental de Salud S.A..., que se le haga el trasplante hepático al señor Guillermo Ortiz Bazurto, en el menor tiempo posible dado su grave estado de salud...B) Que le cubra los gastos clínicos, médicos, quirúrgicos que sean necesarios para la recuperación de su salud...C) Que se le suministre la droga necesaria al señor Guillermo Ortiz Bazurto, para su tratamiento por el tiempo que este la requiera".

El fallo

Con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional el Tribunal analizó de manera puntual el contenido y alcance del derecho a la vida, así como el de la salud en la medida en que su vulneración atenta directamente contra el primero adquiriendo de esta manera la dimensión de fundamental, refiriéndose también a las disposiciones

pertinentes del Sistema Nacional de Salud en cuanto a las prohiciones y limitaciones legales respecto de tratamientos como el que requiere el aquí accionante, afirmando que si bien pudiera entenderse por lo reciente de la utilización de este tipo de procedimientos, como experimental, ello no obsta para que no se le aplique el tratamiento al petente, cuando es la única oportunidad que tiene para continuar viviendo.

Sin embargo, a renglón seguido considera que de acuerdo a lo manifestado por el Jefe de trasplantes hepáticos de la fundación del Valle del Lilí, "tan solo existen en el momento, dos equipos médicos que actúan en dos centros connotados de salud: la Fundación Santafé de Bogotá y la fundación del Valle del Lilí de la ciudad de Cali", así como lo expresado por el médico tratante de Ortiz Bazurto. Dr. Jaime Holguin Rojas y el Dr. Luis Armando Caicedo Rusca, Jefe de la Unidad de trasplantes de la Fundación del Valle del Lilí, "la única alternativa posible en el caso del sr. Guillermo Ortiz Bazurto es la que se brinda por el trasplante hepático. De otra parte el éxito de los trasplantes hepáticos, hoy por hoy, según se ilustró, es considerable y elevado presentándose, a los cinco años de la intervención, éxito en el 75% de los casos; los pacientes por otra parte, según se dijo por los expertos, se reintegran a sus actividades laborales y sociales con buena calidad de vida. De no realizarse el trasplante, fueron claros los galenos, la calidad de vida del paciente sería muy pobre y su muerte cuestión de pocos meses".

Asimismo, el a quo encontró probado que la empresa Servicio Occidental de Salud S.A., cuenta con la suficiente capacidad económica para sufragar los costos del trasplante requerido por el accionante, que de conformidad con lo manifestado por el Jefe de la unidad de trasplantes de la Fundación del Valle del Lilí, puede oscilar entre los 25 y 50 millones de pesos, procediendo en consecuencia a tutelar los derechos a la vida y a la salud del señor Guillermo Ortiz Bazurto y ordenando a la empresa accionada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de dicho fallo, proceda a "disponer lo necesario para que se inicien todas las actividades, procedimientos e intervenciones necesarias, para establecer la viabilidad del trasplante hepático para el sr. Guillermo Ortiz B.; efectuado lo anterior y si es pertinente se procederá al trasplante hepático, realizado el cual deberá proseguirse con el tratamiento para el caso, so pena de las sanciones de ley".

En el mismo sentido agregó el *a quo*, que no accedería a la petición de la apoderada del accionante –que aparece en el escrito de poder– en el sentido de disponer que la entrega de los dineros necesarios para el trasplante requerido fueran entregados a ella, puesto que como es obvio, éstos deberá cancelarlos directamente la E.P.S., a la institución donde se lleve a cabo el procedimiento pertinente.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el representante legal de la empresa Servicio Occidental de Salud S.A., presentó escrito impugnatorio en el que analiza las disposiciones constitucionales sobre el régimen de seguridad social y el derecho a la salud haciendo énfasis en que se trata de un servicio público a cargo del Estado que se puede prestar directamente o delegando a entidades privadas, pero en todo caso, insiste, tal obligación es a cargo del Estado, pues, en su criterio, "subiese constituído un despropósito de inimaginables proporciones, que cuando el Estado delega en los particulares el ejercicio de una parte de las funciones que le corresponden, por ese solo hecho se hace responsable al particular de asumir todas las obligaciones del Estado, aún en aquellos campos que, no obstante su estrecho emparentamiento con aquellos que fueron objeto de delegación, no hacen parte de la misma".

A continuación se refiere al Decreto 1938 de 1994, en cuanto a su ámbito de aplicación, definición, tipos de planes y exclusiones y limitaciones resaltando lo afirmado durante el trámite de esta acción en cuanto que "Ni la indolencia ni el capricho inspiran a los estamentos médico o administrativo de servicio Occidental de Salud S.O.S. para negar la autorización del trasplante (sic) de hígado que se solicita; es que dicho procedimiento no está incluido entre los contenidos que el afiliado tiene el derecho de exigir y la entidad el deber de prestar, de conformidad con el citado literal b) del Art. 3o. del D.R. 1938/94".

Por ello, como sustento de sus afirmaciones, reproduce extensos apartes de una decisión de tutela proferida por la Sala Civil de esta Corporación en la que además de amparar el derecho a la salud, ordenando a una de las empresas Promotoras de salud, suministrar a un paciente enfermo con el virus del V.I.H. los medicamentos requeridos para el tratamiento de dicha enfermedad "con derecho de parte suya a los reembolsos económicos correspondientes por ese suministro, reembolsos que efectuará al Estado –Ministerio de Salud– a través del Fondo correspondiente, dentro de los 45 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente".

Con fundamento en lo anterior, explica entonces que lo que impugna la empresa cuyos intereses representa es que se haya ordenado que la atención médica solicitada por el petente sea atendida con cargo a los recursos de Servicio Occidental de Salud, "cuando en verdad ese procedimiento se encuentra excluido de las obligaciones que le son propias en el marco del Plan Obligatorio de Salud".

Solicita como pruebas las declaraciones del Ministro de Salud y el Superintendente Nacional de Salud a fin de que expongan sobre los alcances de

la normatividad en esta materia y finalmente que se modifique el fallo impugnado en el sentido de "exoneramos de responsabilidad en cuanto a la atención de la actividad solicitada o que, si ello no fuere procedente, por la naturaleza del derecho tutelado, se disponga el reembolso económico correspondiente por concepto de los gastos que ocasione la atención de dicha actividad, y se ordene al Estado Ministerio de Salud- proceda a efectuar dicho reembolso en el término perentorio que la Corporación disponga".

CONSIDERACIONES

1. Teniendo en cuenta que en los hechos generadores de esta acción se encuentran enfrentados, de un lado el derecho a la vida y la salud del ciudadano Guillermo Ortiz y de otro las prohibiciones legales en las que se ampara la E.P.S. Servicio Occidental de Salud, desde ya advierte la Corte que el fallo impugnado habrá de confirmarse por las siguientes razones:

2. Amplia ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en su labor pedagógica en cuanto a la difusión de los derechos fundamentales y los criterios de interpretación. Así, de acuerdo a la naturaleza del derecho, la posibilidad de su ejercicio y el ámbito de protección por parte de las autoridades, se han entendido como *derechos sin restricción constitucional* aquellos como la vida, el reconocimiento de la personalidad jurídica etc.; *derechos limitados constitucionalmente o respecto de los cuales existe una reserva legal*, es decir aquellos para cuyo ejercicio se permite la injerencia del legislador, tales como aquellos de participación política, voto programático etc. y que requieren ser regulados a través de ley estatutaria y, *la limitación de los límites de los derechos* a partir de lo cual ha tenido acogida la denominada teoría del núcleo esencial de los derechos, que se traduce en la limitada, excepcional y mesurada intervención del legislador respecto del contenido de los derechos, pues no es de la ley que emana su contenido y alcance, sino de la constitución misma.

3. Entendiendo entonces el derecho a la vida como uno de los derechos sin limitación constitucional y por ende de exigencia y aplicación directa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la Constitución Política, no puede perderse de vista que el primer atentado a este derecho se da a través del de la salud y por ello, como lo recordó el Tribunal, en esa medida exige su protección al mismo nivel de aquellos estimados como fundamentales, dada su estrecha conexión y relación de causalidad que conlleva la vulneración de la salud frente a la vida.

4. La vida entonces, constituye el fin y fundamento no solo del estado, sino en general, de los derechos humanos, en la medida que solo para y en relación con el ser humano es que adquieren sentido este tipo de derechos. No obstante debe precisarse que no se

trata de la vida como mera existencia biológica del individuo, sino que debe comprenderse dentro de todas las circunstancias que la rodean, a fin de fijar criterios valorativos en torno a las condiciones que la hacen posible de llevarse dignamente y con expectativas hacia el futuro; es entonces la vida que tiene la posibilidad de poder proyectarse hacia el futuro, de continuar evolucionando y mejorando dentro del contexto individual y social.

5. Por ello, la vida como derecho fundamental, se lesiona directamente a través de la salud, y con mayor razón cuando de la recuperación de ésta, depende no solo la calidad de vida, sino la posibilidad de que el ser humano continúe existiendo y proyectándose en el tiempo en condiciones, además, dignas.

6. Ahora bien, frente al caso planteado, resulta entonces razonable que ante la gravedad de la cirrosis que padece el accionante, frente a la cual los Dres. Jaime Holguin Rojas y Luis Armando Caicedo Rusca no ofrece posibilidad de supervivencia a menos que se le practique el trasplante hepático solicitado –respecto del cual existen en el país los recursos técnicos y humanos para ello– y que la empresa Servicio Occidental de Salud, no obstante aceptar dicho diagnóstico niega el tratamiento requerido amparada en una disposición de rango legal, ello no pude anteponerse a la primacía de la Constitución frente a la vida entendida como valor y fundamento de los demás derechos fundamentales que dentro del principio de solidaridad implica necesariamente el compromiso ético de acudir a todos los mecanismos necesarios, existentes y posibles para su salvaguarda.

7. En efecto, sobre el punto ha sostenido la Corte Constitucional que:

"Así pues, pese a que través de una tutela no es posible ordenar la realización de un tratamiento médico específico y que solo corresponde señalarlo al médico tratante. Lo que sí puede hacerse mediante la acción de tutela es dar la orden de que se preste el servicio asistencial hospitalario y médico de acuerdo con las condiciones posibles, es por ello que, una entidad que presta servicios médicos no debe olvidar que en la Constitución de 1991, la consagración superior del valor de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de la vida e integridad personal y en conexidad con ellos el derecho a la salud exigen la máxima diligencia en el diagnóstico médico, y que por lo tanto se deben utilizar las condiciones operativas y científicas razonablemente disponibles en el país. Más aún, cuando resulta una realidad incontrovertible que la medicina es una de las ciencias que mayor avance ha logrado en el siglo que corre, pues la aplicación de la investigación en todas las áreas ha sido innegable, lo que ha mejorado el nivel y calidad de vida del ser humano. Por consiguiente, la utilización de medios apropiados en beneficio de los pacientes, tales como el intercambio de conocimientos técnicos, la utilización del internet, son instrumentos que no se deben desechar cuando la función social de la medicina se trata de 'propender por la

prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad', de acuerdo con lo señalado por el artículo 1o. de la Ley 23 de 1981". (T. 645 de noviembre 26 de 1996; M.P. Dr. Alejandro Martínez, Caballero).

8. En lo que tiene que ver con la petición subsidiaria que eleva el impugnante en el sentido de que si no fuere procedente que se exonere a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud de la responsabilidad de asumir la atención "de la actividad solicitada... por la naturaleza del derecho tutelado se disponga el reembolso económico correspondiente por concepto de los gastos que ocasione la atención de dicha actividad, y se ordene al Estado -Ministerio de Salud- proceda a efectuar dicho reembolso en el término perentorio que la Corporación disponga", la Sala no accederá a ello, pues no habiendo tenido intervención alguna el Estado durante el trámite de esta acción, ni mucho menos se trata de establecer los eventuales derechos que pudieran surgir a favor de la empresa accionada en virtud de las órdenes impartidas en la decisión impugnada que ahora se confirma, no puede imponerse por esta vía una condena de facto en contra del Estado.

Además, esa es labor que le correspondería adelantar a la empresa Servicio Occidental de Salud frente a los organismos del Estado encargados de la prestación y vigilancia del servicio de Salud, pues de decidirse en este fallo se estarían desbordando las facultades del Juez de tutela, que deben remitirse a tomar las medidas necesarias para que se restablezca el derecho vulnerado o las causas que lo amenazan.

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. Confirmar el fallo impugnado.

2. En firme esta decisión, envíense las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2531 de 1991.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL, DERECHO DE DEFENSA: Se vulnera el derecho cuando el juez de segunda instancia se abstiene de conocer la apelación con base en inoportunos razonamientos en torno a la condición de parte y al *ius postulandi* del recurrente

Es misión ineludible del ad-quem *aprehender el fondo del asunto sometido a revisión cuando aparece debidamente probado que el accionante esta legitimado como parte, tiene interés jurídico para recurrir, y el recurso se interpone y sustenta en observancia de las prescripciones de los artículos 196 y 196A del C. de P.P. Abstenerse de conocer de la apelación, como en efecto hizo, acudiendo a inoportunos razonamientos en torno a la condición de parte y al ius postulandi del recurrente, son predicados que en el mejor de los casos y en el momento adecuado hubieran podido servir para revocar o anular el reconocimiento de la parte civil dentro del desarrollo gradual y secuencial del respectivo proceso penal, pero jamás para omitir un deber como era desatar el recurso legalmente concedido a fuer de haber sido postulado por quien jurídicamente estaba reconocido como sujeto procesal. Este proceder desborda el marco jurídico en que debe resolverse la impugnación, para inventar un trámite previo y excluyente que pone en vilo la eficacia del principio de doble instancia, toda vez que su operancia estaría guardada al arbitrio o a la discreción del órgano justamente establecido para garantizar su imperturbable vigencia y en estricto sentido constituye, no una decisión judicial sino una reprochable omisión de cara a lo reglado por el artículo 213 del C. de P.P. –modificado por el 30 de la Ley 81 de 1993–, que por lo injurídica, deviene en una vía de hecho lesiva del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política*

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

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Radicación 3332 . Aprobado Acta No. 21

VISTOS

Decide la Corte la impugnación interpuesta por el ciudadano Carlos Pantoja Revelocontra la sentencia del once de diciembre de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Penal, denegó la acción de tutela por él instaurada.

ANTECEDENTES

Una reseña de los hechos que dieron origen a la presente acción la hizo el Tribunal en los siguientes términos :

"El día trece (13) de julio de 1977, José Nabor Bravo y María Luisa Villa de Bravo, celebraron un contrato de promesa de compraventa de una casa de habitación ubicada en el barrio los Chicos de esta ciudad (Ipiales), siendo promitentes compradores los señores Miguel Angel Chingaly María Delina Yandun. Este contrato fue objeto de incumplimientos parciales por ambas partes contratantes, de modo que jamás se llegó a elevar la Escritura Pública para consolidar la compraventa del convenio de promesa.

*Los señores José Nabor Bravo Lucero y María Luisa Villa , demandaron primero la nulidad del contra*to de promesa de compraventa (folios 10 a 19 del cuaderno original), y luego, la Resolución del mismo (fl. 29 a 41 del C.O.). pretensiones que fueron rechazadas en su oportunidad en segunda instancia por el Honorable Tribunal Superior de Pasto.

Así las cosas, el bien no había salido del patrimonio de la señora María Luisa Villa , quien lo adquirió en calidad de heredera del señor Moisés Villa, por adjudicación que hiciera el Juzgado Segundo Civil Municipal de Ipiales.

Más tarde, el diez (10) de febrero de 1987, la señora María Luisa aceptó una letra de cambio por valor de Trescientos mil pesos($300.000.oo) en favor del señor Segundo Carlos Almeida (fl. 72 de. C.O.). Una vez se venció el plazo para el pago de dicho título, el beneficiario lo endosó a Mario Villota Méndez, y éste a su vez, al doctor Luis Antonio Burbano Narváez, a fin de que se promoviera la ejecución ante la Jurisdicción Civil.

Efectivamente, se instauró el Proceso Ejecutivo singular correspondiendo su trámite al Juzgado Primero Civil Municipal de esta ciudad, el cual culminó con el remate del inmueble registrado a nombre de María Luisa Villa , que no es otro que la casa que anteriormente fue objeto de promesa de venta.

Y es aquí en donde tuvo ocurrencia finalmente la conducta materia de esta investigación, por parte del señor Segundo Evangelista Ceballos Mendoza, cuando el día 10 de agosto de 1988, compareció ante el Juzgado Segundo Civil Municipal, y siendo el único postor en la diligencia de remate, adquirió la casa motivo de la controversia.

Al decir del denunciante, estos hechos constituyen un fraude debido a que la letra de cambio se elaboró con el exclusivo fin de que se hiciera su cobro judicial, para culminar con el remate de la casa de propiedad de la deudora, para que la adquiriera, simultáneamente, su cuñado Segundo Ceballo Mendoza a quien se imputa el delito de Estafa en calidad de cómplice (fl. 40 y 41).

Sólo resta añadir que la intervención del doctor Carlos Pantoja Revelo obedece a que él adquirió los derechos litigiosos de los señores Miguel Angel Chingal y María Delina Yandún mediante contrato celebrado el 5 de junio de 1987 y visible a folio 39 de este expediente" (fl. 67-69).

Con fundamento en la denuncia formulada por el abogado Pantoja Revelo, en su condición de cesionario de los derechos de los promitentes compradores que vieron burladas sus expectativas de adquirir el inmueble afectado con el remate, se abrió investigación penal por la hipótesis de estafa y posteriormente se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por el demandante, asumiendo así la calidad de sujeto procesal.

Llegado el momento de la calificación del mérito del sumario, la Fiscal 14 Delegada ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Ipiales, mediante resolución del 20 de agosto de 1996, precluyó la investigación. Este proveído fue impugnado por la parte civil, presentando en tiempo oportuno y con la debida sustentación el recurso de apelación que le fue concedido ante la unidad de Fiscalía adscrita al Tribunal de Pasto.

Fue así como la Fiscalía Cuarta Delegada, a quien le fue repartido el asunto en segunda instancia, argumentando que "el instructor de la época se equivocó al reconocer y admitir al doctor Pantoja Revelo como parte civil", decidió "abstenerse de conocer de la apelación" y devolvió el proceso a la oficina de origen, sin otra actuación .

Contenido de la acción

El abogado Carlos Pantoja Revelo solicita la tutela del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, a fin de que "se revoque el auto del siete (7) de octubre de 1996 proferido por el Fiscal Cuarto Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y se ordene tramitar el recurso de apelación, en el proceso 1408 de la segunda instancia" . (fl. 21).

Argumenta el accionante que aquel funcionario judicial, al abstenerse de desatar el recurso de alzada que oportuna y legalmente interpuso, en forma "a todas luces arbitraria (...) me ha dejado sin ninguna posibilidad de actuación en el largo proceso penal al cerrarlo en forma definitiva".

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, basado en decisión anterior de esa Corporación y en la Sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, obra de la Corte Constitucional, respecto a la tutela contra providencias judiciales, denegó la acción instaurada, considerando además que la providencia dictada por el Fiscal 4° Delegado ante el Tribunal no configura una vía de hecho, pues "está sustentada sobre sólidas bases jurídicas porque hace una sensata interpretación de la normatividad aplicable y porque incluso tiene abundante y firme respaldo jurisprudencial" (fl. 74).

"Siendo así, concluye, no le quedaba alternativa diferente al funcionario que tomar la determinación que en efecto adoptó *y que en efecto equivale a la revocatoria de la demanda de constitución de parte civil*" (fl. 75. Resaltado fuera del texto).

Invocando el contenido del artículo 197 del C. de P. P. que determina la ejecutoria de las providencias que deciden el recurso de apelación, "el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente", el Tribunal desestima, igualmente, la pretensión del actor relacionada con la falta de notificación personal de la decisión tomada por el Fiscal Delegado y que es objeto de cuestionamiento por esta vía excepcional.

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme el accionante con el fallo de primera instancia, apeló de ella a fin de que fuese revocada, afirmando que como cesionario de los derechos litigiosos sufrió un perjuicio concreto y directo por razón de la conducta delictiva de los promitentes vendedores, señores José Nabor Bravo y María Luisa Villa de Bravo, estimando lesiva a sus derechos la decisión tomada por el Fiscal 4° Delegado ante el Tribunal.

Termina con este interrogante:

"Qué camino que no sea la acción de Tutela, se puede seguir cuando se coarta Abruptamente el legítimo derecho de Defensa al cerrarle, a una de las partes, todos los canales legales de impugnación en las instancias judiciales"? (fl. 79).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es un hecho cierto, de acuerdo a lo expuesto en estas diligencias, que el abogado Carlos Pantoja Revelo denunció penalmente a los señores Segundo Evangelista Ceballos y María Luisa de Bravo, según hechos que él consideraba como delictivos y que fueron objeto de la respectiva investigación penal (fl. 25-36).

Reclamando ser perjudicado directo por razón de estos hechos, el denunciante opta por el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal mediante la presentación formal de la demanda de que trata el artículo 46 del C. de P. P. (fl. 31-36). El entonces Juzgado 18 de Instrucción Criminal acepta la demanda y le reconoce personería para actuar.

De este modo, y por razón del artículo 48 del C. de P. P., el actor tenía, como sujeto procesal, *legitimación* para ejercitar el derecho de impugnación contra la resolución del Fiscal 14 Delegado mediante la cual precluyó la investigación en favor de Segundo Ceballos Mendoza. Además, como se trataba de una decisión cuyos efectos jurídicos comportaban un agravio para sus pretensiones, surge para él el *interés jurídico* para recurrir (artículo 196 del C. de P. P.).

De otro lado, aparece claro la competencia funcional para el Fiscal 4° Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto para desatar la apelación.

Así pues, si está debidamente probado que el accionante estaba legitimado como parte y con interés jurídico para recurrir, que el recurso se interpuso y sustentó observando las prescripciones de los artículos 196 y 196 A del C. de P. P., y que el funcionario de primera instancia lo concedió en debida forma (artículo 205 idem), era misión ineludible del *ad quem* aprehender de fondo el asunto sometido a revisión, y no abstenerse de conocer de la apelación, como en efecto hizo, acudiendo a inoportunos razonamientos en torno a la condición de parte y al *ius postulandi* del recurrente, predicados éstos que en el mejor de los casos y en el momento adecuado hubieran podido servir para revocar o anular el reconocimiento de la parte civil dentro del desarrollo gradual y secuencial del respectivo proceso penal, pero jamás para en forma extemporánea omitir un deber como era desatar el recurso legalmente concedido a fuer de haber sido postulado por quien jurídicamente estaba reconocido como sujeto procesal.

Y no se diga que por haber pergeñado algunas razones para descalificar a priori al sujeto impugnante se podía soslayar válidamente la segunda instancia (cuya resolución sólo estaba condicionada a la debida concesión del recurso y a la competencia funcional, ambos aspectos debidamente cumplidos en este caso), porque cualquier argumentación,

por jurídica que parezca, si se plasma en una actuación extraña al trámite ordinario de la alzada precisamente para eludir el pronunciamiento propio de ella, deviene en un impertinente pretexto, pues con un tal proceder se desborda el marco jurídico en que debe resolverse la impugnación, para inventar un trámite previo y excluyente que pondría en vilo la eficacia del principio de doble instancia, toda vez que su operancia estaría guardada al arbitrio o a la discreción del órgano justamente establecido para garantizar su imperturbable vigencia.

El yerro del Tribunal estuvo en legitimar la inhibición del Fiscal *ad-quem*, olvidando que en la sede que éste actuaba, por haber sido excitada conforme al ordenamiento jurídico, sólo le era dado ocuparse de lo que constituía el objeto de la relación procesal trabada por el sujeto apelante.

Así entonces, si en el caso que ocupa la atención de la Sala, en contravía de las normas de procedimiento, se le negó al impugnante la oportunidad de acceder a la segunda instancia, tal actitud del Fiscal 4° Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto, en estricto sentido constituye, *no una decisión judicial* sino todo lo contrario, una reprochable *omisión* de cara a lo reglado por el artículo 213 del C. de P. P. (modificado por el 30 de la Ley 81 de 1993), que por lo injurídica, deviene en una *vía de hecho* lesiva del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Ahora, que el recurso comentado prospere o no, es tema ajeno al juez de tutela, quien como lo tiene dicho la jurisprudencia no está llamado a indicar el sentido en que deben adoptarse las decisiones por los funcionarios facultados constitucional y legalmente, dado que su naturaleza jurídica corresponde a un procedimiento breve y eficaz en orden a la efectiva protección de derechos fundamentales ante comprobada violación o amenaza de ellos por acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos previstos por la ley.

Así las cosas, se tutelará en favor del abogado Carlos Pantoja Revelo el derecho fundamental al debido proceso y específicamente a la doble instancia, y como consecuencia de este amparo, previa revocatoria del fallo impugnado, se le ordenará al Fiscal 4° Delegado ante el Tribunal Superior de Pasto, decidir, dentro del término legal (artículo 213 del C. de P. P., modificado por el 30 de la ley 81 de 1993), el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de primera instancia mediante la cual se precluyó la investigación en favor del señor Segundo Ceballos Mendoza.

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

1. *Revocar* el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, objeto de la impugnación.

2. *Tutelar* en favor del ciudadano Carlos Pantoja Revelo, el derecho fundamental al debido proceso y específicamente el acceso a la doble instancia, y en consecuencia, ordenar al Fiscal 4° Delegado ante aquella Corporación decidir el recurso de alzada a que se hizo referencia, dentro del término indicado en el artículo 213 del C. de P. P. contado a partir del momento en que reciba el proceso que de inmediato le remitirá la Fiscalía a-quo.

3. *Notificar* esta providencia de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Ejecutoriada la decisión, Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, ***Secretaria.***

REGIMEN PRESTACIONAL: el pago oportuno de las prestaciones sociales es un derecho susceptible de protección mediante tutela cuando el retraso en el pago afecta de manera concreta a un derecho fundamental como por ejemplo la vida

El pago oportuno de las prestaciones sociales que se derivan de una relación laboral, es un elemento integrante del derecho al trabajo, aunque no siempre se constituye en derecho fundamental también, como si lo es el salario, a menos que del retraso en su pago se derive una afectación concreta a otro derecho fundamental, como la vida por ejemplo, cuando de ellas depende exclusivamente la subsistencia del acreedor.

El Estado tiene señalados procesos laborales específicos, ante la jurisdicción ordinaria o ante la contencioso-administrativa, según sea el caso, para obtener el reconocimiento y pago de tales derechos cuando el patrono, particular o estatal, niegue el derecho o lo reconozca pero no lo haga efectivo.

IMPUGNACION - sustentación *(Salvamento de Voto)*

Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Radicación 3358. Aprobado Acta No. 23.

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la impugnación presentada por el accionante Gigson Useche en contra del fallo proferido por la Sala

Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 16 de diciembre de 1996 por medio del cual negó la acción de tutela invocada por Mariela Herrera, Clara Lourdes Peña, Iván Arturo Torres y Gigson Useche en contra de la Universidad Pedagógica Nacional, a la que acusan de presunta violación a los derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Los accionantes concretan la violación a los derechos fundamentales en la presunta negativa del representante legal de la Universidad Pedagógica a ordenar el pago de las prestaciones sociales proporcionales, a que tienen derecho como docentes ocasionales.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

Los señores Iván Arturo Torres, Mariela Herrera, Clara Lourdes Peña y Gigson Useche, interpusieron acción de tutela en contra de la Universidad Pedagógica Nacional, representada legalmente por su rector, a la que acusan de violaciones a sus derechos fundamentales al trabajo, a la dignidad, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Los accionantes relatan que en su condición de docentes ocasionales se han dirigido a la Universidad para enterarla del contenido de la sentencia C-006 de 1996, por medio de la cual se declaró inexequible el inciso 2° del artículo 74 de la ley 30 de 1992 y un aparte del artículo 73 de la misma ley, y en consecuencia reclamar las prestaciones sociales proporcionales a que tienen derecho como docentes ocasionales de ese centro de educación superior.

Los actores precisan que se han dirigido repetidamente a la Universidad reclamando el pago de las prestaciones, obteniendo por toda respuesta que la cancelación de tales emolumentos está sujeta a la aprobación de una ley que actualmente cursa en el Congreso de la República, frente a lo cual argumentan que el patrono no puede excusarse en sus circunstancias particulares para dar un trato desigual a los trabajadores.

Finalizan solicitando que el fallo de tutela ordene a la Universidad incluir en su presupuesto de 1997, los recursos necesarios para que les cancelen las prestaciones sociales y la correspondiente indexación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D. C., "negó la tutela demandada", por considerar que la mora en el pago de las

prestaciones sociales a que tienen derecho los actores, no se explica en desidia de la administración, sino en la imprevisión del gasto, originado en una sentencia judicial, que obligó a hacer ajustes presupuestales, que no podían tramitarse de otra manera que a través de la expedición de una ley, de un decreto y de un acuerdo del Consejo Superior de la Universidad.

LA IMPUGNACIÓN

El fallo fue apelado por el accionante Gigson Useche, quien no expresó ninguna razón para fundamentar su inconformidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Como se puede observar, la impugnación del fallo de primera instancia se limitó a la manifestación del desacuerdo por parte de uno de los accionantes, sin que hubiera concretado las razones de su disenso, situación que la mayoría de la Sala ha determinado que no es óbice para que esta Corporación estudie el fallo así recurrido, para concluir frente a las pruebas recaudadas, a los derechos reclamados y a las causales de improcedencia, si se sostienen o no sus presupuestos de certeza y legalidad.

2. El trabajo como derecho-deber dentro de cualquier sociedad goza de especial protección, porque es a través de él que se construye el progreso y desarrollo de cada comunidad y porque es también, en la generalidad de las veces, el único medio de subsistencia de que disponen la gran mayoría de asociados.

En este sentido, el pago oportuno de las prestaciones sociales que se derivan de una relación laboral, es un elemento integrante del derecho al trabajo, aunque no siempre se constituye en derecho fundamental también, como sí lo es el salario, a menos que del retraso en su pago se derive una afectación concreta a otro derecho fundamental, como la vida por ejemplo, cuando de ellas depende exclusivamente la subsistencia del acreedor.

4. La acción de tutela presentada por los accionantes Torres, Herrera, Peña y Useche resulta improcedente, sin que sea necesario adentrarse en el estudio de la existencia o no de una presunta violación a un derecho fundamental, por la disposición que tienen los actores de acudir a otro medio de defensa judicial.

Los docentes ocasionales tienen desde el 18 de enero de 1996, derecho a reclamar prestaciones sociales proporcionales de sus empleadores, en la forma y términos señalada por la sentencia No. C-006 de 1996 de la Corte Constitucional.

que declaró inexequibles apartes de los artículos 73 y 74 de la Ley 30 de 1992, pero el Estado tiene señalados procesos laborales específicos, ante la jurisdicción ordinaria o ante la contencioso-administrativa, según sea el caso, para obtener el reconocimiento y pago de tales derechos cuando el patrono, particular o estatal, niegue el derecho o lo reconozca pero no lo haga efectivo.

El carácter residual de la acción de tutela, que impide su utilización como medio de reemplazo a los procesos que de ordinario se han establecido para la definición de los conflictos entre particulares o entre estos y el Estado, hace improcedente la solicitud de amparo constitucional que presentaron los docentes ocasionales atrás reseñados, es ante la jurisdicción competente que deben reclamar sus derechos, pues el juez al que le asiste la competencia por la naturaleza del asunto está investido por el Estado de todo su poder dispositivo y coercitivo necesario, no solo para reconocer el derecho, fundamental o no, si a ello hay lugar, sino para utilizar la fuerza legítima del Estado para hacer cumplir sus decisiones.

Es por las anteriores razones que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. Confirmar, la sentencia de tutela del 16 de diciembre de 1996, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D. C., por las razones anotadas en la parte motiva.

2. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, ***Secretaria.***

SALVAMENTO DE VOTO

Como en el presente caso no hubo sustentación de la impugnación, el suscrito Magistrado se permite salvar el voto a la providencia que sin dicho requisito revisó la actuación. Las razones son las que se adujeron, como salvamento de voto en el caso, de la Rad. 404 M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz:

"1.) El debido proceso es un derecho fundamental que el ordenamiento brinda a quien por cualquier circunstancia deba acudir al Estado en procura de la solución de sus conflictos, como garantía de una recta y cumplida justicia, esto es, para que la ley sustancial sea cabalmente aplicada.

"La Carta Política, en su artículo 29, consagró este derecho no sólo respecto de las actuaciones judiciales, sino además de las administrativas, quedando, por consiguiente, toda actuación oficial que requiera trámite sujeta al debido proceso que la ley le señale, porque la Constitución solamente consagra el derecho pero no dice cuál es el debido proceso en cada caso, defiriendo a la ley ese cometido.

"2.) La competencia, por ser el presupuesto de la actuación, la señala el constituyente en forma genérica y algunas veces específicamente dejando, en el primer caso, la facultad al legislador para desarrollarla pero con sujeción a pautas claramente señaladas, como es el caso del derecho de impugnación (artículo 29) o el de una segunda instancia (artículo 31).

"Al consagrar la acción de tutela, la Constitución señaló como funcionario competente para decidirla a los 'jueces' cuya sentencia, siguiendo los principios referidos en precedencia, está sujeta a impugnación en los términos que la ley señaló.

"3.) El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción, consagró en el artículo 31 que "Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo *podrá ser impugnado* por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato". (Cursiva fuera de texto). O sea, como es obvio, deja a la discreción del interesado apelarlo o no, pues

ha de entenderse que con dicho fallo el cometido de la acción se cumplió; tan cierto es, que debe tener cumplimiento inmediato. Cualquier inconformidad que surja, no sólo respecto del solicitante, sino de cualquiera de las personas mencionadas en la norma, deberá hacerse conocer en la forma debida, pues así lo exige el artículo 32 id.: *"Presentada debidamente"* la impugnación...". (Cursiva fuera de texto).

"¿Qué es presentar debidamente una impugnación?

"La Sala mayoritariamente,con apoyo en criterio de la Corte Constitucional, entiende que es "presentarla dentro del término para impugnar"; de lo cual discrepamos respetuosamente porque, en primer término, si ese fuera el querer del legislador hubiese utilizado un adverbio de tiempo como 'oportunamente' y no el de modo que utilizó, para significar precisamente que deben presentarse 'como corresponde o es lícito', que es lo que significa 'lo debido'; y, en segundo lugar, porque es el propio artículo 32, en su inciso segundo, el que le da el verdadero sentido al adverbio utilizado cuando dice:"El juez que conozca de la impugnación, *estudiará el contenido de la misma, cotejándola* con el acervo probatorio y con el fallo". (Cursiva fuera de texto).

"Obsérvese cómo el legislador utilizó dos verbos inequívocos: 'estudiar' que es, según la Real Academia, "Ejercitar el entendimiento para alcanzar o comprender una cosa", es decir, que para que el ad-quem pueda comprender la inconformidad del recurrente debe éste consignarla por escrito, o lo que es igual, "presentarla adecuadamente"; y 'cotejar' que significa, según la misma fuente, "comparar una cosa con otra u otras", o sea, que el juez de segunda instancia debe tener a la vista los argumentos del impugnante, el acervo probatorio y los fundamentos de la decisión (la sentencia) para poder *estudiarlos* y decidir en derecho quién tiene la razón; si está de lado del juez, confirmará o, si está de parte del recurrente, revocará, modificará o adicionará el fallo (según lo pedido y lo probado). Es, pues, lo que dice la norma, en la lógica de una interpretación sistemática del estatuto de tutela.

"Es inexacto entonces, afirmar que el estatuto de tutela no exije (sic) la sustentación (acabamos de demostrar lo contrario), y también lo es, sostener que para admitirla, sea menester acudir a otros ordenamientos procesales. Es, simplemente el rito debido, que en su sabiduría el legislador estableció; que, si es contrario a los principios que cita el fallo de mayoría, ha debido inaplicarse el precepto pero no desconocerlo o interpretarlo de manera diferente a su claro tenor.

"4.) La Sala mayoritaria hace suyos los argumentos de la Corte Constitucional sobre el particular, los cuales respetamos profundamente por ser criterios de autoridad,

pero discrepamos de ellos con apoyo en el mandato constitucional contenido en el artículo 230, en cuanto tales principios, expresos o teleológicamente deducidos, los respetó el legislador al expedir la reglamentación del artículo 86 de la Constitución Política cuando exigió la sustentación de las impugnaciones a los fallos de tutela de primera instancia.

"En efecto, la sustentación no se opone a la naturaleza preferente y sumaria que la Carta Política exige para accionar la tutela ni con la inconformidad que el artículo 14 del Decreto 2591 requiere para la presentación de la solicitud, pues una cosa es *solicitar* o ejercer la acción, pedir se garantice el derecho, y otra distinta es *cuestionar* la negación o el otorgamiento del derecho. Allá, por ser el ciudadano raso el generalmente afectado, está bien que su demanda esté desprovista de tecnicismos, formalidades complejas –no es que no tenga formalidades, pues el art. 14 las exige inequívocamente–, etc.; pero, acá, una vez que el juez por él seleccionado haya decidido la acción, en una providencia que necesariamente ha de ser motivada, elemental resulta que quien no comparta lo allí sostenido y decidido lo impugne, señalando cuál es su inconformidad o los yerros del juez para que el superior los pueda corregir.

"¿Es que se ha argumentado por la Sala mayoritaria como si solamente fuese el peticionario el impugnante. No, puede serlo cualquiera de los mencionados en el artículo 31 del Decreto y cómo no exigirles a dichas partes, con la ley desde luego, que expresen concretamente las razones de su inconformidad? Y si esto resulta razonable para ello –ya lo dijo la Corte en varias decisiones–, en desarrollo del principio de igualdad ha de serlo también para todos los interesados sin que respecto del solicitante se exija tecnicismo alguno ni mucho menos conocimientos jurídicos, sino solamente que exprese con sus propias palabras las razones de su inconformidad, como lo ha sostenido la Sala en relación con las impugnaciones ordinarias. Eso le da seriedad y responsabilidad a los recurrentes, y exigirlo no puede ser jamás atentado contra el carácter prevalente de la sumariedad de la acción pues, se repite, ésta se agota con el fallo del juez que seleccionó el actor, el cual es de inmediato cumplimiento. La garantía de si hubo acierto o no en la decisión, la establecieron la Constitución y el legislador al disponer su envío a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 86 C.P. y 31 del Decreto), por ello la remisión es oficiosa desde luego obligatoria en cualquier caso.

"Lo anterior nos lleva así mismo a no compartir el argumento del fallo a este respecto con el que niega la sustentación porque, además de lo dicho en precedencia, la remisión oficiosa a la Corte Constitucional se consagró para unificar el significado y alcance de los derechos fundamentales, para lo cual no se requiere del impulso de las partes.

"5.) Como el impugnante en el caso de la referencia no hizo conocer las razones por las cuales discrepó de lo decidido por el juez que él seleccionó libremente para que le tutelara su derecho, la impugnación debió ser rechazada y remitirse la actuación a la Corte Constitucional para lo de su cargo".

Marzo 14 de 1997

Dídimo Páez Velandia, Magistrado.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: el denunciante sólo cuenta con el derecho de petición para solicitar la revocatoria de la decisión de suspensión de la investigación, los recursos ordinarios no constituyen medios de defensa que pueda emplear/ MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL: no siempre basta argüir la disponibilidad de otros recursos judiciales para excluir la tutela, pues resta examinar si la misma puede utilizarse como medida transitoria y provisional para conjurar un perjuicio que pudiera tornarse en irreversible.

1. El ordenamiento procesal penal colombiano, sólo por excepción permite al denunciante recurrir la resolución inhibitoria y no otras decisiones (C.P.P. art. 327), no es cierto que en relación con la providencia de suspensión de la investigación quepan aún los recursos ordinarios de reposición y apelación, de parte del denunciante, dizque porque aquélla apenas causa ejecutoria formal y no material.

El presunto perjudicado eventualmente podría hacer uso del derecho especial de petición ante el funcionario fiscal, concretamente para solicitar motivadamente la revocatoria de la decisión de suspensión, expuesto en todo caso a una respuesta positiva o negativa (C.P.P. art. 28).

2. De acuerdo con el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 8° del Decreto reglamentario 2591 de 1991, aunque existan otras vías de defensa judicial, el afectado podrá ampararse en la tutela como mecanismo transitorio sólo para evitar un perjuicio irremediable.

De modo que no siempre basta argüir la disponibilidad de otros recursos judiciales para excluir la tutela, pues resta examinar si la misma puede utilizarse como medida transitoria y provisional para conjurar un perjuicio que después, si no se activa el mecanismo, se tornaría irreversible.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y siete.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación 3387.

Aprobado Acta N° 26

El señor Chedid Enrique Paba Rubio, por medio de apoderado especial, solicitó la tutela del derecho fundamental al debido proceso, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en relación con acciones y omisiones de la doctora Alma Rosa Machado Avila, fiscal de la Unidad Local de Fiscalía de El Banco (Magdalena), actos que al parecer ocurrieron en razón de una denuncia instaurada por el requirente en contra de funcionarios de la Caja Agraria de la misma población.

Como el Tribunal Superior de Santa Marta, por medio de sentencia de tutela fechada el 20 de enero pasado, no accedió a la protección incoada, el peticionario ha impugnado el fallo y le corresponde a esta Sala decidir en segunda instancia. Explica el impugnante la ausencia de sustentación en la notificación tardía del fallo, mas la marcada publicidad de la acción de tutela justifica el conocimiento en esta sede.

Contenido de la Solicitud

La petición de tutela se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El señor Chedid Enrique Paba Rubio adquirió como deudor y en distintas épocas, en favor de la Caja Agraria, las obligaciones distinguidas con los números 7238, 9465, 20.255, 20.571 y 20.758, compromisos en los cuales ofreció no sólo su responsabilidad personal sino también una hipoteca sobre los predios rurales denominados "El Consuelo" y "Plata Perdida" o "La Admiración", situados en jurisdicción del municipio de El Guamal (Magdalena).

2. El gerente de la sucursal de la Caja Agraria de El Guamal, señor Néstor Flórez Ospino, le prometió al usuario incluirlo en el Plan choque para la refinanciación de la deuda, efecto para el cual éste desembolsó, en una primera oportunidad, la suma de un millón trescientos dieciséis mil setecientos cincuenta y dos pesos ($1.316.752.oo), con el fin de pagar el 10% de la obligación; después entregó dos millones ciento cincuenta mil pesos ($2.150.000.oo) para poner la refinanciación al día; en una tercera ocasión, consignó la suma de tres millones doscientos ocho mil doscientos cinco pesos ($3.208.205.oo), que se le requirieron para la liberación parcial de la hipoteca, pues hubo de vender cuarenta y seis (46) hectáreas de la tierra al doctor Otero Hamburguer, por un valor de dieciocho millones de pesos ($18.000.000.oo), con el propósito de cumplir con toda la obligación. Finalmente, llevó a una cuenta de depósito de la agencia bancaria, con la anuencia de su

director, la suma de trece millones de pesos ($13.000.000.oo), cantidad que presuntamente colmaba la deuda.

3. Sin embargo, después de trece (13) meses de promesas incumplidas, y de disponer de una suma aproximada a los veinte millones de pesos ($20.000.000.oo), el gerente de la Caja Agraria le notificó al doctor Paba Rubio que no podía ser incluido en el "Plan Choque", dado que su patrimonio desbordaba las exigencias del mismo. A pesar de la frustración, el funcionario le hizo una refinanciación amañada de los créditos y abusivamente aplicó los trece millones por él depositados al pago de los intereses de las obligaciones vencidas.

4. El señor Jairo Miranda Elías, revisor departamental de la Caja Agraria, certificó que al deudor Paba Rubio se le habían cobrado erróneamente seis millones quinientos noventa y un mil doscientos setenta y cinco pesos ($6.591.275.oo), certificación que prueba la hipervaloración arbitraria de la deuda.

5. Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Unidad Local de Fiscalía, órgano que sin practicar ninguna prueba tendiente al esclarecimiento de los hechos, después de ocho (8) meses de haber recibido la queja, decide suspender la investigación previa, de conformidad con el artículo 326 del Código de Procedimiento Penal. A pesar de los artificios desplegados por el gerente Flórez Ospino para disponer de un dinero destinado al pago total de la deuda, se pregunta el accionante porqué no se le vinculó por medio de indagatoria. Si el período de investigación previa no puede exceder de dos (2) meses, cuando exista imputado conocido, acorde con el artículo 324 idem, la Fiscalía debió convocar directamente a injurada al imputado, una vez superado el mencionado término legal.

6. La falta de actividad probatoria de la Unidad de Fiscalía y la suspensión de la investigación que decretó después, en sentir del solicitante, le irrogan perjuicio porque, mientras la justicia penal se pronuncia, los intereses del crédito se disparan hasta asfixiarlo económicamente.

7. Se duele también el peticionario de que la Caja Agraria le haya instaurado demanda ejecutiva por un valor aproximado a los veintiocho millones de pesos ($28.000.000.oo), el pasado 15 de noviembre, no obstante que desde hacía quince (15) meses había solicitado la revisión de sus créditos y que en la agencia local se había recibido una circular sobre un programa de tratamiento especial a las obligaciones vencidas, de cobertura nacional, con el fin de procurar una negociación antes de emprender cualquier cobro ejecutivo.

Como se pretende la tutela del derecho fundamental al debido proceso, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, el demandante le propuso al Tribunal que como consecuencia de la protección implorada decretara la apertura de

investigación penal; que se ordenaran las pruebas para verificar la cuantía de la estafa en el proceso de refinanciación; y que se suspendiera de inmediato toda acción ejecutiva en contra del deudor, hasta que no se establezca el verdadero monto de los créditos refinanciados, tarea que ya le fue encomendada por la gerencia de zona a la señora María García, analista de créditos.

El fallo del Tribunal

La Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta plantea las siguientes premisas:

El debido proceso es un derecho de estirpe constitucional que también cubre al presunto afectado, pues es función del ordenamiento penal asegurar la existencia de la sociedad y garantizar las condiciones mínimas de la vida en comunidad.

Una de las características de la acción penal es su indisponibilidad, de tal manera que no puede el funcionario dejar de investigar ante un hecho que se le comunica como hipótesis de delito.

Si existe una denuncia que formula unos cargos concretos, se viola el derecho al acceso a la administración de justicia (art. 229 Const. Pol.) cuando ni siquiera se despliegan esfuerzos serios para la verificación de lo denunciado, bien sea para establecer el delito cometido y la responsabilidad del imputado, ora para concluir que el hecho no ha existido o que el sindicado no lo ha cometido o que lo hizo en circunstancias legales de justificación.

Es cierto que la Unidad de Fiscalía de El Banco intentó una inspección judicial que se malogró por las pretextadas circunstancias de orden público que afectan la región, pero no es menos evidente que se contaba con otros medios para constatar los hechos denunciados.

Es en razón de ello que el Tribunal declaró que se transgredían manifiestamente los derechos fundamentales mencionados, pero que, a pesar de ello, no era la tutela el medio adecuado para reparar el agravio, supuesto que el solicitante disponía de los recursos de reposición y de apelación para atacar la providencia de suspensión, no obstante que también reconoce la ejecutoria meramente formal y no material del proveído.

La Corte considera

Se echa de menos la prueba de la actuación cumplida por la Unidad Local de Fiscalía de El Banco, pues, curiosamente, el Tribunal la tuvo a su disposición, la examinó sin duda cuidadosamente (fl. 36), pero ninguna constancia se dejó sobre el

particular, bien por medio de las copias pertinentes ora por la vía de la inspección judicial.

Aunque ya se solicitaron las copias de información, la Sala se ocupará de la impugnación sin contar aún con ellas, dado la perentoriedad del término para resolver lo relacionado con la tutela, aunque con la claridad previa de que lo pertinente de la actuación fiscal está nítidamente referenciado tanto en la solicitud de protección como en el fallo del tribunal.

Aun cuando la denuncia se considera como una mera colaboración cívica, en la medida en que la dirección y el rumbo de la investigación penal, por tener carácter oficial, los determina con cierta autonomía reglada la Fiscalía General de la Nación (Const. Pol., art. 250), no puede soslayarse que, de un lado, el funcionario judicial debe allanarse entonces a esa obligación frente a la *notitia criminis* o declarar de una vez –y por el conducto regular– que ésta no es meritoria; y, en segundo lugar, por lo menos alguna respuesta merece el ciudadano que colabora con la puesta en conocimiento de hechos presuntamente delictivos, que es lo que patentiza el principio fundamental del Estado de derecho Colombiano, según el cual éste debe "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan...", previsto como fin esencial en el artículo 2º de la Carta, y el derecho fundamental del acceso igualitario a la administración de justicia (arts. 13 y 229 ídem).

En todo lo antes dicho se comparte la reflexión del Tribunal de instancia. Sin embargo, aunque también se está de acuerdo en que existen otras vías eficaces de solución a las falencias que revela la averiguación penal, razón por la cual es improcedente la tutela, la presentación es asaz distinta a la que concibe el *A quo*. En efecto:

No es cierto que en relación con la providencia de suspensión de la investigación quepan aún los recursos ordinarios de reposición y apelación, de parte del denunciante, dizque porque aquélla apenas causa ejecutoria formal y no material. Recuérdese que en el ordenamiento procesal penal colombiano, sólo por excepción el denunciante puede recurrir la resolución inhibitoria, y no otras decisiones (C. P. P., art. 327).

El presunto perjudicado eventualmente podría hacer uso del derecho especial de petición ante el funcionario fiscal, concretamente para solicitar motivadamente la revocatoria de la decisión de suspensión, expuesto en todo caso a una respuesta positiva o negativa (C. P. P., art. 28).

Sin embargo, la respuesta del Tribunal cuando niega la tutela porque presuntamente existían otros medios judiciales de solución (los recursos ordinarios), también soslaya

que la protección había sido invocada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De acuerdo con el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 8° del Decreto reglamentario 2591 de 1991, aunque existan otras vías de defensa judicial, el afectado podrá ampararse en la tutela como mecanismo transitorio sólo para evitar un perjuicio irremediable.

De modo que no siempre basta argüir la disponibilidad de otros recursos judiciales para excluir la tutela, pues resta examinar si la misma puede utilizarse como medida transitoria y provisional para conjurar un perjuicio que después, si no se activa el mecanismo, se tornaría irreversible.

¿Y qué ocurre en este caso?:

Aunque hipotéticamente el juez de tutela ordenara a la Fiscalía la apertura formal de la instrucción penal y la vinculación por medio de indagatoria del imputado Néstor Flórez Ospino, como lo pretende el accionante, una tal decisión no tendría per se el alcance de suspender el proceso ejecutivo con título hipotecario que está en curso. El decreto de suspensión del proceso civil está librado al juicio del juez que conoce de éste, que es una nota de reforma fundamental introducida por el artículo 88 del Decreto 2282 de 1989, que en tal sentido modificó los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil.

La inconformidad del solicitante sobre el proceso de refinanciación de su deuda y el monto de la misma, que lo conduce a manifestar lo ilógico que le resulta "*pagar algo, si se tiene la certeza de que no se debe*" (fs. 8), es una situación de hecho que tiene su sede natural en el proceso ejecutivo con título hipotecario en el cual aparece como demandado, por medio de la proposición de la respectiva excepción de mérito, que daría lugar a la postulación de pruebas, entre ellas el informe de la analista de créditos que echa de menos, y al debate probatorio del caso (C. P. C., arts. 509, 510, 2ª., en relación con el 555, regla 2ª.).

De modo que si el eventual perjuicio tiene su propia, directa y oportuna fórmula de solución en el proceso civil, no puede acudirse inmediatamente a la tutela ni siquiera como mecanismo transitorio, pues serán las resultas del aprontamiento de aquélla forma ordinaria, el agotamiento de esa expedita vía de solución, lo que demuestre si en realidad se ha puesto al peticionario frente a la posibilidad de un detrimento irremediable. Activar de una vez la tutela, sin verificar que en realidad el perjuicio perfilado se ha tornado irreparable, por medio del cumplimiento de los procedimientos disponibles y directos, sería incurrir en petición de principio, porque se presume probado lo que precisamente se tiene que demostrar antes de acudir al recurso tutelar.

De acuerdo con las reflexiones que anteceden, la Sala confirmará la providencia que desestimó la tutela invocada por el señor *Paba Rubio*, aunque con las aclaraciones de las cuales se ha hecho mérito.

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

Confírmase el fallo de fecha y origen indicados en la motivación, por medio del cual se negó por improcedente la tutela solicitada por el doctor Chedid Enrique Paba Rubio.

Ejecutoriada esta sentencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, ***Secretaria.***

DEBIDO PROCESO: la tutela no es procedente para cuestionar la interpretación normativa empleada por los jueces naturales.

(Reiteración)

DEBIDO PROCESO CIVIL: al accionante que desistió de un proceso divisorio cuando vislumbró que carecía de legitimación por activa le resulta aplicable el inciso primero del artículo 342 del C. de P.C., esto es que su desistimiento tiene los efectos de cosa juzgada.

(Salvamento de Voto)
Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Analizado el fallo la tutela fue concedida porque el a-quo interpretó el artículo 342 del C. de P.C. de una manera diferente a como lo hizo el juez civil, "y según mi opinión, para imponerle su errado criterio disfrazó el tema bajo una supuesta violación del debido proceso, a todas luces inexistente".

En este caso convenía explicar que la decisión de la Sala Civil del Tribunal se ajusta a derecho, y que la intromisión de la Sala Penal no solo es indebida y desborda el ámbito propio de la tutela sino que es completamente equivocada.

El desistimiento presentado por las accionantes produce las consecuencias previstas en la ley, es decir, fue una renuncia a las pretensiones de la demanda, porque si el fallo hubiera sido favorable a los demandados habría producido efectos de cosa juzgada, y no puede entenderse, que esa situación cabe en la hipótesis del inciso 5°. Del artículo 342 del C. de P.C., que es para un evento diferente, en donde lo que se busca es que los que "verdaderamente" tengan bienes o derecho en común no pierdan la posibilidad de demandar su revisión.

Así, cuando posteriormente las señoras fueron demandadas en el proceso divisorio promovido por algunos parientes suyos, razón tuvo el Juez y el Tribunal al declarar probada la excepción de cosa juzgada, pues otra decisión

sería extender la interpretación del inciso 5° del artículo 342 hasta el extremo de permitir que los procesos divisorios se vuelvan un juego, donde el demandante que ve va a ser demostrada su falta de legitimación desiste y luego demanda de nuevo, o se hace demandar.

DEBIDO PROCESO CIVIL: El artículo 342 del C. de P.C. lo que prohíbe a manera de sanción respecto al accionante en un proceso divisorio es que si desiste de él una vez haya existido oposición por parte de los demandados no puede volver a intentar igual pretensión, más en ninguna forma está ordenando la norma que no pueda en el futuro quien fue demandante en esas condiciones ser demandado, pues un tal alcance normativo estaría significando que por haber desistido desaparece su derecho real de dominio común sobre el bien, lo cual indudablemente iría contra la Carta Política.

(Salvamento de Voto)

Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

El juez y el Tribunal de la jurisdicción civil que se pronunciaron en el proceso divisorio objeto de tutela desconocieron el ordenamiento constitucional y legal aparentando la interpretación del inciso 5° del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil.

Es evidente que a las accionantes –demandadas en el proceso divisorio– se las excluyó como comuneras con el argumento de que por haber desistido del primer proceso divisorio por ellas iniciado, cuando ya existía oposición de los demandados, no podían en el futuro intervenir en ningún otro proceso que reclamara la división comunitaria, ni como demandantes ni como demandadas y lo que realmente resulta inusitado, es que también se les suprimió la calidad de comuneras, el derecho de dominio que los mismos demandantes les habían reconocido en la demanda, al demandar también respecto de ellas la división del inmueble rural, y bajo cuyo supuesto se admitió la demanda.

A una tal argumentación, creo que no puede atribuírsele carácter hermenéutico alguno, habida cuenta de que el inciso quinto del precitado artículo 342 del Código de Procedimiento Civil por ninguna parte hace un tal reconocimiento legal y por vía interpretativa tampoco es posible, por cuanto lo que ésta disposición prohíbe a manera de sanción respecto al accionante en un proceso divisorio es que si desiste de él una vez haya existido oposición por parte de los demandados no puede volver a intentar igual pretensión, más en ninguna forma está ordenando la norma que no pueda en el futuro quien fue demandante

en esas condiciones ser demandado, pues un tal alcance normativo estaría significando que por haber desistido desaparece su derecho real de dominio común sobre el bien, lo cual indudablemente iría contra la Carta Política.

Además, se les ocasiona un perjuicio irremediable a las accionantes pues ya no pueden actuar dentro del proceso y ningún otro para que se les reconozca su derecho, mas aún cuando no resulta cierto que hayan actuado como partes en todo el trámite procesal hasta el fallo y que ahora es que vengan a reclamar ilegalidad en el proceso, pues no cabe duda que el auto por medio del cual se aceptó la excepción de cosa juzgada no es sentencia, sino solamente un auto y que la sentencia viene a proferirse cuando se apruebe la partición, es decir que aún restaba un importante camino procesal para que hubiesen podido continuar actuando, son las razones que me impone separarme del fallo mayoritario.

DEBIDO PROCESO CIVIL: se vulnera el debido proceso cuando el juzgador ante el evento de una demanda divisoria en contra de quien en proceso anterior había desistido no da aplicación a la norma especial contenida en el inciso 5° del artículo 342 del C. de P.C.

(Salvamento de Voto)

Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

1. Si un juez desconoce abierta y caprichosamente el debido proceso, por ser éste un derecho fundamental de la persona y además una obligación directamente regulada por la Constitución para el funcionario judicial, podrá acudirse a la tutela, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial.

2. El artículo 342 inciso 5° del Código de procedimiento Civil indica razonablemente que la eficacia del desistimiento está vinculada a la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, el precepto fingido por el juzgador civil irracionalmente señala que no se impide la promoción de un nuevo proceso, ante el desistimiento, cuando el demandado no se opuso a la demanda. Pero si hubo oposición de todos los integrantes de la parte demandada, como ocurrió en el subjudice, *entonces sí se obstaculiza la iniciación de nuevo proceso sobre el mismo objeto y entre las mismas personas (cosa juzgada). Se advierte de este sesgo en la lectura una marcada falacia debida a razones intranscendentes, pues la prueba sobre la oposición de todos los demandados no es directamente relevante en favor de una presunta prosperidad de la cosa juzgada, lo es sólo para la determinación de la eficacia del desistimiento.*

Y es irracional el dispositivo inventado por la Sala Civil, en la medida en que nuestro sistema jurídico-civil, fiel al pensamiento de los romanos de repudio a la propiedad compartida, se orienta a facilitar la voluntad de rompimiento de las comunidades por cualquiera de los comuneros (C.P.C. arts. 342, inc. 5° y 467), y además ningún coasignatario de una cosa universal o singular está obligado a permanecer en la indivisión (C.C.,art. 1374). Así pues, los juzgadores civiles no sólo pretermitieron abiertamente el precepto mencionado, sino que omitieron también la aplicación de las demás normas integradoras que se acaban de citar.

DEBIDO PROCESO CIVIL: Se vulnera el debido proceso cuando so pretexto de fallar una excepción de cosa juzgada en un proceso divisorio, se resuelve excluir a algunas de las partes de la comunidad misma, alegando que en proceso anterior de idéntica naturaleza habían renunciado a sus pretensiones, pues lo que se está haciendo es fallar la cuestión del dominio al interior de un juicio que no tiene por objeto resolver el punto.

(Salvamento de Voto)
Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

El desistimiento de la pretensión divisoria únicamente produce efecto preclusivo de la actuación, pero no efecto material de cosa juzgada, de verdad real, de definición sobre la relación jurídica sustancial que da origen al divisorio, es decir, sobre la calidad de comunero.

Entonces, cuando so pretexto de fallar una excepción de cosa juzgada en un proceso divisorio, se resuelve excluir a algunas de las partes de la comunidad misma, alegando que en proceso anterior de idéntica naturaleza habían renunciado a sus pretensiones, lo que se está haciendo es fallar la cuestión del dominio al interior de un juicio que no tiene por objeto resolver el punto. Y esa es una violación ostensible del derecho fundamental al debido proceso puesto que a través del ejercicio de un tipo de acción (pretensión) se define lo que debe discutirse en otra. Otra será la vía para impugnar los títulos que alegan tener las accionantes y es a ella a la que se tendrá que acudir. Pero de todas maneras, excluirlas del proceso, de la posibilidad de actuar, y por este camino decidir sobre su calidad de condueñas, es vencerlas sin posibilidad de agotar el contradictorio.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá, D. C., veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.*

Radicación 3376. Aprobado Acta No. 28.

Procede la Sala a dictar el fallo de mayoría en virtud de la impugnación propuesta por el abogado Hugo Hernández Huertas, en su condición de cesionario de derechos proindiviso, en contra de la sentencia de tutela fechada el 14 de agosto de 1996, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de la cual se ampararon los derechos fundamentales del debido proceso y de igualdad, en favor de los accionantes Jaime Gaitán Luna, Margarita Luna de Sosa y Ligia Luna, quienes reclamaron su protección en relación con sendas decisiones de la Sala Civil del mismo Tribunal y del Juzgado Civil del Circuito de Purificación.

ANTECEDENTES

En razón de los sucesivos procesos de liquidación y adjudicación de la herencia del señor Teófilo Luna Betancourt, primero, y de sus hijos José Alfonso y Aura María Luna Andrade, después, se formó una comunidad sobre el predio denominado "La Ilusión", situado en la vereda "Chenche y Asoleado", comprensión territorial del municipio de Purificación (Tolima).

Por medio de demanda presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación el 15 de febrero de 1988, las comuneras Margarita Luna Andrade de Sosa, Alicia Luna Andrade de Gaitán y María Teresa Luna Andrade incoaron proceso divisorio, con citación y audiencia de José de Jesús Luna Andrade, la sucesión de Jorge Enrique Luna Andrade, representada por sus hijos legítimos y naturales Patricia del Pilar y Diana Marcela Luna Aldana, Hugo y Mary Luna Guerra, Augusto Luna portela, María Teresa o Mabel Teresa Luna Guzmán, y de la Sociedad "Inversiones Agropecuarias Luna Aldana Limitada", representada por su gerente Nora Aldana V. DE Luna (fs. 109 a 115).

Por auto fechado el 26 de agosto de 1989, el Juzgado aceptó el desistimiento ofrecido por las demandantes, previa verificación de que todos los demandados se habían opuesto a la pretensión, de conformidad con el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil (fs. 50).

El 5 de noviembre de 1993, presentan demanda de división material del mismo predio los copropietarios José Augusto Luna portela, Patricia del Pilar Y Diana Marcela Luna Aldana, en contra de la firma Buendía Valderrama y Cía. S. en C., y los señores David Cifuentes Barreto, Margarita Luna de Sosa, Alicia Luna de Gaitán, María Teresa Luna Andrade y Mabel Teresa Luna Guzmán (fs. 12 a 16). Admitida la demanda (fs.

17), algunos de los demandados, por sí o por medio de sucesores procesales, se allanaron a la pretensión divisoria, pero el incoado David Cifuentes Barreto, además, propuso la excepción previa de cosa juzgada respecto de Margarita Luna de Sosa, María Teresa Luna Andrade y Alicia Luna de Gaitán, dado que éstas demandadas fungieron como demandantes en proceso divisorio anterior y habían desistido de la demanda, desistimiento que fue aceptado por medio de auto fechado el 26 de agosto de 1989, decisión judicial que, una vez ejecutoriada, hizo tránsito a cosa juzgada.

El Juzgado Civil del Circuito declara probada la excepción previa de cosa juzgada, pues, de acuerdo con la motivación del auto fechado el 12 de diciembre de 1995, la proposición de un proceso divisorio anterior y el ulterior desistimiento, inhibe a las tres demandadas en cuestión "para iniciar nuevo proceso con la misma finalidad anterior". Advierte el juez que existe "identidad de causa y de objeto jurídico". En la misma providencia, decreta la división material del predio rural denominado "La Ilusión", ordena el avalúo y designa los peritos para tal fin (fs. 1 a 3).

Interpuesto el recurso de apelación en contra del proveído antes reseñado, la Sala Civil del Tribunal Superior de Ibagué, por medio de auto fechado el 29 de mayo de 1996 (fs. 4 a 10), confirma la providencia protestada y exhibe los siguientes argumentos:

No importa que la excepción previa de cosa juzgada se haya propuesto frente a tres personas que tienen la condición de demandadas, pues, si el objetivo de aquélla es enervar las pretensiones del demandante, es precisamente lo que hizo el señor David Cifuentes Barreto al pedir la exclusión de aquéllas de este nuevo proceso divisorio, por haber promovido y desistido un proceso anterior de la misma naturaleza, modo de actuar que se traduce en una defensa de sus intereses y que se fundamenta en la disposición del inciso 2° del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil.

Está probado que el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa del anterior y existe identidad jurídica de partes, elementos configurativos de la cosa juzgada al tenor del artículo 332 del C. de P. C. El auto que acepta el desistimiento, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 342 citado, produce efectos de cosa juzgada.

En relación con el inciso 5° del artículo 342, según el cual en los procesos divisorios "el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso", el Tribunal afirma que se cuenta con prueba de que en el anterior proceso divisorio hubo desistimiento incondicional, lo cual significa que las demandantes "renunciaron a las pretensiones imploradas en la demanda", y que todos

los integrantes de la parte demandada se opusieron a la división. Estos supuestos le indican a la Sala Civil que la providencia que admitió el desistimiento "produce efectos de cosa juzgada material, y obviamente ello impide que nuevamente (sic) pueda adelantarse un nuevo proceso entre las mismas partes, por los mismos hechos y la misma causa".

Para responder una petición de terminación de la comunidad sobre el predio "La Ilusión", introducida por el abogado Hugo Hernández Huertas, con fundamento en el numeral 1° del artículo 2340 del Código Civil, el Juzgado Civil de conocimiento dicta el auto fechado el 18 de julio de 1996, en virtud del cual supedita cualquier decisión a la previa aportación de sendas escrituras públicas que demuestren la cesión de los derechos universales de José Augusto Luna Portela y Patricia del Pilar Luna Aldana a Diana Marcela Luna Aldana en el citado inmueble.

A pesar de diferir una definición sobre el pedimento de terminación de la comunidad, el juez declara en la parte motiva del proveído que en el curso del proceso "han desaparecido como comuneros" Margarita Luna Sosa, Alicia Luna de Gaitán Y María Teresa Luna Andrade, por la prosperidad de la excepción de cosa Juzgada que las cobijó, interpuesta por uno de los demandados (fs. 11 fte. y vto.).

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

A partir de los anteriores episodios procesales, instauraron acción de tutela los ciudadanos Jaime Gaitán Luna, Ligia Luna y Margarita Luna de Sosa, los dos primeros reconocidos en el proceso divisorio como sucesores procesales de las finadas Alicia Luna de Gaitán y María Teresa Luna Andrade, respectivamente, quienes motivan la solicitud en el siguiente sentido:

El caso de la especie debe regirse por el inciso 5° del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, se trata de un proceso de división de bienes comunes, regulado por el Libro III, Sección Primera, Título XXVI del Código de Procedimiento Civil; es cierto que las señoras Alicia Luna de Gaitán, Margarita Luna Sosa y María Teresa Luna Andrade antes intentaron el proceso divisorio; también es verdad que posteriormente desistieron de la demanda y que, tras declarar que los demandados se habían opuesto a las pretensiones de la demanda, el Juzgado Civil del Circuito de Purificación aceptó el desistimiento, de acuerdo con providencia fechada el 26 de agosto de 1989.

Cumplidos los dos requisitos de la norma invocada, el desistimiento "no impide que se promueva posteriormente el mismo proceso", lo cual significa que es ajustado a la ley que los accionantes en tutela participen en calidad de demandados en el

proceso de la referencia, "se les reconozcan sus derechos como copropietarios y se les tenga en cuenta en el momento de la división material del bien común, en este caso el inmueble denominado 'La Ilusión'". Por lo demás, los peticionarios en el proceso anterior desistieron de la pretensión de dividir el predio, pero en manera alguna han renunciado a sus derechos como copropietarios y, en relación con el proceso divisorio actual, ellos aparecen como demandados y se han circunscrito a allanarse a las pretensiones de la demanda y a darle impulso a la relación procesal.

No se puede afirmar que las demandantes de antes han dejado de ser comuneras, por el hecho de haber desistido de la demanda, supuesto que ellas no han vendido sus derechos en común y proindiviso sobre el predio; tampoco se ha presentado la sucesión por causa de muerte; ni se ha dictado sentencia que declare en su contra la prescripción extintiva del dominio.

Advierten que al declararse probada la excepción previa de "cosa juzgada", en primera y segunda instancia, los accionantes en tutela han quedado sin medios jurídicos para hacer la defensa de sus derechos e intereses dentro del proceso divisorio, razón por la cual acuden a la tutela del derecho a la propiedad que ha sido vulnerado por las decisiones judiciales en cuestión, de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.

El fallo recurrido

Para conceder el amparo solicitado con relación al derecho del debido proceso, el Tribunal Superior de Ibagué se refiere en primer término a la naturaleza del derecho a la propiedad y a la improcedencia de la tutela contra sentencias y providencias judiciales. Sinembargo, apoyado en jurisprudencia de la Corte Constitucional, advierte que la acción se torna procedente cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando en la decisión judicial se incurre en vías de hecho.

Considera para el caso concreto, que es comprensible que el desistimiento implique la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada y que el auto que lo acepte produzca los mismos efectos de ésta, como lo prescribe el inciso segundo del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil. "Pero si esta es, pudiéramos decir, la regla general, cuyo efecto principal es cerrar entre las partes la posibilidad de nueva demanda sobre lo mismo, más comprensible se hace que el inciso quinto del mismo precepto excepcione expresamente de los efectos de cosa juzgada el *desistimiento de la demanda* en los procesos de *deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de*

sociedades conyugales, y que tal desistimiento, cuando produce efectos (por ausencia de la parte demandada cuando no se opuso a la demanda o cuando hubo oposición), no impida que se promueva posteriormente el mismo proceso. Es natural: las pretensiones de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, etc., son imprescriptibles" (fl. 75).

Con cita del tratadista Hernando Morales Molina, afirma el a-quo que "Es irrefragable, entonces, que el inciso quinto del comentado artículo 342, expresamente dispone que el desistimiento de la demanda en un juicio como el presente (divisorio) *no impide que se promueva posteriormente el mismo proceso*. Argumentar lo contrario, es interpretar y aplicar arbitrariamente la norma y pasar a patrocinar simplemente una actuación de hecho" (fl. 76).

Hace referencia al auto de fecha 18 de julio 1996 proferido por el Juez Civil del Circuito de Purificación cuando volvió el proceso del superior confirmando su decisión del 12 de diciembre del año inmediatamente anterior, para significar que la afirmación consistente en que "han desaparecido como comuneros... Margarita Luna Sosa, Alicia Luna de Gaitán Y María Teresa Luna Andrade, por la prosperidad de la excepción de 'Cosa Juzgada' que las cobijó..", no es más que una funesta consecuencia "de la agotada vía de hecho que viola, más que el núcleo rector del derecho de propiedad, en esencia *el derecho fundamental al debido proceso* en el juicio divisorio al que los comuneros demandados fueron llamados y en el que tienen derecho a intervenir en defensa de claros atributos, como por ejemplo, para reclamar mejoras, convenir gastos de la división, hacer uso del derecho de compra que le otorga el artículo 2336 del Código Civil, deducir el valor de su cuota cuando sea postor, etc., derechos éstos que contemplan los artículos 467 y siguientes del adjetivo civil". (fl. 77).

Concluye el Tribunal que resulta procedente el amparo al debido proceso, vinculado necesariamente con el también fundamental de igualdad en razón a:

"a) La conducta de los demandados, Juzgado Civil del Circuito de Purificación y Sala Civil de esta Corporación, carece de fundamento legal en cuanto contraria a lo expresamente normado por el inciso quinto del artículo 342 del C. P. C."

"b) La acción obedeció a error de interpretación de quienes ejercen la autoridad judicial al hacer producir efectos jurídicos a una norma que prevé efectos contrarios".

"c) La conducta tuvo como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, y"

"d) No existe otra vía de defensa judicial porque habiendo intervenido los accionantes en los rituales propios de la notificación y contestación de la demanda en donde ejercieron los recursos pertinentes y en los que llegaron hasta la última instancia, fueron vencidos con decisión no acorde al derecho" (fl. 77 y 78).

La impugnación

El doctor Hugo Hernández Huertas en su condición de cesionario de derechos proindiviso en el predio "La Ilusión" objeto del proceso que se adelantó ante el Juzgado Civil del Circuito de Purificación (Tolima), estima que el derecho de propiedad reclamado por los accionantes no es fundamental, aunque eventualmente puede serlo, pero lo más significativo es que Jaime Gaitán Luna, Margarita Luna de Sosa y Ligia Luna, no son, ni han sido propietarios, ni comuneros del predio La Ilusión.

Hace un recuento de la tradición del predio desde el 20 de agosto de 1943, para concluír que los accionantes concurrieron al proceso de sucesión de su padre Teófilo Luna Betancourt; que el citado predio hizo parte de los bienes del causante, adjudicándoseles otros bienes diferentes al citado predio y que la situación jurídica de éste, fue clarificada dentro del sucesorio mencionado, donde los accionantes se hicieron parte y admitieron la partición efectuada.

Además, estima que la tutela contra decisiones judiciales es inconducente, pues se trata de una acción que constituye una verdadera herramienta de protección de derechos fundamentales, y no un medio ordinario más de defensa, pues los jueces gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones, desde luego con sometimiento a la Constitución y a la ley.

Cita algunas decisiones de la Corte Constitucional y criterios de tratadistas nacionales, para resaltar la "grave equivocación cometida en el fallo de tutela impugnado", refiriéndose finalmente a los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, destacando que los accionantes han ejercitado y aún cuentan con otros medios de defensa judicial, además que la acción no fue propuesta como mecanismo transitorio, lo que la hace improcedente en este caso, ni resulta clara la posibilidad de un perjuicio irremediable.

Consideraciones de la Corte

1. Como quiera que la acción está dirigida contra decisiones judiciales proferidas por el Juez Civil del Circuito de Purificación y la Sala Civil del Tribunal Superior de Ibagué, ha de reiterarse una vez más el criterio expuesto por esta Sala en el fallo de fecha 19 de septiembre de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Juan Manuel Torres Fresneda,

pues "forzoso se hace recordar que ya al comenzar su vigencia el Decreto 2591 de 1991 las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubiera siquiera instituido la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley".

La propia Corte Constitucional y ya con fuerza vinculante erga omnes coincidiría más tarde con este pensamiento en su sentencia C-543 de fecha 1° de octubre de 1992, excepcionando apenas el evento de la interposición como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y más recientemente mediante providencia del 30 de agosto de 1995 lo reiteró esta Sala de Casación Penal, significando la improcedencia de pedimentos como el que aquí se plantea porque teniendo el recurrente amplitud de medios judiciales para enervar al interior del proceso la decisión que genera su inconformidad, no le es posible someter ese conflicto a la determinación de jueces diferentes del natural.

2. No obstante lo anterior que sería suficiente para revocar el fallo recurrido, es preciso destacar la ostensible inconducencia del amparo demandado, pues es el propio Tribunal Superior de Ibagué –Sala Penal–, quien en su sentencia destaca, aunque para afirmar que los accionantes no cuentan con otros medios de defensa judicial, que "habiendo intervenido los accionantes en los rituales propios de la notificación y contestación de la demanda en donde ejercieron los recursos pertinentes y en los que llegaron hasta la última instancia, fueron vencidos con decisión no acorde al derecho" (fl. 78).

Entonces, es claro que Jaime Gaitán Luna, Ligia Luna y Margarita Luna de Sosa aquí accionantes, intervinieron activamente en el desarrollo del proceso civil, ejerciendo su defensa a través de apoderado en las dos instancias, sin que puedan ahora pretender, por vía de tutela, la reactivación de una actuación concluída con observancia plena del debido proceso, es decir, con las formalidades propias de cada juicio.

3. También destaca el a-quo que "La acción obedeció a error de interpretación de quienes ejercieron la autoridad judicial al hacer producir efectos jurídicos a una norma que prevé efectos contrarios", siendo por lo mismo improcedente la tutela ya que reiteradamente se ha sostenido por esta Sala que la acción prevista en el artículo 86 de la Carta Política, no tiene viabilidad frente a la interpretación de la ley, pues ello solo es posible al interior del proceso respectivo mediante el ejercicio del derecho de impugnación, así como tampoco para controvertir pruebas, ya que ello constituye la esencia del principio de contradicción al que tienen derecho todos los sujetos procesales.

En el presente caso, no puede entenderse como violatorio del debido proceso y menos del de igualdad, el hecho que el funcionario judicial de a una norma el alcance jurídico que considera aplicable al caso concreto y menos, cuando dicho criterio es compartido por su superior jerárquico, quien tuvo la oportunidad de hacer reflexiones atinadas a la aplicación de la norma en ejercicio de su función juzgadora, precisamente con base en la impugnación de quien se sintió afectado con la decisión judicial de primera instancia.

4. Finalmente, ha de advertir la Corte que el inciso tercero del artículo 86 de la Carta Política, establece que "*Esta acción sólo procederá* cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, *salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*" (Destaca la Sala).

En ninguna parte de la demanda los accionantes la invocan como mecanismo transitorio y menos aducen hallarse frente a un perjuicio irremediable; solamente reclaman del juez constitucional que "las señoras Luna de Sosa Margarita, Luna de Gaitán Alicia y Luna Andrade María Teresa, son propietarias en común y proindiviso (comuneras) del inmueble denominado 'La Ilusión', ubicado en el Municipio de Purificación (Tolima) y por ende su despacho debe reconocerles su calidad en tal sentido; ordenando tenérseles en cuenta en el momento de efectuarse la división material del inmueble por parte de los peritos designados para tal fin, con el objeto de que se les asigne la parte del inmueble a que tienen derecho" (fl. 60).

Dichas declaraciones no pueden en manera alguna realizarlas el Juez de Tutela, pues por mandato constitucional (artículo 230), sus providencias, solo están sometidas al imperio de la ley, luego corresponde al juez competente según la naturaleza del asunto, decidir la controversia que le sea planteada y, no como lo hizo el a-quo, so pretexto de amparar un derecho que no ha sido conculcado, invadir la órbita de los funcionarios de la jurisdicción civil, declarando la nulidad parcial de las decisiones de fechas 12 de diciembre de 1995, 29 de mayo y 18 de julio de 1996, como si se tratara de una instancia adicional a las previstas en la ley.

Así las cosas, se impone la revocatoria de la sentencia recurrida.

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

RESUELVE

1. *Revocar* la sentencia de fecha catorce (14) de agosto de 1996, mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué, tuteló "el derecho fundamental al debido

proceso, vinculado en este evento al de igualdad", en favor de Jaime Gaitán Luna, Margarita Luna de Sosa y Ligia Luna.

2. Como consecuencia de lo dicho en la parte motiva, *Negar* el amparo solicitado por los citados ciudadanos.

3. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese conforme a las previsiones del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, ***Secretaria.***

ACLARACION DE VOTO

No obstante que estoy plenamente de acuerdo con la decisión tomada por la mayoría respecto de la acción de tutela impugnada, estimo que ante la posición asumida en la ponencia derrotada, convenía, así fuera a título puramente ilustrativo, explicar que la decisión de la Sala Civil del Tribunal de Ibagué se ajusta a derecho, y que la intromisión de la Sala Penal de esa misma Corporación no solo es indebida y desborda el ámbito propio de la tutela, sino completamente equivocada.

Para comprender el meollo del problema es necesario apreciar los antecedentes en concreto, porque si se hace una interpretación en abstracto del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, es fácil caer en el error del *a quo*.

Ocurrió que las accionantes en tutela, luego de más de cuarenta (40) años de haber muerto dos de sus hermanos, promovieron un proceso de sucesión cuya partición se protocolizó por escritura 1073 del 26 de octubre de 1987, en la cual les adjudicaron un derecho que los causantes al parecer ya no tenían, respecto de la finca "La Ilusión". Efectuado ese primer paso, de por sí ya cuestionable, las mismas señoras adelantaron un proceso divisorio contra los verdaderos titulares del derecho, a cuya demanda todos se opusieron, incluso los representados por curador ad litem, argumentando que los hechos aducidos se debían probar, y fundamentalmente que los demandantes *no son comuneros*.

En términos procesales esto quiere decir que les controvirtieron la legitimación activa, o dicho en forma específica, la pretensión de que se les considerara titulares de un derecho sobre el bien común, aspecto que debía ser resuelto antes de decidir sobre la división pedida.

Trabada ya la litis, y antes de que el juez pudiera resolver sobre las excepciones propuestas, las demandantes desistieron del proceso en forma incondicional y unilateralmente, razón por la cual al aceptarles el desistimiento se les condenó en costas.

El desistimiento presentado en las condiciones anteriores produce las consecuencias previstas en la ley, es decir, fue una renuncia a las pretensiones de la demanda, porque si el fallo hubiera sido favorable a los demandados abría producido efectos de cosa juzgada, y no pueda entenderse, como equivocadamente lo ve el Tribunal en la tutela, que esa situación cabe en la hipótesis del inciso 5o. del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, que es para un evento diferente, en donde lo que se busca es que los que "verdaderamente" tengan bienes o derechos en común no pierdan la posibilidad de demandar su división.

Así las cosas, cuando posteriormente las señoras fueron demandadas en el proceso divisorio promovido por algunos parientes suyos, (estrategia empleada para tratar de conseguir como demandadas lo que no pudieron obtener como demandantes), razón tuvo el Juez del Circuito de Purificación y la Sala Civil del Tribunal de Ibagué al declarar probada la excepción de cosa juzgada, pues otra decisión sería extender la interpretación del mencionado inciso 5o. del artículo 342 hasta el extremo de permitir que los procesos divisorios se vuelvan un juego, de modo que cuando el demandante ve que va a ser demostrada su falta de legitimación, desiste y luego demanda de nuevo, o se hace demandar.

Analizando el fallo revocado no me queda ninguna duda de que, como lo dice la sentencia de la Corte, la tutela fue concedida porque el Tribunal, (Sala Penal), interpretó el artículo 342 de una manera diferente a como lo hizo el juez civil, y según mi opinión, para imponerle su errado criterio disfrazó el tema bajo una supuesta violación del debido proceso, a todas luces inexistente.

No le faltó razón al Defensor del Pueblo al acudir alarmado ante la Corte Constitucional, impetrando que el inicial rechazo de la impugnación decretado por la Sala de Casación Penal fuera revisado, pues de otra forma quedaría consagrada una interpretación, con la cual se abandonó el ámbito del derecho y el de la propia tutela.

Como lo consigné al principio, comparto plenamente la sentencia de mayoría, pero sigo creyendo que al margen de las razones dadas, que venían siendo postura unánime de la Sala, y que según se ve en decisiones posteriores a ésta volvió a serlo, era oportuno incluir las explicaciones que he señalado.

Es todo.

Fecha Ut Supra

Ricardo Calvete Rangel, Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

En verdad, ardua ha sido la tarea de la Sala para tratar de llegar a la decisión que considerare justa, tanto en términos estrictamente legales como conceptuales, y de ahí que sin exageraciones debe entenderse que la conclusión a que llegaron la mayoría de sus magistrados integrantes, resulta altamente respetable no solo por el imperativo constitucional y legal que a ello obliga, sino por la pluralidad y profundidad argumental que precedió el fallo. No obstante, me veo en la obligación de disentir, pues para mi convencimiento la problemática radica en que el juez y el tribunal de la jurisdicción civil que se pronunciaron en el proceso divisorio objeto de tutela desconocieron el ordenamiento constitucional y legal aparentando la interpretación del inciso quinto del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, cuando lo cierto es que el supuesto legal aducido implica una típica creación legislativa, ya que el alcance hermenéutico nunca puede llegar hasta el punto de desconocer la norma objeto de interpretación para fijar alcances que a la postre resultan sin base legal, más aún cuando los elementos probatorios allegados a esta acción de amparo, por sí solos, dejan inferir la violación al debido proceso en que aquí se ha incurrido. En efecto:

1. La comunidad como cuasicontrato que es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2302 del Código Civil, junto con la agencia oficiosa y el pago de lo no debido, genera obligaciones que se traducen en el derecho real de dominio de una cuota parte del bien común.

2. El derecho real de dominio se extingue por prescripción extintiva, por tradición a través de la venta, permuta o donación, por remate y adjudicación al acreedor o al postor, por accesión, o por ocupación (Artículo 673 del Código Civil), y nunca por pretender el deslinde y amojonamiento, la división de bienes comunes, la disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales, pues se debe distinguir entre el derecho de dominio o propiedad y el de individualizar la propiedad común.

3. En este caso los demandantes en el juicio divisorio promovieron la acción en contra de quienes ellos mismos reconocen como comuneros, para obtener la

individualización de sus derechos en el predio la Ilusión, incluyendo entre sus accionados a Margarita Luna de Sosa, Alicia Luna de Gaitán, María Teresa Luna Andrade y Mabel Teresa Luna Guzmán, a quienes denominan como "litisconsortes necesarios pasivos", cuidándose de no utilizar la palabra comuneros como si lo hace con los otros demandados, pretendiendo crear una curiosa e inusitada diferenciación entre unos y otros, lógicamente sin logrado, por la sencilla razón de que en el proceso divisorio los litisconsortes necesarios, son los comuneros, lo cual significa, sin lugar a dudas que a todos se los demandó como tales y que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil se debió allegar la prueba de que éstas eran condueñas, y precisamente por ello se admitió la demanda y se dispuso su notificación a las partes, incluidas obviamente las mencionadas señoras.

4. No obstante, este reconocimiento por parte de los demandantes procedió uno de los demandados, que en el curso del proceso afirma haberle vendido sus derechos al apoderado de los accionantes y ahora apelante de la tutela, sin que aparezca registrada dicha venta en el folio de matrícula inmobiliaria, a proponer como excepción previa la de cosa juzgada con el argumento de que por haber iniciado las precitadas demandadas, en anterior oportunidad idéntica acción de la cual desistieron una vez los demandados se opusieran a la misma por no reconocerlas como comuneras, el Juzgado Civil del Circuito de Purificación mediante auto de 12 de septiembre de 1995 la declaró probada y decretó la división material del referido predio rural, decisión ésta que al ser apelada recibió confirmación del Tribunal Superior de Ibagué, precisando en la parte motiva que el auto que aceptó el desistimiento en la primera acción divisoria "produce efectos de cosa juzgada material y obviamente ello impide que nuevamente pueda adelantarse un nuevo proceso entre las mismas partes, por los mismos hechos y la misma causa".

5. Posteriormente, el Juzgado Civil del Circuito al resolver la petición de extinción de la comunidad impetrada por el apoderado de los demandantes quien adujo compra de la totalidad de los derechos sobre el predio la Ilusión, descartó expresamente a las señoras Margarita Luna Sosa, Alicia Luna de Gaitán y María Teresa Luna Andrade como comuneras, por haber prosperado en su contra la excepción de cosa juzgada, sin que éstas tuviesen la posibilidad de recurrir la decisión pues a pesar de ser de "notifíquese" por orden del mismo juez ya habían desaparecido como partes.

6. Es, entonces, evidente que a las precitadas accionadas en el proceso divisorio se las excluyó como comuneras con el argumento de que por haber desistido del primer proceso divisorio por ellas iniciado, cuando ya existía oposición de los demandados, no podían en el futuro intervenir en ningún otro proceso que reclamara la división

comunitaria, ni como demandantes ni como demandadas y lo que realmente resulta inusitado, es que también se les suprimió la calidad de comuneras, el derecho de dominio que los mismos accionantes les habían reconocido en la demanda, al demandar también respecto de ellas la división del inmueble rural, y bajo cuyo supuesto se admitió la demanda.

7. A una tal argumentación, cree que no puede atribuírsele carácter hermeneútico alguno, habida cuenta de que el inciso quinto del precitado artículo 342 del Código de Procedimiento Civil por ninguna parte hace un tal reconocimiento legal y por vía interpretativa tampoco es posible, por cuanto lo que ésta disposición prohibe a manera de sanción respecto al accionante en un proceso divisorio es que si desiste de él una vez haya existido oposición por parte de los demandados no puede volver a intentar igual pretensión, más en ninguna forma está ordenando la norma que no pueda en el futuro quien fue demandante en esas condiciones ser demandado, pues un tal alcance normativo estaría significando que por haber desistido desaparece su derecho real de dominio común sobre el bien, lo cual indudablemente iría contra la Carta Política.

Es que a mi modo de ver, aquí subyacen otra serie de situaciones que han quedado entre líneas por el hiperbólico impulso que le ha dado el accionante tanto al proceso divisorio como ahora a la acción de tutela, hasta el punto que el mismo defensor del pueblo hizo eco a la impugnación de la decisión de esta Sala que inicialmente rechazó la tutela por falta de personería, para que la Corte Constitucional ordenara su estudio como en efecto lo hizo. Veamos:

A. Es claro que en este trámite civil se han puesto en evidencia irregularidades, controversias, y hasta la posible comisión de delitos contra la fe pública y que latente se ha dejado el derecho que pudiesen tener las referidas señoras demandadas respecto del inmueble la Ilusión, lo cual apresurado sería afirmar o negarlas, hoy por hoy. Pero lo que también es ostensible es que todo esto debe decidirse mediante los procesos correspondientes, ante las competencias pertinentes y en los momentos procesales oportunos y no pretender mantener una determinada decisión mediante sofismas.

B. El apoderado de algunos de los comuneros inició el precitado juicio divisorio contra todos aquellos a quienes él mismo reconoció la calidad de condueños, y a pesar de ello, curiosamente en la misma demanda dedica unos párrafos a dejar "claroscuros" respecto a los derechos que pudiesen tener en el inmueble las señoras Margarita Luna Sosa, Alicia Luna de Gaitán y Mabel Teresa Luna Andrade. Esto realmente no es claro ni en la teoría ni en la práctica judicial, pues si las demanda como comuneras para que se justifique y proceda el juicio divisorio, es porque así las reconoce.

C. Ahora, esto unido a las actuaciones posteriores tanto en el juicio divisorio como en la acción de tutela, significa que a dichas señoras no se les quería reconocer el derecho de dominio que pudiesen tener en el inmueble sino que se optó por incluidas como comuneras para posibilitar el trámite del proceso divisorio, y luego buscar la vía para excluirlas del mismo, obviando así la demostración de la falsedad en la sucesión que les reconoció derechos sobre el predio y de la que el ahora accionante en el amparo afirma su apocrifidad; además, no puede olvidarse que la venta de derechos que se afirma celebrada entre Margarita Luna Andrade de Sosa y Alicia Luna Andrade Gaitán, como vendedoras, y Josefina Luna Andrade de Villarruel, como compradora, no aparece registrada en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al predio La Ilusión que obra a folios 93,94 y 95 del cuaderno de tutela, lo cual la hace inoponible a terceros.

D. Y es que como legalmente existe la sucesión que ahora se arguye de falsa, en la cual se le reconoció derechos a las mencionadas señoras Luna, que se encuentra debidamente inscrita también se quiso obviar la acción judicial que sacara de la vida jurídica ese acto, para por la vía del divisorio dejarla sin valor prácticamente de facto, amen de dejar en el ocultamiento el hecho de que de ser cierto que la Josefina Luna Andrade de Villarruel nunca poseyó la parte del inmueble que les compró a Margarita y Alicia Luna Andrade, estaría por ser declarada judicialmente la prescripción extintiva de su dominio en favor de los demás comuneros. En fin, el estudio de la documentación aportada a la presente acción de tutela permite vislumbrar la iniciación del referido proceso divisorio como una hábil opción para pronta y llanamente solucionar la problemática fáctica y jurídica que se presenta frente a estos derechos litigiosos, a sabiendas de que si no se incluía a las señoras Luna como comuneras "simbólicas", otras acciones judiciales previas debían de haberse cumplido.

Y, es que aún de haberse adelantado las acciones judiciales previas y pertinentes, que se desconoce en esta actuación, pero que todo indica que no se han cumplido, también resulta inopinada la excepción propuesta y triunfante en el proceso civil, ya que si se consideraba que las señoras Luna no eran comuneras, la excepción a proponer bien podía ser la cuarta del Artículo 97 del Código de Procedimiento Civil por inexistencia del demandado, al carecer del derecho de dominio que le daba la calidad de condueñas, o no haberlas incluido en la demanda, pero precisamente fueron demandadas, porque se sabía que existía la escritura sucesoral y que jurídicamente no podía desconocerse.

8. No se trata en consecuencia de hacer caso omiso a la conflictiva situación litigiosa y que se aspirase a que mediante la acción de tutela se legalicen los posibles actos irregulares que pudiesen atribuirse a las señoras Luna, sino que todos ellos deben clarificarse por las vías procesales correspondientes, que también le obligan al ahora

impugnante en el amparo, sino que siendo que la acción de tutela se ha incoado respecto al hecho de haber sido excluidas dichas señoras del proceso divisorio, habiéndoles extinguido hasta su calidad de comuneras, que es lo que debería demostrarse en ese juicio, argumentándose para ello una interpretación que no posibilita el texto legal, necesariamente se debe convenir en que se ha violado el debido proceso y por tanto se impone que cumpliéndose en debida forma se decida en el juicio civil lo que frente a la ley y en derecho corresponda.

Estas razones inescindiblemente unidas al hecho de que al haber sido excluidas las precitadas demandadas en el proceso divisorio como comuneras y como partes, se les ocasiona un perjuicio irremediable pues ya no pueden actuar dentro del proceso y ningún otro para que se les reconozca su derecho, mas aún no resulta cierto que hayan actuado como partes en todo el trámite procesal hasta el fallo y que ahora es que vengan a reclamar ilegalidad en el proceso, pues no cabe duda que el auto por medio del cual se aceptó la excepción de cosa juzgada no es sentencia, sino solamente eso, un auto y que la sentencia viene a proferirse cuando se aprueba la partición, es decir que aún restaba un importante camino procesal para que hubiesen podido continuar actuando, son las que me impone separarme del fallo mayoritario.

Estas y no otras son las razones de mi disentimiento.

Fecha ut supra.

Carlos Augusto Gálvez Argote, Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Como no comparto la decisión de revocar la sentencia por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué tuteló el derecho fundamental al debido proceso, en relación con el de igualdad, en favor de los comuneros Jaime Gaitán Luna, Margarita Luna de Sosa y Ligia Luna, me veo en la necesidad de salvar el voto y para ello me remito a las consideraciones que como ponente había plasmado en el proyecto derrotado por la mayoría de la Sala, que son del siguiente tenor:

Una de las dimensiones del debido proceso, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, es la que se expresa en la fórmula imperativa del inciso 2° del precepto, según la cual "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa*, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio" (se ha resaltado). Sin distinción alguna sobre la clase de actuación judicial, se explicita en este canon el principio de legalidad, en su forma de ley previa, pero también se prevé clamorosamente la obligación. de que el juicio se haga *de conformidad* con la disposición que rige el acto juzgado.

Así dimensionado constitucionalmente el principio rector de la legalidad, éste no sólo se viola cuando al acto se le aplica una ley ex post facto, sino también cuando el juzgador selecciona para el hecho una ley que, no obstante ser preexistente y válida, no guarda con él una relación de adaptación o de acuerdo entre sí (*conformidad*). De modo que a tono con la redacción constitucional del principio de legalidad, no le basta a la tarea del juez que haya invocado y aplicado una ley para los hechos que examina en el proceso (*justificación formal*), sino que le es indispensable atinar en la escogencia de la ley que se acomoda al caso inequívocamente singularizado (*justificación material*).

Algo más: cuando el citado inciso dice que dicho *juicio de conformidad* con la ley previa, debe adelantarse ante juez o tribunal competente, no sólo estipula la máxima procesal o el derecho del ciudadano a *un juez natural* o *legal*, sino que también se prevé la obligación que tiene éste de actuar en armonía con la ley. Esta forma de

consagración constitucional en doble vía de los principios (como derecho fundamental del ciudadano y deber correlativo del Estado-jurisdicción), es lo que permite afirmar que si el juez viola flagrantemente la legalidad, la consecuencia no puede ser meramente penal o disciplinada en relación con el funcionario, sino que el acto anómalo también tendrá repercusiones políticas, en la medida en que con él se compromete no sólo la responsabilidad funcional sino también un derecho fundamental de la persona.

Es decir, en el caso específico del derecho fundamental al debido proceso, la Constitución Política no sólo erigió a los jueces en sus protectores por excelencia, por medio de la acción de tutela que se instaura ante ellos, y en relación con las actuaciones de otras autoridades públicas (art. 86), sino que simultáneamente, y en el mismo grado de exigencia dispuesto para esas otras autoridades, les fijó la obligación de realizar materialmente el proceso legal en su actividad judicial, a riesgo de quebrantar no sólo el propio deber sino también el derecho fundamental del ciudadano, pues es lo que emerge claramente de la consagración hecha en el Título II, Capítulo I ("De los Derechos Fundamentales") y concretamente en el artículo 29.

De modo que si un juez desconoce abierta y caprichosamente el debido proceso, por ser éste un derecho fundamental de la persona y además una obligación directamente regulada por la Constitución para el funcionario judicial, podrá acudirse a la tutela, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial. Sería una incoherencia de la Carta que, de un lado, consagrara escrupulosamente el derecho fundamental-deber del debido proceso judicial (art. 29), pero coetáneamente, en otro aparte de su texto (artículo 86), negara la posibilidad de la tutela por quejas de transgresión en ese sentido. No, si el debido proceso se tiene como un especial deber constitucional de los jueces, la vulneración del mismo puede ventilarse por la vía de la tutela, sólo que cobra mayor rigor la limitación del inciso 3° del último precepto constitucional citado, esto es, que únicamente podrá acudirse a ella cuando la situación protuberantemente irregular no pueda removerse por mecanismos que se puedan intentar dentro de la misma actuación procesal judicial.

Pues bien, en el caso examinado se cuestiona la aplicación del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil, concretamente de los incisos 3° (en relación con el 2°) y 5°, que se refieren al "*Desistimiento de la demanda*". El tenor de esta disposición es el siguiente:

"El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

"El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido afectos de cosa juzgada.

"El auto que acepte el desistimiento producirá los mismas efectos de aquella sentencia.

"En los demás casos el desistimiento sólo impedirá que se ejerciten las mismas pretensiones por igual vía procesal, salvo que el demandante declare renunciar a ellas.

"Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si solo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. En este caso deberá tenerse en cuenta lo dispuesto sobre el litisconsorcio en el artículo 51.

"En los procesos *de deslinde y amojonamiento*, de división de bienes comunes, *de disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales, el* desistimiento *no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda*, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

"El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

"El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvención, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere la cuantía" *(Se ha resaltado)*.

Es impresionante el detalle y la claridad en esta regulación normativa. No obstante estos atributos, tanto el Juez Civil del Circuito de Purificación como la Sala Civil del Tribunal de Ibagué, en sendas providencias ya reseñadas, en lugar de aplicar en su dimensión material el inciso 5° del precepto, que era el que contenía todas las particularidades del proceso divisorio en análisis, curiosamente acudieron a los incisos 2° y 3°, que se refieren a la generalidad de los procesos afectados con una petición de desistimiento. Pero lo más desconcertante es que la Sala Civil sí trae a colación la norma del inciso 5°, mas no para aplicada sino para desconocerla absurdamente.

En efecto, previa transcripción parcial del apartado 5°, dice la Sala Civil que si las demandantes en el primer proceso divisorio renunciaron a las pretensiones (desistimiento incondicional), y además se verificó que todos los demandados de entonces "se opusieron de manera rotunda a la prosperidad judicial de las súplicas o pretensiones incoadas en la demanda inicial", quiere significar que "el auto que aceptó

el desistimiento de la acción divisoria en el primer proceso, produce efectos de cosa juzgada material, y obviamente ello impide que nuevamente (sic) pueda adelantarse un nuevo proceso entre las mismas partes, por los mismos hechos y la misma causa".

Es decir, la frase aclaratoria "*cuando ésta no se opuso a la demanda*", referida a la parte demandada, la puso el Tribunal a funcionar para declarar una "cosa juzgada" no prevista en la ley para esa clase de procesos, en lugar de ponerla a resolver el problema de la eficacia del desistimiento o de la *unilateralidad o bilateralidad* del mismo, que es a lo que se subordina y refiere directamente aquella aclaración normativa. Ello, además de literal es razonable, porque si la parte demandada no se opuso a la pretendida división del demandante, es obvio decir que también la quiere, y entonces el desistimiento, de éste, que frustraría la expectativa divisoria no de uno sino de ambos -bilateralidad-, sólo produce efectos con el asentimiento de aquélla. *Contrario sensu,* si la parte demandada se opuso a la división material del bien propuesta por el demandante, basta el desistimiento de éste unilateralidad-, pues la consecuencia previsible del mismo es la no realización de la división antes implorada, hecho que por sí solo satisface la oposición ya planteada por el demandado.

A juzgar por la aberrante conclusión de la Sala Civil del Tribunal, los magistrados mentalmente trastocaron el texto del inciso 5° examinado, es decir, le cambiaron de lugar a la mencionada frase aclaratoria, y concibieron a su amaño el precepto de la siguiente manera:

"*En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso,* ***cuando ésta no se opuso a la demanda***".

De esta manera, mientras el texto genuino indica razonablemente que la eficacia del desistimiento está vinculada a la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, el precepto fingido por el juzgador civil irracionalmente señala que no se impide la promoción de un nuevo proceso, ante el desistimiento, cuando el demandado no se opuso a la demanda. Pero si hubo oposición de todos los integrantes de la parte demandada, como ocurrió en el *subjudice*, entonces sí se obstaculiza la iniciación de nuevo proceso sobre el mismo objeto y entre las mismas personas (cosa juzgada). Se advierte de este sesgo en la lectura una marcada falacia debida a razones intranscendentes, pues la prueba sobre la oposición de todos los demandados no es directamente relevante en favor de una presunta prosperidad de la cosa juzgada, lo es sólo para la determinación de la eficacia del desistimiento.

Y es irracional el dispositivo inventado por la Sala Civil, en la medida en que nuestro sistema jurídico-civil, fiel al pensamiento de los romanos de repudio a la propiedad compartida, se orienta a facilitar la voluntad de rompimiento de las comunidades por cualquiera de los comuneros (C. P. C., arts 342, inc. 5° y 467), y además ningún coasignatario de una cosa universal o singular está obligado a permanecer en la indivisión (C. C., art. 1374). Así pues, los juzgadores civiles no sólo preterm*i*tieron abiertamente el precepto mencionado, sino que omitieron también la aplicación de las demás normas integradoras que se acaban de citar.

No se trata aquí de un mero problema de interpretación de la ley que se quiera ventilar por la senda de la tutela. Ello sería imposible ante un mínimo esfuerzo sincero de motivación por parte del juez o de razonabilidad de la hermenéutica no compartida. Es que, abonando por supuesto la buena fe de los autores del entuerto, se está excepcionalmente frente a una aplicación torcida de la ley. Adviértase que al juzgado y al tribunal no se les censura por haber tratado de desentrañar el sentido de la norma en examen, o por haber declarado lo que quiso decir el precepto, pues tal es una actividad legítima en el Estado de Derecho (Const. Pol., art. 230, inciso 2°); se les reprocha, sí, por haber exteriorizado y aplicado lo que a su talante "debió decir" la ley, convirtiéndose de esta manera en legisladores.

No en vano el artículo 230 de la Constitución Política, para suplementar el artículo 29, dispone que "los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley". El énfasis del adverbio "sólo" denota el *principio de la independencia judicial*, que significa la no interferencia de otros órganos del poder en la labor judicial o la no obediencia del juez a preceptos distintos del derecho; pero la inconcusa expresión del texto de que de todas maneras los jueces están "sometidos al imperio de la ley", también evidencia el *principio de Estado de Derecho*, según el cual las funciones principales del Estado están distribuidas entre ramas del poder público u órganos que se controlan recíprocamente, de tal manera que los jueces no pueden aplicar cualquier precepto que se les antoja como ley, sino sólo aquéllos ordenamientos que se producen legítimamente por los órganos legislativo y ejecutivo (art. 113 idem).

"La justifica de acuerdo con el derecho" es la idea general que debe gobernar la conducta de los jueces, porque una cosa es la elevada misión de determinar el sentido y el alcance de la ley, pero otra bien diferente es la de enmendarle la plana so pretexto de interpretarla.

La consistencia de las decisiones judiciales deriva de una primera obligación de los jueces de no quebrantar el derecho vigente, y, de otra parte, de ajustarse a la realidad probatoria. Claro que, si no se le quiere cerrar el paso a las decisiones innovadoras, es posible una interpretación *contra legem* cuando el texto de la ley

contiene una contradicción lógica, que no puede obviarse con ninguna lectura, o cuando el mismo revela un absurdo axiológico, de cara a los principios, valores y derechos fundamentales de la Constitución (art. 4°).

De modo que la discusión no es ni siquiera en torno a la trascendencia subordinadora del adverbio relativo "cuando", intercalado en la mencionada frase aclaratoria, el problema radica en la arbitrada sustitución que se hizo del legislador en aquéllas providencias. En razón de ello se apoyará la tutela al derecho fundamental al debido proceso que se produjo en primera instancia, vinculado en consecuencias con el derecho a la igualdad, habida cuenta que los accionantes no disponen de otro medio de defensa judicial.

En efecto, los agraviados interpusieron los recursos de reposición y apelación y se mantuvo la determinación de declarar probada la excepción previa cosa juzgada. Ahora bien, si por obra de las ilegales decisiones de primera y segunda instancia prosperó la excepción de cosa juzgada en relación con tres de los demandados –que también fungen de demandantes al no haberse opuesto a las pretensiones de división formuladas por éstos–, la consecuencia es la de que aquéllos quedan excluidos y el proceso divisorio continúa con los demás comuneros (C. P. C., arts. 97, inciso final, y 99, numeral 7°), lo cual se traduce en una indefensión de sus derechos de asignación o de compra de la cosa común. Y si ya los ofendidos no se tienen como parte dentro del proceso divisorio, como consecuencia de la arbitrada declaración de cosa juzgada en su contra, absurdo resulta postular que eventualmente podrían defenderse con la interposición de los recursos de casación o de revisión en contra de la sentencia que ponga fin al proceso.

Se aclara a la instancia que no se trata de utilizar la tutela como mecanismo transitorio, sino que se activará como remedio directo a una protuberante afrenta al debido proceso, pues de aquel aprontamiento residual y excepcional sólo se dispone cuando el afectado cuenta con otros medios de protección judicial, que son los que se echan de menos en este caso, con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Como se trataba sólo de remover inmediatamente el agravio al derecho fundamental, que condujo a un error radical en la regularidad del procedimiento (*in procedendo*), no de decidir cuestiones de fondo que incumben a los jueces naturales, bien se hizo por la instancia al decretar las nulidades pertinentes, sin más declaraciones, pues tal vía les permitía a los excluidos regresar al proceso para hacer valer allí sus derechos e intereses. Son extrañas al debate de la tutela las suspicacias de fraude de los solicitantes para adquirir la condición de comuneros o la presunta prescripción extintiva de sus derechos, como lo propone el impugnante, pues tales discusiones pertenecen al objeto propio de especiales procesos civiles (nulidad o pertenencia),

más aún, el proceso divisorio presupone que tales inquietudes ya están resueltas antes de incoarlo, porque a él se llega en la condición de "comuneros" para dividir la cosa común o repartir entre los interesados el producto de su venta (art. 467 C. P. C.).

Aun cuando el auto del 18 de julio de 1996 sólo contiene una declaración de que los interesados han desaparecido como comuneros, y no una resolución al respecto, lo cierto es que tal manifestación es una consecuencia natural de la anterior afirmación de relevancia de la excepción previa de cosa juzgada, razón por la cual también resulta correcta su cobertura por la nulidad.

Empero, como la decisión adoptada por la mayoría de la Sala fue bien distinta a la planteada en los párrafos precedentes, sólo queda lamentar el aval que en la práctica se ha dado a la absurda aplicación de una norma distorsionada, merced a la cual, en contravía de nuestro ordenamiento jurídico, se discriminó a los comuneros accionantes, excluyéndolos de la comunidad que compartía el derecho real de dominio sobre el predio "La ilusión", por el hecho de haber pretendido la división de la copropiedad y luego desistir de ese empeño.

Con la consideración y el respeto debidos,

Fecha ut supra.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

No obstante estar de acuerdo en lo fundamental con las salvedades de voto que en precedencia obran en el expediente, y que considero supremamente respetables los argumentos de mayoría, quiero expresar brevemente algunas ideas que me llevaron a votar afirmativamente la ponencia original

1. Los procesos divisorios son básicamente procesos de liquidación, aún a pesar de que el C. P. C. los relacione como una especie de juicio declarativo, lo cual debe obedecer a que en ellos hay una especie de etapa de conocimiento y a que por el hecho de la sentencia aprobatoria de la partición, la propiedad que obtiene el comunero a quien se adjudica una cosa determinada, "se supone que siempre existió en el patrimonio de éste y que jamás tuvo el dominio de los otros bienes que eran de la comunidad" (Alessandri y Somarriva; Curso de Derecho Civil, T. II). (C. C. arts. 765 y 1401).

2. Esta clase de procesos, entonces, no son la sede indicada para decidir el derecho de dominio o la calidad de condueños de los litisconsortes que a ellos concurren. Por eso una de las exigencias de la demanda es que a ella se acompañe la prueba de que demandante y demandado son condueños, es decir, que la ley anticipa para la demanda misma la prueba de la legitimación. Y si dicha prueba no se acompaña, o es insuficiente para acreditar dicha legitimación, sencillamente el proceso no debe llegar a sentencia.

3. Puede ocurrir que esa legitimación sea objeto de controversia y que prosperen excepciones dirigidas al desconocimiento de la calidad de condueño de uno o varios de los demandantes o de los codemandados, como acá ocurrió. En esos eventos, la acción se enerva, la pretensión fracasa, y no podrá haber división ni venta, que es propiamente lo que se pretende. Pero ello no significa que el derecho de dominio de los comuneros quede definido, con carácter de cosa juzgada. Unicamente, que es improcedente la división entre las partes, de modo que, si lo que alguna pretende es obtener la declaración de que uno de los títulos es inválido, o de que otro es de mejor derecho, o de que ha operado en su favor la prescripción adquisitiva sobre el bien objeto del proceso divisorio, debe acudir a la vía ordinaria, como demandante o como demandado.

4. El esquema del proceso divisorio, entiendo que como consecuencia de estas reflexiones, no aguanta, no tiene prevista, sentencia absolutoria. La única sentencia que allí puede dictarse es la aprobatoria de la partición o de la distribución del producto de la venta del bien, en pública subasta. Y la decisión que dirime las excepciones o la oposición es, simplemente, un auto. Por eso, por ser un auto, no tiene efecto de cosa juzgada y apenas, sí, como lo expresé antes, enerva la acción.

5. De ese modo, el desistimiento de la pretensión divisoria únicamente produce el efecto preclusivo de la actuación, pero no efecto material de cosa juzgada, de verdad real, de definición sobre la relación jurídica sustancial que da origen al divisorio, es decir, sobre la calidad de comunero.

6. Entonces, cuando so pretexto de fallar una excepción de cosa juzgada en un proceso divisorio, se resuelve excluir a algunas de las partes de la comunidad misma, alegando que en proceso anterior de idéntica naturaleza habían renunciado a sus pretensiones, lo que se está haciendo es fallar la cuestión del dominio el interior de un juicio que no tiene por objeto resolver el punto. Y esa es una violación ostensible del derecho fundamental al debido proceso puesto que a través del ejercicio de un tipo de acción (pretensión) se define lo que debe discutirse en otra.

7. Como eso fué lo que se hizo en las decisiones civiles frente a las cuales el juez de tutela amparó el derecho de los accionantes, a mí me ha parecido que la sentencia del Tribunal de Ibagué, Sala Penal, debía confirmarse, como inicialmente estaba concebido en la ponencia derrotada. De ahí que no tema en catalogar como vía de hecho, como ausencia absoluta de debido proceso, lo así actuado por el Juzgado de Purificación y la Sala Civil del Tribunal de Ibagué.

8. Puede ser que las accionantes en tutela finalmente no sean condueñas, y puede ser que muchas aguas se muevan por debajo de estos litigios. Sin embargo lo que acá se discute no es eso, sino la circunstancia de que en el auto de Julio 18 de 1996 y en las demás decisiones que lo precedieron se les haya "desaparecido como comuneros" por la prosperidad de la excepción de cosa juzgada. Otra será la vía para impugnar los títulos que alegan tener y es a ella a la que se tendrá que acudir. Pero de todas maneras, excluirlas del proceso, de la posibilidad de actuar, y por este camino decidir sobre su calidad de condueñas, es vencerlas sin posibilidad de agotar el contradictorio.

Carlos E. Mejía Escobar

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: se vulnera el derecho al tercero opositor que actúa en causa propia cuando en procesos de mínima cuantía no se autoriza su intervención directa.

El numeral 4° del artículo 28 del Decreto 196 de 1971, es claro al permitir la oposición en las diligencias judiciales en causa propia, sin necesidad de ser o recurrir a un abogado inscrito. Y aunque la actuación posterior a ella sí debe "ser patrocinada por abogado..." según las voces del mismo numeral, tal representación se condiciona al hecho de que la ley la exija, lo que en el caso presente no sucede porque ni el numeral 3° de este mismo artículo ni otra disposición lo requieren para los procesos de mínima cuantía, de donde debe concluir que el accionante podía actuar tanto en la diligencia como en la actuación posterior ante el Juzgado, sin el auxilio de abogado. La negativa del juzgado a permitir la intervención de este tercero constituye una verdadera vía de hecho mediante la cual se excluye al accionante de una intervención legalmente permitida, con el agravante de carecer de cualquier mecanismo judicial de defensa.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.– Santa fé de Bogotá D. C., abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y siete (1997).

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Radicación 3488.

Aprobado Acta No. 38

VISTOS

Por el presente proveído se desata la impugnación presentada por Paulo Emilio Escobar Román contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali –Valle–, que denegó la acción de tutela impetrada por el citado Escobar Román contra Carlos Gilberto Tejada Ruiz Juez 6o. de Familia de Cali.

ANTECEDENTES

El 12 de septiembre de 1996, la Inspectora Tercera de Comisiones Civiles Municipales de la ciudad de Cali, fue delegada por el Juzgado 6o. de Familia de esa ciudad para la práctica de una diligencia de embargo y secuestro, decretada dentro del proceso ejecutivo, seguido por Janeth del Pilar Garcíacontra Paulo Emilio Escobar Castro. Al efectuar tal diligencia en la carrera 19 No. 4-15, fueron atendidos por el hoy accionante Paulo Emilio Escobar Román, quien dijo oponerse, alegando que los bienes allí encontrados son de su propiedad y no de su hijo Paulo Emilio Escobar Castro, pero a pesar de ello se consumó la medida el 12 de septiembre de 1996 (folio 44 cuaderno principal) y se retiraron el televisor, equipo de sonido y grabadora.

El accionante, Escobar Román, el 25 de septiembre de ese mismo año elevó memorial al Juez 6o. de Familia, solicitando el desembargo de sus bienes y que se recibiera declaración de la demandante en el proceso ejecutivo Janeth del Pilar García. Dicho funcionario, por auto de 11 de octubre de 1996 no accedió a tal petición por cuanto el escrito no cumplía con lo establecido en la Ley. El opositor y hoy accionante Escobar Román interpuso el recurso de apelación, que no le fue concedido por tratarse de un proceso ejecutivo de mínima cuantía y por tanto de única instancia y desde luego no susceptible de dicho recurso. Dice el peticionario que el Juez 6o. de Familia olvidó que la persona interesada, en tales procesos, puede actuar personalmente para defender sus derechos en procesos de mínima cuantía y que el auto que decretó el embargo y secuestro de bienes no se fijó caución para el pago de perjuicios a terceros. Se acompañó fotocopia del proceso de divorcio seguido por Janeth del Pilar García Douth contra Paulo Emilio Escobar Castro (Véase cuaderno principal).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, admitió la demanda de acción de tutela presentada por Paulo Emilio Escobar Román, sin que en el libelo se indicara el derecho fundamental violado, pero de lo expuesto por el accionante, se infirió una violación del debido proceso. Al correr traslado al demandado Juez 6o. de Familia, Doctor Carlos Humberto Tejada Ruiz, de los cargos contenidos en el libelo incoativo de la tutela, no hizo pronunciamiento alguno sobre el particular. Se recibieron declaraciones que aparecen en el expediente, así como la actuación solicitada por el Tribunal (fls. 36 a 47 cuaderno principal).

Teniendo en cuenta que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, no se pronunció respecto del punto central de la acción de tutela, esta Colegiatura, en providencia de fecha 4 de marzo del corriente año, revocó el fallo impugnado para que se procediera de conformidad.

La sentencia impugnada

Luego de hacer consideraciones generales sobre la acción de tutela y en relación con las decisiones judiciales el ad-quem, extracta jurisprudencia de la Corte Constitucional. Y al descender al caso concreto comienza enumerando el numeral 8o. del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, acerca del derecho que tienen los terceros poseedores para dirigirse a Juez de conocimiento, en este caso el de Familia de Cali, para formular una oposición, cuando no pudieron hacerlo dentro de la diligencia ante el comisionado o cuando a pesar de haberla propuesto en la primera oportunidad ante el comitente, no estuvieron asistidos de un abogado.

En la diligencia, el tercero Paulo Emilio Escobar Román, no presentó prueba sumaria para acreditar su oposición. Después al proponerla ante el Juez 6o. de Familia, por tratarse de un proceso de mínima cuantía, la Ley prohíba la tramitación de incidentes, según expresa remisión del artículo 547 del Código de Procedimiento Civil al 440 del mismo estatuto, que se refiere al proceso verbal sumario. Entonces, no se puede aplicar a los procesos ejecutivos de mínima cuantía el numeral 8o. del artículo 687 del C. P. C..

Tampoco, se puede aplicar la parte final del artículo 135 del Código de Procedimiento Civil, que dispone "...las demás se resolverán de plano, y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará la prueba siquiera sumaria de ellos", porque el peticionario no cumplió con estos requisitos, y en tales condiciones su solicitud no podía ser atendida, de donde es fácil deducir que el Juez 6o. de Familia no vulneró o amenazó derecho fundamental alguno, argumentación por la que llegó el *ad-quem* a denegar la tutela impetrada.

La impugnación

El accionante al sustentar su recurso, entiende que la solicitud presentada ante el funcionario comisionado y la posesión real o material de los bienes, constituye prueba sumaria, se queja de que no se le hubiera instruido ni pedido pruebas acerca de su petición, pensando que era suficiente la solicitud elevada al Juez para que decretara la devolución de sus bienes y que llamara a declarar sobre ello a la demandante.

Y finalmente se pregunta si no se estará violando su derecho fundamental al permitir la apropiación de sus propios bienes por un abogado corrupto, olvidando que la Constitución prima sobre cualquier Ley o Código.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De lo expuesto se infiere que el señor Paulo Emilio Escobar, quien viene aduciendo posesión en calidad de dueño de unos bienes trabados por medida cautelar, no formalizó oposición al momento de practicar la diligencia, lo que en todo caso no le impedía frente a la Ley el ejercicio de su derecho, pues bien podía atenerse a las facultades del numeral 8o. del artículo 687 del Código de Procedimiento Civil.

Haciendo uso de la anterior facultad concurrió el accionante ante el Juzgado 6o. de Familia, el 25 de septiembre de 1996, solicitando la entrega de sus bienes y requiriendo que para tal fin se le recibiera declaración a la señora Janeth del Pilar García(fol. 13). El Juzgado, sin embargo no le escuchó, argumentando "...que la Ley establece los medios por los cuales se pueden elevar peticiones de esta índole en lo que a medidas cautelares se refiere y no a través del presente escrito como mal procede" (fol 14).

Dentro del trámite de la tutela, el funcionario accionado adicionó su explicación asegurando que el auto de octubre 11 de 1996 se motivaba porque "...cuando un tercero pretende el desembargo de unos bienes que le han sido incautados dentro de un proceso dentro del cual no es parte, lo primero que debe hacer es otorgarle poder a un abogado si se carece del derecho de postulación, quien es la persona indicada para buscar el camino a seguir y darle las explicaciones del caso a su cliente. Debe recordarse como el Juez en su calidad de tal, no puede constituirse en parte, ni asesorar a ninguna de las partes, pues estaría perdiendo la imparcialidad que le debe asistir en los actos procesales".

"El Juzgado no puede indicarle al señor Escobar Román que presente un escrito en tal o cual condición, con tal o cuales requisitos, no, es el mismo interesado por sí mismo en los casos autorizados por la ley, o a través de apoderado judicial cuando no se pueda litigar en nombre propio, quienes deben presentar las peticiones que se consideren pertinentes en la búsqueda de sus pretensiones. Le corresponde al juez, frente a ellas, aceptarlas y darles el trámite de ley si son pertinentes; en caso contrario, desestimarlas." (fol. 84), lo que le llevó, según es fácil entender, a denegar parejamente el recurso interpuesto por el inconforme.

Es de anotar además, que mediante auto 12 de noviembre de 1996 (fol 17) al denegar la apelación interpuesta por Paulo Emilio Escobar Román, el Juzgado accionado reconocía que el procedimiento adelantado era el correspondiente a la mínima cuantía y por ende de única instancia.

De las circunstancias anteriores se infiere no solamente el desacierto argumentativo en que incurre el Tribunal cuando invoca unas razones que para nada constan en el expediente, ni mucho menos fueron las otorgadas por el Juzgado de Familia, pero a la vez, la arbitrariedad de este último Despacho al marginar al señor Paulo Emilio Escobar de la posibilidad legal que tenía de reclamar –independientemente que le asista o no la razón– por los derechos que como poseedor invoca.

Sobre el particular es claro el numeral 4o. del artículo 28 del Decreto 196 de 1971, al permitir la oposición en las diligencias judiciales en causa propia, sin necesidad de ser o recurrir a un abogado inscrito. Y aunque la actuación posterior a ella sí debe "ser patrocinada por abogado..." según las voces del mismo numeral, tal representación se condiciona al hecho de que la Ley la exija, lo que en el caso presente no sucede porque ni el numeral tercero de este mismo artículo ni otra disposición distinta lo requieren para los procesos de mínima cuantía, de donde debe concluirse que el accionante Paulo Emilio Escobar Román, podía actuar tanto en la diligencia como en la actuación posterior ante el Juzgado Sexto de Familia, sin el auxilio de abogado.

Es claro que la razón para desatender la petición del actor en el ejecutivo, fue la anotada por el Juez en el auto de 12 de noviembre de 1996 (fol. 17) y en la tutela (necesidad de estar asistido por abogado) y no la que imagina el Tribunal en la sentencia ahora recurrida.

De lo anterior, entonces, se concluye, que al señor Paulo Escobar se le ha entrabado la posibilidad de intervenir en un proceso civil de mínima cuantía como parte incidental, lo que estaba autorizado por el numeral 4o. en concordancia con el numeral 3o. del artículo 28 del Decreto 196 de 1971, según se anotara, evidenciándose con ello la ocurrencia de un acto arbitrario y contrario a la Ley, que constituye una verdadera vía de hecho mediante la cual se excluye al accionante de una intervención legalmente permitida, y con el agravante de carecer de cualquier mecanismo de defensa judicial.

Suficiente lo anterior para concluir en la existencia de una violación flagrante al debido proceso por parte del Juzgado 6o. de Familia en el caso *sub-judice*, por lo que habrá la Sala de revocar la sentencia impugnada y en su lugar disponer que el funcionario mencionado proceda a contestar el memorial elevado por el opositor el 25 de septiembre de 1996, que obra al folio 13 de este expediente.

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

RESUELVE

1. *Revocar*, el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle) en la acción de tutela seguida por Paulo Emilio Escobar Román contra el doctor Carlos Humberto Tejada Ruiz, Juez 6o. de Familia de esa ciudad.

2. En su lugar se tutela el derecho al debido proceso, invocado por Paulo Emilio Escobar Román, contra el Juez 6o. de Familia de Cali, Doctor Carlos Humberto Tejada Ruiz, para lo cual se ordena al mencionado funcionario, proceda a oír al accionante y a pronunciarse con relación a su memorial de fecha 25 de septiembre de 1996; remítase para el efecto copia de esta providencia con destino al Juzgado Sexto de Familia de Cali, para que atienda lo observado, dentro de término de cuarenta y ocho (48) horas.

3. Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme este proveído, para su eventual revisión.

4. Notifíquese esta providencia conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, DERECHO A LA SALUD: no es pertinente la invocación de los artículos 6°, 121 y 122 de la C. Nal. como puntales de la actividad negativa del ISS a suministrar medicamentos no incluidos en el POS cuando se presenta el evento de ser éstos indispensables para garantizar la vida del paciente

Es sofística la invocación de los artículos 6°, 121 y 122 de la C. Nal. como puntales de la actividad negativa del ISS a suministrar medicamentos no incluidos en el POS, cuando son indispensables para garantizar la integridad física del paciente, pues lo primero, trátase de normas que están integradas a la parte orgánica y no a la parte dogmática de la Carta; y lo segundo, los servidores públicos han de someterse en sus actuaciones a una ley, siempre que ésta promueva, materialice o respete los derechos fundamentales. Si ello no fuera así, ¿qué sentido tendría el valor directamente normativo y prevalente de la Constitución que consagra el artículo 4°?

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego.*

Radicación 3457.

Aprobado Acta N° 40

Se examina la impugnación propuesta tanto por la actora como por la demandada en contra de la sentencia de tutela fechada el 7 de marzo pasado, obra de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual se accedió a la protección del derecho a la vida (salud y dignidad) de la señora Betty Díaz de Santos; le ordenó al gerente de la E. P. S. Instituto del Seguro Social –Seccional Norte de Santander– que, previa evaluación del médico tratante, y la formulación de calcitonina o alendronato, le suministrara la medicina a la paciente en un término posterior de 48 horas, por el tiempo que sea necesario para mejorar su calidad de vida.

ANTECEDENTES

En la solicitud de tutela dice la señora Betty Díaz de Santos que es afiliada del Seguro Social, en su condición de cónyuge del pensionado Hernando Santos Peñaranda, calidad en virtud de la cual ingresó como paciente de dicha E. P. S. en la ciudad de Cúcuta, sede del barrio Guaimaral, y la atendió, a mediados del año de 1995, el médico reumatólogo Alvaro Granados Santafé, quien le diagnosticó las enfermedades de la osteoporosis y osteoartrosis y le prescribió calcitonina y alendronato, la primera de las cuales le alivia notablemente los dolores y le mejora su calidad de vida, mientras que el segundo atempera la aceleración de la patología.

A pesar de la prescripción médica, el Seguro Social se niega sistemáticamente a suministrarle la droga, dizque porque las misma no está incluida en el formulario del ISS, situación que la ha sumido en un drama de dolor que ni siquiera le deja conciliar el sueño y además la ha reducido a un lecho de enferma. Mientras ella pudo adquirir los medicamentos con sus escasos recursos económicos, la mejoría era notoria porque la acción de los mismos por lo menos le permitía realizar algunas tareas hogareñas que ahora ni siquiera puede intentar.

Apuntalada en las sentencias de tutela T-494 del 28 de octubre de 1993 y T-271 de junio 23 de 1995, producción de la Corte Constitucional, la actora solicita la protección del derecho a la vida, que a la postre resulta comprometido si no se atiende su salud.

EL FALLO DE TUTELA

El Tribunal Superior de Cúcuta decide tutelar el derecho fundamental a la vida, en su íntima vinculación con la salud y la dignidad, de acuerdo con las siguientes constataciones y valoraciones:

1. La accionante ha promovido tutela en contra de la E. P. S. del Seguro Social, institución a la cual se encuentra afiliada, como beneficiaria de su esposo, el pensionado Hernando Santos Peñaranda, desde el 5 de marzo de 1979. Ciertamente, esta Promotora de Salud está sujeta a las prevenciones de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1938 de 1994, que regula el Plan Obligatorio de Salud "POS".

2. El médico tratante certificó que el calcio, la vitamina D y los analgésicos no eran suficientes para el manejo de los dolores secundarios a la osteoporosis, razón por la cual la paciente necesitaba calcitonina o alendronato.

3. La peticionaria no tiene recursos para comprar estos preparados cuya ingestión mejora notoriamente su calidad de vida, hasta el punto que le apaciguan el dolor y la habilitan para algunos menesteres del hogar.

4. Es verdad que la ley 100 de 1993, también el decreto reglamentario mencionado, autorizan restricciones en la listá de medicamentos recetables, por razones de orden presupuestal, pero resulta preponderante la protección del derecho a una vida digna que le asiste a la solicitante. Aunque la salud y la integridad física son objetos jurídicos que separadamente se pueden identificar, nunca se les puede desligar de la vida humana, pues sólo cuando se amparan efectivamente aquéllos se cuida efectivamente de ésta.

5. No obstante que las citadas normas legales autorizan límites en la formulación de medicamentos, para el caso concreto se presenta un conflicto entre ellas y las disposiciones constitucionales sobre protección de la vida digna, disputa que obviamente debe resolverse con la declaración de preeminencia de las últimas.

EL CONTENIDO DE LAS IMPUGNACIONES

La primera manifestación de inconformidad la hizo el gerente de la Empresa Promotora de Salud tutelada, quien advirtió que los medicamentos *calcitonina* y *alendronato*, solicitados por la accionante, no se le podían suministrar porque estaban fuera de la lista de drogas esenciales en su presentación genérica del denominado Plan Obligatorio de Salud "POS", de acuerdo con los artículos 162 de la Ley 100 de 1993 y 11 del decreto reglamentario 1938 de 1994. De igual manera, el artículo 15 de la misma reglamentación, en concordancia con el artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, dictada por el Ministerio de Salud, por la cual se establece el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del POS, dice que no se podrán formular las drogas que no estén autorizadas en el manual de medicamentos.

De otra parte, dice el impugnante, el literal e) del parágrafo 4° del artículo 23 del Decreto 1938, al referirse a los productos incluidos en el POS, dispone que "*por ningún motivo* se admiten prescripciones de medicamentos no contemplados en los listados descritos en el párrafo anterior, salvo que el usuario lo solicite, lo que deberá ser cubierto con cargo a sus recursos como parte del Plan Complementario".

De modo que la *calcitonina y el alendronato* no se le han suministrado a la paciente por razones contenidas en normas de carácter general, impersonal y abstracto como las citadas, que se aplican por igual a un conjunto indefinido de personas, y por ende no son susceptibles de la acción de tutela, dado que no generan situaciones jurídicas

subjetivas y concretas, de acuerdo con el claro tenor literal del numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991. Cita en apoyo la sentencia de la Corte Constitucional T-225 del 17 de junio de 1995.

Si se pretendiera atacar por la vía de la tutela el cumplimiento y la observancia por parte del ISS de las mencionadas disposiciones legales, "*equivaldría a desconocer la legitimidad de la Institución, adecuada a las normas que regulan su conducta. De la misma manera que no procede la tutela contra conductas legítimas de un particular, tampoco es viable contra las decisiones igualmente ajustadas al principio de legalidad, es decir, con arreglo a la Ley, que adopten las autoridades del Estado*". (Sentencia T-287/94, Corte Constitucional. Ha resaltado el impugnante).

Como quiera que las restricciones del POS se aplican por igual a todos los afiliados y beneficiarios de la institución, la orden de suministrarle la droga no autorizada a la señora Betty Díaz de Santos rompe el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política. Sobre todo, se afecta la igualdad efectiva y real, pues el objetivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud es el de que toda la población colombiana tenga acceso a un plan esencial básico de salud. Trae a colación la sentencia del Consejo de Estado fechada el 26 de septiembre de 1996.

Dice finalmente el inconforme que se ha equivocado el fallador al plantear un mero conflicto entre la ley y la constitución, en la medida en que la actuación del ISS también está apoyada en los artículos 6°, 121 y 122 de la Carta Política, que se refieren al principio de legalidad en las manifestaciones de voluntad de las autoridades públicas.

Ahora bien, también la actora, por medio de apoderado especial, impugna el fallo de primera instancia en cuanto ordenó una nueva e innecesaria evaluación de la paciente, oportunidad que bien podría utilizarse por el ISS para modificar un tratamiento que ya se ha prescrito como insustituible, cuando lo que debió disponerse es la continuación del mismo y el suministro de la droga indispensable. Advierte, además, que la sentencia es imprecisa cuando ordena alternativamente la entrega de calcitonina o alendronato, siendo que para la necesidad de la paciente las drogas son concurrentes, pues el primer producto sirve para mitigar los terribles dolores, mientras que el segundo actúa para retardar la agravación de la enfermedad.

Consideraciones de la Sala

Aunque el Instituto de los Seguros Sociales y otras empresas promotoras de salud se han amparado en la ley 100 de 1993 y el decreto reglamentario 1938 de 1994, con el fin de abstenerse de prescribir medicamentos que están por fuera del catálogo

administrativo, la Corte reiteradamente ha dicho que tal negación, frente a las singulares manifestaciones de cada caso, puede resultar contraria al derecho fundamental de la vida, aunque se exhiba un aparente sustento legal, y así debe declararse por la jurisdicción de tutela para hacer prevalecer por esta vía los principios y valores constitucionales. Tal es la declaración que en relación con reclamaciones similares se hizo en las sentencias del 21 de febrero de 1995 y 18 de diciembre de 1996, cuyas ponencias estuvieron a cargo de los magistrados *Guillermo Duque Ruiz* y *Nilson Pinilla Pinilla*, respectivamente.

Como la discusión central propuesta por el gerente de la E. P. S. Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Norte de Santander, radica en que la actuación de la empresa es legítima y, por ende, no puede atacarse por medio de la tutela, bueno es advertir que en Colombia la ley es una vía democrática de legitimación, siempre que se traduzca en realización y servicio a unos derechos fundamentales, cuya supralegalidad ya no se niega. De otro lado, la ley es una simplificación de la realidad y, por ende, no se puede pretender encerrar entre sus hitos la inconmensurable casuística de la vida social, afectada como está siempre por el cambio constante, razón por la cual no queda más remedio que aceptar el Derecho Constitucional y los Principios Generales del Derecho como fuentes en el ejercicio de la técnica aplicativa de la ley.

Ahora bien, bastante sofística resulta la invocación de los artículos 6°, 121 y 122 de la Constitución Política, como puntales de la actividad negativa del ISS, pues, lo primero, trátase de normas que están integradas a la parte orgánica y no a la parte dogmática de la Carta; y, lo segundo, los servidores públicos han de someterse en sus actuaciones a una ley, siempre que ésta promueva, materialice o respete los derechos fundamentales. Si ello no fuera así, ¿qué sentido tendría el valor directamente normativo y prevalente de la Constitución que consagra el artículo 4°?.

También resulta argumentación descontextualizada la recurrencia a la presunta violación del principio de vigencia real del derecho a la igualdad, conforme con el artículo 13 fundamental, pues el Plan Obligatorio de Salud en lo pertinente se refiere es una limitación del derecho a la cobertura total en salud (la exclusión de algunos medicamentos), no a la realización o ampliación del derecho. En múltiples casos se podría limitar el suministro de ciertos medicamentos a un paciente, con apoyo en el mencionado catálogo legal, siempre y cuando no se ponga en riesgo su vida o su desarrollo existencial digno.

Así las cosas, verificadas la vinculación legal de la peticionaria a la empresa demandada y su precaria situación económica; determinada también la necesidad de la *calcitonina y/o alendronato* para el desenvolvimiento digno en el curso de una

vida afectada por el diagnóstico de una enfermedad incurable, sin duda cobran renovado vigor las siguientes reflexiones de la Corte Constitucional:

"La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohiben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, 'una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance". *(Sentencias T-271/95 y T-067 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo,* respectivamente).

Es que el derecho a la vida no sólo implica que el Estado y los demás tienen *deberes negativos* (no matar), sino que el primero también adquiere *deberes positivos* en orden a garantizarnos la vida. Por ello, con sobrada razón filosófica, se vincula íntimamente aquél derecho con la salud individual, entendida ésta como el estado de bienestar físico y mental que permita la supervivencia del paciente enfermo en condiciones de dignidad.

De modo que, no obstante la responsabilidad con la cual encaró el gerente del ISS esta acción de tutela, la Corte no advierte consistencia en sus argumentos y, consecuencialmente, los rechazará para confirmar la sentencia de primer grado.

Y en relación con la inconformidad de la parte actora, la Sala simplemente ajustará la decisión de instancia a las determinaciones que el médico tratante adoptó en los controles del 9 de noviembre de 1995 y el 3 de enero de 1997, de acuerdo con los cuales la paciente *necesita* un inhibidor de la resorción ósea mediada por los osteoclastos ("*calcitonina y/o alendronato*" -fs. 5 y 7-). El conector lógico y/o indica que uno de los dos productos podría cumplir el propósito de inhibición del procesos resortivos, pero que sería preferible la utilización de los dos preparados, tal vez porque así se atacan de manera más eficaz otros efectos secundarios (el dolor, por ejemplo), lo cual obviamente queda librado a la ética y cientificidad del médico tratante. Desde luego que si existe un diagnóstico que no

se ha puesto en duda y se ha recomendado un tratamiento que satisface la sabiduría médica y la dignidad y el bienestar del paciente, inútil sería acudir a la repetición de este proceso.

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 la sentencia de tutela de origen, naturaleza y fecha indicadas en la motivación. *Se aclara el fallo* en el sentido de que la E. P. S. Instituto de los Seguros Sociales, Seccional Norte de Santander, por medio de su gerente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación que reciba y sin necesidad de otra evaluación, le empezará a suministrar a la paciente Betty Díaz de Santos *calcitonina y/o alendronato*, de acuerdo con las recomendaciones del especialista que la atiende, y por el tiempo de su existencia que sea necesario.

Comuníquese la modificación a las partes.

Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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 Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DESACATO: requisitos

El accionado sólo será sancionado si la orden judicial de tutela reviste de taxatividad, perentoriedad, obligatoriedad, publicidad y posibilidad de cumplimiento, características deducidas de la institución del debido proceso, de su carácter punitivo y del artículo 23 del decreto 2591 de 1991.

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: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Radicación 3520. Aprobado acta No. 43

1. Asunto

Desatar el grado jurisdiccional de consulta de la providencia, mediante la cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, sancionó a Martha Yolanda Ramírez de Robayo y María Fernanda, Víctor Alejandro, Hamlet y Oscar Andres Fajardo Pardo, con treinta (30) días de arresto y multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales para cada uno, por desacato a un fallo de tutela.

2. Antecedentes

2.1. Martha Lucía y Luis Miguel Contreras Herrera, Ana Beatriz Herrera Pinzón, Luis Eduardo y Edurne Mirentzu Contreras Morales, instauraron acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de Martha Yolanda Ramírez de Robayo como representante legal de "Construcciones Fajardo Ramírez Ltda", y María Fernanda, Morales, Hamlet y Oscar Fajardo Pardo, en su calidad de herederos de Víctor Julio Fajardo Ovalle, en procura de la defensa de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la propiedad, vulnerados con la construcción de un edificio en el predio vecino y la negativa de los demandados a efectuar las reparaciones necesarias en el inmueble de los peticionarios, lo cual debían realizar antes del 26 de

abril de 1995, según compromiso adquirido en acta de conciliación celebrada en un juicio de responsabilidad civil extracontractual adelantado en el Juzgado 20 Civil del Circuito de esta capital.

2.2. Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santaféde Bogotá, en fallo del 3 de julio de 1996, concedió el amparo solicitado y dispuso:

"Ordenar, *en consecuencia, a la compañía demandada y a los herederos de Víctor Julio Fajardo Ovalle que en un término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, inicien las labores relativas a la triplicación de soportes en los sectores del inmueble ocupado por los accionantes y que colinda con la edificación levantada por la empresa constructora según lo indicado en la parte motiva, así como las demás actividades adicionales que resulten procedentes según lo también allí señalado, las que deberán* **culminar** *dentro de un plazo igualmente improrrogable de ocho (8) días" (fl. 24 c. c.).*

El día 10 de septiembre los afectados informaron que los demandados se habían limitado a contratar un obrero que colocó unas varas de madera, cinco cerchas y algunos parales en el sótano del inmueble, sin que nada se hiciera en las otras dependencias afectadas –sala, comedor y dos habitaciones del segundo piso–.

En auto del 11 de septiembre el *a-quo* dispuso tramitar incidente de desacato al fallo de tutela, y corrió traslado a los demandados del escrito promoviendo el incidente.

Víctor Alejandro Fajardo Pardo, invocando su condición de heredero –"en nombre de mis hermanos"–, descorrió el traslado manifestando ser "los menos responsables, ya que nunca hemos hecho parte de la sociedad demandada, puesto que dicha sociedad es la directamente responsable". Adujo carecer de los recursos económicos para realizar las obras ordenadas, explicando además, que los trabajos aunque en forma parcial, sí se efectuaron y que "Cuando la Constructora ordenó colocar los pernos para contener los agrietamientos los maestros recomendaron no colocarlos por el peligro a que las paredes se resintieran más". (fl. 60 c. c.).

3. La providencia consultada

Resaltó el cumplimiento parcial de las tareas encomendadas, pues si bien "se alcanzaron a iniciar los trabajos de refuerzo de soportes", "esa actividad sólo se cumplió en la zona del sótano del inmueble de la carrera 18 No. 58-47, sin que se extendiera a los restantes sectores como correspondía", pero rechazó las justificaciones que sobre

la falta de solvencia económica y traslado de la responsabilidad a la representante legal de la firma Constructora, adujo uno de los herederos.

Negó la práctica de pruebas solicitadas por considerarlas innecesarias, pues las "obrantes en este incidente resultan más que suficientes para acreditar lo anunciado por los quejosos: que nunca se completaron los trabajos ordenados en la sentencia de este Tribunal el pasado 3 de julio" (fl. 77 ib.).

Impuso a cada uno de los demandados, una sanción de treinta (30) días de arresto y multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales, atendiendo los siguientes criterios:

"Tomando en consideración que no interesó a los accionados que los beneficiados con la orden judicial se encontraban en verdadero estado de indefensión frente a ellos porque todavía no podían iniciar ningún trámite ejecutivo para exigir la efectividad de la conciliación surtida en el proceso civil ordinario, así como tampoco les importó el que corrían un alto riesgo de pérdida de su patrimonio familiar hasta con riesgo de su propia integridad y vida en caso de derrumbarse la maltrecha edificación, aparte de que han evidenciado una actitud francamente desleal y carente de solidaridad, pues pese a ser el producto de su obra la generadora de daños a terceros, no ha estado dentro de su ánimo resarcirlos, no se partirá del mínimo de la pena de arresto, que lo sería de un día, ni de la pecuniaria equivalente a un salario mínimo, sino que se impondrá a cada uno de los demandados una sanción de treinta (30) días de arresto y multa equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales legales".

Seguidamente dispuso la consulta del proveído "en el efecto devolutivo", precisando que, "pese al precitado efecto en que se surtirá este grado jurisdiccional conforme criterio ya precisado por la jurisprudencia constitucional, como el legislador ha querido que siempre se produzca la revisión de la sanción por el respectivo superior jerárquico, pertinente será esperar a que se conozca el pronunciamiento de segundo grado que ratifique la justeza de la presente decisión, en respeto de las mínimas garantías procesales de los afectados, antes de que haya lugar a materializarla".

4. Consideraciones de la Corte

En desarrollo de los principios de *prevalencia del derecho sustancial* –arts. 2° y 228–, *restablecimiento del Derecho y eficacia de la Administración de Justicia* –art.

7° Ley 270 de 1996–, el artículo 86 de la Carta fija la teleología de la acción de tutela en la "protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales"; en consecuencia, "la orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo", debe ser, según el mandato supralegal, "*de inmediato cumplimiento*".

En salvaguardia de la inmediatez que debe existir entre la vulneración o amenaza del derecho fundamental prohijado y la efectividad del amparo aplicado por el juez de tutela, el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 establece que "Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad –o el particular, según el caso– responsable del agravio deberá cumplirla (sic) sin demora"; y, "La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales".

Lo anterior sin perjuicio de la prórroga de competencia por parte del juez que profirió el fallo, para adoptar los correctivos necesarios "hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza" (inc. 3°, art. 27 ejusdem).

Si bien es cierto, en respeto a la celeridad que caracteriza al procedimiento tutelar, "la sanción será impuesta por el mismo juez, mediante trámite incidental" –art. 52 ejusdem–, tal actuación, por ser de naturaleza judicial, debe respetar todas las garantías que integran el "*debido proceso*" –art. 29 de la Constitución–, de tal forma que, demostrado el desacato y el carácter *injustificado* del mismo –recuérdese que para efectos punitivos y por virtud del artículo 5° del Código Penal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva–, éste sólo será sancionado si la *orden judicial de tutela* reviste las siguientes características, deducidas, se repite, de la institución del debido proceso, del carácter punitivo de dicho ejercicio, y del artículo 23 del citado Decreto 2591 de 1991:

1). Taxatividad. La orden debe ser expresa y suficientemente clara, para evitar eventuales confusiones en los destinatarios de la misma:

"*Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación* –restablecimiento del derecho– *cuando fuere posible.*

"*Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada... Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción*".

2) Perentoriedad. La exigibilidad de su cumplimiento, y la imposición de las sanciones por desacato, dependen del señalamiento de un "plazo prudencial perentorio".

3) Obligatoriedad. Emana del carácter judicial y definitivo de la decisión, pues "Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora". El Juez puede adoptar las medidas coercitivas que considere necesarias para "garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho y, volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible".

4) Publicidad. A nadie se le puede reprochar el desacato de una orden que no conoce. El fallo de tutela, por ende, en la medida de lo posible y dentro de la celeridad que le caracteriza, debe ser notificado oportuna y personalmente, o "por telegrama o por otro *medio expedito que asegure su cumplimiento*".

5) Posibilidad de cumplimiento, pues carecería de fuerza vinculante la orden de ejecutar una conducta objetiva y humanamente imposible.

Descontadas las anteriores características consustanciales a la imperatividad de una orden judicial de tutela, la sanción por desacato sólo puede ser impuesta por el "juez natural" –el mismo que profirió el fallo–, y con la observancia de la plenitud de las formas propias del trámite incidental regulado en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil –modificado por el D.E. 2282/89, art. 1°, num. 73–, el cual establece que del escrito que promueva el incidente "se dará traslado a la otra parte por tres días, quien en la contestación pedirá las pruebas que pretenda hacer valer y acompañará los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente", garantizándose los derechos de contradicción y de defensa, apenas elementales en estos trámites con fines sancionatorios.

Para garantizar el derecho a la "doble instancia", además de la posibilidad de controvertir la decisión sancionatoria mediante el ejercicio de la facultad de impugnar, el legislador previó en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el grado jurisdiccional de consulta de la providencia que impone la sanción, de suerte que ésta no podrá ser ejecutada hasta tanto no adquiera firmeza, pues el aparte final de la citada norma, que establecía para este grado jurisdiccional el "efecto devolutivo", fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-243 del 30 de mayo de 1996.

Finalmente, dado el carácter correccional que entraña la declaratoria del desacato, la graduación de la sanción ha de obedecer a los criterios de racionalidad y proporcionalidad con la gravedad del incumplimiento, esta última deducida del tipo de derecho o derechos fundamentales involucrados y la jerarquía que de

los mismos se ha establecido en el sistema que ellos integran, las consecuencias concretas que para el titular del derecho fundamental acarreó el desacato, según si su derecho fundamental fue lesionado o puesto en peligro, y si el incumplimiento fue total o parcial.

Acorde con la naturaleza punitiva del presente trámite, y en referencia concreta a la sanción pecuniaria, para su cuantificación, además de los criterios anteriores, han de tenerse en cuenta los señalados por el artículo 46 del Código Penal, como son "el resarcimiento así sea parcial del daño causado, la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás circunstancias que indique su posibilidad de pagar".

En el presente caso, del contexto del fallo que concedió el amparo, y concretamente del numeral segundo de la parte resolutiva, emerge una orden judicial clara y perentoria, en la cual se precisa la actividad a ejecutar –"iniciar las labores relativas a la triplicación de soportes"–, el lugar –"en los sectores del inmueble ocupado por los accionantes y que colinda con la edificación levantada por la empresa constructora según lo indicado en la parte motiva", y se fija un plazo perentorio para su cumplimiento –"en un término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente providencia... las que deberán *culminar* dentro de un plazo igualmente improrrogable de ocho (8) días".

El fallo fue notificado en debida forma a los demandados (publicidad) mediante comunicaciones escritas cuyas copias militan a folios 32 y 33 del cuaderno de copias, y en prueba del enteramiento de la decisión, se tiene que ninguno de los destinatarios de la orden alegó su desconocimiento, al punto que, uno de ellos, al descorrer el traslado propio del trámite incidental, adujo su cumplimiento parcial.

No es imposible el cumplimiento de la orden impartida, pues ella obedeció a los estudios técnicos que se aportaron al trámite tutelar, donde se sugirió "aumentar el soporte de parales que se han colocado", como mecanismos provisionales para contrarrestar el deterioro del inmueble y evitar que se desplome.

La alegada insolvencia económica por parte de uno de los demandados, no tuvo sustento probatorio alguno, y en cambio, su condición de herederos dedicados a la construcción sí permite deducir su capacidad para cubrir el valor de la multa impuesta, por lo que se confirmará este tipo de sanción.

La graduación de la sanción privativa de la libertad –30 días de arresto–, no se compadece con los criterios fijados en esta providencia, porque si bien es cierto los derechos

fundamentales involucrados revisten trascendental importancia, ha de tenerse en cuenta que éstos no han sido vulnerados sino amenazados y que, como lo aceptan los mismos afectados, los destinatarios de la orden la acataron parcialmente:"esa actividad sólo se cumplió en la zona del sótano del inmueble de la carrera 18 No. 58-47, sin que se extendiera a los restantes sectores como correspondía".

Se reducirá entonces a veinte (20) días la sanción de arresto, modificándose así el ordinal segundo de la providencia consultada, no sin antes dejar en claro que el agotamiento del presente trámite no releva del cumplimiento a los destinatarios del fallo, ni los excluye de la eventual responsabilidad penal que por la rebeldía pueda corresponderles; tampoco agota la competencia del juez de tutela, quien, por virtud del mandato del inciso final del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la mantendrá "hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza".

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* el ordinal segundo de la providencia consultada, en el sentido de imponer a los demandados veinte (20) días de arresto.

2. *Confirmar* en lo demás el proveído revisado.

3. Devolver las diligencias a la oficina de origen, una vez en firme esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Augusto 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 Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TUTELA CONTRA PARTICULARES, DERECHO A LA INTIMIDAD: la persona que considera lesivas de su patrimonio moral las afirmaciones hechas en un libro no se encuentra en estado de indefensión que haga procedente la acción de tutela, pues cuenta con la posibilidad de promover acciones penales

La indefensión se presenta sólo si el accionante esta en imposibilidad de proteger sus derechos, lo que no ocurre aquí, pues si éste estima que las afirmaciones efectuadas en el libro son deshonrosas, cuenta con la posibilidad de poner estos hechos en conocimiento de las autoridades jurisdiccionales para que investiguen y, si es del caso, sancionen la comisión de los delitos.

No es el juez constitucional el encargado de determinar si las afirmaciones y expresiones utilizadas en el libro lesionan o no el patrimonio moral del actor, para ello cuenta con mecanismos idóneos, como atrás se expresó.

TUTELA CONTRA PARTICULARES, DERECHO A LA INTIMIDAD: el medio utilizado –impreso en circulación– coluca en abstracto y por regla general en situación de indefensión a las personas que puedan sufrir con las afirmaciones allí hechas por tanto, en estos eventos sí debe proceder la acción de tutela contra particulares

(Aclaración de Voto)

La dimensión de la intimidad puede verse afectada sin que de por medio estén afirmaciones calumniosas o injuriosas, ya que corresponde a un ámbito de desarrollo de la persona, libre de interferencia por los demás, que no necesariamente a una amenaza o un ataque al buen nombre o a la buena imagen.

Porque el medio utilizado –un impreso en circulación– coloca en abstracto y por regla general, en situación de indefensión a la persona o las personas que lo puedan llegar a sufrir y por tanto en estos eventos sí debe proceder la vía de la tutela contra particulares.

Las acciones civiles o penales tienen por finalidad indemnizar y/o penalizar, un daño ya causado y consumado, más no precaverlo o impedir la extensión de sus efectos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Radicación 3530.

Aprobado acta No. 53

VISTOS

Decide la Sala la insustentada impugnación que presenta el apoderado del accionante Germán Cuéllar Silvestre contra la decisión del pasado cuatro (4) de marzo, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva negó la tutela del derecho a la intimidad, personalidad jurídica y libre desarrollo de la personalidad, presuntamente vulnerados por el ciudadano Eduardo Hakim Murad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Los fundamentos de la acción instaurada se sintetizan en los siguientes apartes del libelo:

"3. Ocurre, que toda esa buena trayectoria personal y profesional de Cuéllar Silvestre, se ha visto estropeada y vulnerada con la publicación de un libro titulado Mis alcaldadas escrito por el señor Eduardo Hakim Murad, en donde, sin autorización, consentimiento, permiso o beneplácito de Cuéllar Silvestre, se hacen una serie de referencias personales y afirmaciones mentirosas, falsas y tendenciosas en las que se presenta a mi representado como una persona irrespetuosa de los prelados eclesiásticos y de las dignidades militares.

4o. Esas referencias falsas y tendenciosas de la vida personal e íntima de Cuéllar que se citaron en la citada obra, no fueron autorizadas por él, y lo están atormentando moral y psicológicamente, al sentirse humillado y vilipendiado con escritos insolentes que sólo persiguen el lucro del autor en detrimento de la moral, la intimidad y la honorabilidad, de quien se le expone, arbitraria e injustamente, a la inclemente vindicta pública".

Bajo estas razones, espera el accionante que se ordene el "decomiso" de todos los ejemplares de la mencionada obra y se condene al pago de los perjuicios que se hubiesen causado.

2. El Tribunal de primera instancia decide negar el amparo propuesto, por cuanto considera que los relatos del libro titulado "Mis Alcaldadas" son simples comentarios de matiz político efectuados de manera "anecdótica y jocosa", que en manera alguna permiten colegir la violación de los derechos invocados indiscriminadamente por el peticionario.

En efecto, concluye la Corporación que el derecho a la intimidad se quebrantaría si se tratase de expresiones y relatos que invadieran la órbita propia e intrínseca de la vida y la calidad humana de un ciudadano. Al respecto dice:

"Y es que si la intimidad consiste en el dominio exclusivo y reservado que la persona tiene de su fuero interno, compartible sólo con quienes la autonomía de su voluntad designe, no se entiende cómo pretenda inferir su violación con anécdotas como las narradas por Hakim Murad, que reales o no, en ningún momento mancillan la dignidad, la intimidad de Cuéllar Silvestre ni la de su familia, no se ha inmiscuido en su vida privada, en su esfera reservada, ni con ellos está manchando su buen nombre, ese merecimiento o aceptación social que posee conforme a su comportamiento en la comunidad".

Con estas motivaciones, decide desestimar por completo el amparo propuesto.

La Corte considera

Debe advertirse primeramente, que no obstante la falta de sustentación del recurso, desconociéndose los motivos concretos de la inconformidad del impugnante, procede la Corte a desatarlo pues, como se viene reiterando, el decreto 2591 de 1991 no le impuso esa carga al inconforme, ni puede entenderse que ella es conciliable con los principios de economía, celeridad y prevalencia del derecho sustancial que señala el artículo 3o. *ibidem*. Además por cuanto el artículo 32 establece que son otros los factores a estudiar en segunda instancia.

La presente acción se dirige contra un particular, por cuanto que se trata de cuestionar lo manifestado en un libro de autoría privada, por lo que debe sujetarse a las previsiones del artículo 42 del decreto 2591 de 1991 y sin que aparezca que se cumplen los requisitos allí señalados para su procedencia y, por lo mismo, sin que la negativa pueda deducirse de la ausencia de la violación de las garantías fundamentales como lo hizo el *a quo*.

Por lo anterior, la decisión de instancia se confirmará, pero bajo otros argumentos, así:

Dejando a un lado las hipótesis contenidas en el artículo 42 ibidem que ab initio descartan los postulados expuestos por el actor, sólo queda el numeral noveno de la mencionada disposición, que reza: "9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de *subordinación* o *indefensión* respecto del particular contra el cual se interpuso la acción....". (resalta la Sala).

En otras palabras, debe el accionante ser subordinado de quien cree se encuentra transgrediendo sus derechos, o en manifiesta desprotección frente el mismo.

En el presente caso es claro que no existe entre el peticionario y el señor *Hakim Murad* relación de subordinación y la indefensión se presentaría sólo si la víctima estuviese en imposibilidad de proteger sus derechos, lo que no ocurre aquí, pues si aquella estima que las afirmaciones efectuadas en el libro son deshonrosas, cuenta con la posibilidad de poner estos hechos en conocimiento de las autoridades jurisdiccionales, para que investiguen y, si es del caso, sancionen la comisión de los delitos contemplados en el título XII del Código Penal. Además, al interior del proceso penal existen mecanismos como la conciliación, la retractación, el comiso, etc., que eventualmente son medios eficaces para la defensa de los derechos invocados como vulnerados. Así mismo, si lo considera adecuado puede acudir a la vía civil.

Sólo bastaría por agregar que no es el Juez Constitucional el encargado de determinar si las afirmaciones y expresiones utilizadas en el libro "Mis Alcaldadas" lesionan o no el patrimonio moral del actor, sino que para ello cuenta con mecanismos idóneos, como atrás se expresó.

Así como tampoco, bajo el pretexto de la comisión de un perjuicio irremediable podría entenderse viable la presente acción de tutela, pues se trata evidentemente de un daño consumado ya que con la publicación del libro por el autor, se consumó el eventual perjuicio. En otras palabras, con la difusión en este caso escrita de las afirmaciones que en criterio del actor son lesivas a su patrimonio moral, ya el supuesto daño se causó.

Corolario de lo anterior, se confirmará la determinación de instancia.

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. Confírmase la decisión objeto de impugnación.

2. Ejecutoriada esta determinación remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

ACLARACION DE VOTO

Estando de acuerdo con la resolución confirmatoria en este proceso, no lo estoy con la fundamentación dada por la Sala por las siguientes razones:

1. Porque aunque se pretende la protección de los derechos fundamentales de la intimidad y la personalidad, la Sala hace un marcado énfasis en el concepto de la integridad moral en tanto apunta a las acciones penal y civil y a sus procedimientos, como mecanismos idóneos para que acuda el actor a rescatar su honra.

2. Tales conceptos no coinciden exactamente, y la dimensión de la intimidad bien puede verse afectada sin que de por medio estén afirmaciones calumniosas o injuriosas, ya que corresponde a un ámbito de desarrollo de la persona, libre de interferencia por los demás, que no necesariamente a una amenaza o un ataque al buen nombre o la buena imagen.

3. Porque el medio utilizado –un impreso en circulación– es medio que coloca, en abstracto y por regla general, en situación de indefensión a la persona o las personas que lo puedan llegar a sufrir y por tanto en estos eventos sí debe proceder la vía de la tutela contra particulares.

4. Porque aún en el evento de que las afirmaciones contenidas en el impreso fuesen injuriosas o calumniosas, es improcedente acudir a las vías penal o civil para evitar el daño moral. Tales acciones tienen por finalidad indemnizar y/o penalizar, un daño ya causado y consumado, más no precaverlo o impedir la extensión de sus efectos.

Sin embargo, considero que el enfoque desde el cual el a quo asumió el análisis y la decisión finalmente confirmada, es adecuado y lo comparto plenamente.

Carlos E. Mejía Escobar.

DEBIDO PROCESO: no es procedente mediante tutela decretar la nulidad parcial por indebida aplicación de normas, la decisión en este sentido desconoce el principio constitucional según el cual la validez de la actuación se discute al interior del respectivo proceso.

El conflicto planteado en torno a la escogencia de la normatividad aplicable al proceso disciplinario, debe ser solucionado intraprocesalmente, de oficio, o elevando la respectiva solicitud de nulidad de lo actuado, y, de resultar imprόspera la reclamación, interponiendo los recursos ordinarios de reposición, apelación y queja, contra la providencia en que se materialice dicha negativa.

De aceptarse la tesis del Tribunal al invalidar parcialmente y por vía de tutela la actuación adelantada, se desconocería el principio constitucional según el cual la validez de la actuación se discute al interior del respectivo proceso, al amparo de las causales y oportunidades previstas al efecto, y no acudiendo a un sumario trámite cuya finalidad exclusiva es la inmediata protección de los derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.– Santafé de Bogotá D. C., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Radicación 3536.
Aprobado Acta No. 53

I. Asunto

Desatar la impugnación interpuesta por los apoderados de la Universidad de Antioquia y de la accionante, contra el fallo del 4 de abril último, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, tuteló a Adriana María González Marín, empleada de la referida entidad docente, el derecho fundamental al debido proceso, y en consecuencia ordenó al Rector del

claustro y a la Jefe del Departamento de Formación Académica de la Escuela de Nutrición y Dietética, "aplicarle la ley 200 de 1995 y rehacer con arreglo a ésta la investigación disciplinaria que le adelantan... dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación".

2. Fundamentos de la acción

Adriana María González Marín explicó, a través de apoderado, que en la actualidad se desempeña como secretaria II, adscrita al Departamento de Formación Académica de la Escuela de Nutrición y Dietética de la Universidad de Antioquia, por lo que ostenta la calidad de servidor público.

Por no haber entregado un cheque a tiempo a una de las profesoras, y haberse beneficiado del mismo "en el lapso comprendido del 20 de diciembre de 1996 al 30 de enero de 1997", la profesora Beatriz Elena Parra Sosa, en su calidad de jefe inmediato, le inició proceso disciplinario y le formuló pliego de cargos por violación del artículo 32 del Acuerdo Superior número 55 de 1983, sin precisarle cuál de los literales que componen la norma fue el violado.

La disciplinada contestó el pliego de cargos, solicitó la práctica de pruebas y la aplicación de la Ley 200 de 1995, "pues esta norma está vigente para todos los servidores públicos y derogó las disposiciones especiales que regían en materia disciplinaria".

Sin embargo, "el día 28 de febrero de 1997, le notificaron la Resolución Rectoral nro. 7838 del 28 de febrero de 1997, por medio de la cual la suspendieron provisionalmente, por un término de sesenta (60) días", desconociendo a la fecha cuáles fueron las pruebas en que dicha determinación se fundamentó, pues "lo único y exclusivo que le entregaron fue un sucinto pliego de cargos" carente del mínimo respaldo probatorio.

Consideró vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, por "aplicación de norma diferente a la Ley 200 de 1995" y el derecho de defensa por cuanto "los cargos o la descripción del comportamiento irregular son ambiguos".

Solicitó en consecuencia, ordenar al rector de la Universidad y a la Jefe del Departamento de Formación Académica de la Escuela de Nutrición y Dietética, "que en el término de cuarenta y ocho (48) horas" decreten "la nulidad de todo lo actuado hasta la fecha en el proceso disciplinario y que igualmente como consecuencia de lo anterior se ordene el pago de los emolumentos dejados de percibir con ocasión de la suspensión provisional de que fue objeto".

3. El fallo recurrido

No obstante afirmar que "Contra la resolución por medio de la cual se suspendió provisionalmente a la empleada Adriana María González puede interponer las acciones contencioso administrativas", y que "Los vicios que el apoderado le atribuye a los cargos que se le hicieron a la empleada no son ciertos", el Tribunal *a-quo* declaró la procedencia del amparo, con fundamento en la inexistencia de medios de defensa "contra la actuación disciplinaria que se adelanta actualmente... mientras no termine definitivamente". (fl. 102 c. o.).

Al amparo de esas contradictorias premisas, y sin más consideraciones, sentenció que "al aplicarle la Universidad a un servidor público unas normas diferentes violó el debido proceso". En consecuencia, ordenó rehacer con arreglo a la Ley 200 de 1995, y dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, la investigación disciplinaria adelantada en contra de la accionante, con la aclaración que "las pruebas practicadas antes de abrir la investigación disciplinaria, que debe entenderse iniciada con la comunicación notificada a la empleada el 4 de febrero de este año, y las que se hayan practicado después de la posesión del defensor que ésta designó conservan su validez (artículo 132 del Código Disciplinario Único)".

Se abstuvo de ordenar el reintegro de la peticionaria, "porque, conforme a los artículos 115 y 116 de la misma Ley, el nominador puede suspenderla provisionalmente por el término de tres (3) meses, prorrogables por otros tres (3)". Y no ordenó el pago de los salarios dejados de percibir, en razón a que "éstos constituyen el perjuicio patrimonial sufrido a consecuencia de la violación del derecho y su indemnización no es necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho conculcado" (fl. 104 ib.).

4. La impugnación

El apoderado de la Universidad de Antioquia solicitó la revocatoria del fallo de tutela, por considerar que el mismo desconoce el principio de "autonomía universitaria", por virtud del cual "La Universidad viene aplicando su reglamentación interna sobre aspectos disciplinarios, no sólo frente a los profesores, sino, frente a todos sus subalternos".

Adicionalmente consideró que "si existe la inconformidad sobre la aplicación preferente del estatuto disciplinario interno de la Universidad, sobre la ley 200 de 1995, mientras la tutela no se invoque para evitar un daño irremediable, la discusión no puede plantearse a través de la acción de tutela, sino a través de los mecanismos legales previstos para la vía gubernativa y la vía contencioso administrativa".

Por su parte el abogado de la accionante, se opuso a "la negativa de la sentencia de tutela a ordenar el reintegro de la actora y el consecuencial pago de los salarios dejados de percibir", argumentando que si bien existe la posibilidad de reclamar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los escasos recursos económicos de la afectada y lo dilatado del proceso respectivo, tornan inconveniente dicha opción, pues "no se le puede exigir a una pobre servidora pública que vive de su salario... que contrate un abogado para pleitear durante cuatro (4) años".

5. Consideraciones de la Corte

El Tribunal de instancia, en un superficial análisis del conflicto, y prescindiendo del carácter de *extrema ratio* de la acción de tutela, concedió el amparo invocado al considerar que el procedimiento aplicado por la Universidad de Antioquia a la investigación disciplinaria que actualmente adelanta contra la accionante, debe ser el previsto en la Ley 200 de 1995 y no el señalado en el Acuerdo Nro. 55 de 1983.

Olvidó sin embargo, que de conformidad con el artículo 18 del Código Único Disciplinario, en las actuaciones de esta índole "prevalecerán los principios rectores que determina este Código, la Constitución Política y las normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo", y por lo mismo, a pesar de no haber sido expresamente prevista en el mencionado Acuerdo 55 la posibilidad de anulación de lo actuado por violación del debido proceso, tal hipótesis tiene plena vigencia en el trámite objeto de revisión.

En efecto, de conformidad con el artículo 29 de la Carta, "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", de donde se desprende la posibilidad de invalidar el trámite adelantado sin "observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio", hipótesis invocada por el accionante al cuestionar la legalidad del trámite disciplinario rituado en contra de su poderdante.

Significa lo anterior, que, el conflicto planteado en torno a la escogencia de la normatividad aplicable al referido proceso disciplinario, debe ser solucionado intraprocesalmente, de oficio, o elevando la respectiva solicitud de nulidad de lo actuado, y, de resultar imprósperа la reclamación, interponiendo los recursos ordinarios de reposición, apelación y queja, contra la providencia en que se materialice dicha negativa (art. 96 Código Único Disciplinario).

De aceptarse la tesis del Tribunal al invalidar parcialmente y por vía de tutela la actuación adelantada, se desconocería el principio constitucional según el cual la validez de la actuación se discute al interior del respectivo proceso, al amparo de las

causales y oportunidades previstas al efecto, y no acudiendo a un sumario trámite cuya finalidad exclusiva es la inmediata protección de los derechos fundamentales.

La posibilidad con que cuenta la parte afectada de cuestionar la legalidad de la actuación disciplinaria que en su contra se viene rituando, y la correlativa obligación de pronunciarse al respecto, por parte del investigador, excluyen de plano la procedencia del amparo invocado.

La discusión acerca del procedimiento aplicable en el presente caso se torna inconveniente además de innecesaria, pues si como viene de afirmarse, al no haber concluido el averiguatorio disciplinario la legalidad del procedimiento adelantado debe sopesarse al interior del respectivo proceso disciplinario, acometer tal labor en sede de tutela entrañaría el desconocimiento de las instancias regulares y con ello sí, la vulneración del debido proceso.

Se torna imperiosa entonces, la revocatoria del fallo objeto de impugnación.

Al amparo de las premisas anteriores, deviene improcedente la reclamación del apoderado de la accionante sobre su reintegro y reconocimiento de los salarios dejados de percibir, pues la suspensión que le afecta es de carácter provisional y no definitiva, susceptible de ulterior revocación o modificación, dependiendo, claro está, de la decisión definitiva que sobre la responsabilidad de la disciplinada se adopte.

Así se desprende del ordinal segundo de la Resolución Rectoral número 7838 del 28 de febrero del presente año, donde se afirma que "Tal medida tendrá vigencia por un término de sesenta (60) días, por lo que, si una vez transcurrido no se ha tomado determinación alguna sobre su responsabilidad disciplinaria, deberá ser reintegrada al cargo con las prerrogativas del caso"; es decir, con el consecuente reconocimiento de los salarios dejados de percibir.

Infundados resultan los restantes cuestionamientos que el apoderado de la accionante formula al trámite adelantado con presunta violación del derecho de defensa, pues como él mismo lo admite, "La disciplinada hizo uso de este derecho, contestó el pliego de cargos" y "solicitó la práctica de pruebas". Además, la conducta endilgada se enmarcó en el literal g del artículo 32 del Acuerdo Superior número 55 de 1983 (fl. 63 ib.), por lo que no se evidencia ambigüedad alguna en la imputación.

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. Revocar el fallo objeto de impugnación, para en su lugar Denegar el amparo solicitado en favor de Adriana María González Marín.

2. Notificar esta providencia de conformidad con el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CONFLICTO DE COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA: No debe acudir el juez de segunda instancia a integración de disposiciones del procedimiento civil para plantear un conflicto de competencia cuando el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en forma clara, suficiente y completa elucida que el funcionario competente es el superior jerárquico de quien profirió la sentencia de primer grado.

No resulta clara la posición que asume la Sala de Decisión Penal del Tribunal al invocar por vía de integración disposiciones del procedimiento civil para abstenerse de conocer y remitir por razón del territorio el expediente a otro Distrito, cuando el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es una norma clara, suficiente y completa para elucidar cuál es el funcionario competente en el conocimiento de la impugnación de un fallo de tutela.

Si la providencia de primer grado fue proferida por el Juzgado de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, sobre su impugnación conocerá la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, al que en su condición de "superior jerárquico correspondiente" le adjudica la ley el conocimiento funcional de la segunda instancia.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda.*

Radicación 3592

Aprobado Acta No. 55

VISTOS

Se decide el conflicto negativo de competencia suscitado entre las Salas Penales del Distrito Judicial de Tunja y de Antioquia, respecto al conocimiento de la

impugnación formulada por Henry Rivera contra el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado 1o. de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Tunja.

Henry Rivera, actualmente recluido en la penitenciaria nacional "El Barne" de la ciudad de Tunja, donde purga condena por el delito de homicidio, presentó acción de tutela ante el Juzgado 1o. Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa capital, reclamando la violación del derecho fundamental de petición, porque pese haber elevado varios memoriales al director de la cárcel del Circuito Judicial de Bolívar, doctor Ramiro Rivera, para obtener el pago de tres meses de salario correspondientes a los meses de mayo, junio y julio en que ejerció el cargo de monitor educativo, sus solicitudes no han merecido respuesta alguna.

El Juzgado 1o. de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ya referido profirió sentencia de primer grado denegando la acción de tutela instaurada por el interno, decisión que éste impugnó al momento de recibir su notificación.

El juez *a-quo* concedió el recurso para ante Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja –Sala Penal– pero esta Corporación se declaró incompetente para desatarlo argumentando la falta de competencia la falta de funcionario de primera instancia, por cuanto la vulneración del derecho fundamental invocado tuvo lugar en la Cárcel del Circuito Judicial de Bolívar, en el Departamento de Antioquia, siendo aplicable al caso la preceptiva del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

A su vez la Sala Penal del Distrito Judicial de Antioquia rechazó el conocimiento de la segunda instancia argumentando que si la colisión se ha presentado para desatar la impugnación

"...El Tribunal Superior de Tunja ostenta la competencia funcional para pronunciarse sobre el objeto del proceso, derivada del ejercicio del derecho a la impugnación por parte del accionante y, obviamente, para declarar la nulidad de lo actuado con fundamento en la advertida incompetencia territorial del funcionario de primer grado, caso en el cual, subsanado el defecto, dispondría la remisión de las diligencias al funcionario judicial competente del municipio de Ciudad Bolívar (Ant.)".

Como el Tribunal Superior de Tunja no la había propuesto, el de Antioquia suscita la Colisión, y su homólogo la admite tras persistir en la tesis de que la instancia le es ajena, porque según su entender e interpretación de la doctrina de la Corte Constitucional, cuando el juez de segunda instancia observa la incompetencia del funcionario *a-quo*, concurre la causal 2da. de nulidad del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, la cual puede ser sancada "excepto cuando se trate de falta de competencia funcional".

En vista de que el funcionario accionado carece de competencia nacional, los efectos de su omisión no se proyectan en el Distrito de Tunja sino en el de Antioquia, de modo que siendo ello así, sería a ese Tribunal y no al de Tunja al que le correspondería el pronunciamiento de rigor, porque la decisión implicaría asumir una competencia de la que este último carece.

En síntesis, pese a reconocerse superior jerárquico del Juez de Ejecución de Penas, el Tribunal de Tunja asume que no es el competente para fallar la segunda instancia, como tampoco para decretar la nulidad de la actuación surtida. Por ello optó por remitir las diligencias a la Corte, a fin de que ella dirima el conflicto surgido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Es competente esta Sala de la Corte para dirimir el conflicto suscitado, como en tal sentido lo ha venido admitiendo con fundamento en la doctrina de la Corte Constitucional y en su condición de superior jerárquico común de las dos colegiaturas colisionantes.

2. Muy a pesar de que las Salas de Decisión trabadas en conflicto citan como asidero de sus opuestas tesis el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el procedimiento civil como norma de integración en materia de tutela, precisa aclarar primeramente que no es la competencia *sui géneris* de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad prevista en los artículos 75 y 76 del Código de Procedimiento Penal la que puede orientar a la definición de este conflicto, porque si bien es cierto esos preceptos regulan que de la apelación de las decisiones de un juez de penas conocerá "el superior jerárquico de los jueces que hayan dictado la sentencia condenatoria" (lo que extiende la posibilidad del pronunciamiento más allá de sus respectivos distritos judiciales), tratándose de un asunto de tutela, la indicación del ad-quem la hace el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, adscribiéndole esa función "al superior jerárquico correspondiente".

Desde este punto de partida, no resulta clara la posición que asume la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Tunja al admitir que es esa Corporación, y no el Tribunal de Antioquia, el superior jerárquico del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, y pese a ello se abstiene de conocer de una de sus decisiones. Tampoco al invocar por vía de integración disposiciones del procedimiento civil, cuando ya se advirtió que el Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es una norma clara, suficiente y completa para elucidar cuál es el funcionario competente en el conocimiento de la impugnación de un fallo de tutela.

Ahora bien, sentado este supuesto, es aplicable al caso lo que la Sala advierte del funcionario competente para el conocimiento de la segunda instancia, sin que por

referir la cita a un caso penal la prive de aplicación en el presente, pues lejos de contrariar u oponerse al citado artículo 32 del Decreto reglamentario de la acción de tutela, en uno y otro evento surge que a diferencia de la primera instancia, donde cabrían factores como el territorial, el de conexidad, etc., cuando "... *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...*", dado que la valoración de la decisión de este funcionario "... *la hará inicialmente el tribunal al cual se le adjudique el conocimiento de esta controversia*".

Concluyendo

"*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... si es del caso, con más veras cuando se trata de un factor que constituye presupuesto procesal...*". *(auto de marzo 11 de 1997, M.P. Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego)*

Si, pues, en el presente evento la providencia de primer grado fue proferida por el juzgado 1o. de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Tunja, sobre su impugnación conocerá la Sala Penal del Tribunal Superior de ese mismo Distrito Judicial, al que en su condición de "superior jerárquico correspondiente" le adjudica la ley, expresamente, el conocimiento funcional de la segunda instancia. En tal sentido se dirimirá el conflicto, remitiendo la actuación a la Sala Penal del Tribunal de Tunja, y comunicando la decisión al del Distrito Judicial de Antioquia.

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

RESUELVE

Primero. Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado, asignando el conocimiento de estas diligencias, en segunda instancia, a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, donde se enviará de inmediato el expediente, para lo de su cargo.

Segundo. Comuníquese esta decisión a la Sala Penal del Tribunal de Antioquia.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: La decisión del juez de no compulsar las copias ordenadas en los fallos de tutela, en momento alguno vulnera o amenaza el derecho fundamental al debido proceso, tal omisión no constituye un desconocimiento de las garantías procesales del accionante, sino un incumplimiento por parte del funcionario judicial de los artículos 50 de la ley 200 de 1995 y 25 del Código de Procedimiento Penal. /El costo de las copias en este caso corre a cargo del Estado no del demandante.

La decisión del juez de no compulsar las copias ordenadas en los fallos de tutela, en momento alguno vulnera o amenaza el derecho fundamental al debido proceso, pues tal omisión no constituye un desconocimiento de las garantías procesales del accionante, sino un incumplimiento por parte del funcionario judicial de los artículos 50 de la ley 200 de 1995 y 25 del Código de Procedimiento Penal, los cuales dispone que el servidor público que de cualquier manera se entere de la ocurrencia de un hecho que constituya falta disciplinaria o delito investigable de oficio, deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente, suministrando toda la información y pruebas que tuviere.

El juez aduce que no compulsó las copias por cuanto el demandante no canceló el valor de las mismas, pero tal apreciación resulta equivocada, pues no solamente el servidor público debe poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente el hecho que constituya falta disciplinaria o delito que deba investigarse de oficio, sino que además los gastos que depare el cumplimiento de tal obligación corren a cargo del Estado.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel.*

Radicación 3552.

Aprobado Acta No. 57

VISTOS

La Corte resuelve la impugnación interpuesta por el ciudadano Abel Cenen Brochado de la Cruz contra la sentencia de fecha abril catorce del presente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Barranquilla denegó la acción de tutela impetrada por el recurrente contra el Juez Promiscuo Municipal de Santo Tomás Atlántico, para que se proteja el derecho fundamental del debido proceso.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El demandante instauró acción de tutela contra la mencionada autoridad judicial, por presunta violación del debido proceso, de acuerdo con los siguientes hechos:

1. Ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás presentó una acción de tutela contra la Tesorería del Municipio de Palmar de Varela, por violación del derecho de petición.

2. Mediante providencia del 26 de julio de mil novecientos noventa y cinco, el Despacho concedió la tutela y ordenó compulsar copias de la actuación con destino a la Procuraduría Provincial a efecto de investigar disciplinariamente al servidor público demandado.

3. El tres de mayo de mil novecientos noventa y cinco, ante el mismo Juzgado instauró una acción de tutela contra el Inspector Municipal de Palmar de Varela, por violación del derecho fundamental de petición.

4. Mediante sentencia de fecha mayo 17 de ese mismo año, el mencionado despacho judicial concedió el amparo solicitado y ordenó remitir copia de la actuación a la Fiscalía Seccional de Barranquilla y a la Procuraduría Provincial para que se investiguen las posibles faltas penales y disciplinarias en que incurrió la autoridad demandada.

5. A la fecha el Juez Promiscuo de Santo Tomás no ha compulsado las copias ordenadas en los mencionados fallos de tutela, argumentando que el peticionario debe pagar el valor de las mismas, no obstante que las faltas disciplinarias y los delitos contra la administración de justicia deben investigarse de oficio.

6. Por tal omisión presentó queja ante la Procuraduría Departamental, dependencia que dio traslado de la misma al Consejo Seccional de la Judicatura, quien abrió la correspondiente investigación.

En conclusión, solicita que se proteja el debido proceso, ordenando al funcionario demandado que compulse las copias a las autoridades pertinentes.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal de instancia denegó la presente acción de tutela con fundamento en las razones siguientes:

1. El Código Contencioso Administrativo dispone que la inobservancia de los términos para resolver o contestar las peticiones que eleven los ciudadanos constituirá causal de mala conducta para el funcionario y dará lugar a las sanciones correspondientes. Por ello, declarada la vulneración del derecho fundamental de petición, el Juez o Tribunal que así lo determine deberá compulsar las copias pertinentes para la respectiva investigación disciplinaria, sin que el ofendido deba sufragar el valor de las mismas.

2. Empero, si bien en el fallo del 26 de julio de 1995 se ordenó compulsar las copias a costa del peticionario, no es menos cierto que éste pudo impugnar la providencia a fin de que en segunda instancia se corrigiera el error.

3. El Juez demandado no tiene responsabilidad alguna respecto de la acción de tutela interpuesta contra la Inspectora única de Palmar de Varela, toda vez que la Juez Séptima Civil del Circuito de Barranquilla al desatar la impugnación, modificó el ordenamiento y dispuso que la expedición de las copias fuera a cargo del demandante, mandamiento que debe acatar el *a quo*. Por tanto, al exigir el Juez el pago de las copias, solo está cumpliendo la orden del superior, proceder que en modo alguno constituye vulneración del debido proceso.

4. El actor tiene otro mecanismo de defensa, cual es denunciar ante las autoridades competentes las supuestas infracciones que se pretenden investigar mediante las mencionadas copias.

5. La acción de tutela tampoco procede por cuanto la Sala, en cumplimiento del artículo 25 del Código de Procedimiento Penal, ordenará al Juez Promiscuo Municipal de Santo Tomás que de aviso a las autoridades correspondientes de las presuntas infracciones a que se ha hecho referencia.

LA IMPUGNACIÓN

1. El recurrente sostiene que en el caso concreto se vulneró el debido proceso, el cual comporta el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, toda vez

que el señor Juez omitió compulsar las copias para que se investiguen las faltas disciplinarias y los delitos en que incurrieron el tesorero y la inspectora única del municipio de Palmar de Varela.

2. Insiste que el Juez Promiscuo Municipal de Santo Tomás tiene la obligación legal de expedir las copias ordenadas en las sentencias de tutela, pues el artículo 25 del decreto 2700 de 1991 dispone que el servidor público que por cualquier medio conozca de la comisión de un hecho punible que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

3. Considera que el funcionario judicial demandado incurrió en los delitos de prevaricato por omisión y abuso de autoridad por omisión de denuncia, previstos en los artículos 150 y 153 del código penal.

4. No comparte el criterio del Tribunal según el cual él tenía el deber de denunciar ante las autoridades competentes las faltas y delitos en que incurrieron el tesorero y la inspectora del municipio de Palmar de Varela, pues ante la decisión del señor Juez de no compulsar las copias, presentó la respectiva queja en la Procuraduría Departamental del Atlántico.

En conclusión, solicita que se proteja el debido proceso o en subsidio que se ordene investigar la omisión del señor Juez de Santo Tomás o se le prevenga para que en lo sucesivo no vuelva a incurrir en tal irregularidad.

Consideraciones de la Sala

1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela solo procederá cuando los derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y el afectado no disponga de otro medio de defensa, salvo que la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, norma que dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En el presente caso la Sala estima que no procede el amparo solicitado por el recurrente, toda vez que la decisión del Juez demandado de no compulsar las copias ordenadas en los fallos de tutela, en momento alguno vulnera o amenaza el derecho fundamental del debido proceso, pues tal omisión no constituye un desconocimiento

de sus garantías procesales, las que fueron respetadas en las dos acciones de tutela que instauró ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás, sino un incumplimiento por parte del funcionario judicial de los artículos 50 de la ley 200 de 1995 y 25 del Código de Procedimiento Penal, los cuales disponen que el servidor público que de cualquier manera se entere de la ocurrencia de un hecho que constituya falta disciplinaria o delito investigable de oficio, deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente, suministrando toda la información y pruebas que tuviere.

El Juez aduce que no compulsó las mencionadas copias por cuanto el demandante no canceló el valor de las mismas, pero tal apreciación, que también comparte la Juez Séptima Civil del Circuito de Barranquilla resulta equivocada, pues no solamente el servidor público debe poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente el hecho que constituya falta disciplinaria o delito que deba investigarse de oficio, sino que además los gastos que depare el cumplimiento de tal obligación corren a cargo del Estado.

4. A través de esta acción se busca que el Juez demandado remita las copias a las autoridades competentes, pero tal pretensión no es admisible porque la tutela sólo procede para la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos señalados en la ley, situación que como ya se anotó no se presenta en el presente caso.

5. El recurrente puede enmendar la omisión del Juez, poniendo directamente en conocimiento de las autoridades competentes las supuestas faltas disciplinarias y delitos en que incurrieron el tesorero y la inspectora única del municipio de Palmar de Varela, pues de conformidad con los artículos 47 de la ley 200 de 1995 y 25 del estatuto procesal penal, cualquier persona puede formular la respectiva queja y todo habitante del territorio colombiano mayor de dieciocho años, debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

La Sala se abstendrá de compulsar copias para que se investigue al señor Juez Promiscuo Municipal de Santo Tomás Atlántico, pues el mismo impugnante formuló la queja ante la Procuraduría Departamental, dependencia que la remitió al Consejo Seccional de la Judicatura de Barranquilla, quien al parecer abrió investigación.

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

RESUELVE

Confirmar la sentencia de fecha abril catorce del presente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Barranquilla denegó la acción de tutela propuesta por el ciudadano Abel Cenón Brochado de la Cruz contra el Juez Promiscuo Municipal de Santo Tomás Atlántico.

En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EMPLEADO PUBLICO: el empleado público no puede acudir a la tutela para sustraerse a los deberes propios de la función que juró cumplir. DERECHO A LA EDUCACION: No se vulnera el derecho cuando las necesidades del servicio impiden conceder la comisión de estudios.

El funcionario público adquiere deberes frente al Estado de Derecho y a la organización estatal, deberes que se traducen en la prestación de un servicio público, dentro de los parámetros que le señalan la Constitución, las leyes y los reglamentos. Ello significa que no puede acogerse a una garantía constitucional para sustraerse, así sea fraccionariamente, a los deberes propios de la función que juró cumplir y cuyo ejercicio le es impuesto normativamente y a través de órdenes administrativas superiores, pues es evidente que su cumplimiento resulta prioritario.

La condición de servidor público conlleva una responsabilidad constitucional (art. 6°, C. N.) que implica el cumplimiento de deberes oficiales. Luego el accionante no tiene fundamento alguno para afirmar que le han sido quebrantados sus derechos a la educación y a la libertad de aprendizaje porque quiere hacerlos efectivos durante el tiempo que por ley debe destinar al cumplimiento de la función oficial que tiene a su cargo y ello solo es posible en la medida en que la administración lo considere permisible; asunto, totalmente ajeno a los objetivos de la acción constitucional de protección de derechos fundamentales.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Radicación 3587. Aprobado Acta No. 57

VISTOS

Decide la Corte la impugnación interpuesta por Efraín Yesid Castro Galeano contra la sentencia del 23 de abril de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior de Florencia (Caquetá) le denegó por improcedente la acción de tutela que instauró

implorando la protección de sus derechos a la educación, al libre aprendizaje y a la igualdad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El demandante Efraín Yesid Castro Galeano manifiesta que desde hace dos años trabaja como agente del Instituto de Tránsito Departamental del Caquetá y que también se encuentra cursando el IX semestre de Ciencias Sociales en la Universidad de la Amazonia con un horario de lunes a viernes de 6:30 a 9:45 de la mañana y los sábados de 7:00 a 10:00 de la mañana. Por ello, el 12 de marzo de 1997 solicitó se le concediera una "comisión de estudio" para los sábados a partir del 15 de ese mes hasta finalizar el año, pues según constancia de la Universidad de la Amazonia, realiza 128 horas de créditos deportivos los días sábados de 7:00 a 10:00 a.m.

El 19 de marzo de 1997, el señor Augusto Noel Huertas Campos, Director del Instituto Departamental de Tránsito denegó el otorgamiento de la "comisión" aduciendo escasez de personal operativo en carretera.

Dos días después, Efraín Yesid Castro Galeano insistió se le concediera la "comisión de estudios"; en su defecto, solicitó un permiso permanente para los días sábados laborables, esto es, que se le exonerara de asignación de turnos en esos días. Fundamentó tales pedimentos en lo reglamentado en los artículos 38 del Decreto Ley 2400 de 1968, 74, 82 del Decreto 1950 de 1973; 39.3.6 de la Ley 200 de 1995.

El mismo 21 de marzo, el jefe de Personal comunica al señor Efraín Yesid Castro Galeano que fue asignado a la Subsede de El Paujil para el cumplimiento de su trabajo.

La aspiración del accionante fracasó nuevamente, pues el 4 de abril de 1997, el Director del Instituto Departamental de Tránsito le informó que no era posible otorgarle la comisión de estudios por necesidades del servicio, en vista de las limitaciones de personal. El funcionario respaldó su determinación con un estudio realizado por el Subdirector administrativo y financiero del Instituto respecto a las condiciones de aplicabilidad de las disposiciones que mencionó el agente Castro Galeano, que concluye advirtiendo que el otorgamiento de la comisión de estudios es una facultad del Director.

Ante estas incidencias y el hecho de que la agente de tránsito Martha Rubiela Hernández sí tiene permiso para realizar estudios de postgrado de lunes a viernes de 7:00 a 10:00 a.m. el accionante solicita la protección de sus derechos a la educación, la libertad de aprendizaje y a la igualdad, consagrados en los artículos 27, 67 y 13 de la Constitución Nacional y, por tanto, que se le conceda la comisión de estudio los

días sábados de siete a diez de la mañana y además que sea trasladado a la subsede de Belén de los Andaquíes en donde estaba trabajando anteriormente.

FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Superior de Florencia declaró improcedente la acción de tutela instaurada por Efraín Yesid Castro Galeano, con estos argumentos:

1. Un determinado derecho, garantizado constitucionalmente, solo puede ser violado o amenazado con una acción u omisión arbitraria e ilegal, mas no cuando la actividad corresponde a un proceder legítimo, así al interesado le parezca injusto o inconveniente a sus intereses.

2. La negación de la comisión de estudios que Efraín Yesid Castro Galeano le solicitó y le denegó el Director del Instituto Departamental de Tránsito del Caquetá no es suficiente motivo para considerar vulnerados sus derechos a la igualdad, al aprendizaje y a la educación.

3. De acuerdo con los artículos 77 y 84 del Decreto 1950 de 1973, la comisión solicitada es improcedente porque el programa de Ciencias Sociales no es afín con las funciones que debe desempeñar Efraín Yesid Castro Galeano como agente de tránsito.

4. La determinación sobre el traslado del accionante al municipio de Belén de los Andaquíes es una función radicada en cabeza del Director del Instituto de Tránsito que el juez de tutela no puede usurpar y como acto administrativo goza de la presunción de legalidad que solo se puede desvirtuar por los procedimientos establecidos en la Carta y en el Código Contencioso Administrativo.

5. Para los conflictos de carácter laboral, la ley ha consagrado medios de defensa judicial expresos.

6. Está descartada la presencia de un perjuicio irremediable por el traslado de Efraín Yesid Castro Galeano a El Paujil porque no implicó un cambio de residencia, ya que los funcionarios del Instituto residen en Florencia.

LA IMPUGNACIÓN

El impugnante aclara que en realidad no aspira a que se le conceda una comisión de estudios, sino a que se le exonere de turnos durante los días sábados del presente año lectivo, dado que las órdenes del día se expiden a capricho del Director.

El recurrente manifiesta sentirse perseguido por cuanto tan pronto pidió el permiso para estudiar los sábados fue trasladado a El Paujil, a 15 kilómetros más lejos, siendo ese un sitio de circunstancias de orden público difíciles que ponen en peligro la vida y la integridad personal, como que hace 3 años fue muerto violentamente un agente de tránsito y la agente Rosa Elena Santa fue trasladada a Belén por haber sido amenazada.

Aduce que el estudio en ningún momento ha afectado la jornada laboral de 48 horas semanales, de las cuales no son canceladas las horas extras.

Por lo demás, el actor insiste en expresar que los permisos están reglamentados; que los estudios son causa justificada para concederlos; que es un derecho de todo servidor público obtener permisos en los casos de ley; y que si el Instituto no posee recursos presupuestales para suministrar la capacitación tampoco puede obstaculizar que ellos la obtengan por sus propios medios.

Consideraciones de la Sala

Es evidente que el *a quo* tuvo razón al declarar improcedente la acción de tutela instaurada por Efraín Yesid Castro Galeano, por cuanto si bien es verdad que la Constitución, en forma general y abstracta, protege diversos derechos y entre ellos, la educación, la libertad de aprendizaje y la igualdad, esa garantía no implica el ejercicio de tales derechos bajo cualquier condición o circunstancia.

Por principio, todo ciudadano y todo habitante del territorio colombiano tiene derecho a la igualdad, a la educación y a la libertad de aprendizaje; pero ese postulado solo se puede pregonar dentro de un contexto racional de convivencia social y de cumplimiento del orden jurídico y normativo.

En el caso del impugnante es básico tomar en consideración que no se trata de un ciudadano común; se trata de un funcionario público, quien, por esa razón ha adquirido deberes frente al Estado de Derecho y a la organización estatal; deberes que se traducen en la prestación de un servicio público, dentro de los parámetros que le señalan la Constitución, las leyes y los reglamentos. Ello significa que él no puede acogerse a una garantía constitucional para sustraerse, así sea fraccionariamente, a los deberes propios de la función que juró cumplir y cuyo ejercicio le es impuesto normativamente y a través de órdenes administrativas superiores, pues es evidente que su cumplimiento resulta prioritario.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley 200 de 1995, artículos 40.1.7.11, son deberes de los servidores públicos, cumplir las órdenes de sus superiores, y dedicar la

totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas. Luego, la pretensión del impugnante viene a traducirse en el incumplimiento de una de las obligaciones propias de su cargo, comoquiera que demanda que se le exonere de la prestación del servicio durante todos los días sábados que resulten laborables durante el presente año lectivo.

Ahora bien, aun cuando el impugnante al sustentar la apelación descarta la figura administrativa de la comisión de estudios, en el fondo lo que pretende es que se le autorice una comisión de esa naturaleza, por cuanto, parte del tiempo que debe dedicar al cumplimiento de la función oficial y por la cual se le remunera, la quiere ocupar en estudios. Esa actividad se encuentra reglamentada en el Decreto 1950 de 1973, cuyos artículos 77 y 84 condicionan el otorgamiento de la comisión de estudios, a que su realización interese a la administración pública y que se relacione con las funciones que presta el organismo al que está vinculado el servidor público.

En esta oportunidad el Director decidió denegar la comisión por razones del servicio y esa es una determinación que como acto de la administración bien puede ser debatida en las instancias administrativas y judiciales, mas no por la vía del amparo constitucional.

Igual sucede con la petición de remover la orden dada a Efraín Yesid Castro Galeano para que desempeñe sus funciones en El Paujil y no en Belén de los Andaquíes, pues se trata de determinaciones propias de la administración de un servicio público y no de actos arbitrarios o ilegales que se traduzcan en el desconocimiento o la conculcación de derechos fundamentales, pues se trata de un servidor público a quien ninguna disposición que se conozca, le ha garantizado una estabilidad de residencia.

Para terminar, no se puede dejar de lado el hecho de que la condición de servidor público conlleva una responsabilidad constitucional (C. N. art. 6o.) que implica el cumplimiento de sus deberes oficiales. Luego, el señor Efraín Yesid Castro Galeano no tiene fundamento alguno para afirmar que le han sido quebrantados sus derechos a la educación y a la libertad de aprendizaje porque quiere hacerlos efectivos durante el tiempo que por ley le debe dedicar al cumplimiento de la función oficial que está a su cargo y ello solo es posible en la medida en que la administración lo considere permisible; asunto, totalmente ajeno a los objetivos de la acción constitucional de protección de derechos fundamentales.

Ahora bien, tampoco se advierte la infracción al derecho a la igualdad por el hecho de que a otra persona, también agente de tránsito, se le haya concedido permiso para adelantar estudios universitarios de postgrado, porque su situación no es exactamente

igual a la del accionante. Tanto es así, que el Director del Instituto de Tránsito Departamental del Caquetá explicó que esa funcionaria cumple funciones administrativas, lo que no obliga a que a partir de esa autorización resulte forzoso conceder el mismo tipo de permisos a todos los servidores públicos de esa entidad.

De lo anterior se desprende el acierto de la decisión del *a quo* y por tanto se confirmará.

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. *Confirmar* la sentencia del 23 de abril de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior de Florencia (Caquetá), denegó por improcedente la tutela instaurada por Efraín Yesid Castro Galeano contra el Director del Instituto de Tránsito Departamental del Caquetá.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: Si la accionante estima que las resoluciones de reconocimiento de la pensión de jubilación a otros servidores oficiales es ilegal, resulta contradictorio que a la vez pretenda la protección del derecho a la igualdad frente a esos factores de comparación por se ilegítimos.

No puede pretenderse el amparo de la igualdad de cara a decisiones que son contrarias a la ley y su sentido conforme con la realidad, pues admitirlo significaría la quiebra del Estado de Derecho. Si la accionante estima que las resoluciones de reconocimiento de la pensión de jubilación a otros servidores oficiales es ilegal, resulta contradictorio que a la vez pretenda la protección del derecho a la igualdad frente a esos que son factores de comparación per se ilegítimos, pues, de acuerdo con el diseño constitucional de dicha garantía, la fuente y el término de cotejo por excelencia es la ley en su sensata interpretación y no el capricho o la arbitrariedad de los funcionarios encargados de aplicarla.

En armonía con las reflexiones del numeral anterior, si se aspiraba al amparo de igualdad, lo primero que debió demostrar la accionante era que en realidad tenía el derecho conforme con la ley o la convención y que, no obstante el cumplimiento de las condiciones legales o convencionales, la administración rehusaba su reconocimiento. En segundo lugar, a partir de la evidencia de su allanamiento a las exigencias legales, la actora debió demostrar que estaba en las mismas condiciones fácticas y jurídicas de otras personas a quienes sí se les reconoció el derecho.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Radicación 3613.

Aprobado Acta N° 66

Examina la Sala la impugnación propuesta por la señora Bernarda Claribel Agatón Beltrán en relación con la sentencia de tutela fechada el 30 de abril del año en curso, obra del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de la cual se denegó por improcedente la protección de la igualdad y de los derechos adquiridos en materia laboral.

De la acción

La señora Bernarda Claribel Agatón Beltrán instaura acción de tutela en contra de la Directora del Departamento Administrativo del Desarrollo Humano de Cundinamarca, doctora Alicia Maldonado Copello, y de la doctora Leonor Serrano de Camargo, Gobernadora del mismo departamento, con el fin de que se le amparen los derechos fundamentales a la igualdad, de petición y al mantenimiento de las situaciones adquiridas en materia laboral, de acuerdo con los artículos 13, 23 y 53 de la Constitución Política, y razona de la siguiente manera:

Dice que trabajó durante veinticinco (25) años al servicio de la Beneficencia de Cundinamarca y fue despedida por reestructuración de la entidad.

Aduce que por convención tiene un derecho adquirido a la pensión de jubilación, a pesar de lo cual la doctora Maldonado Copello, en actitud discriminatoria, se ha negado a reconocerlo.

Argumenta, con el ánimo de hacer ver el trato desigual de la funcionaria, que la señora Amelia Murcia Galeano, extrabajadora de la Secretaría de Obras Públicas del departamento de Cundinamarca, fue favorecida con la resolución número 000131 del 16 de enero pasado, por medio de la cual se le reconoció la pensión convencional, fundada en el hecho de que la empleada tenía 21 años de servicio y había cumplido 42 años de edad. No se ve entonces la razón por la cual a los trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca, que han prestado sus servicios durante 22, 25 ó 28 años y además han cumplido 50 y hasta 55 años de edad, la misma autoridad les ha desconocido olímpica y maliciosamente el derecho a la pensión.

Es en atención a estos fundamentos que la accionante solicitó al Tribunal que...

"Se ordene, en consecuencia, al Departamento Administrativo del Desarrollo Humano, bajo la Dirección de la Dra. Alicia Maldonado Copello, y a la Dra. Leonor Serrano de Camargo, Gobernadora de Cundinamarca, darnos a todos los trabajadores del Departamento de Cundinamarca, un tratamiento igualitario, respetando nuestros derechos adquiridos legal y convencionalmente, por lo que debe serme reconocida la pensión convencional. Así mismo, solicito que se ordene

al Departamento Administrativo del Desarrollo Humano, responder oportunamente las peticiones y recursos que haya podido presentar mi apoderada, puesto que no se conocen decisiones definitivas con respecto a los últimos escritos presentados haciendo hincapié en el reconocimiento de tales derechos que han sido ignorados".

EL FALLO DEL TRIBUNAL

La desestimación de la tutela incoada se asienta en la siguiente motivación:

Se contraría el espíritu de la tutela cuando la peticionaria pretende por dicho medio el reconocimiento de la pensión de jubilación, según las cláusulas de la convención colectiva del trabajo, sin reunir los requisitos allí plasmados para tal aspiración.

No puede argumentarse violación al derecho de igualdad cuando las condiciones son distintas y el tratamiento jurídico también lo es. En efecto, de acuerdo con la respuesta del Departamento Administrativo del Desarrollo Humano, son diferentes las situaciones de las exempleadas *Amelia Murcia Galeano* y *Bernarda Claribel Agatón Beltrán*, pues mientras aquella trabajaba para el Departamento de Cundinamarca (Obras Públicas), ésta lo hizo para la Beneficencia, entidades que estaban regidas por convenciones colectivas de distinto tenor.

Así examinada la situación, el Tribunal advierte una acción de tutela sin razones atendibles, pues, en primer lugar, la entidad demandada cumplió con el deber de dar respuesta oportuna a la solicitud de pensión tanto desde el punto de vista legal como dentro de los propios términos de la convención; y, en segundo orden, porque existen otros medios de defensa judicial como son los recursos en contra del acto administrativo, los cuales han sido usados por la interesada sin interferencias de sus garantías constitucionales. El juez de tutela no puede ocuparse de la pretensión de carácter laboral ventilada, sin lastimar el principio de autonomía funcional que la Constitución le dispensa a los administradores de justicia, pues la cuestión litigiosa vista está reservada a otra jurisdicción.

LA IMPUGNACIÓN

La solicitante advierte una valoración equívoca de su pretensión por parte del Tribunal, pues, según lo dice, ella no aspira a la tutela de derechos laborales sino que, en esencia, reclama un tratamiento igualitario, dado que son múltiples los casos en los que se ha reconocido la pensión de jubilación conforme con la convención colectiva de cada entidad. A continuación enuncia 53 resoluciones favorables sobre tal prestación y concluye: que si su caso se examina a la luz de la

convención colectiva, sin duda la decisión administrativa sería la misma, a menos que haya ocurrido un fraude colectivo, evento en el cual "no sería admisible solicitar el tratamiento igualitario".

Insiste en que el Tribunal malinterpretó su solicitud de tutela, pues no se trata de ordenar que se le conceda la pensión de jubilación, sino que se le tribute un tratamiento igualitario, en el sentido de que la entidad accionada proceda a aplicar en su favor las normas convencionales cuando examine su situación, sea cual fuere el contenido de la decisión, pues sólo así se podrá decir que no existió discriminación.

LA CORTE CONSIDERA

De acuerdo con el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, no procede la acción de tutela cuando el interesado disponga de otros medios de defensa judicial. Una razón de organización y cometido institucional subyace en esta previsión constitucional, pues esa protección inmediata y preferente que implica la tutela sólo se justifica ante la quiebra o el entorpecimiento radical de los medios comunes de realización de los derechos fundamentales, en la medida en que, como lo advierten el preámbulo y el artículo 1° de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos los encargados de ejercerla están llamados a "garantizar la efectividad de los derechos fundamentales", como también de las obligaciones y libertades de las personas. De este modo, si todos los procedimientos judiciales ordinarios o especiales están orientados prioritariamente a la realización de los derechos fundamentales, pues allí radica su legitimación y la de los administradores de justicia, aunque obviamente también apuntan de manera directa a la resolución del conflicto planteado, ellos deberán activarse prevalentemente y no podrán ser sustituidos por el actuar sumario y urgente de la tutela, a menos que se pretenda precaver un perjuicio irremediable y se le use entonces como mecanismo transitorio.

Así entonces, como se tiene establecido que el Departamento Administrativo del Desarrollo Humano le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la señora Agatón Beltrán, por medio de resolución número 0063 del 10 de enero del año en curso (fs. 18 y 19), y que por resolución número 0044 del 31 de enero siguiente se negó el recurso de reposición interpuesto en contra del anterior acto administrativo (fs. 29 a 32), la conclusión obvia es que la reclamante deberá acudir a la jurisdicción en busca de sus pretensiones, agotado como se encuentra el procedimiento gubernativo. Así, en caso de que hubiese ostentado la calidad de trabajadora oficial, deberá accionar ante la jurisdicción del trabajo, pues la disputa de la pensión de jubilación derivaría del contrato de trabajo celebrado

con la administración, en cuyas previsiones se entiende incorporada la convención colectiva correspondiente, de conformidad con el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, modificado por el 1° de la Ley 362 de 1997, y el artículo 467 del Código Sustantivo de la misma materia. Pero, si lo que ocurre es que la última condición del desempeño laboral de la solicitante fue la de empleada pública, como lo insinúa la administración al certificar que su cargo no estaba amparado por la convención colectiva (fs. 15), indudablemente su campo de actuación estaría en la jurisdicción contencioso-administrativa, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercida en contra de las mencionadas resoluciones de la administración, de acuerdo con los artículos 85 y 136 del Código Contencioso-administrativo.

Ahora bien, si lo que se pretendía era que la entidad administrativa aplicase las reglas de la convención colectiva y no las de la ordenanza 59 de 1937, porque la reclamante insiste en que tal es su derecho, pues una orden de tal naturaleza también concierne por ahora a la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso-administrativa, según el caso, dado que la administración de justicia se ocupa no sólo de las acciones sino también de las omisiones que ocasionan agravio a los sujetos de derecho.

Adicionalmente conviene precisar lo siguiente:

1. La igualdad de las personas y la prohibición de discriminación siempre está dispuesta "*ante la ley*", y así lo contemplan nítidamente la Constitución Política (art. 13), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 7°), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año (art. 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, adoptado por la Ley 74 de 1968 (art. 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, adoptado por la Ley 16 de 1972 (art. 24). De modo que la *legalidad*, que también es un derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en los instrumentos internacionales, resulta ser también una condición para la aplicación del derecho a la igualdad. Es así como no puede pretenderse el amparo de la igualdad de cara a decisiones que son contrarias a la ley y su sentido conforme con la realidad, pues admitirlo significaría la quiebra del Estado de Derecho. Si la accionante estima que las resoluciones de reconocimiento de la pensión de jubilación a otros servidores oficiales es ilegal, resulta contradictorio que a la vez pretenda la protección del derecho a la igualdad frente a esos que son factores de comparación *per se* ilegítimos, pues, de acuerdo con el diseño constitucional de dicha garantía, la fuente y el término de cotejo por excelencia es la ley en su sensata interpretación y no el capricho o la arbitrariedad de los funcionarios encargados de aplicarla.

2. En armonía con las reflexiones del numeral anterior, si se aspiraba al amparo de igualdad, lo primero que debió demostrar la accionante era que en realidad tenía el derecho conforme con la ley o la convención y que, no obstante el cumplimiento de las condiciones legales o convencionales, la administración rehusaba su reconocimiento. En segundo lugar, a partir de la evidencia de su allanamiento a las exigencias legales, la actora debió demostrar que estaba en las mismas condiciones fácticas y jurídicas de otras personas a quienes sí se les reconoció el derecho.

Como la reclamante no ofreció demostración alguna sobre dicha base y los términos de comparación para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad, además ellos no tan evidentes como para que el juez de tutela los haya declarado de oficio, obviamente que tampoco podía prosperar una pretensión tan precariamente alegada.

Se confirmará, en consecuencia, la sentencia impugnada.

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 el fallo de tutela de fecha, origen y contenido indicados en la motivación.

Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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 Manuel Torres Fresneda.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO: no se vulnera el derecho cuando para resolver conflictos de responsabilidad civil por accidente de transito se adelanta proceso civil, el trámite previsto en la ley 23 de 1991 es alternativo a aquel.

La ley 23 de 1991 en su capítulo II se instituyó como un mecanismo tendiente a desjudicializar los conflictos económicos surgidos como consecuencia de contravenciones de tránsito, sin que por ello se hayan afectado las bases, presupuestos y procedimientos relativos a la responsabilidad civil extracontractual. Se trata por lo tanto de un instrumento alternativo al cual puede acudirse en ejercicio del derecho de reclamación de los perjuicios, sin que ello implique la imposibilidad de hacerlo ante la jurisdicción civil, y el que de cualquier manera no es viable cuando la pretensión se dirige contra un tercero llamado a responder civilmente por el daño de otro o cuando el hecho involucra la existencia de delitos contra la vida o la integridad personal.

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

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

Radicación 3676.

Aprobado Acta No. 71

Vistos

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Henry Hernán Calderón Jaramillo, contra la providencia de mayo 22 de 1997, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio no accedió a tutelarle el derecho fundamental al debido proceso.

LA ACCIÓN DE TUTELA

El 26 de octubre de 1993 se presentó un choque en el Barrio Galán de Villavicencio entre los vehículos identificados con las placas OA 3603 y AJ 7750, conducidos, respectivamente, por Héctor Olaya Ortiz y Henry Hernán Calderón Jaramillo. El primero decidió demandar al segundo y a la propietaria del automotor que éste conducía, Liliana Andrade Medina, ante la Jurisdicción Civil para que los declarara civilmente responsables de los daños ocasionados al automotor de su propiedad. Lo hizo por la vía del procedimiento ordinario.

La demanda fue admitida por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Villavicencio el 6 de diciembre de 1993 y el 9 de junio de 1994 le fue notificada a Calderón Jaramillo quien, a través de apoderado, la contestó el 24 de junio siguiente. Solicitó como pruebas un interrogatorio de parte y que se oficiara al Juez Penal Municipal respectivo con el objeto de que enviara constancia "...de quién es el responsable del accidente de acuerdo a las pruebas aportadas por el demandante".

El mismo día el demandado propuso la excepción previa de falta de competencia (art. 97, num. 2° del C. de P.C.). La sustentó en el siguiente razonamiento:

a. Que el artículo 18 de la ley 23 de 1991, modificatorio del 236 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, le atribuyó a los secretarios e inspectores municipales y distritales de tránsito o en su defecto a los alcaldes municipales e inspectores de policía, el conocimiento "...en única instancia de las infracciones sancionadas con multas superiores a 15 salarios mínimos y en primera instancia de las infracciones sancionadas con multas superiores a 15 salarios mínimos, o con suspensión o cancelación de la licencia para conducir, *lo mismo que de las resoluciones en que se condene al pago de perjuicios*".

b. Que el artículo 20 de la misma ley, modificatorio del 252 del Código de Tránsito, señaló que "cuando se trate de daños ocasionados a los vehículos, inmuebles, muebles o animales, en la resolución que imponga la sanción se condenará al responsable al pago de los perjuicios en concreto", para lo cual el inspector procederá a liquidarlos, de acuerdo con el procedimiento señalado en los incisos 1° y 2° del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal.

Le pidió el demandado al Juez Civil con sustento en las mencionadas normas declarar probada la excepción de falta de competencia, en consideración a que la ley 23 de 1991 le asignó la competencia para conocer de las faltas ocurridas en accidente de tránsito a las autoridades administrativas mencionadas, no siendo dable que la Jurisdicción Civil conozca el caso sin haberse determinado la responsabilidad del accidente por parte de dichos funcionarios.

Para cuando fue demandado, dice Henry Hernán Calderón Jaramillo en la acción de tutela que presentó, se encontraba vigente el capítulo 2° de la ley 23 de 1991, toda vez que la suspensión del mismo dispuesta por el artículo 59 del decreto 2651 de 1991 había cesado en cuanto la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de esta norma el 29 de abril de 1993.

El Juzgado Civil, entonces, no era competente para conocer de la demanda. Pero no resolvió la excepción de incompetencia planteada ni lo hizo el Tribunal Superior, con lo cual se le violó el derecho al debido proceso, dice el accionante.

Las pretensiones de la demanda fueron desestimadas por el Juzgado Civil "...al encontrar que no se encontraba probada la legitimación en la causa por activa". Lo hizo mediante providencia del 16 de abril de 1996 la cual fue revocada por la Sala Civil Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio, que, en su lugar, declaró responsable del accidente a Calderón Jaramillo y lo condenó a pagar los perjuicios, en forma solidaria con la propietaria del vehículo Liliana Andrade Medina. A criterio del accionante el Tribunal carecía de competencia para ello, en cuanto no obraba ninguna resolución dictada por las autoridades de tránsito, "...violando el debido proceso, pues no tuvieron en cuenta las normas que regulan la materia, ley 23 de 1991, las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional y las normas que sirven para interpretación de la ley como son los artículos 26, 27, 28 del Código Civil".

En conclusión, solicita que se le ampare el derecho fundamental al debido proceso, anotando que carece de otro medio de defensa judicial en cuanto la sentencia, en razón de la cuantía, carece del recurso extraordinario de casación.

La sentencia y el recurso

Luego de recordar el Tribunal de Villavicencio que no es procedente la acción de tutela en contra de decisiones judiciales, salvo ante la existencia de una vía de hecho y para evitar un perjuicio irremediable, concluye que en el caso examinado una irregularidad de esa naturaleza no tuvo ocurrencia. La Jurisdicción Civil, dice, acondicionó el trámite al procedimiento legal previsto "...y no emerge de él el ejercicio caprichoso de la actividad funcional, ni actuación de los funcionarios demandados encaminada a desconocer injustamente derechos de quienes allí asumieron la calidad de partes, siendo sí el resultado de su intervención la aplicación de la jurisdicción debida a un caso concreto".

Aunque advierte la primera instancia que el demandado propuso la excepción previa de falta de competencia y la misma no fue resuelta por el juzgado civil, no obstante ello el proceso cumplió con su finalidad si se tiene en cuenta que se

decretaron pruebas, entre ellas las solicitadas por la parte demandada para el ejercicio de su defensa. Distinto es que este sujeto procesal haya permanecido inactivo, dando viabilidad a que se aplicara el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil.

"De haberse mantenido las razones esgrimidas por la parte demandada para considerar la incompetencia del juez del proceso y existir convicción de ello –concluye el Tribunal—, el interesado bien pudo acudir al planteamiento de la nulidad, acorde a lo prescrito en el artículo 140 y siguientes del C. de P. C. que alude a la situación anotada como una de sus causales, máxime si estas tienen como finalidad asegurar la validez de la tramitación judicial, para que no se incurra en las irregularidades en ellas previstas; no obstante, tal parece que no existió interés en el planteamiento de este remedio procesal, o finalmente no se guardó convicción acerca de su prosperidad, puesto que teniendo una amplia oportunidad para alegarla, de ser fundado dicho pedimento, no lo hizo".

El proceso ordinario de mayor cuantía, en suma, se tramitó con sustento en los artículos 2341 y 2342 del código civil y demás normas concordantes (arts. 1494 y 1615) y el artículo 398 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Insiste el accionante en la sustentación del recurso de apelación en el hecho de que se le vulneró el debido proceso. Los jueces civiles eran incompetentes para conocer del proceso y propuesta la excepción previa de falta de competencia no le fue resuelta. Y "en cuanto de que se podía plantear la nulidad acorde a lo previsto en el artículo 140 del C. de P. C. hay que tenerse en cuenta que en uno de los varios casos en que nuestro Código utiliza el término jurisdicción como sinónimo de competencia, como reiteradamente se ha afirmado, jurisdicción no existe sino una. Debe entenderse por falta de jurisdicción el hecho de que el negocio corresponda a autoridad judicial de una rama diferente a la civil.

"Siendo la falta de jurisdicción una causal de nulidad no saneable –concluye el recurrente—y alegada como excepción previa, pone de presente que la actuación judicial se apartó ostensiblemente del imperio de la ley y, por ende, incurrió en una vía de hecho violatoria del derecho fundamental al debido proceso que, en este caso, se impone a amparar, a fin de que el órgano judicial competente adopte su decisión conforme a la ley vigente".

Consideraciones de la Corte

Lo novedoso del capítulo segundo de la ley 23 de 1991 (arts. 18 al 21) fue asignarle a "los secretarios, inspectores municipales y distritales de tránsito, y en su defecto a los alcaldes municipales y los inspectores de policía...", la función

de condenar en concreto al responsable directo de la falta de tránsito al pago de los perjuicios civiles.

Aunque tales normas fueron suspendidas por el artículo 59 del decreto 2651 de 1991, recobraron su vigencia en consideración a que ese precepto fue retirado del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-168 de abril 29 de 1993.

Por lo tanto, las mencionadas normas de la ley 23 de 1991 se encuentran vigentes e igualmente lo estaban para el 26 de octubre de 1993 y para el 26 de noviembre del mismo año, fechas en las cuales, respectivamente, aconteció el accidente de tránsito y se presentó la demanda que originó el proceso civil al cual se refiere la acción de tutela.

A criterio de la Sala dichos artículos de la ley 23 de 1991 se instituyeron como mecanismo tendiente a desjudicializar los conflictos económicos surgidos como consecuencia de contravenciones de tránsito, sin que por ello se hayan afectado las bases, presupuestos y procedimientos relativos a la responsabilidad civil extracontractual. Se trata por lo tanto de un instrumento alternativo al cual puede acudirse en ejercicio del derecho de reclamación de los perjuicios, sin que ello implique la imposibilidad de hacerlo ante la jurisdicción civil, y el que de cualquier manera no es viable cuando la pretensión se dirige contra un tercero llamado a responder civilmente por el daño de otro o cuando el hecho involucra la existencia de delitos contra la vida o la integridad personal.

En el caso objeto de examen, entonces, no es manifiesto que se haya incurrido en una vía de hecho, consistente en la absoluta falta de competencia del Juez Civil para dirimir el conflicto que por la vía del procedimiento ordinario le fue planteado, máxime cuando la demanda se dirigió no solamente contra el posible responsable directo del hecho sino contra un tercero y cuando, además, el caso se puso en conocimiento del Juzgado Penal Municipal Reparto, toda vez que tres personas resultaron heridas, como se constata en el informe del accidente rendido por el agente de tránsito Simón Casallas González (fl. 6 de las copias del proceso civil).

En cuanto a la supuesta violación del debido proceso por falta del trámite atinente a la excepción previa de falta de competencia propuesta por la parte demandada, alegada por el accionante como otra vía de hecho, estima la Sala que tampoco tuvo ocurrencia. Aunque es verdad que el escrito de excepciones fue presentado en el momento procesal oportuno y que el mismo no se tramitó, también lo es que la irregularidad quedó convalidada frente a la inactividad del demandado. Este, aparte de contestar la demanda y concomitantemente con ella

proponer la excepción previa, estuvo ausente del proceso. Hasta el punto que el interrogatorio de parte que solicitó fue declarado desierto, por cuanto no concurrió a la audiencia donde tendría lugar.

El recurrente, en conclusión, contó dentro del proceso civil con todas las posibilidades de defenderse. Y no lo hizo. Nunca le reclamó su apoderado al funcionario judicial acerca de la tramitación de la excepción previa formulada, como debió haber sucedido. Dejó transcurrir todas las fases del proceso y no puede ahora, a través de la acción de tutela, pretender que se deje sin efectos una decisión judicial que hizo tránsito a cosa juzgada. Permitirlo significaría legitimar en las partes la costumbre de callar en forma desleal ante ciertas irregularidades procesales, de esperar el resultado del proceso y de acudir, de resultarle adverso, al mecanismo excepcional de la tutela como una fórmula de último momento para buscar su resquebrajamiento.

Así las cosas, es improcedente el amparo solicitado, por lo que se confirmará la sentencia objeto de la apelación.

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

RESUELVE

1. *Confirmar* la sentencia de mayo 22 de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior de Villavicencio declaró improcedente la acción de tutela formulada por el ciudadano Henry Hernán Calderón Jaramillo.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

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

INDICE CRONOLOGICO
SENTENCIAS
DE TUTELA

DEBIDO PROCESO PENAL: La negligente o errática estrategia defensiva no puede ser suplida con la acción constitucional extraordinaria/ DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: Ante sentencio en firme, de conformidad con el artículo 75-1° ejusdem, el competente para resolver las solicitudes de libertad no es el Juez de Tutela sino el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad/MECANISMO TRANSITORIO: no puede incoarse la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a una sentencia de segunda instancia debidamente ejecutoriado, porque en este evento se está frente a un hecho cumplido - y no "inminente" -, que por su carácter definitivo mal podría ser objeto de bloqueo a través de un instrumento provisional.

1. Es improcedente la acción de tutela dirigida a modificar la realidad procesal que entraña un fallo de segunda instancia ejecutoriado, por cuanto el proceso penal, por expreso mandato constitucional –art. 29- ha sido dotado de todas las garantías y controles necesarios para precaver la vulneración de los derechos fundamentales de quienes en él intervienen.

La negligente o errática estrategia defensiva de los profesionales del Derecho que fungieron el decurso de las instancias y en su oportunidad omitieron utilizar los recursos e instrumentos intraprocesales, no puede ser suplida con la acción constitucional extraordinaria, como en este caso lo pretende el actor.

2. Por tratarse de una persona privada de su libertad en razón a una sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75-1° *ejusdem*, el competente para resolver el asunto no es el Juez de Tutela sino el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

De otro lado, como el impugnante insiste en la transitoriedad de la acción instaurada para evitar un perjuicio irremediable, conviene precisar una vez más que, al margen de las consideraciones anteriores, no puede incoarse la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a una sentencia de segunda instancia debidamente ejecutoriada, porque en este evento se está frente a un hecho cumplido –y no "inminente"–, que por su carácter definitivo mal podría ser objeto de bloqueo a través de un instrumento provisional. Magistrado Ponente

Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: ENERO 16 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Proceso 3174 - Penal. 1563

DEBIDO PROCESO: La acción de tutela, no es el mecanismo idóneo para ilustrar la manera cómo debe interpretarse la ley ni hacer prevalecer criterios jurídicos/ DEBIDO PROCESO PENAL: la solicitud de sentencia anticipada en la etapa instructiva debe elevarse antes de que el Fiscal cierre la investigación; la negativa del fiscal a atender la petición prestada al momento del cierre no vulnera el derecho del accionante.

1. Es probable que del contenido de un determinado precepto legal surjan diversas interpretaciones, debido a la amplitud o ambigüedad de su redacción, pero ello no autoriza a que, por la disparidad de criterios, se impute a un funcionario judicial el desconocimiento de las garantías fundamentales, máxime si el fundamento de la decisión presuntamente vulneradora, está acompañada de razonamientos coherentes y lógicos.
2. La postura asumida por la Fiscalía responde a los objetivos de la solicitud de sentencia anticipada. Quien opta por esta solicitud en la etapa instructiva debe elevarla antes de que el Fiscal cierre la investigación, es decir, antes de que profiera el auto que declare perfeccionada esa etapa procesal.
Resulta evidente que si el Estado busca mediante la terminación anticipada del proceso que el organismo judicial encargado de instruirlo renuncie a la búsqueda de pruebas, porque se ha suscitado la declaración voluntaria del procesado, ninguna razón habría para que esa oportunidad se difiera al momento del cierre de investigación, porque esa "voluntaria" "colaboración" del implicado perdería toda validez frente a una investigación que ya se encuentra perfeccionada, máxime cuando este acto procesal supone la existencia de la prueba suficiente para dar paso a la calificación del mérito del sumario. Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: ENERO 23 DE 1997. Decisión: Revoca. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Proceso 3217 - Penal. 1568

DEBIDO PROCESO PENAL: No obstante la naturaleza constitucional del principio de tipicidad, no es correcto pretender su discusión por fuera del proceso penal, específicamente a través de la acción de tutela

No obstante la naturaleza constitucional del principio de tipicidad, no es correcto pretender su discusión por fuera del proceso penal, específicamente a través de la acción de tutela, como lo pretende el recurrente. Permitirlo

significaría la corrosión misma del procedimiento judicial. Concretamente, de seguirse este pensamiento, terminaría el recurso de casación sustituido por la tutela, pues le bastaría a un condenado omitir la interposición de aquél y acudir, en forma personal o a través de un nuevo abogado, a la acción excepcional logrando de tal manera revivir un debate probatorio finalizado en su escenario natural. Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: ENERO 23 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. Proceso 3256 - Penal. 1575

NULIDAD EN TUTELA: la ausencia de competencia territorial para conocer constituye un vicio insaneable

A pesar de que el fallo laboral dice gravar a Colpuertos - Barranquilla, lo cierto es, como desde un inicio lo advirtiera el accionante que el encargado del pago de estas prestaciones es ahora Foncolpuertos, a cuya dirección se habían dirigido las comunicaciones.
Siendo lo anterior así, no cabe duda en cuanto a la competencia que le asistía a las autoridades judiciales de Santafé de Bogotá, y no a las de Barranquilla para entrar a tramitar y resolver el trámite previsto, de donde surge forzosa la nulidad de lo actuado, de decisión oficiosa por parte de la Sala, en cuanto el vicio de incompetencia no resulta en modo alguno subsanable.
Se remite la actuación al Tribunal de Santafé de Bogotá. Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto. Fecha: FEBRERO 07 DE 1997. Decisión: Decreta Nulidad. Remite. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Santafé de Bogotá. *Notas Aclaratorias: Dr. Dídimo Páez Velandia - Salvamento de Voto.* Proceso 3287 - Penal. 1579

NULIDAD EN TUTELA: la nulidad por falta de competencia, de no implicar arrogación abusiva sino inadvertencia convalidable de servidor investido de jurisdicción, puede subsanarse.

En materia de tutela la nulidad por falta de competencia, de no implicar arrogación abusiva sino inadvertencia convalidable de servidor investido de jurisdicción, puede subsanarse.
Si se observa la naturaleza de los derechos cuya protección se demanda –derecho a la vida a la igualdad, a la protección de las personas de la tercera edad y a la seguridad social, por falta de acatamiento a un fallo dictado por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Laboral– es imposible que su hipotética vulneración hubiese ocurrido en lugar distinto a la sede vital,

Barranquilla, lo cual fija allí la competencia territorial, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 1°. del artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

La competencia del Tribunal de Barranquilla, como también la primacía de lo esencial sobre lo adjetivo de suyo ordenada por la Constitución Política de Colombia y la ley, que en lo referente al trámite de la acción de tutela determina que se desarrollará con arreglo a los principios de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, aconsejaban no dilatar ni iterar la determinación, cuando indemnes se hallaban, además, los derechos al debido proceso y de defensa de los intervinientes. Magistrado Doctor: Didimo Páez Velandia. Salvamento de Voto. Fecha: FEBRERO 07 DE 1997. Proceso: 3287 - Penal. 1579

SEGURIDAD SOCIAL. DERECHO A LA SALUD: no es procedente el amparo constitucional para disponer el reembolso económico en favor de las EPS por concepto de gastos que ocasione la atención médica ordenada en sentencia de tutela

Mediante la acción de tutela no es procedente disponer el reembolso económico en favor de la EPS por concepto de gastos que ocasione la atención médica ordenada, porque el Estado –Ministerio de Salud no intervino durante el trámite; no se puede emplear el amparo constitucional para establecer los eventuales derechos que pudieran surgir en favor de la empresa accionada en virtud de las órdenes impartidas en la decisión impugnada que se confirma, ni para imponer condenas de facto en contra del Estado. Magistrado Ponente Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: FEBRERO 11 DE 1997. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Proceso 3307 - Penal. 1587

DEBIDO PROCESO PENAL. DERECHO DE DEFENSA: Se vulnera el derecho cuando el juez de segunda instancia se abstiene de conocer la apelación con base en inoportunos razonamientos en torno a la condición de parte y al ius postulandi del recurrente

Es misión ineludible del *ad-quem* aprehender el fondo del asunto sometido a revisión cuando aparece debidamente probado que el accionante esta legitimado como parte, tiene interés jurídico para recurrir, y el recurso se interpone y sustenta en observancia de las prescripciones de los artículos 196 y 196Adel C. de P. P. Abstenerse de conocer de la apelación, como en efecto hizo, acudiendo a inoportunos

razonamientos en torno a la condición de parte y al *ius postulandi* del recurrente, son predicados que en el mejor de los casos y en el momento adecuado hubieran podido servir para revocar o anular el reconocimiento de la parte civil dentro del desarrollo gradual y secuencial del respectivo proceso penal, pero jamás para omitir un deber como era desatar el recurso legalmente concedido a fuer de haber sido postulado por quien jurídicamente estaba reconocido como sujeto procesal. Este proceder desborda el marco jurídico en que debe resolverse la impugnación, para inventar un trámite previo y excluyente que pone en vilo la eficacia del principio de doble instancia, toda vez que su operancia estaría guardada al arbitrio o a la discreción del órgano justamente establecido para garantizar su imperturbable vigencia y en estricto sentido constituye, no una decisión judicial sino una reprochable omisión de cara a lo reglado por el artículo 213 del C. de P. P. –modificado por el 30 de la Ley 81 de 1993 –, que por lo injurídica, deviene en una vía de hecho lesiva del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: MARZO 04 DE 1997. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Proceso 3332 - Penal. 1594

REGIMEN PRESTACIONAL: el pago oportuno de las prestaciones sociales es un derecho susceptible de protección mediante tutela cuando el retraso en el pago afecta de manera concreta a un derecho fundamental como por ejemplo la vida

El pago oportuno de las prestaciones sociales que se derivan de una relación laboral, es un elemento integrante del derecho al trabajo, aunque no siempre se constituye en derecho fundamental también, como si lo es el salario, a menos que del retraso en su pago se derive una afectación concreta a otro derecho fundamental, como la vida por ejemplo, cuando de ellas depende exclusivamente la subsistencia del acreedor.

El Estado tiene señalados procesos laborales específicos, ante la jurisdicción ordinaria o ante la contencioso-administrativa, según sea el caso, para obtener el reconocimiento y pago de tales derechos cuando el patrono, particular o estatal, niegue el derecho o lo reconozca pero no lo haga efectivo. Magistrado Ponente: Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: MARZO 11 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. *Notas Aclaratorias: Dr. Dídimo Páez Velandia - Salvamento de Voto.* Proceso 3358 - Penal. 1601

IMPUGNACION - sustentación

Necesidad de sustentar la impugnación para proceder al estudio de la tutela en segunda instancia. Magistrado Doctor: Dídimo Páez Velandia. Salvamento de Voto. Fecha: MARZO 11 DE 1997. Proceso: 3358 - Penal. 1601

DEBIDO PROCESO PENAL: el denunciante sólo cuenta con el derecho de petición para solicitar la revocatoria de la decisión de suspensión de la investigación, los recursos ordinarios no constituyen medios de defensa que pueda emplear/ MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL: no siempre basta argüir la disponibilidad de otros recursos judiciales para excluir la tutela, pues resta examinar si la misma puede utilizarse como medida transitoria y provisional para conjurar un perjuicio que pudiera tornarse en irreversible.

1. El ordenamiento procesal penal colombiano, sólo por excepción permite al denunciante recurrir la resolución inhibitoria y no otras decisiones (C. P. P. art. 327), no es cierto que en relación con la providencia de suspensión de la investigación quepan aún los recursos ordinarios de reposición y apelación, de parte del denunciante, dizque porque aquélla apenas causa ejecutoria formal y no material.
El presunto perjudicado eventualmente podría hacer uso del derecho especial de petición ante el funcionario fiscal, concretamente para solicitar motivadamente la revocatoria de la decisión de suspensión, expuesto en todo caso a una respuesta positiva o negativa (C. P. P. art. 28).
2. De acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 8º del Decreto reglamentario 2591 de 1991, aunque existan otras vías de defensa judicial, el afectado podrá ampararse en la tutela como mecanismo transitorio sólo para evitar un perjuicio irremediable.
De modo que no siempre basta argüir la disponibilidad de otros recursos judiciales para excluir la tutela, pues resta examinar si la misma puede utilizarse como medida transitoria y provisional para conjurar un perjuicio que después, si no se activa el mecanismo, se tornaría irreversible. Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: MARZO 18 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Proceso 3387 - Penal. 1609

DEBIDO PROCESO: la tutela no es procedente para cuestionar la interpretación normativa empleada por los jueces naturales.

(Reiteración) Magistrado Ponente Doctor Dídimo Páez Velandia. Sentencia. Fecha: MARZO 20 DE 1997. Decisión: Revoca. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. *Notas Aclaratorias: Dr. Ricardo Calvete Rangel –Aclaración de Voto; Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote–. Salvamento de Voto; Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar - Salvamento de Voto; Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego –Salvamento de Voto.* Proceso 3376– Penal. 1616

DEBIDO PROCESO CIVIL: al accionante que desistió de un proceso divisorio cuando vislumbró que carecía de legitimación por activa le resulta aplicable el inciso primero del artículo 342 del C. de P.C. , esto es que su desistimiento tiene los efectos de cosa juzgada.

Analizado el fallo la tutela fue concedida porque el *a-quo* interpretó el artículo 342 del C. de P.C. de una manera diferente a como lo hizo el juez civil, "y según mi opinión, para imponerle su errado criterio disfrazó el tema bajo una supuesta violación del debido proceso, a todas luces inexistente".

En este caso convenía explicar que la decisión de la Sala Civil del Tribunal se ajusta a derecho, y que la intromisión de la Sala Penal no solo es indebida y desborda el ámbito propio de la tutela sino que es completamente equivocada.

El desistimiento presentado por las accionantes produce las consecuencias previstas en la ley, es decir, fue una renuncia a las pretensiones de la demanda, porque si el fallo hubiera sido favorable a los demandados habría producido efectos de cosa juzgada, y no puede entenderse, que esa situación cabe en la hipótesis del inciso 5°. del artículo 342 del C. de P.C., que es para un evento diferente, en donde lo que se busca es que los que "verdaderamente" tengan bienes o derecho en común no pierdan la posibilidad de demandar su revisión.
Así, cuando posteriormente las señoras fueron demandadas en el proceso divisorio promovido por algunos parientes suyos, razón tuvo el Juez y el Tribunal al declarar probada la excepción de cosa juzgada, pues otra decisión sería extender la interpretación del inciso 5° del artículo 342 hasta el extremo de permitir que los procesos divisorios se vuelvan un juego, donde el demandante ve que va a ser demostrada su falta de legitimación desiste y luego demanda de nuevo, o se hace demandar. Magistrado Doctor: Ricardo Calvete Rangel. Aclaración de Voto. Fecha: MARZO 20 DE 1997. Proceso: 3376 - Penal. 1616

DEBIDO PROCESO CIVIL: El artículo 342 del C. de P.C. lo que prohibe a manera de sanción respecto al accionante en un proceso divisorio es que si desiste de él una vez haya existido oposición por parte de los demandados no puede volver a intentar igual pretensión, más en ninguna forma está ordenando la norma que no pueda en el futuro quien fue demandante en esas condiciones ser demandado, pues un tal alcance normativo estaría significando que por haber desistido desaparece su derecho real de dominio común sobre el bien, lo cual indudablemente iría contra la Carta Política.

El juez y el Tribunal de la jurisdicción civil que se pronunciaron en el proceso divisorio objeto de tutela desconocieron el ordenamiento constitucional y legal aparentando la interpretación del inciso 5º del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil.

Es evidente que a las accionantes –demandadas en el proceso divisorio– se las excluyó como comuneras con el argumento de que por haber desistido del primer proceso divisorio por ellas iniciado, cuando ya existía oposición de los demandados, no podían en el futuro intervenir en ningún otro proceso que reclamara la división comunitaria, ni como demandantes ni como demandadas y lo que realmente resulta inusitado, es que también se les suprimió la calidad de comuneras, el derecho de dominio que los mismos demandantes les habían reconocido en la demanda, al demandar también respecto de ellas la división del inmueble rural, y bajo cuyo supuesto se admitió la demanda.

A una tal argumentación, creo que no puede atribuírsele carácter hermeneútico alguno, habida cuenta de que el inciso quinto del precitado artículo 342 del Código de Procedimiento Civil por ninguna parte hace un tal reconocimiento legal y por vía interpretativa tampoco es posible, por cuanto lo que ésta disposición prohibe a manera de sanción respecto al accionante en un proceso divisorio es que si desiste de él una vez haya existido oposición por parte de los demandados no puede volver a intentar igual pretensión, más en ninguna forma está ordenando la norma que no pueda en el futuro quien fue demandante en esas condiciones ser demandado, pues un tal alcance normativo estaría significando que por haber desistido desaparece su derecho real de dominio común sobre el bien, lo cual indudablemente iría contra la Carta Política.

Además, se les ocasiona un perjuicio irremediable a las accionantes pues ya no pueden actuar dentro del proceso y ningún otro para que se les reconozca su derecho, mas aún cuando no resulta cierto que hayan actuado como partes en todo el trámite procesal hasta el fallo y que ahora es que vengan a reclamar ilegalidad en el proceso, pues no cabe duda que el auto por medio del cual se aceptó la excepción de cosa juzgada no es sentencia,

sino solamente un auto y que la sentencia viene a proferirse cuando se apruebe la partición, es decir que aún restaba un importante camino procesal para que hubiesen podido continuar actuando, son las razones que me impone separarme del fallo mayoritario. Magistrado Doctor: Carlos Augusto Gálvez Argote. Salvamento de Voto. Fecha: MARZO 20 DE 1997. Proceso: 3376 - Penal. 1617

DEBIDO PROCESO CIVIL: se vulnera el debido proceso cuando el juzgador ante el evento de una demanda divisoria en contra de quien en proceso anterior había desistido no da aplicación a la norma especial contenida en el inciso 5° del artículo 342 del C. de P.C.

1. Si un juez desconoce abierta y caprichosamente el debido proceso, por ser éste un derecho fundamental de la persona y además una obligación directamente regulada por la Constitución para el funcionario judicial, podrá acudirse a la tutela, si el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial.
2. El artículo 342 inciso 5° del Código de Procedimiento Civil indica razonablemente que la eficacia del desistimiento está vinculada a la anuencia de la parte demandada, cuando ésta no se opuso a la demanda, el precepto fingido por el juzgador civil irracionalmente señala que no se impide la promoción de un nuevo proceso, ante el desistimiento, cuando el demandado no se opuso a la demanda. Pero si hubo oposición de todos los integrantes de la parte demandada, como ocurrió en el *subjudice*, entonces sí se obstaculiza la iniciación de nuevo proceso sobre el mismo objeto y entre las mismas personas (cosa juzgada). Se advierte de este sesgo en la lectura una marcada falacia debida a razones intranscendentes, pues la prueba sobre la oposición de todos los demandados no es directamente relevante en favor de una presunta prosperidad de la cosa juzgada, lo es sólo para la determinación de la eficacia del desistimiento.
Y es irracional el dispositivo inventado por la Sala Civil, en la medida en que nuestro sistema jurídico-civil, fiel al pensamiento de los romanos de repudio a la propiedad compartida, se orienta a facilitar la voluntad de rompimiento de las comunidades por cualquiera de los comuneros (C. P. C. arts. 342, inc. 5° y 467), y además ningún coasignatario de una cosa universal o singular está obligado a permanecer en la indivisión (C. C., art. 1374). Así pues, los juzgadores civiles no sólo pretermitieron abiertamente el precepto mencionado, sino que omitieron también la aplicación de las demás normas integradoras que se acaban de citar. Magistrado Doctor: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Salvamento de Voto. Fecha: MARZO 20 DE 1997. Proceso: 3376 - Penal. 1618

DEBIDO PROCESO CIVIL: Se vulnera el debido proceso cuando so pretexto de fallar una excepción de cosa juzgada en un proceso divisorio, se resuelve excluir a algunas de las partes de la comunidad misma, alegando que en proceso anterior de idéntica naturaleza habían renunciado a sus pretensiones, pues lo que se está haciendo es fallar la cuestión del dominio al interior de un juicio que no tiene por objeto resolver el punto.

El desistimiento de la pretensión divisoria únicamente produce efecto preclusivo de la actuación, pero no efecto material de cosa juzgada, de verdad real, de definición sobre la relación jurídica sustancial que da origen al divisorio, es decir, sobre la calidad de comunero.
Entonces, cuando so pretexto de fallar una excepción de cosa juzgada en un proceso divisorio, se resuelve excluir a algunas de las partes de la comunidad misma, alegando que en proceso anterior de idéntica naturaleza habían renunciado a sus pretensiones, lo que se está haciendo es fallar la cuestión del dominio al interior de un juicio que no tiene por objeto resolver el punto. Y esa es una violación ostensible del derecho fundamental al debido proceso puesto que a través del ejercicio de un tipo de acción (pretensión) se define lo que debe discutirse en otra. Otra será la vía para impugnar los títulos que alegan tener las accionantes y es a ella a la que se tendrá que acudir. Pero de todas maneras, excluirlas del proceso, de la posibilidad de actuar, y por este camino decidir sobre su calidad de condueñas, es vencerlas sin posibilidad de agotar el contradictorio. Magistrado Doctor: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Salvamento de Voto. Fecha: MARZO 20 DE 1997. Proceso: 3376 - Penal. 1619

DEBIDO PROCESO DE FAMILIA: se vulnera el derecho al tercero opositor que actúa en causa propia cuando en procesos de mínima cuantía no se autoriza su intervención directa.

El numeral 4º del artículo 28 del Decreto 196 de 1971, es claro al permitir la oposición en las diligencias judiciales en causa propia, sin necesidad de ser o recurrir a un abogado inscrito. Y aunque la actuación posterior a ella si debe "ser patrocinada por abogado..." según las voces del mismo numeral, tal representación se condiciona al hecho de que la ley la exija, lo que en el caso presente no sucede porque ni el numeral 3º de este mismo artículo ni otra disposición lo requieren para los procesos de mínima cuantía, de donde debe concluir que el accionante podía actuar tanto en la diligencia como en la actuación posterior ante el Juzgado, sin el auxilio de abogado. La negativa del juzgado a permitir la intervención de este tercero constituye una verdadera vía de hecho mediante la cual se excluye al accionante de una

intervención legalmente permitida, con el agravante de carecer de cualquier mecanismo judicial de defensa. Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia. Fecha: ABRIL 17 DE 1997. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Proceso 3488 - Penal. 1645

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL, DERECHO A LA SALUD: no es pertinente la invocación de los artículos 6°, 121 y 122 de la C. Nal. como puntales de la actividad negativa del ISS a suministrar medicamentos no incluidos en el POS cuando se presenta el evento de ser éstos indispensables para garantizar la vida del paciente.

Es sofística la invocación de los artículos 6°, 121 y 122 de la C. Nal. como puntales de la actividad negativa del ISS a suministrar medicamentos no incluidos en el POS, cuando son indispensables para garantizar la integridad física del paciente, pues lo primero, trátase de normas que están integradas a la parte orgánica y no a la parte dogmática de la Carta; y lo segundo, los servidores públicos han de someterse en sus actuaciones a una ley, siempre que ésta promueva, materialice o respete los derechos fundamentales. Si ello no fuera así, qué sentido tendría el valor directamente normativo y prevalente de la Constitución que consagra el artículo 4° ? Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: ABRIL 22 DE 1997. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta. Proceso 3457 - Penal.

DESACATO: requisitos

El accionado sólo será sancionado si la orden judicial de tutela reviste de taxatividad, perentoriedad, obligatoriedad, publicidad y posibilidad de cumplimiento, características deducidas de la institución del debido proceso, de su carácter punitivo y del artículo 23 del decreto 2591 de 1991. Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: ABRIL 29 DE 1997. Decisión: Modifica. Sanciona. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Proceso 3520 - Penal. 1658

TUTELA CONTRA PARTICULARES. DERECHO A LA INTIMIDAD: la persona que considera lesivas de su patrimonio moral las afirmaciones hechas en un libro no se encuentra en estado de indefensión que haga procedente la acción de tutela, pues cuenta con la posibilidad de promover acciones penales

La indefensión se presenta sólo si el accionante esta en imposibilidad de proteger sus derechos, lo que no ocurre aquí, pues si éste estima que las afirmaciones efectuadas en el libro son deshonrosas, cuenta con la posibilidad de poner estos hechos en conocimiento de las autoridades jurisdiccionales para que investiguen y, si es del caso, sancionen la comisión de los delitos.

No es el juez constitucional el encargado de determinar si las afirmaciones y expresiones utilizadas en el libro lesionan o no el patrimonio moral del actor, para ello cuenta con mecanismos idóneos, como atrás se expresó. Magistrado Ponente Doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: MAYO 20 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. *Notas Aclaratorias: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar - Aclaración de Voto.* Proceso 3530 - Penal. 1665

TUTELA CONTRA PARTICULARES, DERECHO A LA INTIMIDAD: el medio utilizado –impreso en circulación– coloca en abstracto y por regla general en situación de indefensión a las personas que puedan sufrir con las afirmaciones allí hechas por tanto, en estos eventos sí debe proceder la acción de tutela contra particulares.

La dimensión de la intimidad puede verse afectada sin que de por medio estén afirmaciones calumniosas o injuriosas, ya que corresponde a un ámbito de desarrollo de la persona, libre de interferencia por los demás, que no necesariamente a una amenaza o un ataque al buen nombre o a la buena imagen.

Porque el medio utilizado –un impreso en circulación - coloca en abstracto y por regla general, en situación de indefensión a la persona o las personas que lo puedan llegar a sufrir y por tanto en estos eventos sí debe proceder la vía de la tutela contra particulares.

Las acciones civiles o penales tienen por finalidad indemnizar y/o penalizar, un daño ya causado y consumado, más no precaverlo o impedir la extensión de sus efectos. Magistrado Doctor: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Aclaración de Voto. Fecha: MAYO 20 DE 1997. Proceso: 3530 - Penal. 1665

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: no es procedente mediante tutela decretar la nulidad parcial por indebida aplicación de normas, la decisión en este sentido desconoce el principio constitucional según el cual la validez de la actuación se discute al interior del respectivo proceso.

El conflicto planteado en torno a la escogencia de la normatividad aplicable al proceso disciplinario, debe ser solucionado intraprocesalmente, de oficio, o elevando la respectiva solicitud de nulidad de lo actuado, y, de resultar imprόspera la reclamación, interponiendo los recursos ordinarios de reposición, apelación y queja, contra la providencia en que se materialice dicha negativa.

De aceptarse la tesis del Tribunal al invalidar parcialmente y por vía de tutela la actuación adelantada, se desconocería el principio constitucional según el cual la validez de la actuación se discute al interior del respectivo proceso, al amparo de las causales y oportunidades previstas al efecto, y no acudiendo a un sumario trámite cuya finalidad exclusiva es la inmediata protección de los derechos fundamentales. Magistrado Ponente Doctor Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: MAYO 20 DE 1997. Decisión: Revoca. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Proceso 3536 - Penal. 1671

CONFLICTO DE COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA: No debe acudir el juez de segunda instancia a integración de disposiciones del procedimiento civil para plantear un conflicto de competencia cuando el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en forma clara, suficiente y completa elucida que el funcionario competente es el superior jerárquico de quien profirió la sentencia de primer grado.

No resulta clara la posición que asume la Sala de Decisión Penal del Tribunal al invocar por vía de integración disposiciones del procedimiento civil para abstenerse de conocer y remitir por razón del territorio el expediente a otro Distrito, cuando el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es una norma clara, suficiente y completa para elucidar cuál es el funcionario competente en el conocimiento de la impugnación de un fallo de tutela.

Si la providencia de primer grado fue proferida por el Juzgado de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, sobre su impugnación conocerá la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, al que en su condición de "superior jerárquico correspondiente" le adjudica la ley el conocimiento funcional de la segunda instancia. Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Auto. Fecha: MAYO 23 DE 1997. Decisión: Dirime Conflicto. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia. Proceso 3592 - Penal. 1677

DEBIDO PROCESO: La decisión del juez de no compulsar las copias ordenadas en los fallos de tutela en momento alguno vulnera o amenaza el

derecho fundamental al debido proceso, tal omisión no constituye un desconocimiento de las garantías procesales del accionante, sino un incumplimiento por parte del funcionario judicial de los artículos 50 de la ley 200 de 1995 y 25 del Código de Procedimiento Penal. /El costo de las copias en este caso corre a cargo del Estado no del demandante.

La decisión del juez de no compulsar las copias ordenadas en los fallos de tutela, en momento alguno vulnera o amenaza el derecho fundamental al debido proceso, pues tal omisión no constituye un desconocimiento de las garantías procesales del accionante, sino un incumplimiento por parte del funcionario judicial de los artículos 50 de la ley 200 de 1995 y 25 del Código de Procedimiento Penal, los cuales dispone que el servidor público que de cualquier manera se entere de la ocurrencia de un hecho que constituya falta disciplinaria o delito investigable de oficio, deberá ponerlo inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente, suministrando toda la información y pruebas que tuviere.

El juez aduce que no compulsó las copias por cuanto el demandante no canceló el valor de las mismas, pero tal apreciación resulta equivocada, pues no solamente el servidor público debe poner inmediatamente en conocimiento de la autoridad competente el hecho que constituya falta disciplinaria o delito que deba investigarse de oficio, sino que además los gastos que depare el cumplimiento de tal obligación corren a cargo del Estado. Magistrado Ponente Doctor Ricardo Calvete Rangel. Sentencia. Fecha: MAYO 27 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Proceso 3552 - Penal. 1682

EMPLEADO PUBLICO: el empleado público no puede acudir a la tutela para sustraerse a los deberes propios de la función que juró cumplir. DERECHO A LA EDUCACION: No se vulnera el derecho cuando las necesidades del servicio impiden conceder la comisión de estudios.

El funcionario público adquiere deberes frente al Estado de Derecho y a la organización estatal, deberes que se traducen en la prestación de un servicio público, dentro de los parámetros que le señalan la Constitución, las leyes y los reglamentos. Ello significa que no puede acogerse a una garantía constitucional para sustraerse, así sea fraccionariamente, a los deberes propios de la función que juró cumplir y cuyo ejercicio le es impuesto normativamente y a través de órdenes administrativas superiores, pues es evidente que su cumplimiento resulta prioritario.

La condición de servidor público conlleva una responsabilidad constitucional (art. 6°, C. N.) que implica el cumplimiento de deberes oficiales. Luego el accionante no tiene fundamento alguno para afirmar que le han sido quebrantados sus derechos a la educación y a la libertad de aprendizaje porque quiere hacerlos efectivos durante el tiempo que por ley debe destinar al cumplimiento de la función oficial que tiene a su cargo y ello solo es posible en la medida en que la administración lo considere permisible; asunto, totalmente ajeno a los objetivos de la acción constitucional de protección de derechos fundamentales. Magistrado Ponente Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Sentencia. Fecha: MAYO 27 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia. Proceso 3587 - Penal. 1688

DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY: Si la accionante estima que las resoluciones de reconocimiento de la pensión de jubilación a otros servidores oficiales es ilegal, resulta contradictorio que a la vez pretenda la protección del derecho a la igualdad frente a esos factores de comparación per se ilegítimos.

No puede pretenderse el amparo de la igualdad de cara a decisiones que son contrarias a la ley y su sentido conforme con la realidad, pues admitirlo significaría la quiebra del Estado de Derecho. Si la accionante estima que las resoluciones de reconocimiento de la pensión de jubilación a otros servidores oficiales es ilegal, resulta contradictorio que a la vez pretenda la protección del derecho a la igualdad frente a esos que son factores de comparación *per se* ilegítimos, pues, de acuerdo con el diseño constitucional de dicha garantía, la fuente y el término de cotejo por excelencia es la ley en su sensata interpretación y no el capricho o la arbitrariedad de los funcionarios encargados de aplicarla.

En armonía con las reflexiones del numeral anterior, si se aspiraba al amparo de igualdad, lo primero que debió demostrar la accionante era que en realidad tenía el derecho conforme con la ley o la convención y que, no obstante el cumplimiento de las condiciones legales o convencionales, la administración rehusaba su reconocimiento. En segundo lugar, a partir de la evidencia de su allanamiento a las exigencias legales, la actora debió demostrar que estaba en las mismas condiciones fácticas y jurídicas de otras personas a quienes sí se les reconoció el derecho. Magistrado Ponente Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: JUNIO 12 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá. Proceso 3613 - Penal. 1694

DEBIDO PROCESO: no se vulnera el derecho cuando para resolver conflictos de responsabilidad civil por accidente de transito se adelanta proceso civil, el trámite previsto en la ley 23 de 1991 es alternativo a aquel La ley 23 de 1991 en su capítulo II se instituyó como un mecanismo tendiente a desjudicializar los conflictos económicos surgidos como consecuencia de contravenciones de tránsito, sin que por ello se hayan afectado las bases, presupuestos y procedimientos relativos a la responsabilidad civil extracontractual. Se trata por lo tanto de un instrumento alternativo al cual puede acudirse en ejercicio del derecho de reclamación de los perjuicios, sin que ello implique la imposibilidad de hacerlo ante la jurisdicción civil, y el que de cualquier manera no es viable cuando la pretensión se dirige contra un tercero llamado a responder civilmente por el daño de otro o cuando el hecho involucra la existencia de delitos contra la vida o la integridad personal. Magistrado Ponente Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: JUNIO 24 DE 1997. Decisión: Confirma. No Tutela. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Proceso 3676 - Penal. 1700

INDICE TEMATICO SENTENCIAS DE TUTELAS

C

° CONFLICTO DE COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

– No debe acudir el juez de segunda instancia a integración de disposiciones del procedimiento civil para que plantear un conflicto de competencia cuando el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en forma clara, suficiente y completa elucida que el funcionario competente es el superior jerárquico de quien profirió la sentencia de primer grado. 1677

D

° DEBIDO PROCESO

– La acción de tutela, no es el mecanismo idóneo para ilustrar la manera cómo debe interpretarse la ley ni hacer prevalecer criterios jurídicos. 1658

– La tutela no es procedente para cuestionar la interpretación normativa empleada por los jueces naturales. 1616

– No se vulnera el derecho cuando para resolver conflictos de responsabilidad civil por accidente de tránsito se adelanta proceso civil, el trámite previsto en la ley 23 de 1991 es alternativo a aquel. 1700

° DEBIDO PROCESO CIVIL

– al accionante que desistió de un proceso divisorio cuando vislumbró que carecía de legitimación por activa le resulta aplicable el inciso

primero del artículo del C. de P. C, esto es que su desistimiento tiene los efectos de cosa juzgada. 1616

- El artículo 342 del C. de P. C lo que prohibe a manera de sanción respecto al accionante en un proceso divisorio es que si desiste de él una vez haya existido oposición por parte de los demandados no puede volver a intentar igual pretensión, más en ninguna forma está ordenando la norma que no pueda en el futuro quien fue demandante en esas condiciones ser demandado, pues un tal alcance normativo estaría significando que por haber desistido desaparece su derecho real de dominio común sobre el bien, lo cual indudablemente iría contra la Carta Política. 1617

- se vulnera el debido proceso cuando el juzgador ante el evento de una demanda divisoria en contra de quien en proceso anterior había desistido no da aplicación a la norma especial contenida en el inciso 5° del artículo 342 del C. de P.C. 1618

- Se vulnera el debido proceso cuando so pretexto de fallar una excepción de cosa juzgada en un proceso divisorio, se resuelve excluir a algunas de las partes de la comunidad misma, alegando que en proceso anterior de idéntica naturaleza habían renunciado a sus pretensiones, pues lo que se está haciendo es fallar la cuestión del dominio al interior de un juicio que no tiene por objeto resolver el punto 1619

° DEBIDO PROCESO DE FAMILIA

- se vulnera el derecho al tercero opositor que actúa en causa propia cuando en procesos de mínima cuantía no se autoriza su intervención directa. 1645

° DEBIDO PROCESO DE TUTELA

- La decisión del juez de no compulsar las copias ordenadas en los fallos de tutela en momento alguno vulnera o amenaza el derecho fundamental al debido proceso, tal omisión no constituye un desconocimiento de las garantías procesales del accionante, sino un incumplimiento por parte del funcionario judicial de los artículos 50 de la ley 200 de 1995 y 25 del Código de Procedimiento Penal. El costo de las copias en este caso corre a cargo del Estado no del demandante. 1682

- DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

  – No es procedente mediante tutela decretar nulidad parcial por indebida aplicación de normas, la decisión en este sentido desconoce el principio constitucional según el cual la validez de la actuación se discute al interior del respectivo proceso. 1671

- DEBIDO PROCESO PENAL

  – el denunciante sólo cuenta con el derecho de petición para solicitar la revocatoria de la decisión de suspensión de la investigación, los recursos ordinarios no constituyen medios de defensa judicial que pueda emplear. 1609

  – La negligente o errática estrategia defensiva no puede ser suplida con la acción constitucional extraordinaria 1653

  – la solicitud de sentencia anticipada en la etapa instructiva debe elevarse antes de que el Fiscal cierre la investigación; la negativa del fiscal a atender la petición prestada al momento del cierre no vulnera el derecho del accionante 1568

  – No obstante la naturaleza constitucional del principio de tipicidad, no es correcto pretender su discusión por fuera del proceso penal, específicamente a través de la acción de tutela 1575

  – Se vulnera el derecho cuando el juez de segunda instancia se abstiene de conocer la apelación con base en inoportunos razonamientos en torno a la condición de parte y al *ius postulandi* del recurrente 1594

- DERECHO A LA EDUCACION

  – No se vulnera el derecho cuando las necesidades del servicio impiden conceder la comisión de estudios. 1688

- DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

  – Si la accionante estima que las resoluciones de reconocimiento de la pensión de jubilación a otros servidores oficiales es ilegal, resulta contradictorio que a la vez pretenda la protección del derecho a la igualdad frente a esos factores de comparación *per se* ilegítimos 1694

- DERECHO A LA INTIMIDAD

  – el medio utilizado –impreso en circulación– coloca en abstracto y por regla general en situación de indefensión a las personas que puedan sufrir con las afirmaciones allí hechas por tanto, en estos eventos sí debe proceder la acción de tutela contra particulares 1665

  – la persona que considera lesivas de su patrimonio moral las afirmaciones hechas en un libro no se encuentra en estado de indefensión, que haga procedente la acción de tutela, pues cuenta con la posibilidad de promover acciones penales 1665

- DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

  – Ante sentencia sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75-1 *ejusdem*, el competente para resolver las solicitudes de libertad no es el Juez de Tutela sino el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad 1563

- DERECHO A LA SALUD

  – no es pertinente la invocación de los artículos 6°, 121 y 122 de la C. Nal. como puntales de la actividad negativa del ISS a suministrar medicamentos no incluidos en el POS cuando se presenta el evento de ser éstos indispensables para garantizar la vida del paciente 1651

  – no es procedente el amparo constitucional para disponer el reembolso económico en favor de las EPS por concepto de gastos que ocasione la atención médica ordenada en sentencia de tutela 1587

- DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL

  – no es pertinente la invocación de los artículos 6°, 121 y 122 de la C. Nal. como puntales de la actividad negativa del ISS a suministrar medicamentos no incluidos en el POS cuando se presenta el evento de ser éstos indispensables para garantiza la vida del paciente 1651

- DERECHO DE DEFENSA

  – Se vulnera el derecho cuando el juez de segunda instancia se abstiene de conocer la apelación con base en inoportunos razonamientos en torno a la condición de parte y al *ius postulandi* del recurrente 1594

° DESACATO

– requisitos 1658

E

° EMPLEADO PUBLICO

– el empleado público no puede acudir a la tutela para sustraerse a los deberes propios de la función que juró cumplir. 1688

I

° IMPUGNACION

– sustentación 1601

M

° MECANISMO TRANSITORIO

– no puede incoarse la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a una sentencia de segunda instancia debidamente ejecutoriada, porque en este evento se está frente a un hecho cumplido - y no "inminente", que por su carácter definitivo mal podría ser objeto de bloqueo a través de un instrumento provisional 1563

° MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL

– no siempre basta argüir la disponibilidad de otros recursos judiciales para excluir la tutela, pues resta examinar si la misma puede utilizarse como medida transitoria y provisional para conjurar un perjuicio que pudiera tornarse en irreversible 1609

N

° NULIDAD EN TUTELA

– la ausencia de competencia territorial para conocer constituye un vicio insaneable 1579

– la nulidad por falta de competencia, de no implicar arrogación abusiva sino inadvertencia convalidable de servidor investido de jurisdicción, puede subsanarse 1579

R

REGIMEN PRESTACIONAL

– el pago oportuno de las prestaciones sociales es un derecho susceptible de protección mediante tutela cuando el retraso en el pago afecta de manera concreta a un derecho fundamental como por ejemplo la vida 1601

S

SEGURIDAD SOCIAL

– no es procedente el amparo constitucional para disponer el reembolso económico en favor de las EPS por concepto de gastos que ocasione la atención médica ordenada en sentencia de tutela 1587

T

TUTELA CONTRA PARTICULARES

– el medio utilizado –impreso en circulación– coloca en abstracto y por regla general en situación de indefensión a las personas que puedan sufrir con las afirmaciones allí hechas por tanto, en estos eventos sí debe proceder la acción de tutela contra particulares 1665

– la persona que considera lesivas de su patrimonio moral las afirmaciones hechas en un libro no se encuentra en estado de indefensión, que haga procedente la acción de tutela, pues cuenta con la posibilidad de promover acciones penales 1665

La Imprenta Nacional de Colombia
realizó la impresión del libro
«Gaceta Sala de Casación Penal - 1er. Sem./97»
Volumen II
y terminó su impresión en diciembre de 1998

Ivstitia et Litterae