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"

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCXXI – SEGUNDO SEMESTRE 1992 – NUMERO 2460

PRIMERA PARTE

SANTAFE DE BOGOTA D.C.

REPUBLICA DE COLOMBIA



GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCXXI - NUMERO 2460

PRIMERA PARTE

SEGUNDO SEMESTRE

1992

SALA DE CASACION PENAL

SANTAFE DE BOGOTA D.C.

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA
EDITORIAL LINOTIPIA BOLIVAR

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

SEGUNDO SEMESTRE 1992



SALA PLENA

Doctor PEDRO LAFONT PIANETTA, Presidente
Doctor DIDIMO PAEZ VELANDIA, Vicepresidente
Doctora BLANCA TRUJILLO DE SANJUAN, Secretaria General

SALA CIVIL

Doctor CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, Presidente
Doctor CARLOS JULIO MOYA COLMENARES, Secretario
Doctor RAFAEL RODRIGUEZ MELO

MAGISTRADOS Doctores

EDUARDO GARCIA SARMIENTO
CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
PEDRO LAFONT PIANETTA
HECTOR MARIN NARANJO
ALBERTO OSPINA BOTERO
RAFAEL ROMERO SIERRA

SALA LABORAL

Doctor ERNESTO JIMENEZ DIAZ, Presidente
Doctor JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

RAFAEL BAQUERO HERRERA
MANUEL ENRIQUE DAZA ALVAREZ
ERNESTO JIMENEZ DIAZ
JORGE IVAN PALACIO PALACIO
HUGO SUESCUN PUJOLS
RAMON ZUÑIGA VALVERDE

SALA PENAL

Doctor RICARDO CALVETE RANGEL, Presidente
Doctor RAFAEL I. CORTES GARNICA, Secretario

MAGISTRADOS Doctores

RICARDO CALVETE RANGEL
JORGE CARREÑO LUENGAS
GUILLERMO DUQUE RUIZ
GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ
YESID RAMIREZ BASTIDAS
DIDIMO PAEZ VELANDIA
EDGAR SAAVEDRA ROJAS
JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA
JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ

RELATORES:

Doctor RAFAEL RODRIGUEZ MELO
Doctora LILIANA POLANIA ALVAREZ (Eda) Sala Civil

Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ, Sala Laboral

Doctora HILDA LEONOR CORTES GOMEZ
Doctora AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO, Sala Penal

Doctora PIEDAD ARCILA ESPINOSA. Tutelas

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DIRECTORES:

RELATOR SALA LABORAL: Dra. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA CIVIL: Dr. RAFAEL RODRIGUEZ MELO
Dra. LILIANA POLANTA ALVAREZ (Edo)
RELATOR SALA PENAL: Dra. HILDA LEONOR CORTES GOMEZ
Dra. AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO
RELATOR TUTELAS: Dra. PIEDAD ARCILA ESPINOSA

TOMO CCXXI - Santafé de Bogotá, D. C. - Julio a Diciembre de 1992 - Número 2460

SALA DE CASACION PENAL

NULIDAD \ IRREGULARIDAD

No toda irregularidad que recaiga en un proceso tiene la virtualidad de invalidarlo; este efecto, que sanciona los descuidos de la administración de justicia y por lo regular afecta negativamente por lo menos a una de las partes, solo tiene cabida cuando la naturaleza de la irregularidad y su magnitud representan verdaderos atentados contra las garantías constitucionales y procesales porque se torne legalmente imposible de solución mediante los mecanismos previstos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6008

Contra: Edilberto Pulido Mora

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 080

Santafé de Bogotá, D.C., julio primero de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se decide el recurso de casación interpuesto por su defensora y el procesado Edilberto Pulido Mora, contra la sentencia proferida el 7 de noviembre de 1990 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante la cual, al confirmarse la de primera instancia del juzgado 13 Superior de la misma ciudad, se le condena a la pena principal de diez años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y se adoptan otras determinaciones pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Pasadas las tres de la mañana del 17 de diciembre de 1985, sobre la vía principal de entrada a la Central de Abastos Corabastos de Santafé de Bogotá, el Juzgado 55 Permanente de Instrucción Criminal practicó el levantamiento del cadáver de un hombre que según las pesquisas de identificación resultó ser José Vicente Rodríguez, el cual exhibía heridas de arma cortopunzante.

El occiso había estado departiendo e ingiriendo licor con dos de sus amigos, José Vicente Jiménez y Edilberto Pulido Mora desde la tarde del día anterior al de su muerte, y ésta se produjo a manos del mentado cuando el obitado intervino afrontando el desafío que le hizo a Jiménez para pelear en desarrollo del disgusto surgido entre los primeros y extendido al último, por el obsequio de cien pesos a una damisela que los había acompañado en su tertulia en el último establecimiento en que estuvieron, que fue el bar llamado "Casa Amarilla".

Tras la mortal agresión Pulido huyó del lugar y Jiménez nada pudo hacer por el moribundo, que cuando lo trataba de auxiliar dejó de existir, y permaneció a su lado hasta el arribo de la Patrulla que fue llamada para practicar el levantamiento.

Luego de numerosos e infructuosos esfuerzos del Juzgado instructor, seis veces comisionado para tratar de recaudar pruebas testificales respecto de los hechos, la investigación, que había sido iniciada por el Juzgado 55 de Instrucción Criminal, y que siempre contó con la colaboración del ciudadano que acompañó al agresor y al occiso hasta cuando se trenzaron en la pelea, José Vicente Jiménez, y en la que hubo de declararse persona ausente a aquél y designársele defensor de oficio, fue calificada con resolución acusatoria el 5 de febrero de 1990, en la que se imputó el delito de homicidio simple.

En el término probatorio del plenario la única prueba que se decretó fue la solicitada por el Ministerio Público, referente a la designación de perito para avalúo de perjuicios y ya producida la experticia, el 15 de mayo de 1990 el acusado fue capturado en la ciudad de Medellín y oído en indagatoria, en la que lo asistió un defensor de confianza. Este profesional solicitó extemporáneamente la práctica de pruebas con la motivación que correspondía a la etapa por la que atravesaba el proceso pero le fueron denegadas; asistió a su cliente en la diligencia de audiencia pública, deprecando su absolución.

Desoído en su pretensión, inconforme con la sentencia de condena en la que se tasó la pena en la forma conocida, oportunamente recurrió en apelación y aunque también alegó ante el Tribunal Superior del Distrito, su memorial resultó innecesario porque el acusado para entonces ya le había conferido nuevo mandato para su defensa a otra profesional del derecho, cuyo alegato, en el que en subsidio de la revocación de la condena solicitaba la anulación parcial del proceso por falta de defensa de su patrocinado, tampoco fue atendido por el Tribunal, al encontrar surtida dentro de la legalidad la actuación y conforme con la prueba la decisión de primera instancia.

Del fallo de segundo grado recurrieron en casación el acusado y su representante.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal 3a. del artículo 226 del C. de P.P., la defensora recurrente afirma que el proceso debe anularse a partir del auto de cierre de la investigación porque el acusado careció de defensa y debido a esta circunstancia no se practicaron las pruebas de descargo que hubiesen determinado su absolución.

Observa que al declararse persona ausente a Pulido se le designó defensor de oficio el 11 de enero de 1986, quien por toda actividad se limitó a tomar posesión del cargo, pues enterado por informe que no revela la fuente de lo afirmado por el Secretario, de que este profesional ocupaba un cargo público el Juez Instructor le designó como nuevo defensor oficioso el que ni siquiera se posesionó; que tres meses después de esta designación el procesado otorgó poder en Medellín a un doctor pero éste renunció antes de comenzar el traslado para alegatos precalificatorios, sin embargo de lo cual el juzgado calificó el sumario sin antes pronunciarse sobre el retiro del abogado, lo que solo hizo después de tan decisiva actuación.

Privó así el juzgador al procesado de "la oportunidad de que se le nombrara un nuevo abogado que presentara alegatos o recurriera si era del caso, o de que él mismo lo nombrara" porque la aceptación de la renuncia de su representante no se le notificó en razón de que no se proveyó sobre el particular, sino que tácitamente ella se acogió nombrándole un nuevo defensor oficioso.

Considera entonces el demandante que, acreditado como aparece en el expediente que la inactividad de los abogados responsables de los intereses del acusado no se debió a táctica defensiva alguna, careció de defensa totalmente, y conjetura que de haber contado con ésta, se habría recaudado la declaración de la esposa de éste y se habría efectuado inspección judicial al sitio de los sucesos para establecer con aquella, que su consorte la había enviado a averiguar por la salud del herido, y con ésta, "si el testigo más importante de los hechos... pudo o no observar debidamente el acontecimiento de los mismos" y añade, que aunque la situación referida se suscitó en la etapa del sumario, la falta de defensa se produjo porque esa fase del proceso es la base de las decisiones subsiguientes.

Agrega como un segundo factor demostrativo de la vulneración del derecho de defensa de su cliente, íntimamente conectado al anterior, el no recaudo de las pruebas de descargo que fueron decretadas "en su debido momento" y sobre las cuales, en forma global insistió repetidamente el Juez Superior, volviendo a mencionar como definitiva la nunca practicada inspección judicial, sumando en su argumentación una eventual discusión en torno al dicho del testigo presencial el cual, estima, habría sido convertido por un abogado defensor, y demeritando la decisión impugnada por apoyarse en, según afirma, "indicios con hechos indicadores no plenamente probados, y en una sola declaración de testigo que con el solo dicho de la esposa del sindicado, muy seguramente hubiera quedado desvirtuado y otro hubiera sido el rumbo del proceso".

Insistiendo en su concepto, sobre la precariedad probatoria, reafirma la nulidad del proceso y depreca la casación desde el auto que clausuró la investigación.

El Ministerio Público

Según el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, efectivamente el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá debe casarse y consecuentemente, anularse el proceso desde la providencia que menciona la señora defensora.

Encuentra el funcionario que el acusado careció de defensa técnica porque para la fecha en que se calificó el mérito del sumario llamándolo a juicio, carecía de representación calificada y estima que, si bien esta garantía constitucional contenida en el artículo 29 de la Carta es integral, es decir, precisa, "que ella surge del conjunto de todo el proceso, de manera tal que la restricción defensiva de un sector procesal puede ser compensada con la amplitud en el derecho que ofrezca otra etapa del proceso" debe ser "unitaria y continua"; y puntualiza a seguido "no toda irregularidad en las posibilidades defensivas del proceso pueden (sic) viciar el sentido del derecho a defenderse, sino solo aquellos defectos que estructuralmente lo afectan de manera principal atendido el momento o la oportunidad procesal para su ejercicio adecuado y determinante".

Estima en el caso de autos insoslayable la nulidad debido a que según su opinión , "en la etapa de calificación del proceso, que es única e irrepetible..., se carece de defensor técnico puesto que precluído el traslado que señala la ley ya no es factible que se presenten alegatos de defensa ni se discute el mérito procesal con la fuerza y significación que tiene la fijación de los cargos que se formulan contra el sindicado", y recabando, con apoyo en los artículos 69 del C. de P.C. y 29 de la C.N. la privación que en su sentir se hizo del derecho del encausado, concluye que se dieron dos circunstancias que demuestran el conculcamiento y ellas fueron, el no haber contado con abogado defensor "en posibilidad de actuar en el momento de la calificación del proceso" y la de que el Estado debió notificar de la renuncia" al poder que hizo su defensor de confianza para que proveyera a su defensa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aunque el proceso evidencia la protuberante irregularidad atribuible a la Secretaría del Juzgado 55 de Instrucción Criminal -y respecto de lo cual se promoverá la investigación disciplinaria pertinente-, del no oportuno paso del memorial de renuncia del poder por parte del abogado Javier Hoyos Peláez al despacho, y la consiguiente no oportuna atención de ese hecho por el instructor; la renuncia fue recibida en el Juzgado el 4 de enero de 1990, el proceso fue calificado el 5 de febrero, y el memorial apenas pasó a conocimiento del titular el 19 de febrero del mismo año según las atestaciones de los folios 185, 186 y 175 y ss del cuaderno principal, no encuentra la Corte fundamento suficiente para invalidar la actuación so pretexto de la vulneración del derecho de defensa del procesado y por lo tanto, desestimará, tal como lo prevé el artículo 230 del C.P.P., el recurso.

En efecto: Sabedor, como lo era el acusado, de que en su contra cursaba un proceso en Bogotá y que era por el homicidio conocido, otorgó poder al mentado abogado el 15 de septiembre de 1989 ante la Notaría Quinta del Círculo de Medellín, y este profesional lo presentó ante el Juzgado en Bogotá el día 18, que fue la misma fecha en que se le reconoció personería y se posesionó conforme al contenido de los folios 160, 161 y 162 del mismo cuaderno. Para estas fechas la investigación no se había clausurado, pues el cierre se produjo el 4 de diciembre de tal año, y es de ver cómo en la audiencia pública el mismo involucrado admite que no obstante haberle su defensor leído "unas hojas" luego de su visita al juzgado, se desentendió del asunto, y es de presumir que por su actitud el profesional renunció al poder en fecha en que aún no corría el término para alegar, porque los términos estuvieron suspendidos hasta el 8 de enero de 1990, de acuerdo a la constancia correspondiente (fol. 168).

No habiendo conocido la renuncia antes del ingreso del proceso para calificación, no se proveyó defensor oficioso por parte del titular del juzgado por

la época en que debió hacerse; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la sola renuncia al poder no libera al defensor de cumplir con sus deberes.

En la tarea de determinar, si la falta de designación del defensor que debía suceder al renunciante para los días anteriores al término de alegatos asumió la magnitud suficiente como para pregonar que se privó del derecho de defensa al entonces sindicado según lo aseveran la demandante y el Ministerio Público, cabe destacar en primer término, que el alegato previo a la calificación sumarial no es obligatorio, y que por ende, el que los sujetos procesales se abstengan de presentarlo -sea por táctica para mejor velar de los intereses que representan o por cualquiera otra causa-, no autoriza la dilación en el pronunciamiento judicial ni la invalida.

Es el alegato, a no dudarlo, importante, en la medida en que puede ofrecer una visión de los hechos por calificar, eventualmente capaz de modificar el criterio que a lo largo del proceso se hubiera podido formar el juzgador, o bien, complementar las consideraciones de éste, o ser acogido integralmente; no obstante, como al juez cumple examinar imparcial y minuciosamente los elementos de juicio y valorarlos acorde con las reglas de la sana crítica, aplicando el derecho conforme a su leal saber y entender, su decisión adquiere validez por sí misma, lo que no obsta para que sea cuestionada por los interesados, que en el máximo de garantías procesales pueden hacerlo hasta en la oportunidad que ofrece el artículo 501 del C. de P.P., sin olvidar la audiencia pública y la disposición de apelar del fallo.

Frente a esa incontrovertible realidad, los temores de la demandante y de la Procuraduría, en el sentido de que al procesado se le hubiera privado de tan absoluta manera de la posibilidad de defenderse material y técnicamente de la imputación que se le hacía, se tornan mucho menos atendibles.

De reciente data era su cierto enteramiento de que estaba siendo sujeto pasivo de la acción penal derivada del homicidio de su amigo de que hablan los autos, y por indolencia decidió olvidarse del problema, hasta el punto de que su contumacia solo cesó al ser capturado en Medellín, lo que fielmente refleja el ningún interés en colaborar con la justicia y de paso, en defenderse; e ignorante el juez calificador de que su defensor de confianza había renunciado, no pudo proporcionarle uno oficioso, cuya intervención tampoco podía asegurarse, máxime aún si la renuncia del doctor Hoyos se había producido el 4 de enero de 1990 y el término para alegar corrió del 15 al 24 de enero (fol. 170, 173). Si no se le había aceptado su renuncia, tenía el deber de alegar de fondo; no hacerlo jamás puede ser considerado afectación del derecho de defensa. *Ha dicho la Corte, y se reafirma aquí, que: "La argumentación sobre la importancia del derecho a la defensa tanto material como técnica, y su jerarquía Constitucional no tiene discusión, pues es una garantía cuyo reconocimiento pertenece a la esencia de la declaración de que Colombia es un Estado Social y democrático de derecho, y forma parte del concepto del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.*

"Pero la garantía no llega hasta el extremo de comprender también el acertado ejercicio del derecho a la defensa, pues los abogados pueden cometer errores e incurrir en omisiones que afectan los intereses de sus poderdantes, sin que por ello pueda afirmarse válidamente que se ha violado algún derecho procesal. Una cosa es que a juicio de un mejor defensor se hubieren podido hacer más diligencias y presentado más peticiones de las que realizó su antecesor, y otra que no haya existido defensa técnica". (Sent. Acta No. 61, mayo 19/92 M.P.Dr. Ricardo Calvete Rangel).

En el mismo sentido jurisprudencia y doctrina han sostenido con razones suficientemente divulgadas, que no toda irregularidad que recaiga en un proceso tiene la virtualidad de invalidarlo; este efecto, que sanciona los descuidos de la administración de justicia y por lo regular afecta negativamente por lo menos a una de las partes, solo tiene cabida cuando la naturaleza de la irregularidad y su magnitud representan verdaderos atentados contra las garantías constitucionales y procesales porque se torne legalmente imposible de solución mediante los mecanismos previstos, y en el presente caso, la irregularidad advertida lejos está de estructurar razón invalidante. Así pues, el cargo no está llamado al éxito.

Tampoco prosperará la censura consistente en la no práctica de pruebas de que habla la abogada recurrente, para derivar de esa omisión en su opinión, también atentado contra el derecho de defensa de su patrocinado.

La infoliatura es rica en constancias sobre los infructuosos intentos de obtener la comparecencia de personas que pudieran contribuir al esclarecimiento de los hechos y la imposibilidad de obtenerla. En las seis comisiones que el juzgado Superior dio al instructor en procura de la práctica de todas las pruebas determinadas en el auto de apertura de la investigación, este Despacho se esmeró por lograr la colaboración de personas, que alguna luz pudieran arrojar en corroboración o contradicción del testigo ático, pero, por razones que constan en el cuaderno, varios de los mensajes no llegaron a sus destinatarios, así lo enseñan los folios 125, 80, 86, 94, 79, 28, 34, 79, 56, entre otros, que demuestran cómo los esfuerzos investigativos fueron imparciales y exhaustivos, sin que pueda entonces aceptarse la afirmación de la demandante en el sentido de que fue la ausencia de defensor oficioso activo y diligente lo que impidió el allegamiento de nuevos y mejores elementos de juicio.

Cierto que el primer defensor de oficio durante el sumario se posesionó y nada hizo, y que el segundo ni siquiera llegó a posesionarse; cierto también que el defensor de confianza designado desde Medellín tampoco solicitó pruebas, pero igualmente indiscutible, que la administración de justicia fue diligente, y que la decisión del proceso no reposa en pruebas deleznables, sino en sólidos fundamentos no conmovibles con apreciaciones como las de la distinguida profesional.

Legalmente tramitado entonces, como lo fue el proceso, se decidirá de conformidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. No CASAR la sentencia impugnada.

Segundo. Por la Secretaría de la Sala expídase copia de este fallo y de las piezas pertinentes con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial para lo de su competencia, respecto de la conducta del Secretario del Juzgado 55 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, de conformidad con la parte considerativa.

En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan M. Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

HABEAS CORPUS \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

El núcleo de Habeas Corpus corresponde a la necesidad de proteger el derecho a la libertad. Pero cuando la misma ha sido afectada por definición de quien tiene la facultad para hacerlo y ante él se dan, por el legislador, diferentes medios de reacción que conjuren el desacierto, nadie duda que el habeas corpus está por fuera de este ámbito y pretender aplicarlo es invadir órbitas funcionales ajenas.

No sobreviene el subrogado solo por la aplicación del mínimo de la pena, menos aun cuando es consecuencia de la actividad del procesado como Juez.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7542. Segunda Instancia

Contra: Andrés Enrique Montañez M.

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No. 80 julio 1/92

Santafé de Bogotá, D.C., julio tres de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Este proceso adelantado contra el doctor Andrés Enrique Montañez Muñoz, ex-juez 71 de Instrucción Criminal, por el delito de "prevaricato", ha terminado en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, con sentencia condenatoria (febrero 21/92), en la cual se le impone un (1) año de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y, se le niega el beneficio de la condena de ejecución condicional.

La defensa ha recurrido en apelación.

Al conocerse de la Resolución Acusatoria, la Corte, y conviene reproducir la decisión de entonces (julio 9/90) por el enfoque completo que allí se hizo de hechos, probanzas y alegaciones, y dijo:

"El dr. Humberto Barrera Domínguez, el 29 de diciembre de 1987, presentó ante el juzgado 71 de Instrucción Criminal, Bogotá, a cargo del dr. Andrés Enrique Montañez Muñoz, una petición de *Habeas Corpus* a favor de Jorge Luis Ochoa Vásquez, quien se encontraba purgando la pena impuesta por el Juzgado Unico Superior de Cartagena, por el delito de contrabando de Primer Grado, en la Penitenciaría Central de Colombia.

"A la solicitud de amparo por pena cumplida, se acompañó:

"1. Certificado del Director y Asesor Jurídico de la Cárcel de Cartagena, dando cuenta de que Ochoa ingresó a tal penitenciaría en julio 31/86, permaneciendo allí hasta agosto 13/86, por cuenta del Juzgado Unico Superior de Aduanas de ese Distrito y por el delito de contrabando; la libertad se obtuvo por concepción del subrogado de la condena de ejecución condicional. 2. Certificado del Juez 45 de Instrucción Criminal de Medellín, en el sentido de que en el proceso adelantado contra Ochoa por concierto para delinquir, violación del decreto 1188/74 y homicidio, no existía orden de captura en su contra por habérsele concedido libertad provisional; 3. Fotocopia autenticada en Medellín y tomada del original el 27 de diciembre de 1987 sobre un documento expedido por el Secretario de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional de España, donde se hacía constar 'para.... surtir efectos ante la Autoridad Judicial de Colombia' que en dicha sección se tramitó expediente sobre extradición No. 3684 contra Ochoa Vásquez, quien estuvo en prisión desde noviembre 15/84, hasta julio 13/86, fecha en que fue entregado al Gobierno de Colombia en cumplimiento del acuerdo de extradición. La firma del secretario de sección aparece legalizada por el Secretario de Gobierno de la Audiencia Nacional, ésta a su turno legalizada por el funcionario jefe de la misma sección del Ministerio de Asuntos Exteriores de España y, el desempeño del cargo de éste, a su vez certificado por el Cónsul General de Colombia en Madrid. 4. Fotocopias, autenticadas por el Notario 6o. de Medellín como si se hubieran tomado del original, de otra fotocopia que a su turno aparece con sello y firma que dice corresponder al Notario

10 de Medellín, donde da fe que ella 'es reproducción de otra copia de la cual fue tomada', y cuyos contenidos son los presuntos textos de las providencias que definieron la extradición de Ochoa V. a Colombia y del conflicto que por peticiones concurrentes de EE.UU. y Colombia se dirimió por la Sección Segunda de la Audiencia Nacional. Estos documentos llevan, en su orden, fechas de septiembre 24/85 y marzo 20/86; sus firmas ni sus contenidos aparecen autenticados; los cargos de quienes dicen suscribirlos no aparecen certificados y uno de ellos está incompleto (faltan las copias correspondientes a los que serían fls. 3 fte. y 6 vto. de la primera providencia). 5. Fotocopia de fotocopia no auténtica del auto por medio del cual Minjusticia, en diciembre 17/87, revocó el auto de detención con fines de extradición de Ochoa Vásquez, incluida su notificación. 6. Fotocopia autenticada de fotocopia del original no autenticado de un documento donde la prisión se imputa al expediente 3584 en el trámite de extradición en España. 7. Fotocopias de documentos autenticados que contienen: a) certificado de permanencia para el interno Ochoa, supuestamente proveniente del centro penitenciario en que estuvo recluido en Madrid; b) del oficio en virtud del cual, una vez extraditado Ochoa a Colombia, queda a disposición del Ministerio de Justicia, en la Sala de capturados del DAS; c) de la sentencia condenatoria de primera instancia por contrabando; d) de los documentos y el trámite subsiguiente propio a la concesión del subrogado reconocido en la sentencia (caución, diligencia de compromiso, boleta de libertad de agosto 13/86).

"El Dr. Montañez Muñoz, una vez practicó diligencia de inspección judicial a la carpeta o hoja de vida del recluso Ochoa Vásquez en la "*Picota*" y lo oyó en declaración dispuso la procedencia del *habeas Corpus*, ordenando la inmediata libertad del condenado.

"*Fundamentos de la determinación del juez acusado.*

"Tiénese como fundamento probatorio del derecho impetrado, medio de prueba documental que para el despacho revisten plena validez no solo por ser de aquellos indicados en el art. 159 del C.P.P., sino también, porque los mismos fueron autenticados por autoridad competente, lo cual hace que se predique su autenticidad en lo que respecta a su contenido haciendo plena prueba o por haber sido expedido por quienes están facultados para ello, por lo que implica la misma apreciación. Se torna más consistente la prueba aducida por el dr. Barrera Domínguez, con las inspección y declaración del señor Jorge Luis Ochoa Vásquez, inspección practicada en su hoja de vida que reposa en el centro carcelario, evacuadas por este despacho pues allí se corroboró el contenido de algunos de los documentos y la situación fáctica del que hoy consideramos violentado en su derecho de libertad personal.

"Demostrada la legalidad de las pruebas aducidas, como practicadas, es el caso establecer su validez en cuanto a su objeto de prueba, es decir, frente a la prolongación o no ilícita de la libertad de Ochoa Vásquez, y así tenemos:

" 'Son de recibo para el despacho las conclusiones del impetrante dr. Barrera Domínguez en lo que respecta al tiempo efectivo de la privación de la libertad del señor Jorge Luis Ochoa Vásquez puesto que lo que en apariencia apareciera confuso, es de rigor jurídico y lógico frente al procedimiento y naturaleza de las cosas. En respaldo de la conclusión que se hace, viene lo plasmado por el legislador en el art. 431 del C.P.P. cuando obliga a computar a la condena en otro proceso, la detención preventiva cumplida en otro del que ha sido absuelto o se le ha cesado procedimiento al implicado; de donde se concluye ya que el derecho es sabio, que con más razón es de tener como parte de la pena cumplida el tiempo que Ochoa Vásquez ha permanecido privado de la libertad por razón del mismo hecho típico, delito o infracción como sucede en el sublite, donde la extradición y detención en España fue por el mismo punible que se le condenó en Colombia.

" 'Ahora bien, si tomamos lo preceptuado en el art. 610 del C.P.P. es más claro el panorama, puesto que este se divide presentando dos alternativas, la segunda de ellas estableciendo la acumulación de la privación de la libertad en otros procesos, a la primera pena impuesta que se ejecute de donde se desprende con mayor claridad que debe computarse la privación por razón del mismo delito en casos de extradición, lo contrario sería establecer una doble sanción al reo. Dicho lo anterior, deberá entenderse que para (que) este despacho debe de acumularse el tiempo de privación efectiva de la libertad en España y Colombia puesto que ambas tuvieron como fin único de la concreción de la acción estatal frente al proceso que cursó en el Juzgado Unico Superior de Aduanas de Cartagena, en consecuencia, si el señor Ochoa Vásquez ha descontado a la pena de veinte (20) meses dictada por el Juzgado en cita la no despreciable cantidad de veintidós meses, se ha prolongado ilícitamente su privación de la libertad pues hace más de dos meses, que canceló su deuda con el Estado, y por consiguiente, desde ese mismo tiempo debió ser dejado en libertad.

" 'La circunstancia especial de estar el juzgado de conocimiento en vacancia judicial, haría imposible el restablecimiento del derecho a la libertad, de no existir mecanismos legales para subsanar el impase, como en efecto existe, de ello es prueba el *Habeas Corpus* que habrá de prosperar por todo lo expuesto.

" 'Finalmente debe el despacho hacer énfasis en el hecho de que no existiendo orden de captura contra Ochoa Vásquez, que esté vigente por ningún despacho judicial o ente administrativo, hecho que de plano incide en que se decrete su libertad como se determinará en este proveído...

" 'El despacho quiere anotar que se tiene en cuenta el tiempo que Ochoa Vásquez permaneció privado de su libertad en España, en razón a que dicho individuo se encontraba en detención por una petición de extradición formulada por el Juez Unico Superior de Aduanas de Cartagena, y si dicho funcionario expidió la orden de extradición era en razón al proceso por el cual Ochoa Vásquez fue condenado a la pena de veinte (20) meses de prisión.

" Razones de la decisión del Tribunal

"a) Se pregunta el Tribunal 'si es posible que no obstante haberse dictado sentencia, pueda darse una situación de prolongación ilícita de la libertad con posterioridad a dicha providencia y si procede o no en un caso tal el derecho al amparo', para responderse afirmativamente, bajo la consideración de que la Corte ha dicho que el *Habeas Corpus* no tiene zonas de prohibida aplicación. Y agrega: 'La situación se daría y no con excepcional ocurrencia, cuando al cumplir el condenado la pena privativa de su libertad, el director del establecimiento carcelario no lo pusiese en libertad inmediatamente, por motivo diferente a estar la persona solicitada por otra autoridad competente, pues tal comportamiento constituiría acto arbitrario de restricción a la libertad, incurriendo así en prolongación ilícita de privación de dicho sagrado derecho, que de inmediato haría al afectado titular del amparo de *Habeas Corpus* y competente al respectivo juez, tanto para el trámite como para la decisión correspondiente'.

"b) Al juez de la causa corresponde impartir las órdenes pertinentes a los funcionarios administrativos competentes, a fin de que sea señalado el lugar donde se debe materializar el cumplimiento de la pena. Fue precisamente esto lo que hizo el juez Unico Superior de Aduanas de Cartagena el 27 de noviembre de 1987, cuando se dirigió al Director General de Prisiones, remitiéndole al tiempo fotocopia de la sentencia que, en forma perentoria, fijaba al condenado 20 meses de prisión, sin que existiese reconocimiento alguno de tiempo en privación de la libertad, como computable al total de la sanción, por fuera del territorio nacional.

"Al juzgado del conocimiento le correspondía por ley, no sólo vigilar en adelante el real y efectivo cumplimiento de la pena, sino igualmente mientras ésta no se cumpliera, resolver todos los aspectos atinentes a la misma por ser consustanciales a la sentencia; así por ejemplo, resolver sobre el subrogado de la libertad condicional, la suspensión de la ejecución de la pena, rebaja y cesación de la pena (art. 616 C. P.P.) y consecuencialmente sobre reconocimiento del tiempo que el condenado hubiese podido permanecer privado de la libertad con anterioridad por cuenta de otro proceso, o del mismo, en el interior, o en el exterior del país y cuando quiera que la ley lo permita.

"Es indiscutible que al funcionario de *Habeas Corpus* le está absolutamente vedado cuestionar la legalidad de la sentencia y del auto de detención, igual que tomar decisiones de reconocimiento de tiempo de privación de la libertad, lo que exclusivamente compete al juez del conocimiento.

"c) Al dr. Montañez Muñoz "le estaba vedado entrar a reconocer como parte de pena cumplida el tiempo que permaneció privado de la libertad en España el posteriormente condenado Ochoa Vásquez, de donde por lógica y evidente razón era *absolutamente improcedente reconocer el Habeas Corpus*, pues era la sentencia y nada más que la sentencia la que regía la situación del condenado, y los lapsos

que aparecían claramente certificados por la autoridad competente colombiana que debían tenerse en cuenta (Cárcel de Sumariados de San Sebastián de Ternera y la Picota) no llegaba siquiera a un total de tres meses de prisión.

" 'Al juez de *Habeas Corpus* en caso de petición de tal derecho por prolongación ilícita de la privación de la libertad, una vez cumplida la pena, sólo tiene que sumar tiempos debidamente certificados de privación de libertad real o física cumplidos respecto de determinado proceso o reconocidos por el juez de la causa, para saber si la pena está cumplida, y luego si el Director del establecimiento ha incurrido en restricción arbitraria de la libertad, pero no entrar, se repite, en apreciaciones o evaluaciones normativas que le son extrañas'.

"d) Entra luego el Tribunal a hacer referencia a una posterior determinación del Juzgado Unico de Aduanas que dio por cumplida la pena impuesta a Ochoa V., para el 30 de diciembre de 1987, computando el tiempo que este estuvo recluido en España. Y refiere también que esta determinación fue apelada y confirmada por el Tribunal, aun cuando esta Corporación tuvo en cuenta un tiempo diferente al contabilizado por la instancia, y al que debía ser computado, según la defensa y el Ministerio Público. Todo esto para significar 'lo polémico del reconocimiento del tiempo que el condenado estuvo privado de su libertad en España' y que 'solo al funcionario del conocimiento correspondía tal reconocimiento y cómo al Juez 71 de Instrucción Criminal le estaba vedado ocuparse de aspectos jurídicos de exclusiva incumbencia del juzgado de conocimiento'.

" '... el Dr. Montañez Muñoz desconoció el imperio de las facultades que solo al juez de conocimiento le correspondían, llevando a cabo apreciaciones y consideraciones que si bien de orden jurídico no se compadecían con los límites fijados a su función ni con la verdad normativa, en la medida en que existiendo una sentencia era en virtud de ésta que el interesado en el *Habeas Corpus* estaba privado de su libertad...'

"e) Finalmente el Tribunal critica el hecho de que el juez acusado haya dado valor de plena prueba a la documentación aportada con la solicitud de *Habeas Corpus*, pues ella no llenaba los requisitos de ley, y así no era dado contabilizar el tiempo que estuvo privado de su libertad en España el condenado Ochoa Vásquez, a efectos de tener por cumplida la pena impuesta por el delito de contrabando.

"*Consideraciones de la Sala y de la Delegada.*

"1. Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, la determinación del Tribunal amerita confirmación, por lo siguiente:

" 'Porque no solo existía un mandato claro, preciso, delimitante de la procedencia y de la improcedencia del *Habeas Corpus*, sino que los documentos y las normas citadas para otorgar la libertad resultaban incapaces de fundamentar la tesis

del abono de la prisión. Los primeros eran incompletos en cuanto a su contenido. De ellos no podría uno sacar como conclusión que a Ochoa se le debía computar la prisión en España al cargo de contrabando, dejando por fuera la circunstancia de que hubo conflicto entre las peticiones que generaron los procesos por narcotráfico que en ambos países (Colombia y EE.UU.) se le adelantaban. Así por lo menos se infiere de las copias incompletas aportadas al recurso. Y esos por sí hace dudar la prueba, porque su texto es dubitativo o incompleto, resulta improcedente, y más que eso prevaricador, resolver favorablemente con tan tenues, frágiles, elementos de juicio.

" 'Pero además, la simple lectura un tanto detenida de los documentos deja un sabor fraudulento o, por lo menos, de inseguridad. Cómo aceptar una fotocopia que viéndose que es de fotocopia, aparece certificada como si fuese del original? Muy olímpicamente el acusado afirma que tales documentos no eran básicos; sin embargo en su decisión se refiere al art. 159 del C.P.P. para amojonar la credibilidad que otorgó a tales providencias judiciales para deducir la existencia de la actuación. Entonces para qué cita la norma si lo único en que se basó fue en el certificado de prisión?. Y si fue ese certificado de prisión en España el que sustentó su decisión liberatoria, ¿cómo va a explicarse que estando en autos dos veces se refiere el primero al expediente 3584 y el segundo al expediente 3684?.

" 'O cómo se explica uno, que haciendo relación las providencias aportadas, a la existencia de por lo menos tres expedientes, de cuenta propia el juez del habeas corpus o acumule la detención a uno de ellos, precisamente el del juez que estaba en vacancia, con prescindencia de *conocer* o *exigir* claridad sobre los resultados del otro trámite que había en España y sobre el problema detentivo que podía suponerse existió en el proceso por Concierto, narcotráfico y homicidio? O acaso sabía el juez que este proceso nunca privó de la libertad a Ochoa, o supuso que ya había terminado con decisión absolutoria o de cesación de procedimiento? O era que saberlo, querer saberlo para decidir con seguridad, implicaba negar la procedencia del recurso para que los interesados aportaran la prueba completa de lo que afirmaban como fundamento de la petición?

" Tanta omisión solo explica el dolo. El dolo de desconocer la ley que rige el recurso, cuando se omite controvertir o mencionar la norma que expresamente regula el caso. El dolo de desconocer la ley que rige la prueba, cuando se cita una norma para fundamentar la validez de una prueba con respecto a la cual luego se dice que no se consideró o no era necesario considerar. El dolo de desconocer los contenidos materiales de la prueba, cuando se omite relacionar lo que de los textos de la providencia se deducía que se discutió en España, entre ello la imputación por narcotráfico y conexos. El dolo de desconocer la ley que rige la *autenticidad* y la legalidad de la prueba, cuando se aceptan sin cortapisas documentos que no siendo tomados del original, porque basta verlos para darse cuenta de ello, pregonan que provienen de originales. El dolo de desconocer las posibilidades que la ley otorga al Juez para arrimar elementos de juicio, cuando se omite hacer uso de la facultad

de impulsión, y se tiene por más adecuado oír bajo juramento al interesado ajeno al mundo del derecho, que constatar en el Ministerio de Justicia, o en el que fuera, los documentos que enviados a Colombia debían constituir el expediente de extradición o entrega de Ochoa a Colombia.

" 'Es demasiada la omisión. Tanta que no queda duda racional para absolver. Tanta, que toda la evidencia apunta a pregonar el prevaricato porque, como se viene diciendo, el problema no era propiamente de competencia sino de improcedencia. El Juez Montañez no abonó la pena, usurpando, sino que la dio por abonada, prevaricando.

" 'Señores magistrados, la Procuraduría estima que en este proceso se dan plenamente los requisitos para confirmar la decisión, muy bien fundamentada, del Tribunal Superior. Estima que los planteamientos de defensa no absuelven los interrogantes que se han venido formulando. Estima que para no desviar el objeto propio de la controversia, la conducta imputada debe mirarse a partir de lo que tuvo a su disposición el juez Montañez para decidir, y que a no dudarlo impedíale decidir favorablemente. Y estima, finalmente, que si de lo que se trata es de acreditar que el abono de pena era procedente para justificar la conducta del acusado, bastaría considerar que las providencias que después definieron dicho abono, en las instancias donde debía hacerse, fueron tan disímiles unas con otras, que eso solo demostraría la razón por la cual la ejecución penal es un problema de instancia y no una cuestión simple, objetiva y sencilla como para decidirla en un habeas corpus, en 48 horas, y por el funcionario que ni siquiera tiene el proceso'.

"2. Así analiza el asunto la Corte:

"A) Dispone el artículo 455 del C.P.P., vigente para la época de los hechos: '*Procedencia*. Cuando una persona sea capturada con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilícitamente la privación de su libertad, puede invocar el derecho de *Habeas Corpus*. La petición se tramitará inmediatamente según el procedimiento que a continuación se establece'.

"Hay, pues, lugar a solicitar fundamentalmente el amparo de *Habeas Corpus*, cuando se presente cualquiera de estas dos situaciones: 1. Que la captura se haya cumplido profanando las garantías constitucionales o legales; a guisa de ejemplo: orden emitida por quien no es competente o por delito que no amerita la captura. Y, 2. Que, capturado legalmente se prolongue ilícitamente la privación de su libertad. La extensión propia de este numeral está demarcada por el artículo 464 del C.P.P., cuando manda '*Improcedencia del Habeas Corpus*. En los casos de prolongación ilícita de la libertad no procederá el *Habeas Corpus* cuando con anterioridad a la petición, se haya proferido auto de detención o sentencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario'.

"Es innegable que la norma es en extremo diáfana: parte de la base de que existe una prolongación ilícita de la privación de la libertad y que se ha dictado auto

de detención o sentencia, para entonces disponer de manera categórica, sin distinciones de ninguna especie, que en tal evento, no procede el *Habeas Corpus*. Debe, pues, entenderse el asunto en el sentido de que la situación jurídica del capturado no le fue resuelta dentro de los términos legales. También que, capturado, la misma no se legalice, esto es, que el juez a cuyo cargo se encuentra el capturado, no expida dentro de las 48 horas a que alude el artículo 406 del C.P.P., la respectiva orden de encarcelamiento. Y, desde luego, en aquellos eventos en los cuales la indagatoria no se cumple dentro de los términos máximos fijados por el artículo 412 ibídem. Desde luego que esta no es una enumeración taxativa, sino meramente ejemplificativa.

"B) Dijo la Corte en determinación de junio 21/83, donde fuera magistrado ponente quien ahora cumple igual cometido:

" 'No puede negarse, y este constituye pronunciamiento anterior de la Corte (mayo 30/83) que el *Habeas Corpus* como institución general y fundamental, no encuentra zonas de prohibida aplicación. Donde quiera se de una privación de libertad mayor de cuarenta y ocho horas, susceptible de estimarse como violatoria de la ley, opera esta protección, sin la consideración de la categoría del funcionario que la ha causado y que debe en el ejercicio de sus funciones ajustarse plenamente a las normas de derecho, o la condición del capturado o retenido.

" 'Pero si bien se afirma esta potestad, también se enfatiza en el riguroso cumplimiento, por parte del juez penal o promiscuo municipal competente para cumplir con esta actuación judicial, de los preceptos legales que gobiernan esta trascendente potestad. No es el caso, pues, de admitir, falsos pretextos en su aplicación, ni tolerar análisis de aspectos que no pueden ser cuestionados, ni desconocer el imperio de otras facultades, debidamente realizadas. El afianzamiento del derecho de libertad no puede apoyarse ni realizarse con el desconocimiento del orden jurídico. Muy estricto debe ser en el cumplimiento de esa función para evitar su distorsionamiento y deterioro. En esto no es dable proceder con ambigüedades, apresuramientos, supuestas facultades, interpretaciones ayunas de verdad y acierto.

" '2. Dentro de este orden de ideas el juez competente para conocer de un *Habeas Corpus* tiene que respetar la legislación especial (Constitución, Tratado, Ley, Decreto) que regule lo concerniente a la privación de libertad de una persona. Mientras se cumplan esas determinaciones, no puede considerarse violación de la ley su correcto ejercicio. Sobrepasado este marco, empieza la posibilidad de ejercer aquella garantía en forma correcta y eficaz.

" '...La intervención del Juez penal o promiscuo Municipal en función de la garantía de *Habeas Corpus*, se reduce a advertir si mediaba una petición telegráfica en que se afirmara el enjuiciamiento (o su equivalente) o la condena de un requerido, según las voces del art. 742 del C. de P.P., o la comunicación escrita

diplomática, en tal sentido, así la actuación en el exterior apenas contemplase la detención provisional, pues en esto el Tratado, tanto el de 1888 como el de 1980, amplían esta posibilidad. Y luego, verificar si se ha superado el término de tres meses, señalado en el art. VII del tratado de 1888, o en el art. 11-3. del Tratado de 1980, o a falta de estipulación esencial los setenta días señalados en el mencionado art. 742 del C. de P.P.'.

"Esa referencia a que el *Habeas Corpus*, como institución general y fundamental, "no encuentra zonas de prohibida aplicación", ha sido tomada por algunos, increíblemente, como si la Corte estuviera propugnando por un desconocimiento de la legalidad, hasta el punto de citársele para sustentar predicamentos en el sentido de que, a pesar de la existencia de auto de detención o sentencia, en eventos de prolongación ilícita de privación de libertad, el *Habeas Corpus* es procedente. Basta leer la jurisprudencia de marras, para que se entienda que la Corte sostiene cabalmente todo lo contrario. Reliévese ahora meramente aquello de que "el afianzamiento del derecho de libertad no puede apoyarse ni realizarse con el desconocimiento del orden jurídico". Todo lo que la Corte quiso entonces decir y dijo y que ahora reitera es que no importa la categoría del funcionario que ha causado el acto arbitrario contra la libertad personal, para que, si se dan luego los requisitos propios del *Habeas Corpus*, tenga que respetar la legislación especial (Constitución, Tratado, Ley, Decreto) que regule lo concerniente a la privación de libertad de una persona". Es pues, en el sentido referido que no existen campos prohibidos para la operancia de esta trascendental garantía. Lo otro, es malinterpretar a la Corte.

"C) Si pues, el juez 71 de Instrucción Criminal, Dr. Andrés Enrique Montañez Muñoz, era de manera cabal sabedor de que la privación de la libertad de Ochoa Vásquez, obedecía a una sentencia proferida por el Juzgado Único Superior de Aduanas de Cartagena, como igualmente conocía lo normado por el artículo 464 del C. de P.P. que, en evento así claramente disponía la improcedencia del Habeas Corpus, y empero, lo concedió, deviene en indiscutible que prevaricó por acción. El prevaricato, entonces, hay que entenderlo, no en el sentido de si para efectos de tener la pena por cumplida, legalmente era o no viable computar el tiempo que estuvo Ochoa recluido en España, sino en cuanto que, a pesar de lo transparente del texto del susodicho artículo 464, que a todas luces hacía improcedente el Habeas Corpus, por la existencia de la sentencia, el juez acusado lo desatendió, emitiendo así una determinación manifiestamente contraria a la ley.

"D) Importa, por haber sido el asunto materia de discusión, señalar lo siguiente: la solicitud de *Habeas Corpus*, bien podía ser dirigida al Juez 71 de Instrucción Criminal, el cual era competente para su trámite, a términos del artículo 456 del C.P.P. Pero esta competencia no negaba la facultad del juez para afirmar, al desatar el asunto, que lo alegado no era de la órbita propia del *Habeas Corpus*, según lo dispuesto por el artículo 464 ibídem y porque otras autoridades eran las llamadas a pronunciarse sobre lo cierto o no de la pena cumplida. Efectivamente, esta

situación no es de los presupuestos viabilizantes del amparo que se comenta, y lo legal es que se haga valer ante el juez que conoció del proceso en primera o en única instancia, o, subsidiariamente, ante el Director de la Cárcel donde se encuentra recluido el condenado o procesado.

"De lo dicho no se sigue, como lo sostiene la magistrada que aclaró el voto, que la conducta tipificada sea la del Abuso de Función Pública (Art. 162 C.P.) porque resulta evidente que el comportamiento fue más allá, esto es Montañez Muñoz no solo realizó función encomendada a otra autoridad, sino que de manera consciente y voluntaria dejó de aplicar el multicitado artículo 464 del C.P.P., para emitir así una determinación innegablemente prevaricadora.

"E) Ha salido finalmente a relucir que, Ochoa Vásquez, fue capturado arbitrariamente, como quiera que, para el 21 de noviembre de 1987, no existía orden de captura de autoridad competente. Se afirma, entonces, que la justicia aduanera le había concedido la condena de ejecución condicional desde el 7 de abril de aquel año y que, tanto la revocación de dicho subrogado por incumplimiento de las obligaciones contraídas, como la medida de detención proferida por el Ministerio de Justicia, solo vinieron a producirse el 23 de noviembre de 1987. Como bien responde el Tribunal, eso puede ser verdad, mas esa circunstancia nada tuvo que ver en orden a la ilegal determinación del juez Montañez M. ni él las citó en la providencia y menos fue alegada por el peticionario del *Habeas Corpus*. Es más, para cuando el funcionario acusado se pronunció, ya obraba en el expediente la prueba de que la detención que padecía (si así puede decirse a pesar de las muchas comodidades de que disfrutaba) Ochoa Vásquez, lo era por haber incumplido las obligaciones contraídas al concedérsele la condena de ejecución condicional en el proceso por contrabando, o sea, que, para aquel momento, la captura, así hubiera sido cumplida en las circunstancias dichas, mal podía comportar la liberación del condenado".

Diligenciada la etapa de la causa, el Fiscal 12 del Tribunal doctor Alfredo Gutiérrez Reina, en denso estudio en el cual aborda muy diversos temas (Cómo nació la moral; lo circunstancial de ésta y del derecho, la discutibilidad de todo, aún de lo que pertenece a las ciencias llamadas exactas; la concepción del juez acusado de observar el cumplimiento de una pena; la inexistencia del elemento doloso; la benevolencia de las leyes sobre narcotráfico y narcotraficantes debe también proyectarse, para evitar contrasentidos, a los que no llegaren a atender esos benignos dictados; en este tema, unos explotan el negocio y el lucro, y, Colombia aporta las víctimas, entre ellas el procesado Montañez), coincide con la defensa y depreca la absolución.

Por su parte, el apoderado del sentenciado, en síntesis rubricada por el Tribunal, se refirió "a aspectos jurídicos tales como los relacionados con la documentación aportada, las providencias calificatorias de primera y segunda instancia en cuanto plasman consideraciones que tienen que ver con la competencia

y/o capacidad jurídica del Juzgado 71 de Instrucción Criminal para conocer y decidir sobre la solicitud de *Habeas Corpus*, la "*Improcedencia del mismo*" (Art. 464 C.P.P.) y el alcance de su aplicación según lo consignado por esta Sala de Decisión o por la H. Corte Suprema de Justicia, contra su argumentación en primer lugar, en la documentación remitida por las autoridades españolas, ahora si aportada debidamente autenticada -dice , para concluir que con esa misma prueba documental, tanto el Juzgado Unico Superior de Aduanas de Cartagena como el Tribunal Superior de Aduanas, posteriormente, además de tener en cuenta el tiempo de rebaja de pena para Ochoa Vásquez, reconocieron y decretaron la extinción de la pena a que había sido éste condenado, por pena cumplida; que así mismo, el dr. Montañez Muñoz el 30 de diciembre al decidir sobre la solicitud de *Habeas Corpus* había llegado a igual conclusión, sin importar las sumas que unos u otros hubiesen hecho puesto que a propósito de rebaja de pena era esta una obligación legal que el ex-juez debía tomar de plano, ya que ello no era facultativo ni opcional.

"Después de argumentar y contrargumentar como se ha dicho, sobre la figura de la '*Improcedencia del Habeas Corpus*', la defensa hace eco a la "aclaración de voto" (f. 282 y 286 c.p.) para concluir que si el juez 71 de Instrucción Criminal carecía de competencia para el trámite, el dr. Montañez Muñoz había incurrido en el delito de "Abuso de función pública" en vez de prevaricato; pero que si hipotéticamente se aceptase la competencia como lo sugirió la Fiscalía 15 con antelación a la calificación, se dudaría con muchísima razón sobre el elemento subjetivo, esto es doloso sin el cual no es posible el hecho punible.

"Por ello concluye el sr. defensor en la inexistencia del delito mas que en su atipicidad; solicita en consecuencia la absolución de su defendido como quiera que dejó en libertad, por pena cumplida, a un hombre prioristicamente libre, como lo declararon las autoridades aduaneras, no siendo posible incurrir en delito imposible, como que Ochoa Vásquez para entonces merecía su libertad".

Este mismo representante de los intereses de Montañez Muñoz, ante la Corte, recalca la improcedente decisión del a quo, de negar el subrogado del art. 68 del C. Penal. A este respecto, valga reproducir el siguiente párrafo de sus manifestaciones:

"No entiende la defensa cómo si en la dosificación de la pena se destaca la ausencia de circunstancias de agravación punitiva y la buena conducta anterior se entre por parte de la Sala a negar el subrogado valiéndose para ello del desconcierto social. Y en verdad, siempre preocupó a la defensa que dado el despliegue publicitario que se le dio a la libertad de Ochoa Vásquez y la posición de la Procuraduría que a través del procurador del Ministerio Público Fernando Navas Talero exigía para el juez una sanción por cuanto ha debido tomar una decisión política, se entendiera que se debía ejemplarizar en este caso. Pero si se tiene en cuenta lo argumentado y correspondiéndole al Juez de la República fallar conforme

lo acreditado dentro de la respectiva petición, mal se le puede exigir a un Juez que para evitar un desconcierto social actúe con desconocimiento de principios de derecho y profiera una decisión que colme las expectativas de una sociedad.

"Entiende la defensa que esas decisiones políticas las ha debido asumir el Gobierno, como lo hizo en forma tardía, y más cuando en el presente caso se tiene que el auto de detención con fines de extradición no se encontraba vigente, que no existía orden de autoridad competente para privar al señor Ochoa Vásquez de la libertad y que fue con posterioridad a su captura (que fue abiertamente ilegal) que se le revocó el beneficio otorgado por el Juez de Aduanas".

Consideraciones de la Sala

Después de tanto trajín dialéctico en este expediente, la cuestión sigue centrándose en la misma cuestión: determinar si el instituto del habeas corpus le daba facultad al juez sentenciado para penetrar en el problema de si éste había o no cumplido su pena, imputando a ésta lo que, por razón de un trámite de extradición en España, había padecido en detención en ese país; si fue esta una valoración acorde con el derecho; y si de no serlo, podría deducirse en su comportamiento un actuar doloso.

El tema, como ya se dijo, ha sido escrutado en todas sus posibles facetas. El asunto, entonces, no es tanto de volver a presentar nuevas argumentaciones sino de tomar criterio sobre la entidad y recibo de las mismas.

La Sala en esta definitiva oportunidad tiene que reiterar que las apreciaciones antecedentes, sobre tales tópicos, las toma como las más adecuadas en la interpretación de los textos legales que vienen al caso y los perfiles de la conducta de Montañez Muñoz. Y, en esto, ciertamente se evidencia una evaluación cerradamente jurídica, ajena por completo a motivaciones enraizadas con las razones de Estado, presiones de política internacional, o penetraciones ideológicas en una bien orquestada campaña de divulgación publicitaria. Todo esto ha sido extraño, se repite, a la consideración del comportamiento del acusado y si lo fue antaño, cuando el punto podía resentirse de tales dañinos efectos, hoguño, cuando esta problemática no exhibe tan intensos y abiertos debates, la situación no resiste caracterizaciones de tan encendido y comprometido tono.

La conducta de Montañez Muñoz, que se ha pretendido mostrarla como la decisión imparcial de acatamiento al derecho, no traduce tan generosa concepción, ni aun por duda. Hay tantos y tan significativos aspectos y elementos de juicio, que no es dable inclinar el pensamiento a tan laxa forma de valuación jurídica. Por el contrario, el ex juez sabía dónde se daba claridad de concepto y dónde fluía una complejidad. Porque no es el caso de crear incertidumbres, por motivo de ser la ciencia del derecho valorativa, porque sería tanto como entender

que la ley no logra siquiera su fundamental objetivo: decir lo que quiere decir. Ni menos aceptar que los forzadas evaluaciones, aquellas que van en contra vía de lo que la doctrina o la jurisprudencia suelen tener por la más admisible interpretación, se den en casos de excepcional trascendencia, que por lo misma demandan más prudente juicio, mejor exposición de razones y más completo y expurgado acervo probatorio, a fin de evitar la muy atendible deducción de haberse adoptado no por imperio del derecho sino por factores exóticos al mismo.

El núcleo del habeas corpus responde a la necesidad de proteger el derecho a la libertad. Pero cuando la misma ha sido afectada por definición de quien tiene facultad para hacerlo y ante el se dan, por el legislador, diferentes medios de reacción que conjuren el desacierto, nadie duda que el habeas corpus está por fuera de este ámbito y pretender aplicarlo es invadir órbitas funcionales ajenas. Su inmediatez, su perentoriedad, su efecto indiscriminado, al punto que no hay fuero o especialidad de competencia en el cual no incida, no impone ni auspicia el que se le haga actuar en donde no es el radio de su intervención. Por eso la norma (464 C.P.P.) manda que una vez definida, bien o mal, la situación jurídica del sindicado o del reo (medidas de aseguramiento, resoluciones acusatorias, sentencias, etc.) ya no es dable provocar la intervención del juez del habeas corpus, para solucionar los conflictos que esas medidas, tomadas por quienes debían tomarlas, susciten, pues son estos mismos funcionarios o los que tienen un grado superior de conocimiento, en virtud de los recursos, actos de postulación o consulta, los llamados exclusivamente a intervenir.

Esto, tan palmar, fue lo que desatendió, quién sabe porqué abscónditas razones, entre las cuales la Sala si está segura que no lo fue por encendido amor a la libertad y al derecho, el procesado Montañez Muñoz. Y esto mismo, en su origen, desarrollo y aplicación, así como en sus textos legales, no es permitido confundirlo, ni distorsionarlo, ni enervarlo. La verdad, aunque se ofrezcan parodias de ella o se trate de confutarla con alegaciones sugestivas, no deja ni pierde esta entidad, reconocible de manera directa y fácil por quien tenga un interés de preservarla y de sellar su dominio. Lo demás, apenas obedece a un papel de defensa, que bajo los apremios de la misma, tiene que excogitar pareceres que desdibujen la acción juzgada o lleven tenuidad a sus más salientes caracteres.

Un problema de la magnitud del purgamiento de la pena, por razón de pluralidad de procesos y multiplicidad de privaciones de libertad, no es asunto propio del habeas corpus, sino de los jueces comprometidos en esos variados expedientes, y más aerece la complejidad para eximirlo del habeas corpus (incompatible con su celeridad) cuando ya se involucra un tema internacional como la extradición y una privación de libertad por este concepto. Para no pensar sino en una hipótesis, qué tal que una solicitud de esta naturaleza se resolviera en el sentido de remitir a otro país, distinto de Colombia, al disputado en extradición?. La detención preventiva sufrida, por el extraditado, en España, se habría detraído de la pena del delito o los delitos juzgados en Colombia, o de la sanción del delito o los delitos cometidos en el Estado que obtuvo su extradición?.

Esto es lo que señala la pertinencia del delito de prevaricato, pues conociéndose el sentido de la ley, que impedía actuar en la forma como se hizo (el habeas corpus podía tramitarse pero no hacerle obrar en el sentido en que se le aplicó), se prefirió torcer la ley y llevar ésta a su servicio indebido.

El Tribunal tiene ocasión de destacar cómo los elementos de comprobación no se mostraban idóneos para demostrar, aun dentro de la supuesta viabilidad del pronunciamiento censurado, lo que se dio por satisfactoriamente establecido. El a que apunta: "otros aspectos de no menor significación en orden a demostrar la forma irregular y por supuesto la responsabilidad consciente con que actuó el ex juez radica en haberle dado categoría de prueba plena a la suministrada por el abogado peticionario, cuando en verdad, carecía de requisitos tales que no permitían consignar en el auto lo que en este se consignó y que el dr. Montañez Muñoz pretende explicar en su indagatoria, sin que le asista razón de buena fe.

"Es cierto según el artículo 284 del C. de P.P. que el documento público es auténtico mientras no se demuestre su falsedad, y que en consecuencia al no estar tachado de falsedad un documento público original el juez le debe dar el valor probatorio que legalmente tiene. Pero si el documento es reproducción fotostática de otra reproducción en la que no aparece certificada su autenticidad respecto del original, irregular resulta darle la categoría probatoria que se le daría al original o a la copia o fotocopia certificada como reproducción de dicho original. No es pues del capricho del funcionario de donde nace el valor de plena prueba de un documento público, sino de su autenticidad.

"En el caso en decisión no sólo se le dio categoría de plena prueba a unas fotocopias que carecían de certificación de autenticidad *respecto de su original*, sino que se procedió igual en relación con fotocopias de fotocopias no autenticadas respecto de las cuales tampoco le resulta afortunado al dr. Montañez decir que solo le sirvieron de ilustración, pues al tratar de minimizar en la indagatoria el efecto de tales fotocopias no hace más que darles categoría probatoria como a las primeramente citadas; si no dígase qué prueba legítimamente producida no sirve de ilustración al juez? o lo que es más evidente y patético, acaso el dr. Montañez Muñoz no le da el carácter de prueba idónea a las providencias de la Audiencia Nacional de España que sin debida autenticación, e incompleta una de ellas, adjuntó el abogado Barrera Domínguez, cuando al motivar el ex juez el auto interlocutorio, expresamente cita como fundamento normativo el art. 159 del C. de P.P., que entre otras cosas solo tiene aplicación respecto de reconstrucción de expedientes perdidos o destruidos?

"Además, en cuanto al certificado básico sobre tiempo de privación de la libertad del señor Ochoa Vásquez en España, no podía ser el notario el que abonara la firma del Cónsul General de Colombia en Madrid; ello porque el artículo 259 del C. de P.C. exige que tal certificación le correspondía al Ministerio de Relaciones Exteriores, como tal le incumbe no solo dar fe sobre la persona que ejerce las

funciones de Cónsul en una fecha determinada, sino, así mismo dar fe de que la firma que aparece autenticando un documento expedido por el Gobierno extranjero es efectivamente de quien ejerce aquella función. La autenticación de una fotocopia en la forma como hizo el Notario, jamás podía tenerse como abono de la referida firma, así hoy se sepa con certeza quién era para entonces el Cónsul en Madrid. El Notario únicamente autenticó una fotocopia, reproducción de otro coincidente autenticado, brillan por su ausencia el abono exigido por la ley".

Y también, en este mismo ámbito de comprobaciones e inferencias, se menciona la rampante omisión del requisito señalado en el art. 459 del C. de P.P., sobre lo cual las explicaciones dadas por el procesado en nada lo favorecen. Ciertamente, tan importante circunstancia lejos de evidenciar un sentimiento de rectitud, deja traslucir una malévola inclinación en cuanto al modo como se asumió la definición del habeas corpus. La cuestión hace mayor claridad cuando se advierte que de haber reclamado la satisfacción de este requisito, su pronunciamiento, en la forma en que fue asumido, no habría podido darse. Y qué decir si otro funcionario había conocido y rechazado la pretensión.

Por último dice el Tribunal, que "Otra circunstancia que apunta en igual sentido es la de que para nada se hubiese tenido en cuenta por el dr. Montañez el de pena cumplida es al Director del establecimiento carcelario a quien corresponde ordenar y dejar en libertad al condenado conforme a la sentencia que remitió el ejecutor de la sentencia.

"Sin embargo el dr. Montañez Muñoz para pretender explicar su proceder frente al mandato del artículo citado, en forma nada aceptable por lo absurdo e inconsecuente, dice que había sido derogado por el art. 609 del C. de P.P., afirmación esta acomodaticia y defensiva que pretendería señalar por qué estando el juez de conocimiento de vacaciones, hacía sus veces, pues de ser esto cierto al Director de la cárcel no le correspondería disponer la libertad del condenado".

Como bien se advierte en lo expuesto, hay sobrados motivos para proferir un fallo de condena a título de "prevaricato".

Queda un último punto por comentar, el mismo sobre el cual la defensa ha concentrado ante la Corte su final alegación, o sea, la procedencia de la condena de ejecución condicional.

Para el impugnador no hay lógica alguna en negar este subrogado al mismo tiempo que se impone el mínimo de la sanción. Aparentemente, la argumentación convence: si no se dieron motivos atendibles para intensificar la sanción, quiere ello decir que la misma fundamentación servía para conceder ese beneficio. La regla general se muestra obediente a esta actuación: la carencia de factores propicios a un aumento de pena sobre el mínimo fijado por la ley, da lugar a que aquella no se haga materialmente efectiva. Aquí se evidencian dos benevolencias:

de una aporte la benignidad del quantum de sanción; de otra, el no exigir su satisfacción total. Mas, sin embargo, es dable que solo se acuda a una de ellas, requiriéndose sí que se advierta en el fallo la razón de esta distinción. Así como no resulta fatal excluir, por un aumento del mínimo de pena, la condena de ejecución condicional, tampoco resulta inevitable que por aplicar ese término básico, sobrevenga el subrogado. En esto el juez conserva su discrecionalidad, atributo que debe aplicar motivadamente y con razones que exhiban seriedad y buen sentido de justicia.

Al respecto, el tribunal apuntó: "En relación con este subrogado penal (art. 68 C.P.), la Sala considera que si bien en razón al factor punitivo se daría el primer requisito para su reconocimiento, no ocurre igual cosa respecto de los requisitos relativos a la naturaleza y modalidad del delito por el cual se condena al dr. Montañez Muñoz, ni respecto de su personalidad, pues la grave realidad fáctica y jurídica señalada a través del proceso y resumida tanto en la calificación como en esta sentencia, hacen que ante un mayor desconcierto social como que estuvo de por medio la imagen del administrador de justicia lo cual toca además directamente con la personalidad del entonces juez, el respectivo reproche social conlleve, una mayor valoración subjetiva que por ser de carácter negativo, no permiten concluir como lo exige el numeral 2o. del artículo citado, esto es que el condenado no requiera tratamiento penitenciario.

"La personalidad del sentenciado se revela en la dinámica de su comportamiento, por ello se afirma que 'el delito es un resumen de la personalidad del agente y casi un símbolo vivo' ".

Pero por fuera de estas indicaciones, todavía restaría la siguiente glosa: todo indica que la pena, dadas las circunstancias nada favorables a Montañez Muñoz, debió aumentarse. Esta enmienda no puede asumirse en esta segunda instancia, por prohibirlo el art. 31 de la C. Nacional. Pero si la Corte no puede introducir esta corrección, tampoco puede, conscientemente, incurrir en otro yerro, vale decir, otorgar un subrogado a quien no lo merece. El desacierto debe quedar en lo que está, pero no acrecentarse, máxime cuando la teoría de los institutos en juego, permiten esa congelación.

Nadie niega que el ex juez Montañez Muñoz, pretendió hacer servir una noble previsión del legislador a fin distinto, en donde se desconocía y avasallaba competencias ajenas. Esta intromisión ciertamente desajusta el orden jurídico y siembra caos y desorientación en los estamentos de la justicia y no es menos su dañina repercusión en la sociedad, que espera un respeto por la jurisdicción entre sus propios servidores. De otro lado, y ésto no es caer en intereses ajenos a la justicia y ser presa fácil de campañas relacionadas con el narcotráfico, debe enfatizarse que, el caso al cual se llevaron los efectos del habeas corpus, no se caracterizaba por su bondad. La persona favorecida estaba implicada en un grave delito cometido en Colombia, por el cual había recibido no una muy adecuada

condena (la Sala debe recordar cómo con la importación de considerables semovientes, por fuera de controles sanitarios, se expuso profundamente a este sector de la riqueza nacional), y, además, se le requería en otro país, por actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes y delitos afines y de muy constante conexión con esta clase de criminales conductas. Y esto lejos de frenar el impulso contraventor del procesado, parece le aumentó su avilantez, aupando así las censuras sobre la justicia y a desafinar más el nombre del país y de sus instituciones.

No hay motivo alguno para convencer de que el ex juez Montañez Muñoz sea merecedor de este subrogado.

En consecuencia la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA integralmente el fallo recurrido en apelación, ya determinado en su origen, fecha y alcance.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

RESPONSABILIDAD OBJETIVA \ TENTATIVA

No puede tenerse nunca como inequívoca muestra de atender a un criterio de responsabilidad objetiva, el esfuerzo dirigido a develar, sobre la base de ciertos datos, el propósito necandi de una conducta.

Para deducir el fenómeno de la tentativa de homicidio (clase de arma, situación en su empleo, región afectada y distancia), reunidas, marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6393 - Casación

Contra: Edwar González Serna

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No. 80 julio 1/92

Santafé de Bogotá. D.C., julio tres de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 10 de mayo de 1991, emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga y mediante la cual, por el delito de "homicidio" en la modalidad de tentativa y en la persona de Raúl Antonio Jaramillo Betancourt, se impuso a Edwar González Serna (a. Picotazo), cinco (5) años de prisión, amén de las accesorias pertinentes.

El recurso se admitió en proveído de 8 de julio de 1991, y, la demanda, en auto de 18 de septiembre del mismo año.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCEDIMENTAL.

Los siguientes párrafos, a este aspecto, pertenecen a la Delegada 3a. en lo Penal:

"... Alrededor de las 10:30 de la noche del sábado veintidós (22) de julio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), cuando el señor Raúl Jaramillo Betancourt transitaba camino a su residencia por la carrera 4a. entre calles 9a. y 10a. del área urbana del municipio de El Aguila (Valle) fue blanco de la agresión que con arma de fuego (revólver) le hiciera Edwar González Serna, conocido como 'Picotazo' con quien antes había estado departiendo en la caseta denominada 'Los Siete Calvarios'.

"Los disparos los recibió el primero en la región subauricular izquierda con orificio de salida al lado derecho de la nuca, y el segundo en la cara antero-superior del brazo izquierdo, con orificio de salida en la cara posterior tercio medio del mismo. Estas lesiones le produjeron una incapacidad médico legal de 30 días y 60 días para trabajar. La herida ocasionada en el brazo le dejó, además, perturbación funcional de carácter permanente en los dedos meñique e índice de la mano izquierda.

"...

"Los acontecimientos registrados ameritaron resolución acusatoria del Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Cartago (Valle) por el delito de homicidio, modalidad de tentativa (Artículo 323 en relación con el 22 del Código Penal), sin agravantes específicas.

"Apelada aquella resolución por el señor defensor del sindicado ausente, el Tribunal Superior de Buga la confirmó integralmente.

"Advino así la etapa probatoria dentro de la cual fueron recibidos varios testimonios y avaluados los perjuicios ocasionados con el delito.

"Precluído el anterior ciclo, se realizó la audiencia pública. Con ella el colaborador Fiscal deprecó sentencia condenatoria contra el acusado por el hecho punible deducido en el auto calificatorio, mientras que su defensor solicitó la emisión de un fallo absolutorio con base en que 'no está demostrada su participación en el hecho' y por tanto, la serie de dudas que se agitan en el plenario conducen a la aplicación del in dubio pro reo (Art. 248 C.P.P.).

"Ya se sabe que no fueron atendidas las súplicas de la defensa tanto por el Juzgado de primera instancia como por el juez plural de segundo grado...".

LA DEMANDA

Primer cargo

Violación directa de la ley sustancial, art. 226-1 del C. P.P., pues se dejó de aplicar el art. 5 ib., al confirmarse, por el Tribunal, "la errónea calificación dada al asunto por parte del juez de Primera Instancia".

Para el censor "dentro del proceso no existe prueba de participación material en el presente reato, posición ésta de inocencia que jamás pudo infirmar el Estado por conducto del Organo Jurisdiccional. Lo que nos lleva a concluir en el sentido, de que no hay delito (y por tanto pena criminal) si el hecho no es voluntario, si la conducta típica, antijurídica *no es referible a la voluntad del agente, entendida ésta en sus manifestaciones de dolo, culpa o preterintención* (Art. 35 del C.P.)".

Además, el Tribunal ha deducido la intención homicida "del hecho en sí, de la materialidad del mismo, mas no de la voluntad del agente". La culpabilidad o sea "la actitud consciente y voluntaria del agente de lo antijurídico", no se demostró como debía, sustituyéndose esta exigencia por "inferencias, suposición, conjetura", situación que riñe con el principio consagrado en el art. 358 del C. de P.P.

La calificación acertada, para el recurrente, debió ser la de unas "lesiones personales"

Segundo cargo

Violación indirecta de la ley, por error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, art. 226-1, inciso primero del C. P.P.

En este aparte de la demanda, se empieza por establecer lo que para el memorialista se ha demostrado en autos: el señalamiento que se hiciera de González, no merece crédito en razón de las imprecisiones y contradicciones en que incurre el ofendido; la prueba de autos demuestra que entre éste y aquél no antecedió discusión alguna, la que sí se presentó con Jairo Jiménez Torres; el sentenciado no portaba arma de fuego, según testimonio de Jairo León Jiménez y Lelealdo Ríos G., que el ofendido abandonó primero el establecimiento en donde se diera encuentro con González, por lo cual éste no pudo esperar al primero para atacarlo; que al momento de producirse el lesionamiento, Jaramillo no señaló a su agresor, según lo afirman Nevardo, Héctor Fabio y Luz Marina Espinel y Ramiro A. Restrepo; que no existían problemas judiciales, por atentado contra la vida o la integridad personal, entre Jaramillo y la familia González Serna; que antes de los hechos nadie vio al procesado en el lugar en que estos ocurrieron; que nada prueba el dicho de dos agentes de policía que afirman haber oído, en el hospital, al lesionado referirse a González como su agresor.

De ahí que se acote: "Se incurrió por parte del Juzgador en una violación indirecta de la Ley, apreciación falsa o errónea de la existencia de pruebas que tiene validez jurídica en favor de los intereses del Condenado porque fue éste quien demostró con ellas su estado de inocencia, y el derecho a un fallo absolutorio".

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y DE LA DELEGADA

Afirmar, simultáneamente, la no participación del procesado en los hechos que a él se cargan e invocar, como violación directa, el desconocimiento del art. 5o. del C. Penal, constituye imperdonable contrasentido. La discusión sobre este dispositivo, en la forma dicha, tiene razón de ser a partir del punto en que se admita que el procesado sí fue la persona que lesionó a Jaramillo. Cómo aseverar la ausencia de ánimo homicida en quien, por más de un motivo, se le considera totalmente ajeno al atentado? Imposible de conciliar estas dos extremas y concluyentes posiciones. Claro que la observación ha perdido significado en razón de la laxa consideración que, en el recurso de casación, ha introducido el reciente Código de P.P., al permitir la presentación de cargos contradictorios, siempre y cuando la incompatibilidad conceptual no se produzca dentro de la misma censura.

Un yerro más protuberante es el de invocar la errada calificación de la conducta, pues en definitiva esta es la censura, mediante la violación directa de la ley sustancial, cuando lo pertinente es plantear la nulidad.

Ahora bien, en casos como el de autos, respaldar la configuración de un delito de lesiones personales (animus laedendi) resultaría criterio más próximo a la denominada responsabilidad objetiva, que cuando se califica la conducta de delito tentado de homicidio (animus necandi u occidendi). Sí, porque para éste último tiene que desprenderse de la materialidad del hecho (si no ocurrió la muerte -homicidio- debe hablarse de quebranto de la integridad personal) y buscar, en otros elementos de convicción, motivos para encontrar un propósito diferente a la simple intención de lesionar.

No puede tenerse nunca como inequívoca muestra de atender a un criterio de responsabilidad objetiva, el esfuerzo dirigido a develar, sobre la base de ciertos datos, el propósito necandi de una conducta. Se trata más bien, sin que la reflexión comporte adscripción a teoría alguna o reconocimiento de paternidad en algún autor, de acudir a reglas de experiencia en la interpretación del quehacer humano. Por la obra se reconoce al operario y por ciertas actitudes se logran despejar recónditos designios. Por fuera de una confesión sincera escasean los medios apodícticos para lograr este cometido. El pensamiento, como tal, resulta una indescifrable incógnita. Los gestos, las palabras, los movimientos, en fin los hechos, tratan de fijar aquel en sus exactas y verdaderas dimensiones. Pero, con todo, el perfil no aparece como absoluto e incuestionable. La interpretación lógica

avala lo cabal de la inferencia y permite entenderla como un juicio totalmente acertado o de admisible probabilidad. Siempre quedarán márgenes para la duda o la vacilación. Pero porque ésto pueda acontecer, el juez, en estas tareas, no puede renunciar al compromiso de hacer estas determinaciones para poder entender el acto como culposo o intencional y, en este último estadio y refiriéndose al evento examinado, intentar aproximarlo a un propósito de matar o simplemente de lesionar.

El Tribunal escrutó cuatro factores, comúnmente interpretables en la forma como lo hizo en esta clase de acciones ilícitas, para deducir el fenómeno de la tentativa de homicidio: clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión. El censor debió demostrar su inexistencia o su exagerada valoración para poder revestir su alegación de aspectos favorables. También se dijo, y no se refutó, que no insistió en rematar a la víctima, dado el estado en que ésta quedó sobre el piso (boca abajo), llevando al procesado la sensación de haber "cumplido su designio criminal".

Pero pretender destruir un raciocinio respetable, una coherente deducción o una interpretación normal, con un simple enunciado de tratarse de un delito de lesiones personales o con la impertinente invocación de la tesis de la responsabilidad objetiva, es buscarse la más afectiva forma de peticionar de modo improcedente.

El Tribunal no imaginó supuestos, no forzó las probanzas, ni se desentendió de éstas; por el contrario se mostró rigurosamente obediente a lo que rige, en el punto comentado, como guía segura de apreciación.

La censura se rechaza.

Cargo segundo

Como bien lo destaca la Delegada, el censor se orienta por una violación indirecta mediante un error de hecho por falso juicio de existencia: no se estimaron las pruebas favorables al procesado. Pero la realidad es otra, o sea, que el Tribunal sí las tuvo en cuenta, pero no en el sentido que le atribuye el casacionista sino en el que la sana crítica le señalaba. Se trataría, entonces, de un error de derecho, por falsos juicios de convicción, inadmisible por la libertad de apreciación que plasma nuestro estatuto procedimental penal, en el análisis y valoración de la prueba. Eso explica la serie de puntos que anota como debidamente demostrados en autos y que traducen una argumentación favorable para el procesado. Pero, es un modo de ver las cosas desde el observatorio de la defensa, con sus naturales vicios, que no logra imponerse sobre la interpretación auspiciada por el Tribunal.

A este respecto, por ejemplo, resulta fuera de realidad señalar que el procesado no discutió con Jaramillo, pues esto no lo advera el Tribunal ("no se escenificó ánimo belicoso entre víctima y victimario no hubo actitud hostil de parte del agresor hacia la víctima" -fs. 207) y por tanto no funda sobre esta circunstancia la sentencia. Lo que sí advierte, en el procesado, es su osadía y su deseo de crear problemas, puestos de manifiesto con su irreverente tocamiento a Diana María Duque Jiménez. Tampoco ha dicho el Tribunal que en la cantina "Siete Calvarios", González Serna exhibiera un arma de fuego, pero esta circunstancia no demuestra que no la poseyera al momento de acometer a Jaramillo. Aunque por la clase de acción a que sometiera a la Duque, bien podría entreverse la eventualidad de un respaldo armado para conjurar la reacción de ésta, de su familiar Jairo León y de los contertulios de éste. Y, por último, contra lo que piensa el censor y gratuitamente predica del Tribunal, el fallo destaca "la especial circunstancia de haber abandonado (González) este lugar (el bar) en un lapso muy corto en relación con la salida hacia su casa del ofendido Jaramillo Betancourt, cuando además, aquel en el desplazamiento por las calles de la Municipalidad, le llamó la atención *para que lo esperara*, como el ofendido lo hizo" Lo escrito entre paréntesis y subrayado, fuera del texto.

Tanto el fallo del Tribunal, como el de primer grado y la resolución acusatoria, que deben considerarse unitariamente por su armónica integración, se extienden en una crítica testimonial sobresaliente, para poder deducir la credibilidad que merece el dicho del ofendido al señalar a su atacante como la persona conocida con el sobrenombre de "picotazo" y tener por apellido Serna, o sea el segundo de éstos. Y otro tanto ocurre con la versión de los agentes de la policía que oyeron los disparos y se apresuraron a presentarse al posible sitio de los hechos, dando encuentro al lesionado, cuando ya cargaban con éste para el hospital. Estos agentes advierten que recibieron del ofendido la indicación de su agresor, lo que les llevó a buscar a González Serna en su casa, con resultado negativo, pues éste desapareció de la localidad desde ese mismo momento, huida que también se colaciona como indicio "de grave connotación probatoria". Por último, también se trae a cita la manifestación nada descartable de Diana María Duque Jiménez, quien asevera "que un vecino de su tío Jairo Jiménez, le comentó que el agresor había sido "picotazo" y todo porque al presentarse el disgusto en el bar "Siete Calvarios" Raúl Antonio había salido en defensa de su tío Jairo Jiménez" -fs. -112-, aspecto este último que concuerda con la versión de haber asumido Jaramillo, en el bar, el papel de apaciguador.

Como bien se advierte, el Tribunal presenta serias y procedentes razones para cimentar su sentencia de condena, las cuales, en un desapasionado análisis, tiene que mirarse con este valor y significado. Fuera de que, como se dejó anotado, la demanda abandona la refutación de buena parte de estos elementos de convicción y, en relación con otros apenas si los roza y menciona.

Es conveniente cerrar este cargo, con la trascripción de la siguiente atinada glosa de la Delegada:

"Débese acotar, además que en la demanda no se encuentra esfuerzo alguno de demostración de las pretendidas violaciones de la ley sustancial, pues se hacen en ella planteamientos meramente genéricos, que no contienen siquiera la afirmación de la forma como se entiende la violación de la ley. En efecto, sostener que "Se quebrantó lo estatuido en el Art. 358 del C.P.P." y reproducir a continuación su texto, no es más que enunciar un ataque cuya comprobación no puede dejarse a la imaginación de los intervinientes en el proceso o a la interpretación de la Sala de Casación Penal que ha de fallarlo; es simplemente enunciar una situación, pero no demuestra nada. Si a lo anterior se agrega que el libelista continúa después con aserciones igualmente generales en torno a la vulneración de otras normas, se tiene que su escrito, no tiene capacidad alguna para derrumbar la presunción de acierto y legalidad de que viene acompañada la sentencia, y por tanto debe desestimarse".

Y, en efecto, la objeción no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya mencionada en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

LIBERTAD PROVISIONAL \ REVOCATORIA \ DETENCION

La detención del procesado se cumple de manera inmediata cuando habiéndose concedido el beneficio de la excarcelación bajo el presupuesto de las causales previstas en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario de oficio o a petición del Ministerio Público o del Fiscal, encuentre que la excarcelación otorgada era improcedente o que el beneficiario violare cualquiera de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución, en cuyo caso no podrá ser otorgada nuevamente por la misma causa, salvo las situaciones previstas en los numerales 2o. y 3o. del ya citado artículo 415, desde luego, con la observancia de lo normado respecto de los asuntos de competencia de los Jueces regionales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7342

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruíz*

Aprobado acta No. 081

Santafé de Bogotá, D.C., seis de julio de mil novecientos noventa y dos

VISTOS:

El apoderado del procesado Gustavo Peña Santamaría, con apoyo en lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 198 del decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal) solicita de la Corte la revocatoria de la orden de captura librada por el Tribunal Superior de Ibagué y, en consecuencia, disponer la libertad de su representado.

Aduce el memoralista que al revocar el Tribunal Superior de Ibagué el subrogado de la condena de ejecución condicional otorgado en el fallo de primera instancia del Juzgado 4o. Superior de la misma ciudad, no puede hacerse efectiva la orden de captura hasta tanto la sentencia no cause la debida ejecutoria. Si actualmente se surte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra ella, resulta procedente en virtud del principio de favorabilidad la excarcelación demandada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Mediante providencia de fecha 8 de abril del presente año, la Sala negó al procesado Gustavo Peña Santamaría el beneficio de libertad solicitado por su apoderado por considerar éste que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué no podía ejecutarse por hallarse recurrida en casación.

En el citado proveído la Sala destacó que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal anterior, las providencias dictadas en la etapa del juicio se cumplirán cuando queden ejecutoriadas, salvo las excepciones establecidas en la citada codificación. Una de estas es precisamente la prevista en el artículo 198: "Las resoluciones relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, aun cuando estén contenidas en providencia apelable en el efecto suspensivo, se cumplirán de inmediato". Por ello, la excarcelación solicitada le fue negada.

Corresponde a la Sala en esta oportunidad determinar si la nueva petición presentada por el señor apoderado de Peña Santamaría resulta o no procedente.

Enseña el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal Vigente: "Cumplimiento inmediato. Las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, se cumplirán de inmediato".

"Si se niega el subrogado de la ejecución condicional, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentra en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento sin excarcelación".

Tres aspectos bien diferenciables se presentan en la norma antes transcrita:

1. Toda providencia dictada en el proceso en la que se disponga la libertad del procesado se cumplirá de inmediato salvo lo previsto en el numeral 3o. del artículo 415 con relación a los delitos de competencia de los jueces regionales que solo procederá cuando la decisión se encuentre en firme.

2. Las providencias relativas a la detención del procesado, se cumplirán igualmente de manera inmediata, es decir, sin necesidad a la ejecutoria de la decisión, con la única excepción prevista en la norma en comento, o sea, la dispuesta en la sentencia cuando se niega el subrogado de la ejecución condicional, siempre que en el proceso no se hubiere dictado medida de aseguramiento de detención sin beneficio de excarcelación.

3. Las que ordenan medidas preventivas se cumplirán así mismo sin necesidad de esperar su ejecutoria.

Respecto del segundo punto, esto es, sobre la detención del procesado deben hacerse las siguientes reflexiones:

a) Es presupuesto obligatorio el que se haya definido la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva en los casos previstos en el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal y que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 417 ibídem sea improcedente su excarcelación. En este evento la detención se cumple de manera inmediata.

b) Se cumple igualmente de manera inmediata cuando habiéndose concedido el beneficio de excarcelación bajo los presupuestos de las causales previstas en el artículo 415 del mismo Estatuto el funcionario de oficio o a petición del Ministerio Público o del Fiscal, encuentre que la excarcelación otorgada era improcedente o que el beneficiario violare cualquiera de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución, en cuyo caso, no podrá ser otorgada nuevamente por la misma causa, salvo las situaciones previstas en los numerales 2o. y 3o. del ya citado artículo 415, desde luego, con la observancia de lo normado respecto de los asuntos de competencia de los jueces regionales.

c) Si en la sentencia el Juez considera improcedente el otorgamiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, se cumplirá la detención en forma inmediata si el procesado se halla afectado de medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación.

Pero si no existiere tal medida restringida, al momento de tasar la pena y ésta no excediera de tres (3) años de prisión, no podrá el Juez con base en consideraciones sobre la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, hacer efectiva la sanción hasta tanto no quede en firme la sentencia en la que ha negado el subrogado en comento.

Si la pena que se impone en el fallo supera los tres (3) años de prisión, por este solo aspecto, resulta improcedente realizar cualquier consideración relativa

al otorgamiento de la condena de ejecución condicional, luego, la detención u orden de captura que se decrete en la sentencia, será de inmediato cumplimiento, así exista dentro del proceso medida de aseguramiento con beneficio de excarcelación.

Es claro que la excepción que se consagra en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal que invoca el memorialista está referida para aquellos fallos en que la sanción privativa de la libertad impuesta permite el otorgamiento del subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal, y que a juicio del funcionario, por la personalidad del procesado, la naturaleza y modalidades del hecho punible considera que requiere de tratamiento penitenciario. Lo anterior porque el superior jerárquico podrá eventualmente adoptar criterio distinto y revocar la decisión del a quo, en cuyo caso, la excarcelación que viene gozando el procesado mantiene su vigencia.

En cambio, si el juzgador de primera instancia no tiene que pronunciarse sobre factores subjetivos para fundamentar la improcedencia del subrogado penal por cuanto la pena impuesta supera los tres años de prisión, el superior jerárquico al conocer del fallo por vía de consulta o por apelación, no podrá modificar la decisión, por expresa prohibición de la ley. Entonces, la orden de detención decretada en el fallo de primera instancia será de inmediato cumplimiento.

En el presente caso, el Tribunal Superior de Ibagué en su sentencia impuso a Peña Santamaría como pena privativa de la libertad la de cuarenta y dos (42) meses de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio culposo y aborto, y como consecuencia del cuantum de la sanción, revocó el subrogado penal otorgado y dispuso la captura del sentenciado. Esta medida, por ajustarse al mandato legal ya comentado, no puede ser objeto de consideraciones a través de este incidente de libertad, pues corresponde a la Sala pronunciarse sobre la sentencia una vez agotado el trámite del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segundo grado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega al procesado Gustavo Peña Santamaría, el beneficio de libertad solicitado por su apoderado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES \ COMPETENCIA

La competencia de los jueces, sea cual fuere su especialidad o su categoría se halla expresa y exclusivamente señalada por la ley, fundándose esta para su distribución entre los diferentes órganos en factores de orden funcional, material, territorial y subjetivo o foral.

Tratándose de las infracciones relacionadas con la tenencia o tráfico de armas de fuego, la normatividad sustantiva vigente distingue entre las de uso privativo de las Fuerzas Militares y aquellas que clasificadas como aptas para la defensa personal, se autoricen para tenencia de los particulares, señalando en uno y otro caso una serie de conductas alternativas cuya ejecución se reprime con distinta punibilidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7798

Contra: Julio A. Armenta

Infr. Dcto. 3664/86

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 080 (julio 1 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., julio siete de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

De plano dirimirá la Sala el conflicto negativo de competencia surgido entre el Juzgado Tercero Superior de Valledupar y el Juzgado de Orden Público Código 20 con sede en Barranquilla, quienes recíprocamente se atribuyen el conocimiento de las presentes diligencias seguidas en contra del acusado Julio Alberto Armenta.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En el taller de herrería de Julio Alberto Armenta, localizado en la calle 35 número 31-29 del barrio San Martín de Valledupar y en el curso de una diligencia de allanamiento solicitada por las autoridades de policía judicial con base en informaciones relacionadas con la fabricación clandestina de armas de fuego, hallaron las autoridades escopetas con sus cañones recortados, un revólver de fabricación casera calibre 38 y diferentes piezas propias para el ensamblaje del mismo tipo de artefactos, así como vainillas de diferentes calibres, pólvora y moldes en cartón y madera para la fabricación de armas cortas, siendo retenidos en el lugar además del propietario los individuos Carlos Julio Galván Vega y Saúl Acuña Pérez.

2. Del caso conoció inicialmente el Juzgado Unico Especializado de Valledupar, pasando finalmente las diligencias al Trece de Instrucción Criminal de la misma ciudad, a cuyo cargo estuvo la calificación del mérito sumarial.

En esa providencia, fechada el 8 de agosto de 1991, optó el Juzgado por proferir resolución de acusación en contra del herrero Armenta, cesando procedimiento en favor de los otros dos sumariados y disponiendo a la ejecutoria del proveído que la actuación pasara a los jueces competentes para el adelantamiento de la causa.

3. Recibida por reparto la actuación en el Juzgado Trece Superior de Valledupar, su titular se abstuvo de avocar el conocimiento del asunto al descubrir que la adecuación de la conducta se había hecho frente al verbo "almacenar", no ante el de "portar" que se constituía en la única de las hipótesis que le habían sido adscritas. Como consecuencia procedió a remitir el expediente con destino a los juzgados de orden público a través de la respectiva Dirección en la ciudad de Barranquilla, planteando desde ese momento colisión negativa de competencia.

4. Adjudicado finalmente el caso al juzgado de orden público código 20 de la Seccional de Barranquilla, la colisión terminó por formalizarse al advertir ese Despacho que tampoco avocaría el conocimiento, pues a su juicio lo relevante para determinar la competencia no era siquiera la naturaleza de la infracción sino la bondad del procedimiento, ya que a su juicio el ordinario resultaba más benigno al procesado que el adelantado por los juzgados de orden público, argumentos a los

cuales vio respaldo en algún pronunciamiento del ahora extinto Tribunal Disciplinario, motivos por los cuales remitió el expediente al Consejo Superior de Judicatura para que en Sala Disciplinaria dirimiera el conflicto, Corporación de la cual proceden las diligencias para que sea la Corte la que termine por adjudicar la competencia al despacho que al final le corresponda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Corresponde a la Corte dirimir de plano los conflictos de competencia surgidos entre un juzgado regional (nueva designación que vienen a recibir los juzgados de orden público a la vigencia del Decreto 2700 de 1991) y cualquier juez penal de la República, atribución que le otorga el artículo 68-5 de ese nuevo estatuto y que se convierte en causa suficiente para relevar cualquier respuesta a los fundamentos con los cuales remite el presente expediente a esta sede el Consejo Superior de la Judicatura.

2. Hecha la presente salvedad, la solución del conflicto suscitado entre los señores jueces Tercero Superior de Valledupar y Código 20 de Orden Público de la ciudad de Barranquilla amerita las siguientes consideraciones específicas:

2-1. La competencia de los jueces, sea cual fuere su especialidad o su categoría, se halla expresa y exclusivamente señalada por la ley, fundándose ésta para su distribución entre los diferentes órganos en factores de orden funcional, material, territorial y subjetivo o foral.

2-2. Por razón de la materia o naturaleza del hecho y tratándose de las infracciones relacionadas con la tenencia o tráfico de armas de fuego, la normatividad sustantiva vigente (Decretos 3664 de 1986 y 2271 de 1991) distingue entre las de uso privativo de las Fuerzas Militares y aquellas que clasificadas como aptas para la defensa personal, se autorizan para tenencia de los particulares, señalando en uno y otro caso una serie de conductas alternativas cuya ejecución se reprime con distinta punibilidad.

Partiendo de estas diferencias, la competencia para el conocimiento de estas infracciones se había ya distribuido al producirse la colisión, entre los jueces superiores y los de orden público, adjudicándole con exclusividad a los primeros el "simple porte de armas de fuego de defensa personal", en tanto quedaron bajo juzgamiento de los segundos los restantes eventos típicos, así tuvieran como objeto material armas de defensa personal o bien las armas de guerra, distribución prevista sin consideración alguna al tiempo de ocurrencia de la infracción, pero sin que en ello pudiera reflejarse perjuicio alguno para el principio constitucional

de la favorabilidad, porque de modo expreso el parágrafo del artículo 9o. del ya citado decreto advirtió que "En todo caso la ley sustancial favorable, o la procesal de efectos sustanciales de la misma índole, tendrá prelación sobre la desfavorable", norma que hallada exequible según sentencia de abril 11 de 1991 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, se hacía de inexcusable observancia.

2.3. Consultando los presupuestos de hecho que dieron margen a la apertura de la investigación, de ellos surge sin asomo de dificultad que las conductas punibles imputadas se concretaban sobre armas que por sus características estaban excluidas de la autorización de porte a los particulares, pues comprendidas en el decomiso varias escopetas, el largo de sus cañones no superaban los 15, 19 y 23 centímetros, resultando muy por debajo del tope permisivo de 40, 62 centímetros fijado en el parágrafo del artículo 7o. del Decreto 1667 de 1979, modificado por el artículo 2o. del decreto 2003 de 1982.

En la motivación del enjuiciamiento, la conducta se adecuó además a la modalidad del "almacenamiento" y no del "porte", pues el hallazgo se produjo en el interior de un pequeño baúl que conservaba a su cargo el acusado.

2.4. Sea, entonces, que la Corte se atenga a los hechos en los términos en que a ellos se refieren las pruebas allegadas, ora que consulte con exclusividad la calificación que hace el Juzgado de Instrucción en el enjuiciamiento, por una u otra vía la conclusión resulta siempre igual y señalando como competentes para la impulsión del juicio a los juzgados de orden público a la fecha presente Juzgados Regionales según reclasificación automática surgida de la vigencia de la nueva codificación procesal penal, artículo 5o. transitorio, sentido en el cual habrán de rematar estas breves consideraciones, haciéndose sí preciso resaltar el desacierto en que incurre el titular del Juzgado de Barranquilla al pretender desestimar su competencia sobre el presupuesto de la favorabilidad de las normas de trámite, pues con ello no solamente ignora que las reglas sobre competencia difieren de aquellas alusivas al solo impulso procesal, sino que además y cuando el legislador hizo la reasignación de competencias, de modo expreso dejó a salvo la aplicación de las garantías o derechos de mayor beneficio para el procesado.

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

RESUELVE

Dirimir la colisión negativa de competencia suscitada dentro del presente asunto, atribuyendo su conocimiento al Juzgado regional de Barranquilla -antes Código 20 de Orden Público-, al cual se ha de remitir el expediente.

Copia de la presente decisión se enviará para su conocimiento al Juzgado del Circuito de Valledupar -antes Tercero Superior de ese Distrito-, de donde partió la iniciativa en el conflicto.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

CASACION OFICIOSA \ REFORMATIO IN PEJUS

La casación oficiosa es procedente de acuerdo con el ordenamiento procesal vigente hoy, al resultar favorable cuando se trata de proteger las garantías fundamentales.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6220

Contra: Aníbal Oyola Bedoya

Delicto: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 083

Santafé de Bogotá, D.C., julio ocho de mil novecientos noventa y dos.

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de marzo 7 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a Aníbal Oyola Bedoya a 11 años de prisión por el delito de Homicidio.

Hechos y actuación procesal

Pasadas las siete de la noche del 20 de mayo de 1988, Aníbal Oyola Bedoya estaba tomándose unas cervezas en la tienda de Eloy Criollo, ubicada en la esquina de la carrera 4a. con calle 7a. del municipio tolimense de San Antonio, cuando entró

Ciro Fernández Trujillo, con quien aquél tenía enemistad. Aníbal, empero, lo invitó a una cerveza, lo abrazó, e inmediata y sorpresivamente le propinó un disparo en el oído derecho, y luego otros en diversas partes del cuerpo. Herido de gravedad, Ciro logró zafarse y salió de la tienda seguido por Aníbal, quien ya en la calle le disparó de nuevo y huyó. Ciro murió poco después.

El padre de la víctima, Eriberto Fernández Tapias formuló la respectiva denuncia y el asunto fue asumido por el Juzgado Promiscuo Municipal del citado municipio el que abrió investigación, practicó algunas pruebas y remitió el expediente a los Juzgados de Instrucción Criminal, correspondiéndole al 26 de Ibagué, que prosiguió la actuación y oyó en indagatoria a Aníbal Oyola quien fue capturado el 8 de febrero de 1989, resolviéndose su situación jurídica con auto de detención. Cerrada la investigación, se le calificó mediante el auto de junio 3 con resolución acusatoria por el delito de homicidio simple (fols. 225 y ss).

El proceso pasó al Juzgado 2o. Superior de Ibagué, que ejerció el entonces vigente control de legalidad, y en cuanto a unas pruebas solicitadas por la defensa remitió al acusado a Medicina legal a fin de que le fuera practicado un examen para establecer si presentaba algún trauma. El psiquiatra forense no encontró en él patología alguna, acotando que "refiere (el procesado Aníbal Oyola) haber sufrido golpe en la cabeza, 'culatazo', con arma de fuego, pero no se evidencia en el interrogatorio, ni el examen que haya dejado secuelas. Se solicitó electroencefalograma, el cual no se tomó" (Fl.329).

El Juzgado, de otra parte, en decisión confirmada por el Tribunal, negó oír en declaración a la esposa del procesado, solicitada con miras a demostrar las razones por las cuales aquel huyó del sitio de los hechos (pese a que luego alegó defensa de su vida) y después no se presentó a las autoridades (fols.257 y ss).

Celebrada la audiencia pública, se profirió fallo de noviembre 9 de 1990, mediante el cual se condenó al procesado, en armonía con la acusación, a la pena principal de 10 años de prisión, a la accesoria de intervención de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios y se le negó la condena de ejecución condicional (fols.359 y ss).

Apelada la sentencia por la defensora, el Tribunal la confirmó aumentando la pena a 11 años de prisión por medio de la suya que recurrió en casación el procesado (fls.395 y ss).

La demanda

Empieza diciendo el casacionista que a nadie le consta que su representado fue quien mató a Ciro Fernández, aunque admite que el acusado sí disparó porque "le dispararon desde las ventanas de la tienda", y además porque la víctima "le tiró puñaladas".

Reitera que de todos modos existe en el proceso una duda que debe ser resuelta en pro de Aníbal Oyola. Afirma, contra lo admitido en el fallo, que aparte del acusado otra u otras personas dispararon: "¿Quién era el tercero que estaba con Oyola y Fernández en la mesa del café de Eloy Criollo en la noche de autos?", se pregunta el demandante (fl.13), agregando que no se analizó "el plano levantado en la inspección judicial, y que los testigos incurren en varias contradicciones, especialmente Tiberio Andrade Sánchez, a quien califica de "sospechoso". Indica a continuación que "parece que hubo presión indebida sobre los testigos" y que, en fin, se le debió creer al procesado cuando alegó una defensa justa de su vida, máxime que quedó sin establecerse si era imputable o no: "Considero que la Honorable Corte debe decidir cómo se va a subsanar lo que anoto, con lo cual se estaría configurando la causal quinta, capítulo 29 artículo 29 (sic), ya que la ley no obliga a Oyola a dejar que lo maten y mucho menos si es inimputable porque en ese caso no se dio cuenta de lo que hizo, si es que lo hizo", precisa el actor (fl.14).

Critica de nuevo la prueba de cargo, se queja de que no se haya escuchado el testimonio de la mujer del procesado ni se le haya practicado al mismo el electroencefalograma; termina su alegación con la siguiente afirmación: "de modo que enfocadas así las cosas, debe prosperar la causal primera de casación del C.P.P."(fl.15).

Bajo el epígrafe de "petición", manifiesta que se debe ordenar "darle curso a esta demanda para que se revoque o reforme la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal de Ibagué".

CONCEPTO DE LA DELEGADA Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sobre la demanda:

1. Dice el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que el libelo "no pasa de ser una complicación de apreciaciones subjetivas que busca evidenciar unas veces deficiencias de apreciación probatoria -que eventualmente podría tener que ver con una violación indirecta de la ley sustancial-, otras ausencia de pruebas conducentes al esclarecimiento del aspecto objetivo de los hechos, otras, también falta de pruebas pero en relación con la culpabilidad; otras supuestos vicios procesales suficientes para sustentar la nulidad de lo actuado -solo argüible a través de la causal tercera de casación-, pero de todas ellas sin sustento en argumentos concretos y serios, ni precisión de conceptos jurídicos que por lo menos permitan determinar la clase de la supuesta violación, su sentido y la razón de ser de la misma". Y agrega:

"Las exigencias formales y de lógica tienen su razón de ser en la demanda de casación porque el cuestionamiento de la presunción de la legalidad y de acierto de los fallos judiciales no puede apoyarse en toda inquietud y que a última hora surja

de parte del o de los afectados en busca de una solución favorable a sus intereses, lanzada al azar y solo por aprovechar la oportunidad extraordinaria que en miramiento al máximo de garantías procesales ofrece la normatividad" (fl.21).

Es del sentir, entonces, que se deseche la censura.

2. La Corte comparte dichas glosas. En efecto: es de verdad patente la mezcla de alegaciones y peticiones contenidas en el libelo, y también sobresaliente el ningún sustento de unas y otras. Se limita el censor, como en mera sede de instancia, a lanzar sus propias y personalísimas apreciaciones en relación con el material probatorio estructurante del proceso, discrepando, en esencia, del crédito que los elementos de juicio respectivos mereció al sentenciador. Una buena muestra de ese proceder -desde luego que del todo extraño a la impugnación extraordinaria- es el siguiente párrafo de la demanda: "Y en síntesis, tanto el Tribunal como el juzgado se empeñan en no darle crédito a los testigos favorables a Oyola e incluso algunos no fueron llamados; pero sí dan crédito a los testigos de oídas, quienes les contaron, se imaginan, se suponen, deducen y se contradicen en sus declaraciones" (fl.13).

Olvidó el demandante que, si de disenso probatorio se trata, está obligado a demostrar a la Sala que el Tribunal incurrió en error manifiesto, bien de derecho, ora de hecho, y que ese yerro fue determinante del sentido del fallo. Esa omisión de su parte, es cierto, se exhibe obvia, ya que ni siquiera enunció si se trataba de violación directa o indirecta, aparte de que, como lo resaltó la Delegada, sus protestas con relación a la no práctica de unas pruebas, encajarían en una causal diversa a la primera, que fue la que indicó al finalizar el escrito.

Una demanda de ese linaje, pues, deviene del todo refractaria a un examen material o de contenido, motivo por el cual su improsperidad salta a la vista.

Sobre la aplicación del artículo 31 de la Carta:

El Tribunal, a la fecha de su fallo, podía aumentar la pena impuesta al procesado Oyola Bedoya en la primera instancia, como efectivamente lo hizo. Pero ya es bien sabido que, con posterioridad, la Constitución Política prohibió esa reforma en disfavor, cuando, como aquí, el recurso de apelación es interpuesto únicamente por el defensor (fls. 374 y ss).

Esa prohibición sobreviniente obvio es que ha dado pie a polémicas y a diferentes posturas jurídicas, todas ellas respetables. En seguida se consignará la que en este caso adujo la delegada, y luego se precisará la posición de la Corte al respecto.

1o. Retomando su concepto de noviembre 21 último, dice sustancialmente el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

a) La garantía que otorgó la nueva Carta en su artículo 31 al procesado, entraña un derecho fundamental, que, por lo mismo, "tiene la categoría de indeclinable e inaplazable, pues en la medida en que su ejercicio sea propuesto, en esa misma dimensión se verá amenazado el estado de derecho que lo establece como sustento mismo de su organización" (fl. 24).

Ello significa que ese derecho de no agravar la pena es de aplicación inmediata, como expresamente lo consagró el artículo 85 de la Carta: lo que quiere decir que debe ser reconocido "sin esperar trámites no regulados o el surgimiento de condiciones no contempladas en la norma fundamental y que dilatan su vigencia".

b) Por lo que concierne a la "vía de aplicación del derecho" en cita, dice la Delegada que no comparte el criterio de la Sala en cuanto lo aborda como "un problema de rebaja de pena", ya que el Constituyente en manera alguna consagró en el artículo 31 ese fenómeno, "sino simplemente reconoció un 'derecho fundamental' a los coasociados, por la prohibición de la reformatio in pejus, vigente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo occidental. Sus efectos materiales podrán ser equiparables, por algunos aspectos, a las consecuencias que tendría una rebaja de pena, mas no comportan las mismas características de ella"; y a continuación hace algunas distinciones entre el instituto de la rebaja y el derecho constitucional referido.

c) Rememora la sentencia de octubre 22 último, en la que la Corte mayoritariamente decidió que en casos como el examinado, debía optarse por la casación parcial del fallo, a fin de dejar vigente la pena impuesta por el juzgador de primer grado y dar así cumplimiento al precepto constitucional

Dice que comparte el criterio de los tres magistrados que en esa ocasión salvaron el voto, puesto que se casaría oficiosamente el fallo sin soporte en causal alguna de casación y de manera oficiosa, cosa prohibida también por la ley, pues no se estaría frente a una nulidad.

Para la Delegada, en esas condiciones, "existe, entonces, un solo camino para reconocer el derecho de la no agravación de la pena: el de la aplicación *directa e inmediata* de la regulación constitucional" (fol. 28), que la encuentra "posible" por virtud de artículo 85 de la Carta, en armonía con el 2o. ibídem, que prevé la efectivización "de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución"; a más de que el artículo 288 de la misma normatividad "estableció la prevalencia del derecho sustancial sobre las ritualidades procesales ...".

"Por manera que -finaliza la Delegada-, aún en sede de casación, durante su trámite incluso, la Corte puede y debe, y de manera definitiva, declarar la vigencia de la sentencia de primera instancia en lo que al quantum punitivo se refiere siempre que se presente en el proceso correspondiente los supuestos de hecho contemplados

en el canon constitucional, sin que sea dable diferir el pronunciamiento al momento de la sentencia de casación, o al más distante aún de la decisión del juez de primera instancia.

"Obviamente la declaración del derecho del procesado por parte de quien tenga en el momento el expediente, evitar el acudir -de modo contrario a la naturaleza y regulación del recurso extraordinario- a la ruptura del fallo para la declaración correspondiente".

Así, pues, solicita a la Corte no casar el fallo, y "dar aplicación inmediata y directa" al artículo 31 de la Carta.

2o. En fallo muy reciente (mayo 13 último, M.P. Dr. Torres Fresneda), la Sala replicó del siguiente modo a esos planteamientos del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal:

"Sin haber llegado jamás al desconocimiento de ninguno de los preceptos invocados, la postura de la Sala ha sido y ha de continuar consecuente al comprender que sin el sacrificio de la vigencia inmediata del artículo 31 superior, otros principios de igual rango indican que las decisiones judiciales en un estado de derecho y particularmente aquellas que hayan de modificar una sentencia asistida de la doble presunción de legalidad y acierto sólo pueden llegar a ser adoptadas por los funcionarios competentes y dentro de las formalidades señaladas en la ley, *pues de igual rango superior es el mandato constitucional contenido en el artículo 29 de la Carta*, según el cual debe aplicarse el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, sin que pueda juzgarse a persona alguna con preterm isión de las leyes preexistentes al acto que se imputa, ni ante juez o tribunal incompetente, ni con inobservancia de la plenitud de las formas propias indicadas para su juzgamiento.

"Por ese positivismo jurídico y sin que la Constitución señale para cuándo la rectificación debe surtirse ante la Corte, otro trámite o competencia distintos a aquellos que rigen la actuación en esta sede, repetidamente se ha reconocido la operancia del precepto constitucional del artículo 31 al resolver la libertad del procesado y antes del proferimiento del fallo de casación, pero sin llegar a modificar definitivamente la decisión del Ad quem, porque precisamente continúa sub judice y supeditada a las resultas del recurso extraordinario. Pero también y de modo oficioso modifica la situación gravosa inconstitucional con motivo de la decisión del recurso extraordinario, sin que con ello se desconozcan los derechos del acusado, pues muy al contrario cuanto se hace es respetar las formas, la competencia y la oportunidad procesales adecuadas para que la decisión de condena halle su aplicación definitiva.

"De otro modo, y así en principio se expresarán los motivos de discrepancias surgidos frente a la opción finalmente impuesta de casación oficiosa, tiénese en suma que con ella finalmente se cumple el precepto constitucional sobre el cual se viene discurriendo, opción que, a falta de aquella reglamentación cuya inexistencia

jamás ha servido de excusa para la inaplicación del precepto, guarda bajo el criterio dominante la debida armonía con la decisión que la contiene" (se subraya).

Agréguese a lo anterior que la Corte, si atendiera la propuesta de la delegada, estaría modificando el fallo mediante un auto, es decir por fuera de su competencia, que se la da, de modo exclusivo, la ley para proferir la sentencia de casación o antes, de manera provisional, solo para garantizar la efectividad del derecho a la libertad. Dicho de otra forma, si el fallo no se casa, como propone la Delegada, la sentencia impugnada quedaría en firme, sin que la Corte seguidamente pudiera entrar a modificarla por medio de una decisión del todo extraña al recurso extraordinario, que, se repite, es el que le otorga facultad para modificar el fallo del Tribunal, en este caso, conforme al mandato imperativo de la Carta.

Además, de conformidad con el ordenamiento procesal vigente hoy y aplicable aquí al resultar favorable por referirse a garantías fundamentales (art. 228), es procedente la casación oficiosa. Queda, entonces, zanjada cualquier polémica al respecto.

Así las cosas, se impone casar parcialmente la sentencia impugnada, a fin de que, en definitiva, la pena que debe imponerse al procesado sea la que se decidió por el juzgador de primer grado.

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

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida. En consecuencia, declarar que la pena privativa de la libertad que corresponde al procesado Aníbal Oyola Bedoya es la impuesta en la sentencia de primera instancia, esto es, diez (10) años de prisión. Las demás determinaciones allí tomadas no sufren modificación alguna.

En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Gustavo Gómez Velásquez — *Dídimo Páez Velandia*

Edgar Saavedra Rojas — *Juan M. Torres Fresneda*

Jorge Enrique Valencia M. — *Rafael I. Cortés Garnica*
Secretario

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD \ CASACION \ VIOLACION DIRECTA \ NULIDAD

El artículo 52 ibídem es muy claro al disponer que a la pena de prisión la acompaña siempre la de interdicción de derechos y funciones públicas, pero, "las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el Juez teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61". Cuando inmotivadamente se impone la suspensión de la patria potestad, ese error debe demandarse en casación por violación directa, causal que no puede emplearse de oficio, y no por nulidad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6161

Contra: José Jaramillo

Procedencia: Tribunal Superior de Pereira

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 030 julio 1 de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., julio nueve de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado José Duván Jaramillo González, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Tercero Superior de la misma ciudad, en la cual se impuso al acusado diez (10) años de prisión por el delito de homicidio.

I. Hechos y actuación procesal

Lo sucedido lo relató así el Juzgado Superior en el fallo de primer grado:

"Todo ocurrió el 15 de marzo de mil novecientos ochenta y nueve siendo la una y treinta de la madrugada en el barrio Cuba de esta ciudad sector donde se hallaba el señor John Jairo y Rigoberto Mesa Giraldo compartiendo unas cervezas en el establecimiento denominado 'Claro de Luna'. Al retirarse del establecimiento con destino a sus respectivas residencias, a la altura de la calle 72 frente a la casa demarcada con el número 26B-31 fueron interceptados por un automóvil de servicio público del cual se apeó un agente de la policía quien con revólver en mano les ordenó colocarse contra la pared con las manos en alto bajo la amenaza de matarlos; en momentos en que uno de los amigos le replicaba al agente su actitud; sonó un disparo que acabó en cuestión de segundos con la vida de Gutiérrez López.

"En la necropsia que se practicó al occiso se encontró como signo de violencia, según el legista, un impacto de proyectil de arma de fuego a nivel del 5o., espacio intercostal derecho línea axilar anterior, sin orificio de salida, con trayectoria de derecha a izquierda en cuyo reconocimiento ocasionó heridas de pulmón derecho, corazón, pulmón izquierdo, hemotorax derecho e izquierdo.

"El autor del disparo escapó a pié mientras que el taxista, arrancó rápidamente sin atender los requerimientos de los hermanos Mesa Giraldo para que trasladaran al herido hasta el hospital y en consecuencia este falleció en el mismo sitio".

La investigación correspondió al Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Pereira, Despacho que recaudó varios testimonios y otras pruebas pertinentes, y luego oyó en indagatoria al agente de policía José Duván Jaramillo. Por resolución de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Manizales, se comisionó al Juzgado Tercero de Instrucción Criminal Ambulante, quien resolvió la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva, y practicó unas diligencias.

Posteriormente volvió al Juzgado Sexto de Instrucción y allí se procedió a cerrar la investigación y calificar el sumario con llamamiento a juicio, proveído contra el cual interpuso recurso de apelación el defensor. El Tribunal Superior, a petición del Fiscal Tercero de la Corporación, declaró la nulidad de la calificación por no tener en cuenta las alegaciones del defensor.

Ante la decisión tomada en segunda instancia, el Juzgado Instructor calificó de nuevo el mérito del sumario, profiriendo resolución acusatoria contra Jaramillo González por el delito de homicidio. Apelado el auto, el Ad quem le impartió confirmación.

La tramitación de la etapa del juicio correspondió por reparto al Juzgado Tercero Superior, y luego de recaudar algunas pruebas y realizar la audiencia

pública, dictó sentencia condenatoria a la pena principal de diez años de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el mismo tiempo de la pena principal. Los perjuicios materiales los fijó en quince millones doscientos veintidós mil ochocientos cuarenta pesos ($ 15.222.840.00), y los morales en sesenta (60) gramos oro.

El Tribunal Superior, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la sentencia condenatoria, la confirmó en todas sus partes.

II. La demanda

El libelista al amparo de la causal primera cuerpo segundo, afirma que "La sentencia es violatoria del derecho sustancial, en forma indirecta, por error de hecho manifiesto en los autos, al desconocer el principio universal de 'in dubio pro reo' ".

Dice que el Juzgado y el Tribunal se equivocaron al apoyar el fallo en las declaraciones de los hermanos Mesa Giraldo y del agente de policía Eliécer Téllez Escarraga.

Critica las atestaciones de John Jairo y Rigoberto Mesa, porque en el momento de los hechos no dijeron que el autor del homicidio era un policía de apellido Jaramillo, cosa que hicieron dos semanas después. Estima que la decisión dejó de apreciar los testimonios de los dos agentes motorizados que acudieron a los cuatro o cinco minutos del disparo: del Inspector y secretario del permanente del sur; del teniente Eduardo José Barreneche; y, de María Amparo Martínez, razón por la cual llegó a la conclusión de que los hermanos Mesa Giraldo "desde el comienzo del proceso han señalado al ex agente Jaramillo como el autor".

Agrega que John Jairo confesó que se enteró del apellido del homicida por "la gente que comentaba", pero ninguna de esas personas acudió a declarar; y Rigoberto acudió a la mentira, aseverando que conoció el apellido porque el agente Téllez lo mencionó en la calle.

Reitera que los hermanos Mesa incurren en contradicciones en lo referente al problema de uno de los agentes (Téllez o Jaramillo), en el bar Imperio con el señor Rodrigo Loaiza, y concluye:

"El argumento elaborado en el sentido de que, en últimas, los declarantes 'de excepción' se enteraron del apellido del agente Jaramillo porque fue quien tuvo el altercado con el agente Téllez, no se tomó, pues, del contexto probatorio sino de la imaginación del fallador, un tanto acuciado por el explicable temor de que la única persona 'visible' como autor del crimen no escapara al arbitrario imperio de la justicia".

En lo atinente al testimonio del agente **Jorge Elicer Téllez**, asevera que en lo único que coincide con la versión de los hermanos Mesa Giraldo es en cuanto a la presencia de José Duván Jaramillo en el bar imperio, en todo lo demás los contradice. "No relata que hubiese sido abofeteado por el desconocido con quien discutió, ni que lo hubiese sido tampoco Jaramillo; no admite haber reclamado por este suceso que nunca ocurrió al agente Jaramillo; no sugiere siquiera la idea de que Jaramillo hubiese discutido con él ni con Rodrigo Loaiza, y, finalmente, no manifiesta haber salido a la puerta del bar 'Imperio' con su revólver en la mano, mucho menos después de que el pequeño altercado ya había pasado".

Se pregunta, "Dónde se encuentran, pues, al comparar tales declaraciones, 'la armonía manifiesta', la 'concatenación' a punto de 'confabulación perfectamente planeada' que tan entusiasmadamente deducen los juzgadores?". Termina la argumentación sobre esta prueba así: "El testimonio de Téllez Escarraga solo acredita la presencia de Jaramillo González en el bar 'Imperio', y defiere la responsabilidad de la imputación del homicidio a los otros declarantes, que no pudieron aportar *la certeza* de su autoría al procesado".

Refiriéndose a la experticia sobre el revólver del procesado, apunta que hubo falso juicio de existencia, pues el Tribunal la tiene en cuenta en contra del imputado, no obstante que admite que el dictamen no lo incrimina ni lo descarta.

Sobre la magnitud y consecuencias de la violación expresa: "Por el viciado método de atribuir a la prueba considerada para la decisión un alcance y un sentido que su tenor literal, apreciado en conjunto como lo manda el artículo 253 del C. de P. Penal, no le confería ni autorizaba a pesar del libre criterio para valorar su verdad intrínseca, el Tribunal y el a quo ignoraron, desconocieron o pasaron inadvertido que en el infolio solo existen *dudas insalvables* sobre la identidad física del autor del crimen porque sus delatores jamás pudieron explicar el origen o fuente del conocimiento del apellido y el nombre del homicida, ni pudieron distinguirlo del agente Téllez Escarraga en forma inconfundible y pacífica, ni de cualquier otra persona que estuviese en posibilidades de causar el daño".

La petición es que se case la sentencia y se dicte en su reemplazo una de carácter absolutorio.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que el cargo formulado en la demanda se debe desestimar, y para sustentar esa petición anota:

"Como fácilmente se observa, el señor Defensor hace depender el supuesto error de hecho por tergiversación del contenido material de los testimonios de los señores Mesa Giraldo, de otro error que si bien no destaca como reparo inde-

pendientemente del fallo, sí incidiría en su poder de convicción: el no haberse apreciado los testimonios de las personas a quienes ellos refirieron el infortunado suceso; y, como si fuera poco la imprecisión en la demostración de la censura, añade que la prueba fue insuficiente para dejar 'satisfecha a la justicia' sobre la forma como obtuvieron el nombre del victimario que posteriormente suministró al Juez. Tres pues, habrían sido las falencias del sentenciador: Falso juicio de identidad en la apreciación de las declaraciones anotadas; falso juicio de existencia porque para llegar a eso dejó de apreciar otras pruebas, y; haber decidido no obstante la ausencia de pruebas sobre la razón del dicho de los testificantes.

"Como se ve, el actor entremezcla tres situaciones bien diferentes, en la medida en que cada una se origine en defectos diversos relativos al juicio de valoración de los elementos probatorios por el juez, y que por esa razón enervan el reclamo porque lo tornan contradictorio en sus extremos o a la prueba se le hizo decir algo que de su contenido material no era posible, o con omisión de definitivos elementos de juicio se adoptó resolución, o la decisión surgió de pruebas incompletas e insuficientes".

Como un defecto más de la demanda, destaca el Ministerio Público el hecho de afirmar que los testimonios de los hermanos Mesa ante el juez instructor son falsos, porque al cotejarlos con el rendido por el agente Téllez, este no los respalda, pues esto constituye un cuestionamiento a la credibilidad que el fallador le otorgó a esas versiones, es decir, opone su criterio al del Tribunal.

Dice que el principio de limitación que rige el recurso le impide seleccionar cualquiera de los planteamientos lanzados por el demandante, y si el libelo no se aviene a la observancia de las exigencias de lógica jurídica, especialmente, el principio de no contradicción fuerza es tenerlo como ineficaz a los fines del recurso.

Respecto a la experticia sobre el revólver, sostiene que no se cuestiona su existencia objetiva, sino el grado de credibilidad que le mereció al fallador, lo que equivale a objetar su poder de convicción, en la búsqueda de imponer su criterio particular sobre el del sentenciador, en evidente desvío del vicio que menciona en el escrito.

Al margen de la demanda, el Procurador Delegado solicita que de oficio se declare la nulidad del proceso, por falta de motivación de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, lo cual afectó la garantía del debido proceso.

IV. Consideraciones de la Sala

1o. Atendiendo al principio de prioridad que rige el recurso, corresponde evacuar primero la petición de nulidad formulada por el Ministerio Público.

El solicitante dice que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad carece de motivación en el fallo de primera instancia, y "el Tribunal se limitó a prohijar lo dicho sobre el particular por el Juzgado, y esto sencillamente, como aparece en la transcripción consignada en la reseña del proceso por este Despacho, la impuso como automática consecuencia de la principal con el mismo criterio que el artículo 52 ibl. autoriza para las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas".

Efectivamente el juzgador erró al considerar que la imposición de esa pena accesoria era imperativa, razón por la cual aplicó indebidamente el precepto sustancial (art. 42 num 5o. del C.P.). El artículo 52 ibídem es muy claro al disponer que a la pena de prisión la acompaña siempre la interdicción de derechos y funciones públicas, pero "las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el Juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61".

Así las cosas, ese error debe demandarse en casación por violación directa, causal que no puede emplearse de oficio, y no por nulidad como lo propone el coloborador fiscal. Este criterio ha sido expresado por la Sala en sentencias de segunda instancia de enero 29 de 1992, y de casación de febrero 12 del mismo año, con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruíz. *En esta última decisión textualmente se dijo:*

"Por lo expuesto hasta aquí, emana claro que como el fallador, interpretó equivocadamente la ley, llevándole ese error a aplicar indebidamente el precepto sustancial (art. 42 C.P.), la vía correcta para impugnar en casación era la directa, causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (artículo 15 Decreto 1861 de 1989), seleccionada atinadamente por el casacionista, y no la nulidad, como lo propuso la Delegada, a lo que de consiguiente, no se accederá.

"La nulidad aducida podría presentarse en el caso de que el Juzgador entendiendo acertadamente que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad es de imposición potestativa y no obligatoria, la aplicara sin motivación de ninguna naturaleza, lo cual, como ya se analizó, no ocurrió en el caso subjudice".

Las razones anteriores son suficientes para no acceder a la petición del Procurador Delegado.

2o. La demanda presentada por el defensor del procesado, apunta a la demostración de que existe duda respecto a su responsabilidad, y al proferirse sentencia condenatoria se desconoció el principio del in dubio pro reo.

El censor escogió la vía de la violación indirecta por error de hecho, cometido al apreciar los testimonios de los hermanos John Jairo y Rigoberto Mesa Giraldo, así como la versión del agente Eliécer Téllez Escarraga, y la experticia practicada sobre el revólver del acusado.

En primer lugar, sostiene que el Tribunal incurrió en error de hecho al decir que la autoría del disparo por parte del implicado Jaramillo González tiene fundamento en "las declaraciones de los hermanos Mesa que le hacían compañía al occiso desde el comienzo del proceso han señalado al ex-agente Jaramillo como el autor".

Al examinar el expediente se encuentra, que efectivamente el 28 de marzo de 1989, cuando aun no se había dictado auto cabeza de proceso, rindió declaración John Jairo Mesa Giraldo ante el Juez Sexto de Instrucción Criminal y dijo: "Nosotros como a las nueve y media de la noche del catorce del presente mes nos sentamos a tomarnos unas cervezas en el bar 'Claro de Luna' que anteriormente se llamaba Bar Americo (sic), estábamos en compañía de mis hermanos Rigoberto y otros más, nos tomamos las cervezas cuando oímos un problema, entonces nos asomamos a la puerta del bar, entonces ya oí que el señor que lo mató estaba en un problema y lo vi con un agente de apellido Téllez y un señor Rodrigo Loaiza, entonces ya vi que ellos discutían, eso era en la calle, entonces vi cuando ese agente o sea el que mató a mi amigo estaba ahí también es el agente Jaramillo pero no se el nombre, nosotros estuvimos en la puerta del establecimiento, de ahí no nos movimos, pues ese agente Jaramillo estaba bebiendo en la fuente llamada el 'Imperio' que queda enseguida del 'Claro de Luna' ".

Más adelante, ante la pregunta de cómo se llama el policía que dio muerte a Héctor Fabio Gutiérrez y por qué lo hizo, contestó: "No se el nombre del agente, supe del apellido porque la gente me comentó que era de apellido Jaramillo, pero no se como se llama, no se por qué mató al compañero ya que el era buena gente y no tenía problemas con nadie, era trabajador".

El mismo día, ante el mismo Despacho Rigoberto Mesa declaró: "...proseguimos nuestro camino y yendo por la calle 72 entre carrera 26 Bis y 27 en sentido contrario de donde nosotros íbamos, apareció un taxi de servicio público, del cual se bajó el agente Jaramillo con un revólver en la mano y nos dijo 'alto contra la pared o sino los mato' yo le contesté por qué motivo nos va a matar, nos dijo 'nada contra la pared' cuando sonó el tiro Héctor Fabio me dijo 'Riguito me mataron' yo le grité al agente asesino mátenos a nosotros también, el policía comenzó a andar de para atrás con el revólver en la mano y cuando llegó a la esquina de la 72 se perdió..."

Posteriormente al responder la pregunta de si conocía de antes al agente Jaramillo contestó: "Sí, pues lo había visto de servicio en el aeropuerto".

No se explica la Sala, como puede ver el demandante un error en la afirmación del Tribunal, si efectivamente desde los testimonios rendidos en la indagación preliminar, los hermanos Mesa han asegurado que el autor del homicidio fue el ex-policía José Duván Jaramillo, y sobre su individualización no tienen ninguna duda. La demostración que pretende el impugnante es sofística, pues el fallador no dijo que desde el momento de los hechos los testigos dieron al autor del crimen el

apellido Jaramillo sino desde el comienzo del proceso, lo cual es una apreciación estrictamente cierta.

En segundo lugar, los detalles de si fue Téllez o Jaramillo el que encuelló a Rodrigo Loaiza, y si le pegaron o no en la cara a Téllez, así no concuerden exactamente las diferentes versiones, lo cual es lógico porque como advierte Rigoberto, él no presenció esa parte del incidente sino que se lo contaron, en nada desvirtúan la presencia del procesado en el lugar de los hechos, y la prueba que lo señala como autor del delito. Es una estrategia del recurrente, que no solo no demuestra ningún error del Tribunal, sino que entra a cuestionar la credibilidad que se le reconoce a los testimonios alejándose por completo del desarrollo que corresponde al cargo formulado.

La declaración del agente Eliécer Téllez es indiscutible en cuanto afirma la presencia en ese lugar de su compañero de trabajo José Duván Jaramillo, el alto, delgado, de tez blanca y una cicatriz en la cara, descripción exactamente igual a la aportada por Rigoberto Mesa.

En tercer lugar, en cuanto al dictamen de balística, el Tribunal simplemente dice que "no ha descartado la posibilidad de que el arma que portaba Jaramillo hubiera sido la homicida, porque no lo podía hacer debido a que corresponden muchas de las características como son: el calibre, las estrías, la dirección, la clase de arma, etc., que desafortunadamente no pudieron hacer la afirmación incriminatoria; pero no quiere ello significar que no fue con ella que se ocasionó el crimen".

No es cierto que la petición haya sido utilizada en contra del acriminado, lo que dice con claridad el Juzgador es que el dictamen no descarta que con esa arma se haya ocasionado el crimen, consideración lógica, en cuanto con ello se quiere significar, que esta prueba no se opone a lo que se ha dado como demostrado, y esto lo reafirma lo que dice a renglón seguido: "el cuestionamiento a los reconocimientos fotográficos de la investigación administrativa disciplinaria, *tampoco* le resta credibilidad y veracidad a la prueba acusatoria..." (subrayado de la sala).

En general, la demanda es una repetición de los alegatos formulados en las instancias, que no corresponde a una debida fundamentación del error de hecho planteado, y en el cual se le da un manejo sofístico a la realidad procesal.

De acuerdo con lo que revela el proceso, no hay ninguna duda de que José Duván Jaramillo González le causó la muerte a Héctor Fabio Gutiérrez López, y de que la apreciación de las pruebas por parte del juez, y luego por el Tribunal, fue acertada. En lo que sí se equivocaron fue en la dosificación de la sanción, pues es lamentable que un crimen cometido con las modalidades establecidas se sancione con la pena mínima, y aún más, que se haya calificado como simple.

La demanda no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA

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

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

TRANSITO DE LEGISLACION \ FAVORABILIDAD \ AUDIENCIA PUBLICA \ CASACION \ CARGOS EXCLUYENTES

En el artículo 13 transitorio del decreto 2700 de 1991 se dispone la pervivencia de las normas del anterior código de procedimiento para los procesos que han superado o siquiera iniciado el trámite de la audiencia pública al regir la nueva ley. El mandato constitucional de la favorabilidad que en materia criminal obliga a preferir las leyes más benignas frente a las gravosas o severas, excusaría su aplicación en materia procesal siempre y cuando esas nuevas normas de rito conlleven hacia efectos sustanciales de bondad o garantía.

La derogación que hace la nueva disposición del inciso segundo numeral 3 del artículo 224 del Decreto 050 de 1987, permite ahora la formulación de cargos, excluyentes bajo la condición de que su proposición se haga de manera separada y subsidiaria.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6186.

Contra: Rafael Suárez D.

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 080 (julio 1 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., julio nueve de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Valledupar en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de ese Distrito el 14 de marzo de 1991, confirmatoria de la absolución que en favor del acusado Rafael Ramón Suárez Díaz emitiera por el delito de homicidio el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En horas de la mañana del sábado 30 de julio de 1986, a la altura de la carrera 11 con la calle 14 de la ciudad de Valledupar colisionaron la motocicleta Honda color rojo con franja azul conducida por el joven Harold Wilson Martínez Luquez con la camioneta Dodge de placas NS 7738 colores rojo y blanco al mando de Rafael Ramón Suárez Díaz, impacto que ocasionó al primero de los nombrados severas lesiones que determinaron su internamiento en la Clínica de los Angeles de Valledupar.

El grave estado de salud del lesionado determinaría su posterior traslado a la Clínica del Caribe de la ciudad de Barranquilla, resultando vanos los esfuerzos hechos por salvarle, produciéndose su fallecimiento por "paro respiratorio central" causado por hematomas subdural y epidural debidos a fracturas de los huesos del cráneo.

2. El caso correspondió al conocimiento del Juzgado Once de Instrucción Criminal con sede en Valledupar donde se escuchó la injurada del imputado Suárez Díaz, profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva.

Posteriormente y al cierre de la investigación, a cargo del Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, su mérito se calificó mediante cesación de procedimiento, auto proferido el 5 de octubre de 1987 que impugnado por la Fiscalía, dio lugar a su revocación por parte del Tribunal que en su lugar llamó a juicio al vinculado como responsable del delito de homicidio culposo.

Evacuadas dentro del rito de la causa algunas pruebas y cumplida la vista pública ya sin la intervención del jurado de conciencia, haciendo eco a las solicitudes conjuntas de la defensa y el Ministerio Público profirió el Juzgado sentencia absolutoria el 26 de noviembre de 1990, determinación llevada al conocimiento del Tribunal Superior a iniciativa del representante de la parte civil.

Confirmada íntegramente en la segunda instancia la decisión del Juzgado, contra ella interpusieron el recurso extraordinario de casación la Fiscalía Segunda del Tribunal y el representante de la parte civil, quedando por resolver lo que con la primera impugnación atañe, declarada que ha sido la deserción del segundo recurso interpuesto.

La demanda

Invoca el censor en cargo único la causal primera, cuerpo segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971 por el cual se rigió el juicio, considerando que en la sentencia proferida por el Tribunal se llegó a la violación de la ley sustancial mediante "apreciación errónea". "La violación de la Ley sustancial es indirecta -dice el libelista- por la vía del error de derecho, al otorgarle el juez Ad quem un valor de convicción inferior a la prueba testimonial de cargo con preponderancia de la arrimada para descargos..."

Ocupándose de dar desarrollo a su censura, sostiene el señor fiscal impugnante que fue indebidamente invocado en la sentencia el principio del in dubio pro reo con violación de los artículos 215 del Código de Procedimiento Penal sobre requisitos para condenar, 216 sobre estimación legal de la prueba, 217 sobre prueba plena y 236 que fija la capacidad para rendir testimonio, normas todas concurrentes a la transgresión del artículo 329 del Código Penal.

La prueba sobre la cual se concreta la crítica de errónea apreciación la constituyen los testimonios rendidos por los declarantes José Hinojosa Gutiérrez y Farit Enrique Núñez "por negarle eficacia para insuflar convicción plena respecto del extremo de la responsabilidad del acusado", sosteniéndose que al error de derecho desembocó la sentencia por atribuirle a los testimonios dichos "un alcance incompatible con la regla 236 del C.P.P.".

"...para demostrar que el acusado Rafael Ramón Suárez Díaz conducía el carro Dodge a exceso de velocidad, incurriendo así en violación de reglamentos como una forma propia de la culpa con dolo eventual. Doctrinariamente se tiene que desde el punto de vista psicológico es casi imposible que el que viaja a una velocidad desmesurada por la carretera no haya tenido en el subconsciente, la percepción de que pueda ocasionar una desgracia, afrontando, sin embargo por satisfacer un interés egoísta todas las consecuencias, de ahí que se equipare la violación de reglamentos al dolo eventual, porque es un hecho atestado por la experiencia de que el dolo eventual acompaña casi sin excepción las tragedias automovilísticas y la única manera de refrenarlas en la práctica es establecer una presunción fundada en la violación de los reglamentos...

"Un axioma del debate presente lo constituyó la aceptación de la velocidad que el acusado le imprimía a su camioneta Dodge cuando bajaba por la carrera 11 de esta ciudad en pleno perímetro urbano de Valledupar. Nadie, ni los testigos de descargo prohijaron una moderada movilización del reo en su circulación. Ese hecho independientemente considerado ya origina violación de reglamentos. Ahora bien, un hecho lo es la velocidad y bien se sabe que los hechos pueden demostrarse con declaraciones juradas mas que con la pericia que llega después de la hora del hecho, desde luego si la velocidad fue causante dela colisión violenta y de ahí surge, meridiana la culpa del chofer acelerado, no podía valorarse el

epítome probatorio atribuyéndosele a la prueba testimonial inconsistencia para producir la verdad y con ello proferir la *absolución* del reo sin caer el Tribunal en *error de derecho* como forma de violación indirecta de la ley sustancial a través de un falso o erróneo juicio de convicción. E ahí el hilo conductor que unió el citado error con la parte dispositiva de la sentencia acusada, o lo que es lo mismo el nexo necesario de la causalidad entre el falso juicio de convicción con la decisión absolutoria que puso fin a la segunda instancia...

"En definitiva el fallo acusado equivocó el alcance del epítome probatorio logrado con énfasis las pruebas testimoniales suministradas por José Hilario y Farit Núñez, el que resulta apto como plena prueba para acreditar la velocidad del vehículo que conducía el acusado Suárez Díaz y con ello la responsabilidad a título del artículo 215 del C.P.P. norma violada en el tránsito hacia el quebrantamiento indirecto del artículo 329 del Estatuto represor con sus demás ingredientes..."(sic)

El petitum que de ese raciocinio surge se encamina a que la Corte "invalide el fallo recurrido y al *casarlo* se dicte en su reemplazo el de *condena*..."

Concepto de la Procuraduría

Hace el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal certera y dura crítica a los planteamientos del censor, calificando su demanda de confusa y antitécnica, comenzando por resaltar su falta de claridad cuando a la vez predica la apreciación errónea de las pruebas que apuntaría a un error de hecho por falso juicio de identidad, con el error de derecho por falso juicio de convicción, recordando que así se trate de yerros fundados en la apreciación probatoria, no son de posible alegación conjunta y sobre una misma prueba, pues recíprocamente se excluyen y de manera absoluta.

El segundo reproche de la Delegada, no menos importante que el anterior descansa en la desatención del libelista a la reiterada doctrina de la Corte sobre inadmisibilidad de alegaciones de falsos juicios de convicción respecto de medios probatorios no sujetos a tarifa, segundo y evidente motivo de fracaso en la censura.

Despachado el descuidado escrito en la forma indicada, suma aún la Delegada adicionales críticas frente a la formulación de alegatos "polémicos", propios del debate en las instancias, pues como lo ha sostenido la Corte, siempre prevalece el criterio del sentenciador, habida cuenta de la doble presunción de acierto y de verdad que amparan las sentencias judiciales, resultando tanto más infructuoso el esfuerzo del casacionista al desentenderse de los elementos que sirvieron al Tribunal para llegar a la conclusión que plasmó en la sentencia, porque si quería demostrar que el error alegado resultaba base del fallo absolutorio, debió desquiciar todos y no algunos de los elementos que apoyaron la providencia recurrida.

El concepto de la Delegada, es, pues, adverso a la casación del fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Poco tiene que agregar la Corte a las observaciones críticas del Señor Procurador, para inferir en la desestimación completa de las censuras que el defectuoso libelo formulado intenta:

Siguiendo originalmente el camino que orienta la delegada, fácil se muestran en verdad dentro del escrito de censura las inconsistencias lógicas que el Ministerio Público critica, comenzando por la imprecisión misma del cargo, que de entrada inhibe a la Corte la posibilidad de una respuesta adecuada, pues a la postre queda sin saberse si a pesar de la invocación de errores de derecho, el verdadero sentido del reproche se concreta en la virtual ocurrencia de un falso juicio de identidad, y de contera en la proposición de un error de hecho.

La indescifrable contradicción aflora cuando el casacionista dice que el Tribunal incurrió en un "error de derecho traducido en interpretación errónea de la prueba propuesta con tal fin", porque atribuyó a los testimonios de José Hinojosa y Farit Núñez "un alcance incompatible con la regla 236 del C.P.P. para demostrar que el acusado Rafael Ramón Suárez Díaz conducía el carro Dodge a exceso de velocidad", pues de ser lo anterior así, habría que convenir en que lo que se deformó fue el contenido mismo de la prueba, incurriéndose en un error de hecho por falso juicio de identidad.

Siendo ese el sentido del ataque, que tampoco en su desarrollo fue completo pues no pasó el libelista de la sola afirmación, no podía simultáneamente proponerse la ocurrencia del yerro de derecho por falso juicio de convicción, pues en éste se supone que el juzgador sí tiene el cabal entendimiento sobre el contenido de la prueba, solo que no le otorga el expreso valor que le señala la ley, sea porque lo exagera o lo restringe frente a una tarifa preindicada.

Esta segunda eventualidad es la que a la par se sugiere y de las mismas pruebas cuando el demandante insiste en que el fallo se funda en un error de derecho porque "equivocó el alcance" de "las pruebas testimoniales suministradas por José Hinojosa y Farit Núñez, el que resulta apto como plena prueba para acreditar la velocidad del vehículo que conducía el acusado", afirmación que entra en abierta oposición con la primera, pues como certeramente lo sostiene la Procuraduría Delegada

"Si bien es cierto, los dos errores se fundan en la apreciación probatoria, no es posible proponerlos a la vez y sobre una misma prueba, como resulta de la defectuosa formulación del reproche, en la que el demandante aduce el de derecho pero con los fundamentos del de hecho, no sólo porque estos se excluyen de manera

absoluta, sino porque la Corte no puede llegar a desentrañar, cual es la verdadera pretensión del actor".

Más, si aún y en vía de discusión se aceptase que por encima de las contradicciones iniciales, el cargo realmente se funda en la proposición de aquel error de derecho que el demandante dice en el epílogo sirvió para restarle credibilidad a los dos declarantes "...en contravía con el precepto del artículo 236 del C.P.P....para declarar la existencia de la *duda* y con ella *absolver* al acusado...", desatendió insalvablemente que "los errores de apreciación de mérito de las pruebas están circunscritos a los de aquellas respecto de las cuales la propia ley determina su valor... y no por supuesto en aquellos en los que las normas de procedimiento "Deja librado su mérito a la sana crítica de que estos elementos de prueba haga el juez" (casación 26 de octubre de 1978), según el análisis que de ello haga el funcionario en cada caso concreto en particular y en relación con todos los demás medios de convicción existentes en el proceso..." como así lo tenía dicho la Sala según decisión de enero 24 de 1984 con ponencia del Magistrado doctor Dante Fiorillo Porras, y frente a la codificación que orientó el rito del presente proceso.

Suficientes las fallas destacadas para determinar el frácaso de la pretensión que encierra la demanda, cuando su detención impide el conocimiento claro de los motivos que dan sustento a la censura, quedando la Sala tanto en la imposibilidad de dar respuesta adecuada, como en la de rectificar, complementar o superar las fallas en que incurre el casacionista, no por ello puede evitar el aludir a otros defectos que en la presentación del cargo se incurre, y que lejos de constituir tesis novedosas, solo acreditan si no ignorancia, cuando menos descuido inaceptable en quien opta por concurrir ante esta sede:

Tal ocurre, dentro de un primer aspecto, cuando el casacionista pretende desquiciar el fallo absolutorio por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, restringiéndose a solo dos de las pruebas que componen el plenario con desatención de aquellas otras que dieron fundamento al fallo recurrido, pues como lo ha sostenido invariable la doctrina,

"...es de exigencia técnica en el recurso de casación por ser lógica y jurídica, que cuando se acude a la violación indirecta de las leyes, para demostrar errores de hecho o de derecho, es menester desquiciar todos y cada uno de los fundamentos probatorios de la sentencia, cuando se pretende de la Corte una decisión radicalmente opuesta a la del Tribunal, porque de lo contrario, basta que persista un solo fundamento con suficiente contundencia para que el fallo impugnado subsista" (cfr. sentencia de abril 29 de 1987, Magistrado Ponente Dr. Jorge Carreño Luengas).

En otro aspecto, resulta en un todo inaceptable pretender que para reclamar la adopción de un fallo sustitutivo de condena se invoque el artículo 329 del Código Penal que en su texto define el delito de homicidio culposo, sosteniendo que el acusado debe responder porque actuó dolosamente, pues si la norma estaba

correctamente invocada, debió orientarse la sustentación a demostrar que hubo culpa en la causación de la muerte del joven Martínez Luquez, pero si era seria la inferencia del "dolo eventual" que se predica, la solución debió mostrarse coherente en el peritum, sin desconocer como se intenta que la condena no puede distanciarse del cargo concretado en el auto de proceder, y mucho menos para hacer la situación del acusado más gravosa.

Tampoco de recibo la planteada tesis que busca ir de regreso hacia una responsabilidad peligrosista, pues a tal conduciría la propuesta de que "se equipare la violación de reglamentos al dolo eventual", bajo el entendido de que "la única manera de refrenar" las tragedias automovilísticas "es establecer una presunción fundada en la violación de los reglamentos", pues sin necesidad de hacer más extensa la respuesta, basta con destacar que semejante sugerencia se opone abiertamente a los artículo 2o. y 5o. del Código Penal que consagran la culpabilidad como elemento integrante del hecho punible, y proscriben toda forma de responsabilidad objetiva.

Al margen de los anteriores razonamientos, se hace conveniente aclarar que al resolver la presente impugnación extraordinaria no pasan desapercibidas para la Sala ni la vigencia que en el momento cobra el nuevo Código de Procedimiento Penal, ni la favorabilidad que algunas de sus normas ofrecen frente al recurso de casación, así se trate de aspectos que tampoco modifiquen las razones ni el sentido de la decisión que se adopta.

Aclárase ante todo, que muy a pesar de advertirse en el artículo 13 transitorio del decreto 2700 de 1991 la pervivencia de las normas del anterior Código de Procedimiento (y con igual razón las de la codificación de 1971 que aquí se advirtieron aplicables) para los procesos que como el presente han superado o siquiera iniciado el trámite de la audiencia pública al regir la nueva ley, el mandato constitucional de la favorabilidad que en materia criminal obliga a preferir las leyes más benignas frente a las gravosas o severas no excusaría su aplicación en materia procesal, siempre y cuando esas nuevas normas de rito conlleven hacia efectos sustanciales de bondad o garantía.

Esta situación de preferencia se daría ahora por ejemplo, con el inciso final del artículo 225 del nuevo ordenamiento, cuando en este se permite la formulación en casación de cargos excluyentes, motivo que auspiciaría en apariencia y para el caso presente la posibilidad de analizar de fondo y acoger alguna de las proposiciones contradictorias en que se desarrolló el libelo.

Sin embargo, y es ello motivo complementario de ésta aclaración, sin excusar o desconocer la lógica que presupone el armónico desarrollo argumental dentro del recurso extraordinario, la derogación que hace la nueva disposición del inciso segundo, numeral 3 del artículo 224 del Decreto 050 de 1987, permitiendo ahora la formulación de cargos excluyentes bajo la condición de que su proposición se

haga de manera separada y subsidiaria, lejos está de excusar hacia el interior de cada cargo la elemental exigencia de armonía en la indicación y demostración lógica y jurídica de los errores contenidos en la sentencia, requisito elemental e ineludible tanto en la forma como en el contenido de la demanda de este recurso extraordinario que el censor desestimó y que al hacerlo, impide conforme ya se ha dicho, la expresión misma de una respuesta adecuada.

El cargo 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 motivo de impugnación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

HABEAS CORPUS \ JUEZ PENAL \ JUEZ COLEGIADO

Es de la esencia de la acción de Habeas Corpus la celeridad en el proferimiento de la decisión y el trámite brevísimo que suprime todos aquellos incidentes o circunstancias que puedan dilatarlo; por ello el artículo 434 del Código de procedimiento prohíbe que la solicitud se someta a reparto, trámite imposible de omitir en la autoridad de los jueces colegiados.

Si las corporaciones judiciales se entendieran como "Juez Penal" susceptible de conocer de las acciones de Habeas Corpus, el trámite y decisión no podría cumplirse dentro del término de 36 horas para negar o decretar la libertad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Acción: Melquisedec Baquero

Delito: Hurto calificado y agravado

Expediente No. 7806

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 086

Santafé de Bogotá, D.C., catorce de julio de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Por vía de apelación conoce la Corte de la providencia de fecha 5 de junio del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia -Sala Penal-, mediante la cual denegó a Melquisedec Baquero el amparo de *habeas corpus* solicitado por su apoderado.

ANTECEDENTES

El Juzgado Quinto Penal Municipal de la misma ciudad en providencia de fecha 27 de mayo último, dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, contra Melquisedec Baquero, Rubén Darío Hernández Valderrama, Rafael Moreno Galindo y Gonzalo Armando Garzón Meza, por el delito de hurto calificado y agravado en perjuicio de Mery Morales Hernández, según hechos que los sintetizó de la siguiente manera:

"Los que originaron la formación de este proceso tuvieron ocurrencia el martes 19 de los corrientes en la calle 3N Nro. 12-05 de esta ciudad a eso de las once y cuarenta y cinco minutos de la mañana, cuando de allí fue sustraído un bolso de propiedad de la ofendida el cual contenía la suma de $ 867.562.00, joyas avaluadas en $ 200.000.00 y documentos, tales como cédula de ciudadanía, pase de conducción, tarjetas de crédito, papeles varios; bienes éstos que quince minutos más tarde fueron hallados en las instalaciones del Hotel San Francisco, excepto las joyas, en poder del señor Melquisedec Baquero quien según el parte policivo se encontraba en ese momento en compañía de Gonzalo Armando Garzón Meza, Rafael Moreno Galindo, Rubén Darío Hernández Valderrama y de un menor llamado Jorge Enrique Pascua González, motivo por el cual fueron apresados y conducidos a las instalaciones de la Sijin, donde precisamente se hallaba la perjudicada formulando la denuncia de rigor y quien reconoció a los cuatro primeros como las personas que momentos antes habían estado en su negocio averiguando por algunos artículos y comestibles que allí se expenden".

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia -Sala Penal- para denegar el amparo de habeas corpus invocado por el procesado Melquisedec Baquero, a través de su apoderado consideró:

"Dice el apoderado que en el proceso no aparece la constancia escrita de que a su poderdante se le haya enterado inmediatamente de sus derechos, y como este es un mandato legal imperativo sobre una formalidad que no puede excusarse, surge de ello que se viola la ley y por tanto la captura es ilegal".

"Sea lo primero expresar que razón tiene el señor apoderado: en el expediente no obra constancia escrita sobre el enteramiento dispuesto por la ley, desde aquí, objetivamente, habría que concluir, se violó la ley procedimental, porque no se

escribió sobre tales previsiones, sin embargo consideramos que a pesar de la claridad del precepto, éste no puede aplicarse en forma tan exegética, cuando del mismo expediente se deduce, sin esfuerzo, que los puntos sobre los que se debe informar al capturado, esto es: los motivos de la captura derecho a entrevistarse con un abogado, derecho a indicar la persona a quien deba comunicarse la aprehensión se cumplieron dentro del procedimiento efectuado, porque no debe olvidarse que la captura fue en flagrancia y desde ya se entiende el capturado sabe por qué se le captura, -a Melquisedec se le halló en sus manos el bolso con el dinero que poco antes había hurtado- por consiguiente podría decirse nadie mejor que el capturado sabe en ese especial caso por qué se le captura. Y ello es así porque la acción policiva fue rauda y eficaz: el hecho sucedió a las diez y diez o diez y cuarto; fue efectuado conjuntamente por cinco individuos, o sea debía tenerse en cuenta el ordinal 10 del artículo 351 del Código Penal: a las doce del día, a escasas dos horas, en las Residencias San Francisco fueron aprehendidos con casi todos los objetos hurtados y así se efectuó la captura fue porque la señora perjudicada con buen tino avisó a la policía, como debe hacerse en estos casos; de allí que para tal momento y por la circunstancia de la flagrancia no puede esperarse previa orden de captura sino que en ese caso la ley y la Constitución permiten la captura por cualquiera, o sea, es un deber ciudadano capturar cuando se tiene noticia de la comisión inmediatamente anterior de un delito y la persona tiene el producto del ilícito; a las 13 horas o una de la tarde la señora estaba formulando la denuncia y allí se les enteró del motivo y lo que tenían que hacer; luego se envió al Juzgado y el 20 de mayo, a la hora del reparto se efectuó éste".

"...Los formulismos establecidos en la ley procesal están establecidos para por el cabal cumplimiento de los derechos sustanciales, entre ellos el más importante, el derecho de la defensa, de allí que pese a la omisión de una formalidad, si el derecho sustantivo no ha sido menguado o desconocido, ese formulismo carece de contenido porque el derecho ha quedado indemne y eso es lo ocurrido aquí; los señores procesados ejercieron con amplitud sus derechos de defensa, ningún derecho les aparece inculcado, se les avisó a los familiares y abogados, si ellos no aparecieron inmediatamente, como quisiera el señor abogado, ese ya es otro asunto, pero el derecho fue ejercido plenamente y si lo fue es hueco el formulismo echado de menos, porque no hacía falta".

"Y entonces el formulismo procesal apunta al cabal cumplimiento del derecho de defensa, pero éste aparece ejercido a plenitud, ninguna falta se comete porque el formulismo no se haya cumplido, en este caso porque no se escribió que se dio aviso a los familiares y abogados, pero ellos aparecen notificados. De allí que concluyamos que la captura efectuada a Melquisedec Baquero, pese a la omisión del formalismo de la escritura, es legal, ninguna violación se ha cometido de su derecho de defensa, y si ello es así el juez no podía dar aplicación al precepto del artículo 409 como lo solicita el señor apoderado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe la Sala empezar por advertir de que la petición de habeas Corpus conoce el Juez Penal o Promiscuo del lugar donde se haya realizado el acto arbitrario que priva a una persona de la libertad y que la decisión correspondiente, según lo tiene entendido la Jurisprudencia y la Doctrina, no es susceptible de recurso alguno, pues el ejercicio de este derecho se agota cuando se obtiene o se deniega la protección incoada.

Ya la Corte entre otras decisiones, en providencia de fecha 19 de noviembre de 1991 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres F.) al acoger el concepto de la Procuraduría en tal sentido, sentó el criterio de la inimpugnabilidad del auto que decide el Habeas Corpus, en estas palabras que conservan toda su vigencia frente al nuevo estatuto procedimental.

"Sea lo primero observar que el fundamento del cual se ha valido el Tribunal de Orden Público para conceder el recurso pendiente, radica prioritariamente en una interpretación literal y facilista, que por exclusión pretende la viabilidad de la instancia cuando la decisión que se produce es denegatoria del amparo, por el solo hecho de que el Código de Procedimiento Penal actual no reprodujo la norma del artículo 422 anterior, y porque el artículo 15 ibídem no entraña restricciones para el principio de la doble instancia".

"Un razonamiento tal, fácilmente se contesta recordando que en la codificación procesal penal que ahora rige sí se hace mención sobre la recurribilidad de la 'decisión' que se tome con relación a la prosperidad de la solicitud, pues el artículo 462 advierte que siendo interlocutorio el auto que reconoce el éxito del pedimento, en su contra no procede recurso alguno, sin que de la hipótesis contraria (improsperidad del pedimento) pueda válidamente desprenderse la admisibilidad de la alzada, pues dentro de una interpretación teleológica emerge justamente y con diafanidad la conclusión adversa a la propuesta.

"Es así como desde un punto de vista racional que consulte la naturaleza del amparo de habeas corpus, fácilmente se desprende que apuntando ese instituto a la garantía de la libertad personal 'contra todo un acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla', su reglamentación se exceptiona de los mecanismos propios de la instancia, dentro de los cuales bien podría de otro modo subsistir, precisamente para que con ajenidad a esos ritos ordinarios, halle prevalencia y efectividad inmediata la garantía que trata de ampararse".

"En un enfoque sistemático, esta primera apreciación solo halla su confirmación rotunda, partiendo de la observación misma de la regulación que de este derecho se hace dentro de un capítulo aparte e independiente de los atinentes a la libertad del procesado, y que al propio tiempo señalan los funcionarios competentes, los términos y los ritos dentro de los cuales se ha de resolver la solicitud, sin que de modo expreso se otorgue la opción de la apelación interpuesta".

"Es más: lejos de oponerse a la conclusión anterior, los artículos 15 y 203 del Código de Procedimiento Penal invocados por el Tribunal remitente, se refieren al principio de las dos instancias y a la operancia del recurso de apelación contra la sentencia y los autos interlocutorios de primera instancia, siendo evidente que del habeas corpus no se conoce en modo alguno por esa jerarquía, sino dentro de una competencia especial, ceñida a un amplio parámetro (artículo 456 del Código de Procedimiento Penal), incompatible inclusive con el conocimiento de instancia, si su operancia se advierte frente a los actos arbitrarios de 'cualquier autoridad que tienda a restringirla' (artículo 454 ibídem), lo que de modo notorio ocurre en el caso bajo controversia, donde el conocimiento del asunto era del dominio de un juez de orden público y no del Tribunal de procedencia".

"Por lo demás, y advirtiendo la competencia de 'cualquier juez penal' del lugar donde se encuentre el aprehendido, el artículo 456 del Código de Procedimiento Penal lejos de prever las revisiones en instancia, las torna incomparibles, como ocurriría en el evento fácilmente dable en que el convocado a desatar la instancia sea justamente el funcionario de quien provino la arbitrariedad que se pretende superar".

"Por último, y destacando que las normas del procedimiento penal se acuden en esta motivación ante la no adopción como legislación permanente de las disposiciones que sobre habeas corpus incorporaban los decretos 2790 de 1990 y 099 de 1991, habrá de insistirse en que lejos de recibir las anteriores consideraciones rectificación en la Constitución Política vigente, su artículo 30 ratifica con la competencia de 'cualquier autoridad judicial', que no hay supeditaciones al conocimiento ni a las revisiones propias del trámite de instancia, y con la advertencia de su operatividad en 'cualquier tiempo', que tampoco podría restringirse un funcionario a la doble obligación de respeto y cumplimiento que generan las determinaciones del superior jerárquico, pues la operancia del derecho deberá privar por encima de esos límites legales".

Enseña el artículo 30 de la Constitución Nacional que "Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante ***cualquier autoridad judicial, en todo tiempo****, por sí o por interpuesta persona, el* ***Habeas Corpus****, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis (36) horas". (negrillas fuera de texto).*

Así mismo, el numeral 1o. del artículo 431 del Código de Procedimiento Penal establece que toda persona tiene derecho a "acudir ante cualquier juez o magistrado del mismo lugar o del más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal, para que decida a más tardar dentro de las treinta y seis horas siguientes si decreta la libertad. La solicitud se puede presentar ante cualquier funcionario judicial pero el trámite corresponde exclusivamente al juez penal".

La norma superior antes transcrita está indicando que el amparo de Habeas Corpus puede ser "invocado" ante cualquier autoridad judicial, sin haber deter-

minado competencia alguna para su trámite y resolución. Por ello, la que la norma legal atribuye al juez penal, resulta compatible con la disposición constitucional transcrita.

Entonces, cuando la Carta Política hace referencia a "cualquier autoridad judicial" ante quien pueda invocarse el amparo de habeas corpus, debe entenderse que lo será como lo prescribe el numeral 1o. del artículo 431 del estatuto procedimental penal, ante cualquier juez o magistrado del mismo lugar o del mas cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal (Civil, Penal, Laboral, Regional) o Fiscal.

Si se dirige a un funcionario distinto al juez penal, quien la recibe, deberá inmediatamente remitirla al juez penal competente que lo será, se repite, el del lugar o el más cercano al sitio 'donde se produjo el acto ilegal, o sea, al juez penal municipal o promiscuo o penal del circuito, pues lo que el Constituyente previó al consagrar como término máximo de treinta y seis (36) horas para tramitar y decidir la acción pública a que nos venimos refiriendo, fue el fácil acceso a la administración de justicia de quien considera que se halla ilegalmente capturado, para reclamar la protección inmediata del derecho fundamental de la libertad, es decir, a que no sea restringido sino en virtud del mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (artículo 28 de la C. N.). Ahora bien: es claro que si la acción puede ser invocada por el propio capturado o por terceros en nombre suyo, lo que la norma legal citada está facilitando, es que el afectado con la privación ilegal de su libertad, pueda demandar en forma rápida, es decir, inmediata, la protección de su derecho fundamental, sin importar si lo hace o no ante el juez competente. Corresponde entonces, al funcionario judicial que recibe la petición, si lo es el penal, darle el trámite inmediato y decidirla dentro del término improrrogable de treinta y seis (36) horas. Pero si el funcionario que la recibe no es el competente, o sea, distinto a los jueces penales, deberá igualmente en forma inmediata remitirla a éste para su trámite y decisión en los términos ya indicados.

Debe la Sala precisar que cuando la ley señala como juez competente para el trámite y decisión de la acción de habeas corpus, al "juez penal", no se puede incluir en dicha expresión juez colegiado, es decir, a los tribunales superiores y mucho menos a la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación.

Una ligera lectura del numeral 1o. del artículo 431 del estatuto procesal vigente, pudiera llevar a pensar en principio, que la norma se aparte de la tradición legislativa al respecto, al otorgar competencia no solo al juez, como lo señalaban los Códigos de 1971 y 1987 en sus artículos 420 y 456 respectivamente, sino además a los tribunales, cuando el precepto permite incoar la acción "ante cualquier juez o magistrado".

Sin embargo ese no puede ser en ningún caso el alcance y sentido de la norma en cita.

Siendo el habeas corpus, previsto en la Carta Política y en la ley, un recurso excepcional dirigido contra actos arbitrarios de las autoridades que vulneran el derecho a la libertad, su trámite y resolución no puede someterse a ritualidades cuya observancia implica de suyo una dilación en el pronunciamiento judicial correspondiente.

Es de la esencia de esta acción de habeas corpus por los fines que persigue y los intereses que en ella se ventilan, la celeridad en el proferimiento de la decisión y el trámite brevísimo que suprime todos aquellos incidentes o circunstancias que puedan dilatarlo; por ello el artículo 434 del Código de Procedimiento prohíbe que la solicitud se someta a reparto, trámite imposible de omitir en la autoridad de los jueces colegiados, que se admitan recusaciones, señalando un término perentorio de treinta y seis horas para negar o decretar la libertad.

Si las Corporaciones judiciales se entendieran como "juez penal" susceptible de conocer de las acciones de habeas corpus, el trámite y decisión no podría cumplirse dentro del término determinado tantas veces citado, pues por su estructura y organización, las determinaciones interlocutorias solamente pueden ser adoptadas en Salas de Decisión, por mayoría absoluta, es decir, que el Magistrado Sustanciador, o más de tener que darle trámite respectivo, como lo es el practicar diligencia de inspección judicial al proceso por el que se halla detenido quien invoca el habeas corpus o solicitar los informes que sean pertinentes al Director del Centro de Reclusión o al funcionario que dispuso la captura, cuando su sede se encuentra en lugar diferente (ciudad o población), deberá presentar proyecto para ser sometido a consideración de sus compañeros de sala, con el riesgo de ser derrotado, en cuyo caso, el que le siga en turno, deberá elaborar uno nuevo y el Magistrado disidente, presentar su salvedad de voto. Todo ello iría contra los postulados del artículo 30 de la Carta Magna que determina como plazo máximo para decidir la acción el de treinta y seis horas.

El artículo 437 del Código de Procedimiento Penal determina: "Demostrada la violación de las garantías constitucionales o legales, el juez inmediatamente ordenará la libertad de la persona capturada, por auto interlocutorio contra el cual no procede recurso alguno".

Una interpretación sistemática de la normatividad que reglamenta la acción de habeas corpus, permite arribar a la misma conclusión.

El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal se refiere a juez singular al establecer que la solicitud puede ser presentada ante cualquier funcionario pero es categórico al señalar que "el trámite corresponde exclusivamente al juez penal del lugar más cercano al sitio donde se produjo el acto ilegal".

Los artículos 433, 434 y 437 ibídem igualmente se refieren al juez singular del lugar, a quien facultan para practicar diligencias de inspección judicial, interro-

gar a la persona capturada y finalmente decretar su libertad si a ello hubiere lugar, sin que en ningún momento se aluda a tribunal o juez colegiado.

Es evidente entonces que el legislador ha señalado un ámbito restrictivo, una órbita de competencia en cabeza de jueces penales o promiscuos del lugar donde se produjo el acto ilegal o del más cercano en el supuesto de que allí no exista juez o este fuere el que dispuso la detención.

Y no pude ser otro el correcto entendimiento del precepto analizado, porque pretender otorgar competencia a las Corporaciones para conocer de la acción desnaturalizaría el objetivo y la función que a esta garantía del habeas corpus ha querido darle la Constitución y la ley al amparar la libertad personal, como ya se dejó anotado.

Visto lo anterior, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia no tenía competencia para conocer de la acción de habeas corpus intentada por el apoderado de Melquisedec Baquero, ni la Corte la tiene para revisar la providencia recurrida. Por ello, la Sala se abstendrá de desatar la impugnación que dio origen al envío de las diligencias a esta Corporación y ordenará su devolución al Tribunal, sin perjuicio de ser presentada nuevamente por el actor ante juez competente quien decidirá en definitiva sobre la procedibilidad o no del amparo demandado.

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

RESUELVE

1. ABSTENERSE de revisar la providencia de fecha 5 de junio del presente año, proferida por el Tribunal Superior de Armenia, mediante la cual DENEGÓ a Melquisedec Baquero el amparo de *habeas corpus* demandado por su apoderado.

2. Devuélvase el asunto al Tribunal de origen y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *José Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

APODERADO \ SUSTITUCION DE PODER \ MANDATARIO

Si ha sido el propio representado quien ha designado los diferentes apoderados que pueden intervenir judicialmente en su nombre, es lógico que la ley procedimental imponga a los profesionales del derecho el cumplimiento de esa voluntad, y en consecuencia restrinja la facultad de sustituir, no solo al mandatario principal, sino que además la condicione a que los sustitutos estén ausentes, falten o no quieran ejercer el poder.

Bajo los presupuestos señalados puede afirmarse que la sustitución de un poder es atribución exclusiva del mandatario principal, como excepción al principio general de procedimiento civil establecido en el artículo 68 de dicha legislación, según el cual el poder podía sustituirse "siempre que la delegación no esté prohibida expresamente".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7665. Casación

Procesada: Amanda Arboleda de Londoño

Delito: Peculado

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 89

Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el defensor de la procesada Amanda Arboleda de Londoño, contra el auto del 12 de junio de 1992, mediante el cual se declaró admisible el recurso extraordinario de casación interpuesto en asunto por la representante judicial de la Contraloría General de la República, constituída como parte civil.

ANTECEDENTES

La investigación efectuada en este proceso se inició con base en la denuncia que los investigadores de la Contraloría General de la República, Gilberto Roa Ruíz y León Guillermo Caicedo, presentaron el 22 de junio de 1988 al reparto de los juzgados de Instrucción Criminal de la ciudad capital, contra la expagadora del Senado de la República Amanda Arboleda de Londoño.

Una vez proferido el auto cabeza de proceso, la doctora Rita Cecilia Fernández Ibáñez, Jefe de la División de Investigaciones de la Contraloría General de la República, en desarrollo de la delegación que de la atribución establecida para el Contralor general en el artículo 18 de la Ley 20 de 1975 se le confirió mediante Resolución Orgánica No. 10019 de 1983, confirió poder especial al Investigador de esa entidad, doctor Diego Bernal Ríos para que se constituyera parte civil en el proceso penal promovido contra Amanda Arboleda de Londoño, con expresa facultad para *sustituir* y *reasumir* el poder. (fls. 46 y 47 C.O.).

En efecto el mandatario designado presentó la respectiva demanda de constitución de parte civil, anexando al libelo la constancia de la elección del Contralor General de la República, doctor Rodolfo González García, acta de posesión de éste, y certificación del ejercicio del cargo de dicho funcionario; e igualmente, nombramiento, acta de posesión y certificado de ejercicio del cargo de la jefe de la División de Investigaciones, y fotocopia de la Resolución orgánica 10019 de 1983.

La demanda fue admitida por auto del 25 de agosto de 1989, reconociendo al doctor Diego Bernal Ríos como apoderado de la parte civil.

No obstante, mediante memorial presentado en el Juzgado instructor el 30 de noviembre de 1990 (fl. 76 C.O.), el doctor Bernal Ríos, sustituyó el poder, "en los mismos términos" al doctor Marcos Rodolfo Prada Parra, quien aproximadamente tres meses y medio después hizo otro tanto y bajo las mismas condiciones, sustituyendo el mandato en la doctora Lilia Raquel Navas Alvarez. (Fl.77.C. Original).

El 11 de abril de 1991, se calificó el mérito sumarial con Resolución Acusatoria proferida contra Amanda Arboleda de Londoño como presunta respon-

sable del delito de Peculado, sin que se efectuara pronunciamiento alguno respecto del relevo de representantes de la parte civil.

Ya ante el Juzgado 31 penal del Circuito, Hernán Gonzalo Jiménez Barrero, invocando su condición de jefe de la División de Investigaciones de la Contraloría General de la República, por escrito manifestó que confería poder a la doctora Lilia Raquel Navas Alvarez para que actuara como parte civil en este proceso. Sin embargo, el memoralista no adjuntó la documentación que acreditaba su condición oficial a pesar de haberlo anunciado, motivo por el cual, probablemente, no existe decisión concreta al respecto, aun cuando en la audiencia, ante la protesta del defensor por la carencia de personería de la doctora Navas Alvarez para actuar como apoderada de la parte civil, el juzgado aludió en forma imprecisa a la consideración de ese memorial. De otra parte, las sustituciones sucesivas del poder efectuadas del doctor Bernal Ríos al doctor Prada Parra y de éste a la doctora Navas Alvarez sí fueron aceptadas mediante pronunciamiento efectuado el 15 de agosto de 1991 (Fl. 103 C.O.).

La primera instancia concluyó con la sentencia condenatoria proferida el 15 de noviembre de 1991 contra Amanda Arboleda de Londoño como autora del delito de peculado por apropiación; decisión que fuera revocada en su integridad el 30 de marzo de 1992, mediante fallo absolutorio proferido por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, dictado para resolver la apelación que contra aquél proveído había interpuesto la defensa.

Como representante de la parte civil, la doctora Lilia Raquel Navas Alvarez interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación contra el proveído de segundo grado, que fue concedido por la citada Corporación judicial.

Repartido el proceso en la Sala de Casación Penal de la Corte, la Magistrada Sustanciadora, por auto del 12 de junio de 1992 declaró admisible el recurso extraordinario y ordenó correr el traslado al recurrente para que presentara la respectiva demanda. Esta es la determinación que impugna el defensor, quien alega que no debe admitirse el recurso de casación por cuanto la doctora Navas Alvarez no ha recibido poder en debida forma para actuar como parte civil en este proceso, según lo expuesto en la Audiencia pública, pues la facultad de sustituir solo la tiene el apoderado principal, en este caso, el doctor Diego Bernal Ríos quien agotó tal atribución al sustituir el mandato en el doctor Prada Parra. Por lo demás, argumentó que quien con posterioridad le otorgó poder directamente, no demostró la titularidad para hacerlo, conforme a lo previsto en la Ley 20 de 1975.

En el término del traslado del recurso, la doctora Navas Alvarez solicitó a la Sala resolver negativamente la petición del defensor de la implicada, por cuanto considera que no carece de calidades ni condiciones para actuar en el proceso, en vista de que el Jefe de la División de Investigaciones de la Contraloría General, Hernán Gonzalo Jiménez Barrero le confirió el respectivo poder.

LA SALA CONSIDERA

El recurrente, para sustentar su criterio, se apoya en la disposición que contiene el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, la cual enseña que:

"En ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona; si en el poder se mencionan varios, se considerarán como principal el primero y los demás como sustitutos en su orden. Para recursos, diligencias o audiencias que se determinen, podrá designarse un apoderado diferente de quien actúa en el proceso.

"La sustitución a distinto abogado solo podrá hacerla el apoderado principal, cuando los sustitutos estén ausentes o falten por otro motivo o no quieran ejercer el poder; circunstancias que el principal deberá afirmar bajo juramento que se considerará prestado con la presentación del escrito.

"El poder especial para un proceso prevalece sobre el general conferido por la misma parte.

"Si se trata de procesos acumulados y una parte tiene en ellos distintos apoderados, continuará con dicho carácter el que ejercía el poder en el negocio más antiguo, mientras el poderdante no disponga de otra cosa".

Para la Sala es evidente que el defensor se acogió al precepto del segundo inciso de la norma transcrita, dejando de lado el contexto integral de la disposición. Es así como la lectura aislada del inciso segundo permitiría pensar que se está regulando en forma genérica el fenómeno procesal de la sustitución, y que por lo tanto, ésta le ha sido reservada a los apoderados principales; sin embargo, ello no se ajusta a la normatividad, puesto que tal delimitación solo opera en caso de que en un mismo poder se designen varios mandatarios, y no siendo posible que en un proceso actúe más de uno, la ley complementa la voluntad del poderdante determinando que el primero es el principal y los restantes son sustitutos, en su orden de enunciación. Ahora bien, si ha sido el propio representado quien ha designado los diferentes apoderados que pueden intervenir judicialmente en su nombre, es lógico que la ley procedimental imponga a los profesionales del derecho el cumplimiento de esa voluntad, y en consecuencia, restrinja la facultad de sustituir, no solo al mandatario principal, sino que además la condicione a que los sustitutos estén ausentes, falten o no quieran ejercer el poder.

Así las cosas, solamente bajo los presupuesto señalados puede afirmarse que la sustitución de un poder es atribución exclusiva del mandatario principal, como excepción al principio general de procedimiento civil establecido en el artículo 68 de dicha legislación, según el cual, el poder podrá sustituirse "siempre que la delegación no esté prohibido expresamente". De lo contrario es la última norma genérica la que tiene aplicación.

En las anteriores condiciones, en el ejercicio de la acción civil, las sustituciones de poderes efectuados del doctor Diego Bernal Ríos al doctor Marco Rodolfo Prada Parra, y de éste a la doctora Lilia Raquel Navas Alvarez, son plenamente válidas y, en consecuencia la citada profesional está legitimada para representar a la parte civil constituida en este proceso. Por lo tanto, inocuo resulta que el señor Hernán Gonzalo Jiménez Barrero, no hubiera acreditado la calidad de Jefe de la División de Investigaciones de la Contraloría General que invocó para otorgar directamente el mandato a la doctora Navas Alvarez.

Conforme a la conclusión obtenida por la Sala, no existe fundamento para revocar la decisión mediante la cual se declaró admisible el recurso extraordinario de Casación interpuesto por la doctora Lilia Raquel Navas Alvarez, debiendo denegarse el recurso interpuesto.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Denegar el recurso de reposición interpuesto por el defensor de la procesada Amanda Arboleda de Londoño contra el auto de 12 de junio del año en curso, mediante el cual se declaró admisible el recurso extraordinario de casación intentado por la parte civil constituida en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Ignacio Cortés Garnica
Secretario

ERROR DE DERECHO \ ERROR DE HECHO \ CASACION OFICIOSA \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ REFORMATIO IN PEJUS

El error de derecho por falso juicio de convicción ya no existe, como tal, pues al desaparecer la tarifa legal probatoria, no es posible estructurarlo. Cuando se ha desconocido la lógica en la apreciación de la prueba debe acudirse al error de hecho.

El subrogado de la condena de ejecución condicional hace que el fallo no se ejecute, ese derecho de sesgo esencialmente punitivo, no puede ser revocado por el juzgado Ad quem, cuando el procesado es único apelante, ya que no hay duda que una decisión de ese tipo entraña una agravación de la pena, en palabras del artículo 31 de la Carta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6785. Casación

Acción: Luis Alberto Gómez Villamil

Delito: Homicidio culposo

Aprobada acta No. 89

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*

Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 26 de agosto de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá condenó a Luis Alberto Gómez Villamil a 36 meses de prisión por el delito de homicidio culposo.

ANTECEDENTES

1. Sobre la media noche del 19 de junio de 1986, José Ignacio Monzón Lozano acompañado de su mujer Mariela Aguilar Ocampo, conducía un taxi de sur a norte por la avenida Caracas de Santafé de Bogotá. Al llegar a la esquina de la calle 22, detuvo el carro y orilló al costado izquierdo de ese carril, porque se había pinchado una llanta. Colocado el repuesto, Monzón Lozano se aprestaba a recoger la herramienta cuando apareció la grúa conducida por Luis Alberto Gómez Villamil y estrelló al taxi por detrás, y luego a Monzón Lozano (quien se había recostado sobre el vehículo para protegerse), quien murió de inmediato por "maceración cerebral por fractura de cráneo".

Gómez Villamil siguió la rápida marcha que traía, siendo capturado muchas cuadras más adelante, comprobándose que se hallaba en primer grado de embriaguez.

2. El caso fue asumido por el Juzgado 10 de Instrucción Criminal Permanente, que practicó el levantamiento del cadáver, abrió investigación y escuchó en indagatoria al señor Gómez Villamil, quien adujo que un automotor "lo cerró" por el lado derecho, por el cual tocole "virar hacia la izquierda", golpeando el taxi que allí se encontraba estacionado. "Me fui en persecución del carro que me había cerrado, no alcancé el carro, bien adelante me alcanzó una patrulla de la Policía", dijo el indagado (fls. 28-1).

Daniel Montenegro González, un celador que se encontraba al frente del sitio de los hechos, declaró: "...él (el taxista) ya había cambiado la llanta y se prestaba a bajar el gato cuando en ese momento apareció la grúa a gran velocidad, color cromado, oscuro, grande, el de la grúa le pegó al taxi por el lado derecho en la punta del carro parte de atrás, el señor del taxi cuando vió la grúa se arrinconó bien contra el carro y el de la grúa siguió la marcha a gran velocidad, yo al ver esto me asomé a ver y vi que el conductor del carro estaba muerto y se le salía la masa encefálica..." (fls.31).

Por su parte, la mujer de la víctima dijo que el taxista "se arrecostó" sobre el vehículo cuando éste fue golpeado por la grúa, pero ésta "lo mandó por el aire", pasándole por encima de la cabeza y huyendo (fls.75).

Pedro Muñoz Naiza, conductor de una buseta que transitaba en la misma dirección de la grúa, dijo haber escuchado "el golpe" y luego ver a la grúa proseguir su marcha, apareciendo entonces un policía que la hizo perseguir, sin que le dieran alcance, devolviéndose al sitio de los hechos (fls. 209).

Resuelta la situación jurídica del sindicato con auto de detención, se cerró la investigación y se la calificó con resolución acusatoria por el delito de homicidio culposo, agravado por la embriaguez y por el abandono injustificado del escenario factual, a tenor de los artículos 329 y 330 del Código Penal (fls. 277 y ss.).

El Juzgado 24 Superior de Santafé de Bogotá ejerció el entonces vigente control de legalidad, celebró audiencia y dictó fallo de abril 15 de 1991 (fls. 59 y ss. 2), mediante el cual condenó a Gómez Villamil, en consonancia con la acusación, a la pena principal de 36 meses de prisión, a la suspensión por dos años de la licencia para conducir automotores, y la multa de cinco mil pesos, como también a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios, concediéndole al procesado la condena de ejecución condicional por estimar que no requería de tratamiento penitenciario.

Apeló el defensor del acusado con miras a lograr la absolución, y el Tribunal, mediante la sentencia que recurrió aquél en casación, confirmó el fallo, salvo en lo que concierne al subrogado, que lo revocó, por considerar que el tratamiento penitenciario sí era necesario, ordenando la captura del justiciable (fls. 92 y ss-2), sin que se haya librado el oficio respectivo.

La demanda

Tres cargos dirige el censor al fallo:

1. Violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 37, 329 y 330 del Código Penal. Al respecto dice:

"... es imperativo que se acepte la versión de mi defendido, y en tal caso habría que aceptar forzosamente que los hechos ocurrieron en forma absolutamente accidental, y no porque la conducta de Gómez Villamil hubiera estado dirigida por la imprudencia, por la imprevisión o por la omisión".

Y agrega:

"La versión espontánea de mi defendido, repito que no solo no ha sido controvertida sino que aparece respaldada por declaraciones que no se tuvieron en cuenta tales como la del señor Pedro Muñoz Naiza...Esta declaración que no tiene vínculos de ninguna naturaleza con mi defendido nos prueba que éste iba a prudente velocidad; en tales circunstancias no es de recibo hablar de imprudencia. Nos está demostrando además, que el imprudente fue el occiso ya que sin tomar precauciones de ninguna naturaleza y sin colocar señales de peligro, en plena Avenida Caracas se dio a la tarea de cambiar una llanta, seguramente sin orillarse convenientemente".

Y párrafos adelante indica:

"Mi defendido en su diligencia de injurada dio su versión exculpativa, y tal versión por no haber sido desvirtuada por ningún medio probatorio se erige en verdad del proceso, por lo que se le ha debido absolver ante la falta absoluta de prueba, o en su defecto, reducirle la pena a una tercera parte ya que, la confesión es el fundamento de la sentencia, y así lo pregona a gritos el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

"No puedo ignorar que existen dos declaraciones que se oponen a la versión de mi defendido, estas declaraciones son las de Daniel Montenegro González y la de Mariela Aguilar Ocampo, pero tales declaraciones no pueden ofrecer serios motivos de credibilidad frente a las reglas de la sana crítica, por lo siguiente:..." (fls. 11).

2. Violación directa, por falta de aplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, que consagra una rebaja por confesión.

Argumenta que se le debe creer a el acusado cuando dice que el hecho fue producto de un caso fortuito. "Es innegable -dice- que mi defendido confiesa el hecho en forma calificada, y es innegable así mismo que no fue sorprendido en flagrancia, su aprehensión se produjo con posterioridad a la ocurrencia de los hechos y cuando iba en persecución del carro que lo cerró" (fls. 14), y concluye en el folio siguiente:

"Es innegable, entonces, que incurrió el Honorable Tribunal Superior en violación directa de la ley sustancial, al desconocer por acción el contenido de la misma, o como ya se dijo, al negarla en abstracto, incurriendo de contera en un evidente error de derecho".

3. Violación directa, por falta de aplicación, del artículo 68 del Código Penal, que consagra la condena de ejecución condicional.

Plantea que el sentenciador interpretó mal esa norma, al considerar que el procesado requería tratamiento penitenciario, contrariando al respecto lo que resolvió el juzgador de primer grado. Se aparta el casacionista de las afirmaciones hechas por el Tribunal en cuanto a que el procesado iba embriagado y, sin justificación ninguna, abandonó el sitio de los hechos.

En cuanto a la revocatoria del subrogado, dice que se violó el artículo 31 de la Carta: "La pena se agrava no solamente cuando se aumentan los meses o los años impuestos en primera, segunda o única instancia, sino también cuando se suprimen o revocan los beneficios otorgados al sentenciado en el fallo condenatorio, como en el caso que nos ocupa", dice el actor (fls. 19), que termina así su argumentación:

"En ese orden de ideas, tenemos que si el Código de Procedimiento Penal en su artículo 439 dispone que no se podrá negar la libertad so pretexto de que el

procesado necesita tratamiento penitenciario, y el Tribunal revoca la decisión de primera instancia que concede el beneficio de la condena de ejecución condicional, que supone el otorgamiento de la libertad provisional, innegablemente desconoció la garantía constitucional y legal del debido proceso, habiendo incurrido, por tanto, además, en una de las causales de nulidad consagradas en el artículo 305 del C. de P.P., y en consecuencia, en violación del derecho de defensa; que también está consagrado en el citado artículo; nulidad que puede y debe ser decretada por la Corte aún de oficio, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 227 ibídem" (fls. 19).

Dice que "como medios probatorios me remito a las sentencias de primera y segunda instancia... y a las declaraciones de conducta visible a folios 250 y 260 del cuaderno original" (fls. 20), solicitando, en fin, que se case el fallo.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice:

"Primero y segundo cargos:

"Lo primero que se observa al leerse el libelo, es el de estar ante un típico alegato de instancia que busca oponer el personal criterio del impugnante al del fallador, que necesariamente sucumbe (sic) por las presunciones de legalidad y certeza con que viene amparado el fallo invocado" (fls. 32).

Recalca el Ministerio Público que ese ataque no procede ante la ausencia de tarifa legal con respecto al valor que merecen el testimonio y la confesión (art. 295 y 300 C.P.P. de 1987), aparte de que el actor incurre "en protuberante contradicción cuando invoca de una parte la absolución por falta absoluta de pruebas y a la vez reducción de la pena en consideración a la confesión, para lo que se remite al artículo 301 del C.P.P." (fls. 34), criticándole también a la impugnación que, no obstante hacerse por la vía directa, controvierte la prueba.

Tercer cargo

Opina la Delegada que este cargo debe prosperar ya que frente al artículo 31 de la Constitución, el Tribunal no podía quitarle al procesado, apelante único, el subrogado que le otorgó el juzgador a quo.

SE CONSIDERA

Cargo primero

Como dice la Delegada, ciertamente en este cargo el actor se limita a hacer su propia interpretación de la prueba, para concluir que el Tribunal se equivocó al creerle a los testigos Montenegro y Aguilar Ocampo y desechar la versión del procesado en el sentido de que el hecho fue para él fortuito, inevitablemente.

De acuerdo al artículo 253 del Código de Procedimiento Penal de 1987 (254 del nuevo estatuto), las pruebas se apreciarán de acuerdo con la sana crítica; de suerte que si el demandante en casación pretende atacar esa apreciación, está obligado a demostrar que en esa labor de apreciación el sentenciador desconoció manifiestamente la lógica, cuestión que no tiene otra vía que la del error de hecho por desfiguración del sentido objetivo de la prueba, como lo ha reiterado esta Sala. En otros términos, el error de derecho por falso juicio de convicción ya no existe como tal, pues al desaparecer la tarifa legal probatoria, no es posible estructurarlo.

Esa falta de técnica en la proposición del reproche, hace que el mismo no prospere.

Cargo segundo

En este cargo también falla el demandante, pues pese a afirmar la violación *directa*, por inaplicación del artículo 301 del Código de Procedimiento Penal para entonces vigente (rebaja por confesión), sustenta su disenso en un rechazo de los supuestos fácticos de los que partió el Tribunal para negar la aplicación de ese precepto; o sea que controvierte la prueba, colocándose en la vía indirecta.

El Juzgador de primera instancia dijo que "es improcedente invocar el caso fortuito ya que no existió el carro que lo cerró ni hubo otro obstáculo imprevisto en el lugar de los hechos" (fls. 71-2). El Tribunal, por su parte, anotó:

"Luis Alberto Gómez Villamil trató de atribuir conducta imprudente determinante de la tragedia a un tercero conductor de un vehículo del cual dice 'lo cerró' cuando se aproximaban al lugar donde se encontraba el taxi, pero esa historia de explicable inspiración defensiva, no solo carece de respaldo probatorio, sino que fue manifiestamente desvirtuada por otros elementos de juicio de gran valor demostrativo" (fls. 96).

"Quien ha faltado a la verdad ha sido el conductor Gómez Villamil, pues primero trató de negar que conducía su vehículo a gran velocidad, cuando sobre el particular resultan elocuentes los destrozos que sufrieron tanto la víctima como el

taxi embestido por la grúa, y luego manifestó que no había ingerido licor, cuando los legistas le atribuyeron primer grado de embriaguez", agregó el Tribunal a continuación.

Al sustentar el reparo el casacionista se aparta de esas apreciaciones, pues dice: "Es indudable que mi defendido confiesa el hecho en forma calificada, y es innegable así mismo que no fue sorprendido en flagrancia, su aprehensión se produjo con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, *y cuando iba en persecución del carro que lo cerró*" (fls. 14, se subraya).

Sin perjuicio de lo dicho, no sobra anotar que la confesión no fue fundamento del fallo, pues de haberlo sido su sentido forzosamente tendría que ser absolutorio (reconocimiento de caso fortuito, causal de inculpabilidad), aparte de que en las concretas circunstancias que entornan el hecho por el cual se le condenó, sí es predicable que el procesado fue sorprendido en situación de flagrancia.

No prospera entonces el cargo.

Cargo tercero

Como acotó la Delegada, no cabe duda que frente al artículo 31 de la Carta, el Tribunal no podía (su fallo fue emitido en vigencia de la nueva Constitución) revocar parcialmente el fallo para despojar al procesado del subrogado previsto en el artículo 68 del Código Penal y que le había sido concedido por el Juzgado en su condición de juzgador de primera instancia, siendo de otro lado incuestionable que la sentencia fue recurrida exclusivamente por el defensor del acusado.

El referido subrogado hace que el fallo no se ejecute, o, lo que es lo mismo, que el procesado no cumpla pena alguna; ese derecho (es un derecho y puede ser solicitado también en casación, si ha sido equivocadamente negado en las instancias), de sesgo esencialmente punitivo, por supuesto que no le puede ser revocado por el juzgador Ad quem, cuando como en este caso el procesado es único apelante, ya que no hay duda que una decisión de este tipo entraña una agravación de la pena, en palabras del artículo 31 de la Carta.

Para reparar ese yerro se casará oficiosamente el fallo, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 228 del nuevo Código de Procedimiento Penal, que se aplicará por ser más favorable al procesado, pues resulta indudable que se vulneró una garantía fundamental de aplicación inmediata (art. 85 C.N.).

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

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, para conceder al procesado la condena de ejecución condicional, en los términos decididos por el Juzgador de primera instancia. En lo demás, la sentencia recurrida no sufre ninguna modificación.

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

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Didimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

LIBERTAD PROVISIONAL \ JUECES REGIONALES

Los procesos cuyo conocimiento esté atribuido a los Jueces Regionales deben regirse en todo, incluso lo relativo a la libertad provisional, por los Decretos Especiales expedidos como legislación permanente. Solamente podrá aplicarse el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas, y lo relativo a la libertad provisional, se encuentra expresamente regulado en la legislación especial citada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 7648

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 089

Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de julio de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Los procesados Luis Fernando Hernández Restrepo, Germán Darío Gutiérrez M. y Juan Carlos Rico Londoño solicitan el beneficio de libertad provisional con apoyo en lo preceptuado en el numeral 4o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y parágrafo ibídem, ya que llevan en detención efectiva más de 600 días sin que se haya dictado resolución de acusación en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La libertad provisional que demandan los procesados Luis Fernando Hernández, Germán Darío Gutiérrez y Juan Carlos Rico *resulta improcedente por las siguientes razones:*

1. El artículo 8o. transitorio de la Constitución Nacional enseña que "Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio hasta la promulgación del presente acto Constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el Gobierno Nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la Comisión Especial no los imprueba".

Siendo así que el Gobierno Nacional, dentro del término antes estipulado, expidió el decreto No. 2271 de fecha 4 de octubre de 1991 previa aprobación de la Comisión Especial, las disposiciones en él contenidas, tienen vigencia por tratarse de normas especiales.

2. Según lo previsto en el artículo Tercero del Decreto referido que adoptó como legislación permanente algunas disposiciones del Decreto Legislativo 2790 de 1990, se tiene que el artículo 100 prescribe que "En las materias no reguladas por este Decreto, se aplicarán las normas del Código Penal y las del Código de Procedimiento Penal, así como las que los adicionen o reformen", es decir, que solamente podrán aplicarse los citados estatutos en los procesos de conocimiento de los jueces regionales exclusivamente en aquellas materias no tratadas en los decretos especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente.

3. Si como lo tiene previsto el artículo 58 del decreto 2790 de 1990, en los hechos punibles de competencia de los jueces regionales, solo procede la detención preventiva como medida de aseguramiento, así mismo, será conducente la libertad provisional en favor del procesado en los asuntos atribuidos a los citados funcionarios, en los eventos previstos en el artículo 59 ibídem (artículo 1o. del decreto 099 de 1991), elevado a legislación permanente por el Artículo Cuarto del decreto 2271 de 1991, o sea, "Cuando en cualquier estado del proceso hubieren sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que merecieren como pena privativa de la libertad por el delito que se les acusa, habida consideración de su calificación o de la que debería dársele".

"Se considera 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", y,

"Cuando fuere mayor de setenta (70) años, siempre que no haya sido procesado antes por unos delitos de competencia de los Jueces de Orden público". (Hoy jueces regionales).

4. La Constitución Política de 1991 consagra como jurisdicciones especiales la Contenciosa Administrativa, la Constitucional, las Autoridades de los Pueblos Indígenas y los Jueces de Paz (Título VIII, Capítulos 3o., 4o. y 5o), es decir, que la Jurisdicción Especial de Orden Público quedó incorporada a la Jurisdicción Ordinaria. De ahí que en el artículo 5o. transitorio del decreto 2700 de 1991 (Nuevo Código de Procedimiento Penal) se consagre la integración de Jurisdicción de Orden Público a la Ordinaria"... desde el momento en que comience a regir este nuevo Código. Los jueces de orden público se llamarán jueces regionales y el Tribunal Superior de Orden Público se llamara Tribunal Nacional. La competencia de estos despachos no se modifica, continuarán conociendo de los mismos hechos punibles que han venido conociendo hasta ahora, de acuerdo con los decretos que no impruebe la Comisión Especial para convertir normas "expedidos en ejercicio de facultades de Estado de Sitio en legislación permanente".

No puede entonces la anterior disposición como referida exclusivamente a la competencia de los Jueces Regionales y Tribunal Nacional, pues, las normas especiales además de determinar las conductas punibles que deben ser objeto de investigación y fallo por parte de los citados funcionarios, consagran el procedimiento aplicable en los citados eventos, y, lo relativo a la libertad, igualmente se halla regulado en las disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio, se repite, elevadas a legislación permanente en los decretos tantas veces mencionados. En otras palabras, la interpretación que debe dársele al artículo 5o. transitorio del Código de Procedimiento Penal ha de ser no solo referida a la competencia, sino también a la totalidad del procedimiento señalado en dichas normas especiales.

Visto lo anterior, los procesos cuyo conocimiento está atribuido a los Jueces Regionales, deben regirse exclusivamente por los Decretos Especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente. Solamente, podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas, y lo relativo a la libertad provisional, se encuentra expresamente regulado en la legislación especial citada.

5. Otro motivo más para afirmar la aplicación de las disposiciones especiales aparece en el artículo 2o. transitorio del Código de Procedimiento Penal cuando determina que "Transcurridos diez años a partir de la vigencia del presente Código, los jueces regionales y el tribunal nacional perderán la competencia para conocer de los procesos que este Código le hubiere adjudicado, y la misma será asignada a jueces del circuito o a los que designe la Ley". En otras palabras, los jueces regionales y el tribunal nacional, por ministerio de la ley, continuarán conociendo de los asuntos de su competencia precisados en disposiciones especia-

les, durante diez años, a partir del 1o. de julio de 1992, con los procedimientos previstos igualmente en normas especiales.

6. La referencia que hace el Código de Procedimiento Penal vigente a los jueces regionales y tribunal nacional obedece a que la Comisión Especial (Congresito), debía expedir normas acordes con la disposición constitucional relativa a la incorporación de la jurisdicción especial de Orden Público a la ordinaria. Pero, los preceptos especiales dictados para regular los asuntos del conocimiento de los jueces y tribunal mencionados, mantienen su vigencia en virtud de norma posterior como lo es el artículo 5o. transitorio del decreto 2700 de 1991 contentivo del estatuto procedimental penal, según regla de hermenéutica conocida.

Finalmente, en el Decreto 1156 de fecha 10 de julio del presente año dictado en desarrollo de lo dispuesto por el Decreto 1155 de la misma fecha, el Gobierno Nacional como legislador extraordinario simplemente ha interpretado de manera auténtica las normas aplicables en los casos atribuidos a los jueces regionales y tribunal nacional, pues, el cambio de legislación con ocasión de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal el 1o. de julio del presente año, originó diferentes posiciones entre funcionarios, abogados litigantes y población carcelaria, entre otros.

Como puede verse, la interpretación que aquí realiza la Corte, coincide con la que hizo el legislador extraordinario en el Decreto de estado de excepción referido, por cuanto que el nuevo estatuto procedimental penal derogó exclusivamente el Decreto 050 de 1987, sus normas complementarias y las disposiciones de igual rango que le fueran contrarias. Las especiales siguen vigentes pues no otra cosa puede afirmarse cuando la Comisión Especial, encargada de aprobar o improbar los proyectos de decretos presentados por el Gobierno Nacional, simultáneamente permitió la adopción de las normas especiales como legislación permanente y del nuevo estatuto procedimental en el que por mandato constitucional, debía integrar la Jurisdicción de Orden Público a la Ordinaria.

7. Si en el presente caso los peticionarios fueron capturados el 19 de octubre de 1990, el tiempo efectivo en reclusión resulta insuficiente para los efectos de la excarcelación provisional prevista en el numeral primero del artículo 59 del decreto 2790 de 1990, modificado por el artículo 1o. del decreto 099 de 1991 y convertido en legislación permanente por el artículo 4o. del decreto 2271 de 1991, para predicar que han satisfecho las dos terceras partes de la sanción que les pudiese corresponder por las infracciones a ellos imputadas y por las cuales se les dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, en providencia de fecha 2 de noviembre de 1990.

En mérito de los expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA a los procesados Germán Darío Gutiérrez Mesa, Luis Fernando Hernández Restrepo y Juan Carlos Rico Londoño, el beneficio de libertad provisional por ellos solicitado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

LIBERTAD PROVISIONAL \ JUECES REGIONALES (SALVAMENTO DE VOTO)

Los procesados por delitos de competencia de los Jueces Regionales tendrán derecho a la libertad provisional cuando se venzan los términos duplicados previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 415 del C. de P.P.

Radicación No. 7648

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Paez Velandia*

SALVAMENTO DE VOTO

Discrepando de la decisión mayoritaria de la Sala, respetuosamente dejo constancia de los razonamientos que me llevan a estar alejado de lo argumentado y decidido.

Para efectos de auscultar cuál fue la voluntad del legislador, ante todo debe precisarse que el párrafo del actual art. 415, del C. de P.P. no constituye modificación de última hora, ni es consecuencia de los acuerdos políticos que se presentaron en el seno de la Comisión Especial Legislativa, sino que por el contrario siempre hizo parte de los diversos proyectos gubernamentales como fácilmente se evidencia al revisarlos.

Es así como en el Proyecto inicial de Código elaborado por un grupo de investigadores de la Universidad de los Andes, por encargo especial del entonces Ministro de Justicia Jaime Giraldo Angel, en su art. 431, aparece un parágrafo que textualmente dice: "Los términos señalados en los numerales 4 y 5 se duplicarán en los siguientes casos:

"a) En los delitos de competencia de los fiscales y jueces regionales. Durante la etapa de juzgamiento la libertad procederá cuando vencido el término no se ha dictado el auto que ordene el traslado para presentar alegatos de conclusión".

"b) Cuando el imputado no estuviere privado efectivamente de su libertad".

Por haber sido designado en esos días un nuevo Ministro de justicia, el doctor Luis Fernando Carrillo Flórez, se determinó integrar una nueva comisión que trabajara sobre el original proyecto de los Andes, el que finalmente fuera presentado como proyecto gubernamental a la Comisión Especial Legislativa.

El art. 412 de ese trabajo contiene el siguiente parágrafo: "En los delitos de competencia de los jueces regionales la libertad provisional procederá únicamente en los casos previstos por los numerales 2 y 3 de este artículo. En los casos de los numerales 4 y 5 los términos para que proceda la libertad provisional se duplicarán" (Gaceta Legislativa No. 7, 30 de agosto de 1991, pág. 32).

En este proyecto aparece por primera vez el art. 5 transitorio, con una sola diferencia en relación con el texto del Código actual, pues en el proyecto decía: "... con los decretos que apruebe la comisión especial..."; mientras que en el decreto 2700 de 1991 se lee: "...con los decretos que no impruebe la comisión especial...".

Con los antecedentes legislativos resaltados se demuestra que fue voluntad del legislador, y concretamente del Gobierno, que los sindicados, incluidos aquellos a quienes se imputan delitos de narcotráfico y terrorismo pudieran ser acreedores a la libertad provisional, cuando se diera cualquiera de los siguiente eventos: 1) Cuando el sindicado cumpliera en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, en el evento de una sentencia condenatoria; 2) Cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento de primera instancia. En el segundo inciso de este numeral, se precisa: "en los delitos de competencia de los jueces regionales, la libertad prevista en este numeral solo procederá cuando la providencia se encuentre en firme". " 3) Cuando vencidos 120 días de privación efectiva de la libertad no se hubiere calificado el mérito del sumario, o 180 cuando se tratare de tres o mas sindicados y 4) En los delitos de homicidio y conexos cuando se hubiere cumplido un año desde la ejecutoria de la resolución de acusación sin que se hubiere realizado la audiencia pública; en los demás delitos este término se reduce a la mitad.

No obstante, el legislador considerando las particulares especificidades de las formas de delincuencia enunciadas y consciente de las mayores dificultades investigativas, señala que en los eventos de las causales 4 y 5 (las que aparecen en este texto en los numerales 3 y 4) los términos se duplicarán, cuando se trate de delitos de competencia de los jueces regionales. Atendiendo entonces a la voluntad del legislador habría de concluirse que los procesados por delitos de competencia de los jueces regionales tendrían derecho a la libertad provisional cuando se venzan los términos duplicados previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 415.

Se dice en la providencia mayoritaria de la cual disiento que " ... los procesos cuyo conocimiento está atribuido a los jueces regionales, deben regirse exclusivamente por los decretos especiales expedidos por el Gobierno Nacional como

legislación permanente. Solamente, podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas, y lo relativo a la libertad provisional, se encuentra regulado en la legislación especial citada".

De acuerdo con la precedente afirmación de la Sala, las únicas causales de libertad provisional viables para estos sindicados serían las previstas inicialmente en el art. 59 del Decreto 099 de 1991, convertido en legislación permanente mediante el art. 4 del Decreto 2272 de 1991, esto es, la de llevar en detención preventiva un tiempo igual al que se mereciere en el evento de ser condenado, o ser el implicado una persona mayor de 70 años.

Lo anterior es grave y conlleva tamaña injusticia, porque se entroniza una especia de cadena perpetua para los sindicados. Y no es que se esté lanzando una simple afirmación retórica, pues debe recordarse que en el momento hay personas privadas de la libertad en calidad de procesados hace cerca de 8 años, quienes de acuerdo con lo aquí decidido, deben continuar indefinidamente en tal situación sin que tengan derecho al menos a una libertad provisional.

Dónde quedan entonces los principios constitucionales de libertad y el derecho a un proceso público *sin dilaciones injustificadas*, que además constituyen igualmente preceptivas internacionales de obligatorio cumplimiento puesto que los pactos sobre derechos humanos son leyes de la República, mayormente ahora cuando fueron constitucionalizados al establecer el art. 93 que los Tratados que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción *prevalecen en el orden interno*, y que los derechos consagrados en la Carta *se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia?*.

El pacto Internacional de Derechos Humanos, ley 74 de 1968, establece en el art. 9.3 "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizados por la ley para ejercer funciones judiciales, *y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad*. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias y, en su caso, para la ejecución del fallo".

Por su parte la Convención de San José de Costa Rica, ley 16 de 1972, dispone en su artículo 7.5: "toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales *y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continué el proceso...*".

En las condiciones anteriores, se están interpretando equivocadamente tanto las normas procesales que afectan los derechos y garantías constitucionales, como la preceptiva internacional de los derechos humanos.

Interpretando el art. 2 transitorio del Código Procesal Penal se afirma por parte de la Sala que los jueces regionales continuarán conociendo de los asuntos de su competencia, determinados por los decretos que convirtieron algunas normas de estado de sitio en legislación permanente, durante diez años a partir del 1 de julio de 1992.

Pero si ello es cierto, cual la razón para que en el Código se hubiera hecho específica referencia a los jueces regionales en el numeral 3 y en el parágrafo del art. 415?. Y no puede afirmarse, como lo han hecho algunos funcionarios del Estado, que sólo regirá dentro de 10 años, porque precisamente transcurrido ese lapso, habrá desaparecido no solo la jurisdicción antes denominada de Orden Público, sino también los delitos que ahora hacen parte de su competencia, excepto los de narcotráfico, porque debe recordarse que los delitos que hacían parte del estatuto antiterrorista o mejor, Estatuto para la salvación de la democracia, al ser incorporados como legislación permanente, tendrán una supervivencia máxima de 10 años; y si ello es así, se pregunta el suscrito Magistrado, para qué el legislador iba a elaborar normas que nunca llegarían a regir; porque de acuerdo con el criterio expresado por la mayoría de la Sala, durante los próximos 10 años solo tendrán vigencia las normas especiales relacionadas con los jueces regionales, pero cumplido ese tiempo ya habrán desaparecido los delitos, los jueces y la jurisdicción, porque es evidente que estamos frente a una ley temporal, en este aspecto, que en su contenido ha señalado cual va a ser el término de su vigencia.

Cabría la posibilidad de afirmar como interpretación lógica del art. 5 transitorio, que fue expreso querer del legislador integrar no solo la jurisdicción de orden público á la ordinaria, sino que fue igualmente su voluntad conservar la vigencia integral de las normas convertidas en legislación permanente por la comisión especial; pero a tales argumentaciones se debe responder que el contenido de dicha norma alude estrictamente a la competencia y no puede ser interpretada de otra manera, cuando con gran claridad establece: "La competencia de estos despachos -la de los jueces regionales y la del tribunal de orden público- *no se modifica, continuarán conociendo de los mismo hechos punibles que han venido conociendo hasta hora, de acuerdo con los decretos que no impruebe la comisión especial...*".

De la misma forma, obsérvese que los decretos 2253 y 2254 se dictaron el 3 de octubre de 1991 y los decretos 2265, 2266, 2268, 2269, 2270, 2272, 2273, 2275 y 2326 se emitieron el 4 de octubre de 1991 y si se tiene en cuenta que la expedición del Código Procesal Penal se cumplió el 30 de noviembre de 1991, ha de entenderse lógicamente que fueron derogadas las normas procesales especiales; y ello es así, porque recuérdese que fue la Comisión Legislativa Especial la que redactó no solo las normas convertidas en legislación permanente, sino el Código Procesal, siendo

consciente de que los procesados por delitos de terrorismo y narcotráfico tenían tratamiento especial, por lo que específicamente consagró normas en el Código que regularan la situación de libertad, en condiciones diversas a las de los demás procesados.

Ahora bien, si la interpretación del conflicto se hace desde la la perspectiva de la especialidad, también se llega a la misma conclusión, porque los decretos convertidos en legislación permanente contienen multitud de normas relacionadas con diversos aspectos del derecho penal material y procesal penal, mientras que en el artículo 415 del Código se consagra la situación de las libertades, haciéndose la específica diferenciación entre la situación que se regula para los procesados por otros delitos y la especialísima reservada para aquellos a quienes se imputan hechos punibles de terrorismo y narcotráfico.

Por si fueran pocos los argumentos dados con anterioridad y ante la coexistencia de normas que se contradicen entre sí, debería acudirse a los principios constitucionales que igualmente aparecen reconocidos en los Tratados que consagran los derechos humanos; se hace referencia al principio constitucional de favorabilidad (favor rei, favor libertatis), que además de estar contenido en el art. 29 de la Carta, se reitera en el art. 10 del Código como uno de sus principios rectores, en la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972, Art. 9) y en el Pacto Universal (Ley 74 de 1968, art. 15), y para cuya inaplicación no existirían argumentos posibles.

Otro criterio interpretativo que nos lleva a la misma conclusión, surge del hecho de ser el nuevo estatuto procesal penal una codificación que regula íntegramente el procedimiento de esa materia, consagrando normas de carácter general no solo para todos los detenidos sindicados por delitos diversos a los de terrorismo y narcotráfico, sino que igualmente incluye preceptos que reemplazan la anterior normatividad de orden público, porque cuando la ley posterior regula, con algunas modificaciones, situaciones contempladas en la legislación anterior, necesariamente ha de concluirse que esta última queda derogada por aquella. De otra manera no podría entenderse que el mismo legislador hubiera querido reglamentar de manera diversa idéntica situación.

Instaurado el estado de conmoción interior por medio del Decreto 1155 de 1992, se pretendió, mediante Decreto 1156 del mismo año, dictado con base a las facultades legislativas extraordinarias que confiere la Constitución al Presidente de la República, hacer una interpretación auténtica, que es la que proviene del propio legislador con respecto a una norma de carácter general y abstracto, pero, en el caso particularizado, en nuestro criterio, antes que una interpretación de esa índole, se trata de una indebida injerencia del ejecutivo en la administración de justicia; es una directriz presidencial para impedir la salida de unos sindicados que tenían derecho a la libertad provisional conforme a la legislación propuesta y aprobada por el propio Gobierno y ese propósito de impedir la libertad de quienes tenían el

derecho conforme a la legislación existente se evidencia en algunas de las expresiones utilizadas por el Presidente de la República en la alocución televisada, por medio de la cual explicó a la nación las razones de las medidas tomadas al sostener "... el gobierno dictó un decreto mediante el cual evitamos la eventual liberación de los presuntos asesinos..., y en los días venideros, la posible liberación de centenares de asesinos y criminales..." (El Espectador, 11 de julio de 1992).

Además de ser un lenguaje desapacible, que no concuerda con el principio constitucional de presunción de inocencia (Art. 29 de la Carta), tales expresiones evidencian el propósito, no de interpretar una norma oscura para revelar su verdadero entendimiento, de manera general, sino al tomar una determinación que esencialmente, conforme a los principios constitucionales, corresponde única y exclusivamente a los jueces. De esta manera se está restringiendo ilegalmente la libertad de sindicados de una especie delictual; habiéndose llegado a legitimar la decisión gubernamental, en este caso específico, por tratarse de procesados por narcotráfico y terrorismo. Sin embargo, debe recordarse que las prácticas políticas y las decisiones jurisprudenciales válidas hoy para justificar la represión de una determinada forma de delincuencia, podrían ser utilizadas en el día de mañana para evitar la libertad de personas sindicadas de otra clase de delitos, o para ejercer persecución política o de cualquier otra naturaleza.

El *Habeas Corpus* es un instrumento democrático por excelencia, pleno de una vieja y pródiga tradición civilista, que a todo lo largo de la historia se ha caracterizado como una verdadera garantía de libertad contra la omnipotencia del Estado y las arbitrariedades de los funcionarios públicos.

A pesar de lo anterior, en el Decreto 1156 se restringe ésta garantía de la libertad, y termina por afectarse ese derecho fundamental cuando en el artículo 3 se dispone que en los delitos de competencia de los jueces regionales "no procederá la acción de *'Habeas Corpus'* por causales previstas para obtener la libertad provisional, las cuales deben alegarse dentro del proceso respectivo. Tampoco procederá para efecto de revisar la legalidad de las providencias que hubieren decidido sobre la privación de la libertad".

Y aquí se evidencia, lo que con anterioridad se había afirmado, que el propósito no era hacer una interpretación auténtica de una ley oscura, sino evitar la libertad de sindicados por una determinada especie de delitos, a quienes el Presidente de la República adjetiva de manera tan poco afortunada. Es así como el artículo 1 del decreto mencionado impide que los fiscales puedan conceder la libertad provisional a que tendrían derecho aquellos, conforme a la interpretación que antecedentemente se ha hecho; y el transcrito artículo 3 evita que por vía del

Habeas Corpus se pueda conceder la libertad, cuando se hubiere demostrado la irregularidad o la ilegalidad de la detención.

Eso, en nuestro modesto concepto, es la más clara e indebida injerencia del Ejecutivo en funciones privativas y propias, desde la perspectiva constitucional, de los miembros de la Fiscalía General y de los jueces de la República, dentro del clásico marco de la tripartición del poder, en la que estamos inmersos por una ya vieja tradición.

No alcanzamos a comprender la suspensión del *Habeas Corpus*, porque eso es lo que se ha hecho en relación con todos los procesados en asuntos cuya competencia corresponde a los jueces regionales, frente a la prohibición contenida en el numeral 2 del art. 214 de la C.N. cuando establece: "No podrán suspenderse los derechos humanos, ni las libertades fundamentales". Es lamentable lo sucedido, pues constituye un funesto precedente para el futuro de nuestra democracia, sobre todo cuando se trata de problemas surgidos del propio seno del legislados extraordinario, que no cumplió con deberes elementales de técnica legislativa, la cual debe estar enmarcada dentro de los parámetros de meditación y análisis concienzudos y que evidentemente no existieron, si nos fiamos de la presentación que hizo un asesor del Ministro de Justicia en la edición oficial del Código de Procedimiento Penal que el gobierno nos hizo llegar a todos los jueces, en el que explica cómo fue elaborado el Código al afirmar: "El miércoles 27 de noviembre cerca de la media noche el Ministro comunicó que se había logrado el acuerdo sobre los puntos vitales de controversia. Minutos más tarde uno de los tres miembros de la Comisión que había participado en la reunión se devolvió y expresó su deseo de que el acuerdo se consignara por escrito. Así comenzamos a revisar el artículo primero relativo al 'debido proceso', se presentaron discrepancias que llevaron a la suspensión de la conversación y hasta se pensó que el acuerdo que se había obtenido se perdía. Al día siguiente los ánimos se habían calmado, el Gobierno hizo entrega de un último texto al que se le incorporaban las modificaciones discutidas y que sería el documento materia de la votación. Ese jueves debía votarse el texto, pues la Comisión tenía que estudiar también el proyecto de Presupuesto y su período de sesiones terminaba el sábado. La plenaria de la comisión se reunió solo a las ocho de la noche. En ese momento aún ciertos sectores se oponían a votar el Código, pues consideraban que no existía acuerdo sobre lo fundamental. En reunión cerrada de último momento se redactaron entre el Gobierno y tres miembros de la Comisión especial, a la carrera, los artículos que generaban controversia. Finalmente con esos textos aceptados se pasó a la plenaria para votación. Era también la hora de comida, y así satisfaciendo el apetito se dio comienzo a la votación. Algún comisionado a la hora del postre 'presentó moción de helado'. Ya existía un compromiso político, votar era simplemente cuestión formal". (Imprenta Nacional 1o de mayo de 1992 Bogotá, págs. 36 y 37).

Como discrepo sustancialmente de la interpretación que a la problemática legislativa en cuestión ha dado la Sala mayoritaria, que coincide a su vez, como allí se afirma, con la que hiciera el Presidente de la República en el Decreto 1156 dictado dentro de las facultades conferidas por el estado de conmoción interior, me aparto respetuosamente de la decisión precedente y dejo así consignadas las razones de mi desacuerdo.

Fecha Ut Supra

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

Rafael Cortés Garnica
Secretario

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS \ PUNIBILIDAD

Se desprende claramente de la norma "acumulación jurídica" que esta se refiere a plurabilidad de fallos a fin de que las penas impuestas en cada uno de ellos no se sumen aritméticamente, sino de modo jurídico, para hacer menos gravosa, por lo más corta, la punibilidad correspondiente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 4812. Casación. William Antonio Miranda Tapias y otros.

Acción: Luis Fernando González Ospina

Delito: Homicidio agravado y concierto para delinquir

Aprobado acta No. 90

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruíz*

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de julio de mil novecientos noventa y dos

Resuelve la Sala la solicitud de acumulación de penas hecha por el procesado Luis Fernando González Ospina con fundamento en el artículo 505 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

SE CONSIDERA

1. El Juzgado Tercero Superior de Medellín enjuició a Luis Fernando González Ospina por el delito de homicidio agravado, y su homólogo 13 hizo lo propio por el delito de concierto para delinquir.

Acumuladas las causas en el primero de esos juzgados, se dictó sentencia de 17 de enero de 1989 (fls. 602 y ss-10), por medio de la cual se condenó a González Ospina a la pena principal de 21 años de prisión, fallo enteramente confirmado por el Tribunal por medio del suyo de 11 de agosto de dicho año (fls. 719 y ss.), que fue recurrido en casación.

2. El referido procesado presentó un escrito en el que pide a la Sala "decretar acumulación jurídica al tenor del artículo 505 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700/91) en concordancia con el artículo 27 y 28 del Código Penal", solicitando "acumular las siguientes causas: 1) Delito: Concierto para delinquir. Pena impuesta: 5 años de prisión. Autoridad: Juzgado 13 Superior de Medellín".

3. Pues bien: el artículo 505 que invoca dice:

"Acumulación jurídica. Las normas que regulan la dosificación de la pena, en caso de concurso de hechos punibles, se aplicarán también cuando los delitos conexos se hubieren fallado independientemente. Igualmente, cuando se hubieren proferido varias sentencias en diferentes procesos. En estos casos, la pena impuesta en la primera decisión se tendrá como parte de la sanción a imponer.

"Si se tratare de inimputable que hubiere permanecido bajo medida de seguridad el término de internación se tendrá como parte cumplida de la pena, de acuerdo con el artículo 102 del Código Penal".

Se desprende claramente de esa norma que la misma se refiere a pluralidad de fallos, a fin de que las penas impuestas en cada uno de ellos no se sumen aritméticamente, sino de modo jurídico, para hacer menos gravosa, por lo más corta, la punibilidad correspondiente.

En este caso se encara una sola sentencia en la que se condenó al señor González Ospina por dos delitos, operando así el artículo 26 del Código Penal, es decir la "acumulación jurídica" que demanda el procesado.

Por tal motivo, la petición no procede.

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

RESUELVE

NEGAR, por impertinente, la acumulación jurídica de penas solicitada por el procesado Luis Fernando González Ospina.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

CAMBIO DE RADICACION

La publicación persistente en la prensa sobre una investigación no constituye, por sí misma, prueba suficiente para ameritar el cambio de radicación. Mientras que sí pueden serlo las circunstancias que causen alarma ciudadana y que hagan perceptible el peligro sobre la vida del procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Cambio de radicación No. 7822

Acción: Alvaro Coneo Correa

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 090

Santafé de Bogotá, D.C., julio veintitrés de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

De plano resuelve la Corte sobre la solicitud que de cambio de radicación del proceso seguido contra Alvaro Coneo Correa, por el delito de homicidio elevó su defensor, ante el Juzgado Cuarto Superior de Valledupar, ahora del Circuito, donde actualmente se tramita dicho asunto.

DE LA PETICIÓN

1. El señor defensor suplente de Alvaro Coneo Correa, acusado por el homicidio perpetrado al abogado René Costa Gutiérrez, solicita cambio de radicación del proceso a otro distrito judicial al considerar que a raíz de la muerte violenta del

del señor Benjamín Costa Gutiérrez, hermano del abogado en mención, ocurrida en Valledupar el 29 de mayo pasado, "la ola de animadversión ciudadana y oficial" contra su procurado, ha crecido hasta el punto de que se rumora la posibilidad de un atentado contra su vida.

Agrega que "Es apenas natural que la presión ciudadana y oficial en un proceso penal dado, atenta contra la recta administración de justicia y le impide ser absolutamente imparcial...".

Solicita que en evento de que no se accediera a su pretensión se disponga todo lo necesario para la preservación de la vida e integridad personal del procesado durante la celebración de la vista pública.

El peticionario fundamenta la solicitud en las siguientes razones:

El Juez 65 de Instrucción Criminal de Bogotá, comisionado especialmente para adelantar la investigación en reemplazo del señor Juez Primero de Instrucción Criminal de Valledupar, "fue una de las personas más chocantemente influenciadas por el medio en que se desenvolvía la investigación hasta el punto que, analizada su actuación, se deja ver una innegable parcialidad, que lo llevó a desestimar pruebas que no podían ser desestimadas. Lo propio ha sucedido con un vasto sector de la ciudadanía".

Afirma que "hoy por hoy, no se dan los elementos de imparcialidad serena ni para el juzgado ni para el Ministerio Público, pues para nadie es un secreto que aun el señor Procurador Regional de Valledupar, de manera más que insólita, viene presionando en contra de Alvaro Conea Correa, y como consecuencia de la muerte de su amigo Benjamín Costa Gutiérrez.

Aduce que "Si por un lado tenemos al señor Gobernador del Departamento, por otro al señor Procurador Regional y por otro a la ciudadanía, presionando al Juzgador y a la Justicia en general, para que se condene a mi procurado, resulta claro que no existen condiciones favorables para ese juzgamiento".

Estima que es aconsejable un cámbio de radicación del proceso, "pues hay serios motivos para esperar un atentado contra su vida con ocasión de la vista pública programada, y sería impredecible la suerte que corriera, en las cuales se le ha colocado injustamente...".

En apoyo de su planteamiento, acompaña varias declaraciones oficiales, que se relacionan con la muerte de Benjamín Costa Gutiérrez, en las que según su afirmación "en forma vedada o directa, se incrimina a mi cliente"; fotocopias de publicaciones de la prensa escrita de Valledupar, Barranquilla y Bogotá, "como medio de prueba de la presión que se viene ejerciendo contra los intereses legales" del procesado.

2o. El Juzgado Cuarto Superior, en el auto que ordena remitir el proceso a esta Corporación considera que es la oportunidad para manifestar que dadas las circunstancias agravadas por la muerte violenta de Benjamín Costa Gutiérrez, refuerza la solicitud del defensor del procesado, "si tenemos en cuenta que ha sido notorio en la ciudadanía la alteración de orden público hasta el punto que el Comandante de la Estación Lopera de esta ciudad, señor Ramiro Ariza me comunicó que la Casa de Justicia de este Distrito estaba seriamente amenazada de un atentado, por ello el Distrito de Policía Cesar se vió en la obligación de proteger el edicio (sic) por varias Unidades Especializadas en explosivos ya que para el día de la audiencia, que fracasó, por excusa fundamentada del defensor se decía estaba previsto un atentado contra la Casa de Justicia de este Distrito".

Por lo anterior, estima la funcionaria que no se dan las circunstancias fundamentales para que en ese Distrito pueda adelantarse el juzgamiento respetando los derechos del procesado "después de ver los brotes de alteración de orden público y expectativas de la comunidad que impiden y afectan de manera grave el normal ejercicio de los derechos... en personas que intervienen en el proceso, es así que en el lugar donde se cometió el delito y se adelanta el juzgamiento peligra la vida del enjuiciado...".

Relieva que desde el inicio del proceso, fue rodeado de presiones de toda índole, por lo que el Director Nacional de Instrucción Criminal "consideró que no era garantía para obtener una cumplida justicia y concluir con buen éxito la investigación que venía siendo realizada por el Juez Primero de Instrucción Criminal ambulante de esta ciudad y por ello mediante resolución de febrero 21 de 1991 comisionó al Juez 65 de Instrucción Criminal Ambulante de Bogotá para que prosiguiera la investigación...".

Consideraciones de la Sala

1o. Según las voces del artículo 83 del nuevo Código de Procedimiento Penal, hay lugar al cambio de radicación de un proceso, cuando "en el territorio donde se está adelantando la actuación procesal, existen circunstancias que puedan afectar", entre otros aspectos, "el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia..., la seguridad del sindicado o su integridad personal".

2o. En el caso sub-examine, las circunstancias que se aducen como determinantes para la solicitud del cambio de radicación son: a) "la presión ciudadana y oficial" que "atenta contra la recta administración de justicia y le impiden ser absolutamente imparcial" y b) "la ola de animadversión ciudadana y oficial" contra el procesado que "ha crecido hasta el punto de que se rumora la posibilidad de un atentado contra su vida" con ocasión de la vista pública programada.

3o. Para establecer estos hechos, la Sala cuenta con los anexos de la solicitud del cambio de radicación, que están constituidos por fotocopias de publicaciones de prensa y comunicaciones dirigidas al Procurador General de la Nación, Procurador Departamental y Presidente del Tribunal Superior de Valledupar, además de las manifestaciones de la Juez, consignadas en el auto que ordena remitir la solicitud a esta Corporación.

a) Sobre la referida crónica periodística se tiene que se trata de publicaciones hechas a raíz de la muerte violenta de Benjamín Costa Gutiérrez, hermano de René Costa Gutiérrez, en las cuales el gobernador y otras altas personalidades del Departamento manifiestan su enérgica protesta ante los hechos de violencia de que fueron víctimas los ilustres ciudadanos, relievando entre otros aspectos, que a Benjamín "lo mataron los mismos asesinos de su hermano"; que la investigación de la muerte de René Costa fue vinculado "como presunto homicida, Alvaro Coneo Correa", agente del F-2, activo, de la Policía Nacional del Cesar, quien se encuentra detenido en Valledupar a cargo de la Juez Cuarta Superior, Hemillis Herrera Ibarra; que Benjamín en los últimos días antes de su muerte había solicitado al Tribunal que relevara del conocimiento del juicio seguido contra el autor material de la muerte de su hermano a la citada funcionaria, tras sostener que no era garantía para el proceso, y que había denunciado una "negligencia jurídica" para enfrentar la investigación por parte del Juez Primero de Instrucción Criminal y posteriormente a la Juez Cuarta Superior; que algunos sectores de la opinión pública han señalado a miembros del F-2 de la Policía Nacional como responsables de los hechos "lo cual puede originar una desviación de la investigación con resultados de impunidad".

En una de las notas periodísticas aparece el título "Sin castigo". Allí se dice: que el Gobernador sostuvo que ha acudido a todas las instancias nacionales y de justicia para solicitar la investigación, agregando: "Es que acaso se han castigado los responsables de la muerte del doctor René Costa?... Yo no doy veredicto ni fallo justicia, porque esa no es mi función, pero estamos dispuestos (sic) como Gobernador de este departamento a poner todas las fuerzas del Gobierno para evitar que se sigan cometiendo esta ola de crímenes en nuestra ciudad capital y en todo el Cesar".

Basta leer el contenido de las referidas publicaciones de prensa, para concluir que ellas no tienen el alcance que pretende atribuirles el solicitante, pues en verdad no tiene la virtualidad de demostrar la "presión" que según el mismo, "se viene ejerciendo contra los intereses legales" del procesado.

Que la prensa se haya dedicado a publicar las manifestaciones de rechazo de algunas personalidades del lugar frente a los hechos que se investigan, con información del nombre del sindicado vinculado al proceso y del despacho judicial al que corresponde emitir el fallo, incluyendo algunas aseveraciones, sin fundamento sobre la actuación de los funcionarios encargados de administrar justicia, no constituye prueba suficiente para ameritar el cambio de radicación solicitado.

Si ello fuere así, ningún funcionario podría conocer de los procesos, cuyos hechos, por razones diversas están sometidos a la publicidad. Una cosa es la exigencia para que se investiguen los acontecimientos que por su naturaleza producen alarma social, para que no haya impunidad, y otra muy distinta es la presión que se ejerce directamente sobre un funcionario, que le impida ser absolutamente imparcial, lo que no ha ocurrido en el caso que nos ocupa.

Las comunicaciones emitidas al señor Procurador General de la Nación, al Procurador Departamental y al Presidente del Tribunal, son demostrativas del interés que tenía el señor Benjamín Costa, en el sentido de que el crimen de su hermano René, fuera investigado en debida forma, así como la exigencia del Gobernador del Cesar, de que intervinieran funcionarios del Ministerio Público en la averiguación de los hechos relacionados con la muerte de Benjamín Costa.

En el caso específico en estudio, no cuenta la Corte con elementos probatorios que permitan aseverar que existen circunstancias concretas que puedan afectar la imparcialidad o independencia de la administración de justicia, pues las alusiones que hace el solicitante al respecto, ponen de presente un caso que ha conmovido especialmente a la sociedad y a las autoridades, de ahí su expectativa y preocupación, pero esto en modo alguno puede afectar la imparcialidad del juzgador, quien como es sabido, debe fallar con absoluta independencia de criterio y haciendo caso omiso de las opiniones de la prensa o de los demás ciudadanos.

b) De otro lado, aduce el peticionario que existen serios motivos para esperar un atentado contra la vida del procesado con ocasión de la vista pública programada.

Tal circunstancia, se encuentra respaldada en autos con la manifestación de la Juez del conocimiento, quien con fundadas razones considera, que "en el lugar donde se cometió el delito y se adelanta el juzgamiento peligra la vida del enjuiciado", pues ha sido notoria en la ciudadanía la alteración del orden público hasta el punto que el Comandante de la Estación de Lopera de Valledupar, Ramiro Ariza, le comunicó que la casa de justicia estaba seriamente amenazada de un atentado, por lo que el Distrito de Policía del Cesar se vió en la obligación de enviar varias unidades especializadas en explosivos para el día de la audiencia pública, que no se realizó por excusa fundamentada del defensor.

Resulta innegable que la muerte violenta de los hermanos Costa Gutiérrez, personas prestantes e influyentes en la Región del Cesar, *causó gran conmoción en la ciudadanía, y miradas en conjunto las circunstancias antes anotadas, mueven razonablemente a pensar, que debido al ambiente poco propicio que ofrece en el específico caso la ciudad de Valledupar y en general la región del Cesar para el juzgamiento, aflora el atendible peligro que se cierne sobre la seguridad e integridad personal del procesado. Basta esta seria hipótesis para que se haga aconsejable el cambio de radicación del proceso haciendo una excepción al principio general de la competencia por el factor territorial.*

En consecuencia, se ordenará radicar la actuación en la ciudad de Bucaramanga, advirtiendo al juez a quien corresponda por reparto, que debe informar a las autoridades competentes la situación, y solicitarles la protección necesaria.

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

RESUELVE

Primero: Radicar en la ciudad de Bucaramanga, Distrito Judicial del mismo nombre, el proceso que, por el delito de homicidio, adelanta el Juzgado Cuarto Superior de Bucaramanga, ahora del Circuito, en contra de Alvaro Coneo Correa.

Segundo: Devuélvase las diligencias al juzgado de origen para que proceda de conformidad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

DEMANDA DE CASACION

La sustentación de la demanda de casación debe ajustarse a los requerimientos lógico-jurídicos de la causal que se invoque, con el fin de demostrar el error que se le imputa a la sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 7439

Acción: Gerardo Campos Cárdenas

Delito: Homicidio

Procedencia: Tribunal Superior de Ibagué

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 090

Santafé de Bogotá, D.C., julio veintitrés de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Gerardo Campos Cárdenas, contra la Sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó a la pena de diez años de prisión por el delito de homicidio.

LA DEMANDA

La libelista formula el cargo en los siguientes términos:

"La sentencia que me propongo acusar violó el artículo 15 del decreto 1861 del Art. 226 en su *primer inciso*. Esta norma explica la *violación indirecta de la ley sustancial* que se concreta en la apreciación errónea de la prueba artículos 253 y 254 del C. de P.P., y 247 y 248 ibídem, *"por falso perjuicio (sic) de convicción*, que repercutió necesariamente en el fallo, lo que motivó que el juzgador de segundo grado no aplicara los artículos 60 numerales 1o., 3o., y 64 del C.P." (Subrayado de la Sala).

Más adelante agrega: "causal única de casación que se invoca: La causal primera del Art. 15 del decreto 1861 en su primera sección por cuanto hubo error del fallador en los medios de convicción en que se apoya el fallo que condujo a desconocer la disminuente (sic) específica a que hace mención el Art. 60 del C.P.".

En el capítulo que denomina "Demostración del cargo", afirma inicialmente que en las instancias confunden la emoción súbita con las emociones y sentimientos que es lo que se conoce como pasión. Luego, bajo el subtítulo de indicios graves dice que el móvil para delinquir fue la venganza que cobró el acusado contra la víctima por éste haberle propinado una palmada unos dos meses atrás.

A continuación anota: "En razón de que no existe un dato que sea diciente de la manera real como ocurrieron los hechos, habremos de decir que Campos Cárdenas, tenía motivos, que lo hicieron proceder de manera alterada y por un hecho provocado. Es necesario empaparnos de la realidad procesal porque las causa (sic) tienen efectos, es por eso que las pruebas hay que analizarlas con criterio científico y humano. El intenso dolor (el incidente) es mucho más que la atenuación punitiva prevista en el ordinal 3o. del Art. 64 del C.P. Desde el punto de vista sicológico la provocación por ofensa grave es constitutiva de intenso dolor. En Colombia predomina el machismo, no se ha tenido en cuenta su extracción social (ayudante de bus), (sic) su conducta anterior, la concomitante y la posterior al hecho que asumió el adolorido.

"Para el caso concreto el intenso dolor surgió por las ofensas recíprocas, Marino Herrera sin que exista prueba que diga lo contrario era familiar de la víctima, por lo que es viable y dable suponer su parcialidad, que mantuvieron latentes o mediatas en el tiempo.

"Si hubiese alguna duda sobre lo anterior habría que absolverla a favor del incriminado y no en su contra para entonces afirmar que Campos Cárdenas actuó bajo el impulso de la ira y también del intenso dolor al causar la muerte a Rincón Masmela. El intenso dolor se repite porque las pruebas de autos nos dice que había rencilla de vieja data, un ultraje inmerecido, un agravio injusto., por lo que al notar

su presencia en la forma como llegó en forma inesperada, sintió un dolor impetuoso, un resentimiento repentino, que lo invadió por sorpresa y que había perpetuado o prolongado en el tiempo., altercado que le había causado una grave e injusta provocación . De acuerdo con los doctrinantes el Art. 60 establece unos requisitos que no tienen nada de sacramental sino de descriptivos.

"Reitero el principio de favorabilidad, que es inexcusable y supremo en materia penal y teniendo en cuenta la equidad y ocupándonos al caso concreto, en razón de desconocer lo que ocurrió en el orinal, el asunto es difícil en cuanto a la intención, la equidad distributiva y judicial y de acuerdo con el sistema de la libre apreciación de la prueba y por sobre todo las sentencias por Homicidio no deben ser bajo ningún aspecto mecánicas como lo pretende las instancias y no ignorando la defensa ni la corte las pruebas inconmovibles del expediente, he de decir que mi defendido no actuó gratuitamente, tuvo un motivo y ese motivo fue el justo dolor, atenuante provocado por el dolor de las infurias (sic) sufridas. En el caso concreto solo se han mencionado los efectos pero no las causas, no se ha hecho ningún esfuerzo por indagarse (sic) estaba adolorido moralmente".

"*El intenso dolor en una de sus acepciones es actuar movido por la cólera al recibir injurias o agresiones que se prolongan hacia el tiempo.* Todos sabemos el significado del honor para un colombiano y a ninguno es de su agrado que se le llame cobarde.

"Es que Campos Cadena fue acumulando sentimientos que podían o no tener un desemboque (se recuerda la forma imprevista como llegó Ramíroz) (sic), por eso su conducta concomitante con la presencia de aquél, de ahí que hubiese salido inmediata y rápidamente, porque se asustó y porque no la ejecutó fríamente".

Consideraciones de la Sala

De la simple lectura del libelo surge de modo evidente el desconocimiento de la impugnante sobre los requisitos formales y los fines del recurso extraordinario de casación.

a) En cuanto a los formales, no atina siquiera a precisar el motivo en el que ampara su reproche, pues se refiere al primer inciso del artículo 226 diciendo que consagra la violación indirecta, cuando en realidad allí está prevista es la directa. Y no se trata de un error mecanográfico, porque posteriormente reitera la misma afirmación.

De otra parte, no obstante que asevera que hubo "error del fallador en los medios de convicción en que se apoya el fallo", la demostración es una alegación en donde no concreta al menos el tipo de equivocación que le atribuye al sentenciador, ni individualiza las pruebas sobre las cuales pudo recaer. En un alegato de estilo libre con un contenido de extrema pobreza argumentativa aun para ser presentado en las instancias.

Tanto el Código de Procedimiento Penal vigente cuando se elaboró la demanda, como el actual, exigen como requisito que el escrito contenga "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

De acuerdo con esta disposición, la sustentación debe ajustarse a los requerimientos lógico-jurídicos de la causal que se invoque, con el fin de demostrar el error que se le impute a la sentencia. La falta de precisión respecto a la vía que se va a utilizar para atacar el fallo, impide que se sepa cómo debe ser la fundamentación, deficiencia que hace inadmisible la demanda.

También es una deficiencia insalvable, cuando habiendo acertado en la selección y precisión de la causal, la fundamentación se divorcia de ella para convertirse en un alegato, que en lugar de orientarse a la demostración del error y su trascendencia, sirve únicamente para enfrentar la opinión personal del actor a la del Juez.

b) Respecto a los fines de la casación, es oportuno recordarle a la impugnante que se trata, entre otras, de la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal", razón por la cual la sentencia se debe atacar en cuanto a su legalidad, no simplemente porque se comparta el criterio allí expuesto.

Conocer los fines de la casación es indispensable para comprender que las exigencias formales no son un puro capricho del legislador ni un invento de la jurisprudencia, sino una condición inherente a su propia naturaleza.

Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que la demanda debe ser rechazada in limine.

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

RESUELVE

RECHAZAR LA DEMANDA DE CASACIÓN presentada por la defensora del procesado Gerardo Campos Cárdenas y en consecuencia declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

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

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

DOLO EVENTUAL \ CULPA CON REPRESENTACION

La línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa con representación, manteniendo la tradición jurisprudencial radica en que en la segunda el peligro se representa en la mente del sujeto, pero el resultado no se quiere, abrigándose la esperanza de que no llegue a producirse porque se confía en la posibilidad de evitarlo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6255

Acción: Otoniel Pérez Zambrano y Gustavo Zabaleta C.

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 090

Santafé de Bogotá, D.C., julio veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

El Tribunal Superior de Valledupar mediante sentencia del 1o. de abril de 1991 modificó parcialmente el fallo de primer grado proferido por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad, con el cual se condenó a los procesados Otoniel Pérez Zambrano y Gustavo Zabaleta Campo como responsables del delito de homicidio en la persona de Lorenza Bustamante Medina, imponiéndoles la pena de prisión de 10 años y 3 meses, concretando el monto de la indemnización de los perjuicios y confirmándolo en lo demás.

Contra dicha determinación interpusieron el recurso de casación la Fiscalía Primera de esa Corporación y el señor defensor del acusado Pérez Zambrano, impugnación concedida oportunamente por el Tribunal a la primera y denegada por extemporánea al defensor y en esos términos admitida por la Corte.

Dentro del término legal presentaron demanda de casación la recurrente y el defensor del acusado Otoniel Pérez, siendo declarada ajustada a los requisitos del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal la primera, y ratificados los motivos del Tribunal sobre improcedencia de la segunda por interposición extemporánea del recurso.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

1. De la siguiente manera resumió los episodios motivo de investigación el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"el día 5 de febrero de 1989 en el corregimiento de Candelaria, comprensión municipal de Chimichagua (Cesar), se celebraban las festividades de carnaval; y en una de las casetas que allí funcionaba, en la denominada "Tropibomba", se encontraba Lorenza Bustamante Medina, en el comité de una de las reinas de estas fiestas. Como a las 2 o 3 de la tarde del mencionado día, en este ambiente de jolgorio, chanzas y parranda, Otoniel Pérez Zambrano disimuladamente roció petróleo en la pollera que vestía Lorenza Bustamante. Posteriormente Gustavo Zabaleta acercó a dichas prendas un fósforo encendido, produciéndose una conflagración que infructuosamente trataron de apagar en compañía de otras personas. Habiéndose producido quemaduras de tercer grado en un setenta por ciento del cuerpo de la señora Bustamante, días más tarde en la ciudad de Barranquilla cuando recibía atención médica, sobrevino su deceso".

2. El inicio de la investigación corrió a cargo del Juzgado Promiscuo Municipal de Chimichagua, despacho ante el cual en las diligencias de indagatoria Otoniel Pérez se mostró ajeno a los hechos, señalando que aunque tuvo en sus manos un recipiente que contenía petróleo, su ánimo era el de quemar una palma que se encontraba en el lugar y que en ningún momento roció el líquido inflamable sobre las vestimentas de Lorenza. Por su parte, Gustavo Zabaleta Campo afirma que al prender un cigarrillo tiró la cerilla hacia atrás con tan mala fortuna que cayó sobre el vestido que llevaba la hoy occisa. Una vez se dio cuenta de lo ocurrido, en compañía de Otoniel y otras personas trató infructuosamente de extinguir las llamas. El Despacho profirió en contra de los dos sindicados medida de aseguramiento de detención por el punible de homicidio.

Las diligencias pasaron luego al Juzgado 12 de Instrucción Criminal radicado en Chiriguaná, despacho que el 24 de abril de 1989 dictó resolución de acusación en contra de los dos sindicados, providencia que apelada por el defensor de Pérez Zambrano recibió amplio respaldo en el Tribunal de Valledupar.

En la etapa del juicio ordenó el Juzgado Tercero Superior de Valledupar los testimonios de Roque Acuña Pérez, Efraín de Jesús Díaz Argote, ampliación del rendido por Leonor Cecilia Bustamante Sandoval y Wilfran Gutiérrez Bustamante, y culminada la diligencia de audiencia pública, dictó en contra de los acusados sentencia condenatoria por el delito de homicidio voluntario, imponiéndole la pena de 10 años de prisión. También esta decisión fue apelada por el defensor de Pérez Zambrano y por la Fiscalía, dando lugar, según se reseñó con precedencia, al fallo ahora recurrido del Tribunal, que respaldando el criterio del Juzgado incrementó la pena principal en 3 meses de prisión, graduó el monto de la suma a resarcir, y dejó invariablemente las penas accesorias.

La demanda

Invocando el artículo 226, primer numeral del inciso 2o. del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha de su formulación, la actora acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, debida a manifiestos errores de hecho en la apreciación integral de la prueba testimonial, defectos a través de los cuales el Tribunal llegó a la inaplicación del artículo 37 del Código Penal por la consecutiva falta de aplicación de los artículos 253 y 295 del Código de Procedimiento Penal, todo lo cual tradujo en la "aplicación indebida" (sic) de los artículos 329 y 330 del Código Penal.

Inicia la censora el desarrollo de su acusación sosteniendo que el juzgador apreció apenas parcialmente los testimonios rendidos por Obdulio Palomino y Roque Julio, tomando solamente en cuenta la narración que en ellos se encuentra de los hechos y sobre la forma como se inició el fuego, pero dejando de considerar sus informaciones acerca del estado de alicoramiento en que se hallaban ya los contertulios, el ambiente propio de unas festividades características de la cultura de la región, con sus valores de orden mítico, ético, estético y erótico, pero además y siendo ello lo más importante, lo atinente a la reacción mostrada por Zabaleta cuando se dio cuenta del incendio de las ropas de la occisa, que intentó extinguir con sus propias manos según lo afirmara el testigo Palomino Ramos enterando que "...cuando se prendió la falda, Gustavo Zabaleta trató de apagar el fuego pero éste era ya muy grande y no pudo apagarlo...".

Dio también el juzgador un mayor alcance al dicho de la declarante Leonor Cecilia Bustamante que resultó examinado de manera parcial, pues de su texto solamente se tomó cuanto iba en perjuicio de los procesados como la tenencia del petróleo, desatendiendo aquellos aspectos de enteramiento sobre el entorno y ánimo de diversión entre los contertulios, pues según su dicho "todos estaban jugando" ejemplificando que Zabaleta se había unido a Lorenza y a León Pérez para asir a las personas llevándolas hasta el sitio donde se hallaba la reina, requiriéndoles dinero para la compra de ron, actividad que unió a Otoniel Pérez quien entregó cien pesos a nombre de un muchacho Pérez, pero sin aportar su propia cuota. Descubier-

to Otoniel en esa falta de colaboración por Leonor Cecilia y su hermana, por ellas resultó retenido y despojado de una suma superior, desigualdad que terminó por molestar al procesado mas, sin que el hecho le impidiera entrar a compartir con los demás esa botella de licor. Sobre el pequeño frasco con petróleo que le halló la testigo al acusado, añadió la mujer que molesta al hallarlo, lo derramó sobre su propio portador.

Un desacierto más del juzgador se acusa al valorar los testimonios de Rubén Gutiérrez, Eugenio Palmera y Leonor Cecilia Bustamante, pues afirmando que Otoniel Pérez se ausentó del lugar de los hechos, los declarantes coinciden que lo hizo en su compañía y para hacer asistir a la lesionada en el Hospital de la vecina población de Chimichagua.

De ese incompleto análisis probatorio, el Tribunal concluyó presente la "voluntad de realización" del hecho por parte de los enjuiciados fundándose exclusivamente en una relación acción-resultado, infiriendo de ella y equivocadamente que estaban aceptando la muerte como resultado, elemento subjetivo que al consultar las pruebas omitidas solo puede descubrirse ausente en el ánimo de los condenados, quienes, sin mostrarse ajenos al delito imputado, incurrieron más bien en una violación del deber de cuidado propia de su comisión a título de culpa.

La conclusión que como consecuencia plasma el petitum se orienta a que tras la casación del fallo impugnado, dicte la Corte el que corresponda por el delito de homicidio culposo, con fundamento en los artículos 329 y 330-1 del Código Penal.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal advierte que si bien es cierto el casacionista incurre en algunas imprecisiones y falta de rigor técnico en la elaboración de su escrito de demanda, tal escollo se salva por la forma en que al cargo se le da su desarrollo, permitiendo inferir el error de hecho por falso juicio de existencia en que incurrió el Tribunal al apreciar parcialmente unos medios de prueba que de haber sido estimados en su integridad habrían llevado a conclusión diversa.

Adentrándose en el aspecto jurídico del dolo eventual, dentro del cual se edifican los cargos de la sentencia, recuerda y diferencia para cotejarlas frente al caso discutido las teorías de la probabilidad y del consentimiento, señalando que a pesar de haber enunciado el ad-quem su análisis frente a la segunda, notoriamente terminó por deducir la culpabilidad de los acusados a título de dolo, desentendiéndose del consentimiento interno de Pérez y de Zabaleta frente al resultado, creando para el efecto su propia prueba al desconocer la que existía dentro del proceso, asegurando en síntesis que

"...el Tribunal fundamentó el juicio de reproche en la ya criticada teoría de la probabilidad. Según esta tesis la única diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación radica en el grado del peligro al que es sometido el bien jurídico. Así, cuando la acción emprendida implica un alto riesgo para la vida y se produce el resultado, se está ante un homicidio con dolo eventual. En cambio, si el riesgo al que se somete el bien jurídico es moderado, y también se genera el resultado, se califica el hecho como homicidio culposo".

Al transitar por esta vía incurre el Tribunal en trascendentes errores de hecho por omitir el integral análisis de las pruebas allegadas, partiendo de una simple presunción, lo cual es atentatorio del principio de culpabilidad artículo 5o. del Código Penal al suponer que los sindicados "le prestaron su aprobación al resultado letal y asumieron anticipadamente sus efectos", cuando las pruebas aportadas descartan la presencia del dolo homicida, dada la amistad y simpatía que los procesados le profesaban a Lorenza, permitiendo deducir que tan solo pretendían escenario especial con motivo de las festividades (carnavales), previendo que podían llegar a desencadenar en una tragedia pero confiando en que evitarían ese resultado, ya por sus propios medios (trataron de apagar el fuego con sus propias manos) o valiéndose de la ayuda de terceros, lo cual permite predicar la culpa con representación. Con tales fundamentos la Delegada le propone a la Corte la casación de la sentencia, para que en su lugar se dicte el fallo de reemplazo condenando a los acusados por homicidio pero a título de culpa con representación, modalidad cuya obvia reducción de pena hace innecesario, como así lo estima, cualquier otra referencia alusiva a la invalidación del incremento de los tres meses de prisión que se impuso en segunda instancia y que de otro modo contravendría el artículo 31 constitucional.

Consideraciones de la Corte

1. Como atinadamente lo señala el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, no por el hecho de haber omitido la impugnante precisiones sobre la modalidad del error de hecho que acusa puede darse por fracasado su recurso, si del desarrollo de sus planteamientos surge sin la menor duda que la censura se encamina al ataque de la sentencia del ad-quem por parcial apreciación de algunos medios de prueba, cargo que así integrado no podrá excusar la necesidad de una decisión de fondo, bien entendido que fue ese yerro el que llevó a deducir la responsabilidad de los acusados a título de dolo eventual, cuando en sentir de la casacionista, la omisión de toda consideración a las circunstancias demostradas que rodearon el hecho, impidió tener por cierta y existente la culpa con representación.

Centrado el punto basilar de la censura en saber dentro de qué casos la conducta del sujeto agente puede reprocharse a título de dolo eventual y no bajo el de culpa con representación, procede recordar que ya en decisión de noviembre

25 de 1987 tuvo ocasión la Corte de precisar esos conceptos y de marcar sus diferencias señalando que:

"El dolo eventual, debe recordarse, como lo enseña el profesor Jiménez de Asúa, existe "cuando en el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia, corriendo el riesgo de causarlo con tal de obtener el efecto que quiere antes que todo". En esta forma de culpabilidad, entonces, subsiste la intencionalidad del agente de producir un determinado efecto; el actor no solamente se representa la probabilidad de un resultado no querido inicialmente, sino que, a pesar de ello, realiza la conducta que guía su acción, hace suya la eventualidad, la admite y se compromete con ella.

"Y es precisamente en esa intencionalidad, en donde radica la diferencia entre el dolo eventual y la llamada culpa con representación...Es verdad que coincide con el dolo eventual en cuanto al sujeto agente se representa, esto es, imagina la producción de un resultado criminal; pero rechaza la posibilidad de que el resultado ilícito se produzca".

La línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa con representación, manteniendo la tradición jurisprudencial, radica en que en la segunda el peligro se representa en la mente del sujeto, pero el resultado no se quiere, abrigándose la esperanza de que no llegue a producirse porque se confía en la posibilidad de evitarlo.

Cuando el Tribunal Superior de Valledupar, asumió el estudio de la responsabilidad de los implicados, sostuvo que los dos actuaron en forma dolosa al encender la prenda de vestir de la ofendida, excediendo los resultados dañosos, pese a lo cual no se ofrecía dable imputarles la comisión de un delito de incendio cuya modalidad habría sido necesariamente dolosa. acto único que al mediar naturalística y ónticamente en la producción del resultado, no podría valorarse a la vez como culposo.

Sin concretar, sin embargo, el reproche por atentado contra la seguridad pública, en seguida planteó también para desecharla la hipótesis del delito preterintencional, objetando a esa posibilidad la falta de homogeneidad entre el delito pretendido y el delito cometido, y aún por la misma vía llegó a la incriminación del homicidio doloso, descontando la culpa con representación porque a su juicio

"...a través de las pruebas testificales e indiciarias analizadas, el adosamiento del fósforo encendido a la falda de fique de la víctima, al igual de la impregnación del petróleo a dicha prenda, por parte de los procesados, fue incuestionablemente intencional o dolosa, y por ende ellos debieron prever, a menos que se tratara de unos psicópatas que al acercar la referida sustancia ígnea a la falda saturada de combustible tenía que producirse la incineración de tal prenda, y previeron como posibles las quemaduras de la portadora de la falda, y aún su muerte, mas aceptaron

el evento antijurídico, cualquiera que este fuese, en medio de enardecimiento del alcohol, la jarana carnestoléndica. Desde esta óptica jurídica, e interpretando la teoría del consentimiento, al parecer prohijada o compartida por Reihart Maurach (Tratado de Derecho Penal), encuentra la Sala que en este acontecimiento criminoso haya mediado "una determinada relación volitiva entre el resultado producido y el autor ("concepción hipotética del dolo") a saber, el autor debe prestar su conformidad a la producción del evento, debe "consentir el resultado"). Y fue esto lo que precisamente hicieron los procesados, prestaron su conformidad a la producción del resultado, cualquiera este hubiese sido: simples quemaduras, deformaciones físicas, o muerte, toda vez que, como ya se anotó, el dolo eventual es además un dolo indeterminado".

2. Mas, como el optar por una u otra forma de culpabilidad hacía indispensable en la labor de juzgamiento la reconstrucción histórica de los hechos, sopesando las pruebas en su integridad y magnitud, tanto las favorables como las adversas y observando los principios rectores de efectividad del derecho material y de las garantías debidas, la remisión que a esa realidad externa y conocida en el proceso hace la impugnante torna ineludible el análisis de las siguientes circunstancias:

2.1. El ambiente dentro del cual se escenificó la tragedia remite a la realización de unas festividades de carnaval que indiscriminadamente reunía a la población para la evocación de sus tradiciones y la vivencia de unos días de alegría y esparcimiento, dentro de los cuales no faltaba ni el licor ni el ánimo festivo, y en donde cada quien está dispuesto a generar y recibir provocaciones más o menos molestas y riesgosas (impregnación de harina, pintura o agua, y hasta el levantamiento de la plataforma de las volquetas donde iban las comitivas y acompañantes de la reina, fs. 22,40 y 215).

Participando activamente de esos festivales, Lorenza Bustamante Medina, mujer querida y respetada por la comunidad, y para más, maestra de escuela y exprofesora de uno de los sindicados -folio 300-, se disfrazó de manera llamativa, luciendo una pollera de fique y escogiendo como parte de ese ambiente de alegría el pasatiempo de retener a las personas conduciéndolas hasta el sitio ocupado por la reina para obligarlas a contribuir con alguna suma que se dedicaría a la compra de licor que luego se repartiría entre los mismos contertulios.

2.2. Interviniendo también en aquella actividad, el procesado Pérez Zambrano había quedado molesto según se lo manifestó al testigo Jesús Díaz Argote, porque forzadamente se le habían quitado seiscientos pesos que superaban el monto de la contribución que por persona se hacía. Con ese antecedente y el de habérsele sorprendido en tenencia de un frasquito con petróleo que la hermana de la occisa le vació encima como bien lo resalta la sentencia recurrida, el acusado tomó el designio de ocasionar él también molestias a Lorenza, proveyéndose de nuevo del líquido e invitando a varios de los presentes para que le colaboraran a impregnar

la falda de la alegre mujer para prenderle fuego, hallando por fin en Gustavo Zabaleta alguien que le patrocinaba la picardía, y con quien realizó la acción ya convenida.

Rociada la pollera de la ofendida con el combustible, Zabaleta lanzó el fósforo encendido generando la conflagración, solo que las llamas toman una insospechada magnitud hasta cubrir totalmente el cuerpo de la maestra como se destaca en la diligencia de necropsia -folio 234-, sin que lograran los acompañantes de la occisa ni otros transeúntes que unieron sus esfuerzos, a apagar el fuego antes de producirse los fatales resultados.

El hecho en sí se hace entonces innegable, como reconocida la autoría de Gustavo Zabaleta y Otoniel Pérez, pues el primero aceptó delante del Inspector de Candelaria don Eugenio Palmera, y de Martín Caro Bautista, la iniciación del fuego, reconociendo como su compañero en la broma al co-acusado Pérez, en quien recaían ya el motivo, la adquisición de la sustancia (una miguita -folio 39- o un dedo en un frasquito pequeño -folio 40-, en el local de Juana González) y el anuncio de su propósito a terceros.

2.3. Los deponentes coinciden en señalar que ninguna enemistad o animadversión embargaba a los procesados frente de la occisa. Por el contrario, eran notorios el entendimiento y la camaradería que reinaban entre los presentes que por igual participaban en los juegos como lo narra la testigo Leonor Cecilia Bustamante -fs. 57 y 215-, agregándose que el propósito de encender fuego se restringía a la falda de Lorenza, como coinciden en decirlo Martín Caro -f.47-, Efraín Díaz -f. 213- y Wilfran Gutiérrez -f.227-, hijo de la occisa, sin que se hubiese confesado otra intención distinta al propósito de chiste y gracia que acompañaban la reunión, pues ni siquiera el ánimo vindicativo cobró fuerza de verdad, pues Leonor Cecilia Bustamante aclaró que le había devuelto quinientos de los seiscientos pesos a Otoniel, pero además, tampoco el proceso demostró que la retaliación hubiera desbordado aquel ambiente festivo y de juego en que el grupo se hallaba empeñado.

2.4. La actitud de los sindicados al desatar la desproporción tomada por las llamas tampoco fue de la indiferencia ni de la huida que interpretó el Tribunal: la alarma y preocupación que de inmediato les embargó fue observada por sus compañeros de chanzas, quienes les vieron tratando de apagar el fuego con sus propias manos para evitar un daño mayor según lo afirmó Zabaleta Campo -folio 21-, hallando el respaldo de Obdulio Palomino al decir que lo vio tratando extinguir "el fuego pero este era ya muy grande y no pudo apagarlo" -f.34-, y de Roque Acuña: "Gustavo Zabaleta, en vista de que estaba prendida le dio un manotón para apagársela, pero se prendió mas la falda de fique" -f.211-, haciéndose notoria la omisión del ad-quem que al no detectar el contenido de estas versiones, infirió que Zabaleta Campo y Pérez Zambrano habían emprendido la huida luego de cometido el hecho, desentendiéndose aun de las versiones de los parciales de la obitada (folio 215) según los cuales y como amigo cercano de la familia de Lorenza, Otoniel Pérez

viajó a Chimichagua no para esconderse sino para procurarle a la ofendida asistencia en el Hospital de aquella localidad.

Las demostradas relaciones de amistad pre-existentes entre Otoniel Pérez y la familia de la occisa, el "animus iocandi" que inspiraba el espíritu de la reunión, la impregnación escasa de combustible en la pollera que llevaba sobrepuesta a sus ropas la occisa y la conducta inmediatamente posterior de los procesados tratando de apagar con sus propias manos las prendas de la infortunada profesora, a quien luego acompañan en búsqueda de auxilio médico, elementos que los juzgadores omitieron apreciar dentro del caudal demostrativo del plenario, constituían en verdad, como a la par lo entiende la Delegada, la mejor evidencia contraria a la admisión al menos como posible de la muerte de Lorenza, pues cuanto de todas esas circunstancias surge no es cosa distinta a una participación jocosa y si se quiere extravagante y brusca, pero jamás tendiente a causar daño corporal y menos de las proporciones del ocasionado a quien en términos parejos departía con los acusados.

Si el resultado dañoso era fácilmente previsible, el constituiría en verdad uno de los elementos de la culpa con previsión, pero nunca por sí solo prueba de un definido o por lo menos eventual propósito criminal hacia la ofendida, porque con su conducta posterior los acusados demostraron que su interés estaba en controlar y restringir las consecuencias nocivas de su osada broma, cuyas dimensiones sobrepasaron en resultados los queridos y esperados.

Que Otoniel Pérez y Gustavo Zabaleta son los penalmente responsables de la muerte violenta de Lorenza Bustamante, no es hecho que a esta altura ni en esta sede se someta a dudas. Cosa distinta sí, el que esa responsabilidad se infiera a título de dolo, porque el comportamiento conocido de los dos no exterioriza el propósito homicida, y sí en cambio aquel error de conducta que por imprudente sopesación del resultado previsible, confiaron con torpeza en que lo podrían evitar, denotándose claro el error de hecho que por un falso juicio de existencia condujo al juzgador a la indebida aplicación de los artículos 323 y 36 del Código Penal, dejando en cambio de aplicar como las pruebas lo indicaban, y la casacionista lo demuestra, los artículos 37 y 329 de la misma codificación.

Prospera, entonces, como en tal sentido coincide en proponerlo el Ministerio Público, el cargo formulado, correspondiendo como consecuencia el proferimiento del fallo de sustitución, sin que con su emisión se mortifique la calificación provisional del hecho contenida en la resolución acusatoria cuya valoración genérica perdura, ni se produzca el sorprendimiento de las partes, pues basta en ello con observar que luego de practicadas las pruebas de la causa, fue iniciativa del Ministerio Público, ampliamente acogida por la defensora del acusado Zabaleta Campo, la de solicitarle al Juzgado que al fallar condenara a los acusados por el delito culposo de homicidio, y no por homicidio intencional.

Implica lo dicho la tasación de la pena deducible a los acusados, que la Sala encuentra justa en la imposición de 36 meses de prisión, pues no resulta posible

partir de los dos años que como mínimo prevé el artículo 239 del Código Penal, pues pese a compartir en buen grado las consideraciones que llevaron al a quo a la adopción de ese extremo menor, tratándose de delitos culposos cuenta, como aquí ocurriera y para inferir la gravedad del hecho, la fácil previsibilidad del riesgo, que dentro de la utilización del fuego sobre sustancias combustibles, hacía en mayor grado advertible la nocividad del resultado, como la mayor dificultad de su control.

No resulta posible, en su lugar, incrementar la sanción con fundamento en el artículo 330-1 del Código Penal como lo ha pedido el Ministerio Público, pues no se dio a ese hecho la connotación que ameritaba dentro de la resolución acusatoria.

En la misma proporción se reducirá sí, la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, manteniendo la sentencia recurrida en todo lo demás, sin que resulte procedente el análisis del subrogado de la condena de ejecución condicional por sustracción de materia, pues tratándose de la libertad de los acusados, su decreto se impone incondicionalmente por haberse superado en detención el tiempo previsto como pena (consta su ininterrumpida detención desde el 6 de febrero de 1989), en tanto que la pena accesoria se muestra ineludible. Tampoco se modificará el cuantum de la indemnización de los perjuicios, porque los razonamientos hechos no introducen modificaciones en el resultado dañoso, en la autoría, en su cuantía, ni en el deber de resarcirlo.

Por último y para contestar la inquietud formulada también por la Procuraduría Delegada, es de observar que la prosperidad de la causal de casación invocada deja al margen la posibilidad de rectificar el incremento punitivo adoptado en la segunda instancia frente a la apelación del Ministerio Público que como la defensa pretendía una decisión de favor para los acusados, pues el fallo sustitutivo que se anuncia deja ya sin vigencia la rectificación de esa acusada infracción al derecho fundamental que consagra el artículo 31 de la Carta Política.

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

RESUELVE

Primero: Casar parcialmente el fallo recurrido, de origen y fecha indicados en la parte considerativa y en cuanto condenó a los acusados Otoniel Pérez Zambrano y Gustavo Zabaleta Campo por el delito voluntario de homicidio, imponiéndoles en su lugar y como definitiva la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión como coautores y penalmente responsables del delito culposo de homicidio cometido en la persona de Lorenza Bustamante Medina.

Segundo: Reducir al término aquí fijado para la penal principal, la duración de la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas impuesta en las instancias, manteniendo el fallo impugnado en todo lo demás, y

Tercero: Decretar la libertad inmediata e incondicional de los acusados Otoniel Pérez Zambrano y Gustavo Zabaleta Campo, por pena cumplida, para lo cual se han de librar las respectivas órdenes con destino a la Dirección de la Cárcel de Valledupar donde aparecen recluídos, advirtiendo que dicha orden se imparte sin perjuicio de que aparezcan requeridos por otra autoridad.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL Y DETENCION DOMICILIARIA

La detención domiciliaria puede ser aplicada desde el momento en que se resuelva la situación jurídica del procesado, pero si se ha dictado sentencia y se ha negado el subrogado de Condena de Ejecución Condicional bajo el requisito del numeral 2o. del artículo 68 del C.P., la sustitución es improcedente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 6907

Acción: Jaime León Osorio Gómez

Delito: Concusión

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 091

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho de julio de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Con apoyo en lo preceptuado en el artículo 396 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), el defensor del procesado Jaime León Osorio Gómez, solicita se le conceda el beneficio de detención domiciliaria, ya que la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia no se halla en firme por estarse tramitando el recurso extraordinario de casación interpuesto por el acusado.

Dice el memorialista que "El primer requisito del mecanismo procesal apunta a la necesidad de establecer que el imputado comparecerá al proceso. Dentro del proceso, especialmente en la sentencia, se quiso aludir a la contumacia de Osorio Gómez, justamente una de las razones para negarle el derecho a la condena condicional. No obstante, como hemos pretendido demostrar en la demanda presentada, ello no es cierto. Basta tener en cuenta que fue el propio procesado quien se presentó ante la Administración de justicia, es decir, el mismo dio prueba de inexistencia de ánimo elusivo".

"Otro requisito de refiere a la demostración de que en libertad el procesado no coloca en peligro la comunidad. Como recientemente lo ha dicho esa Honorable Sala (casación del 24 de abril de 1992, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez), esto tiene que ver con la personalidad del expediente, sin embargo, no surge que Osorio Gómez, por sus características físicas, biológicas, políticas, sociales, culturales, etc., vivir en comunidad. Al contrario, la prueba lo señala como un trabajador de años, propio de una ciudad, sin problemas pretéritos, con hogar, con parientes, reconocido en inocencia disciplinariamente, etc, es decir, como un colombiano semejante a la mayoría de nuestro pobladores. Le ha sucedido a muchos compatriotas: por una u otra circunstancia, ha caído en las redes del derecho penal. Pero ello no significa que sea un peligro criminal o social".

Consideraciones de la Corte

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, mediante sentencia de fecha 9 de agosto de 1991 condenó al procesado Jaime León Osorio Gómez a la pena privativa de la libertad de dos (2) años de prisión como autor responsable del delito de concusión y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, decisiones que fueron confirmadas por el Tribunal Superior de la misma fecha en fallo de 24 de septiembre siguiente, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

El artículo 396 del nuevo Código de Procedimiento Penal enseña "Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de dos años de prisión, o menos, el funcionario judicial podrá sustituir la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad comparecerá al proceso, y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana".

De la disposición antes transcrita se tiene que la detención domiciliaria solo procede como medida de aseguramiento sustitutiva de la detención preventiva en los casos en que al procesado se le sindique de un delito cuya pena privativa de la

libertad sea, en su mínimo la de dos años de prisión, o menos, siempre que el funcionario considere que por sus características familiares, laborales y de vínculo con la comunidad, no coloca a ésta en peligro y que comparecerá al proceso cuando se le solicite. Cuando esto ocurra, deberá prestar caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del otorgamiento del beneficio aludido.

Esta medida indudablemente podrá ser aplicada por el funcionario de instrucción desde el momento mismo en que le resuelva la situación jurídica al procesado, luego de haberle escuchado en declaración de indagatoria. Pero, en el evento de haberse dictado fallo condenatorio de primera, segunda o única instancia y en él se declara la improcedencia del subrogado penal de la condena de ejecución condicional bajo la consideración del requisito previsto en el numeral 2o. del artículo 68 del Código Penal, la medida sustitutiva que se reclama resulta improcedente, pues, la privación de la libertad obedece a la evaluación que el juez realiza sobre su personalidad, para concluir que requiere de tratamiento penitenciario, es decir, que el procesado representa un peligro para la comunidad.

Por ello, si como en el presente caso los juzgadores de instancia le negaron a Osorio Gómez la condena de ejecución condicional, no podrá la Corte en un incidente como el que ahora se plantea por parte de la defensa, entrar a desconocer las determinaciones adoptadas por aquellos en sus fallos, pues, como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, ello solo es posible en la providencia que ponga fin al recurso extraordinario de casación, en el evento de la prosperidad de la demanda que se presente, siempre y cuando contenga la acusación sobre el punto concreto.

En el presente caso el defensor del procesado presentó libelo de casación el 24 de febrero del corriente año el que fuera declarado ajustado formalmente a las prescripciones del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal anterior, en el que solicita se case parcialmente la sentencia de segundo grado y se reconozca en favor de su representado, el subrogado de la condena de ejecución condicional, pues el sentenciador de segundo grado incurrió, en su fallo en errores manifiestos de hecho y de derecho frente a la prueba, que lo llevó a infringir normatividad penal material (Art. 68 del C.P.).

Uno de los requisitos del artículo 396 del estatuto procedimental penal vigente, y que el peticionario invoca como favorable, es el que el funcionario considere que el acusado comparecerá al proceso, es decir, que no eludirá la acción de la justicia. Y como quiera que el Tribunal en el fallo recurrido en casación ratificará el criterio del Juzgado sobre el necesario tratamiento penitenciario de Osorio Gómez, la Sala reitera lo dicho en providencia de fecha 10 de diciembre de 1991 en la que se despachó negativamente la petición de libertad con carácter provisional que elevara el procesado para que se le reconociera el subrogado en comento.

En mérito de lo expuesto, la Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, niega al procesado Jaime León Osorio Gómez la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por la de detención domiciliaria que reclama su apoderado, por las consignadas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Sauvedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

COPARTICIPACION \ SUJETO ACTIVO CUALIFICADO

En los casos de coparticipación se mantiene la unidad jurídica. El dispositivo amplificador del tipo de la coparticipación se presenta con la actividad de personas que responden a diversas situaciones ante el tipo penal, esto es, que exigiéndose a un sujeto activo cualificado, participan otros que carecen de tal cualidad, por lo que todos responden del hecho delictivo bajo una misma calificación jurídica. Por ello el determinador responde por la misma ilicitud que realice el sujeto determinado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6155. Casación

Procesado: Raúl Alvarado Linares

Delito: Falsedad

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 92

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de julio de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Por providencia del 31 de enero de 1990, del Juzgado Primero Superior de Villavicencio se condenó a José Raúl Alvarado Linares como responsable del delito de falsedad en documento público agravado por el uso del mismo.

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal de la misma ciudad el 26 de febrero de 1991.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación.

Presentada la demanda de casación se declaró ajustada por reunir los requisitos de ley.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

Tuvieron ocurrencia por el mes de junio de 1981, cuando el abogado sometido a procesamiento, Dr. José Raúl Alvarado Linares presentó una solicitud ante el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada para la entrega de unos químicos que habían sido decomisados en un proceso que por violación al Decreto 1188 de 1974 se había adelantado y archivado en dicho despacho, la cual fundamentó en un poder otorgado por Roberto Antonio Reigoza Rivera, el 25 de mayo de 1981 quien por esa fecha ya había fallecido, como que mediante Resolución de la Registraduría Nacional del Estado Civil del 23 de abril de 1981, anexada en copia, se canceló la cédula de ciudadanía número 4.347.695 por fallecimiento del titular.

Se demostró igualmente que la nota de presentación personal fue realizada en el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Granada por el secretario de ese despacho señor Alejandro Robayo Rincón quien dejó constancia de la identificación del otorgante y presentación del documento por el mismo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Aparentemente los hechos ya resumidos fueron denunciados por el dr. Carlos Alberto Barrera Duanka, pues sin obrar en los cuadernos enviados a la Corte la queja respectiva, en auto del 31 de enero de 1984, el Presidente de la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio, dice que "el anterior escrito" suscrito por el dr. Carlos Alberto Barrera Duanka fue encontrado en el despacho y por tanto ordenó pasarlo a la Secretaría para su reparto.

Aparece luego un auto del 9 de febrero de 1984 en el que el magistrado Marco A. Castillo Andrade dispone de la remisión de las diligencias a los juzgados superiores para que se determine si es del caso abrir o no proceso penal. Este efectivamente se inició por auto del 9 de mayo de 1984 del Juzgado 17 de

Instrucción Criminal de Granada (Meta). El dr. José Raúl Alvarado Linares y Alejandro Robayo Rincón fueron indagados el 14 de noviembre de 1984 y el 7 de mayo de 1985, respectivamente,

Cerrada la investigación se dictó auto de proceder contra Alejandro Robayo Rincón por el delito de falsedad ideológica en documento público y se sobreseyó temporalmente al Dr. Alvaro Linares. Pero en la segunda calificación efectuada el 2 de junio de 1988, se formularon cargos contra el mencionado profesional por el delito de falsedad en documento público por uso.

El 20 de abril de 1989 el Tribunal de Villavicencio confirmó la decisión anterior, con algunas modificaciones, pues la segunda instancia adicionó a la formulación de los cargos, la calidad de coautor de la falsedad ideológica en documento público, además del uso ya determinado por el a quo.

Se inició la diligencia de audiencia pública el 28 de agosto de 1989 y se dictó sentencia condenatoria de primera instancia el 31 de enero de 1990 y de segunda el 26 de febrero de 1991.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera se formulan dos cargos, partiendo de la consideración de que al dictarse fallo definitivo se incurrió en doble violación directa de la ley sustancial; en el primer caso por aplicación indebida del artículo 23 del C.P., y en segundo, por falta de aplicación del artículo 1o. de la ley 48 de 1987.

La primera censura se hace consistir en la aplicación indebida del art. 23 del C.P., en cuanto se condenó a Alvarado Linares en calidad de coautor de falsedad ideológica en documento público, cuando solo se lo podía condenar en calidad de cómplice, pues se trata de un delito que exige sujeto activo cualificado, esto es, que el autor sea empleado oficial, y que como el procesado carecía de esta calidad no podía ser considerado bajo ninguna circunstancia como autor y concretamente como determinador.

El actor fundamenta su pretensión en la doctrina de algunos extranjeros entre los que cita a Mezguer para fundamentar su opinión en cuanto el autor alemán sostiene en relación con éste específico problema: "El sentido propio del delito especial es que solo el cualificado (intraneus), teniendo en cuenta los especiales deberes que le incumben a él y a su persona, deben caer bajo la pena total prescrita para el tipo de que se trate. El no cualificado (extraneus), actúa también, en verdad, antijurídica y puniblemente si participa en tal conducta injusta; pero es indudable que la ley, desde el momento que circunscribe la autoría a la persona de intraneus, considera punible en primer grado la participación del extraneus" para agregar más

adelante: "El no cualificado solo puede participar como cómplice en el delito especial" (*Autor y cómplice en Derecho Penal*, Enrique Gimbernat Ordeig, Universidad de Madrid, pág. 257. 1966).

Considera el censor que esta posición doctrinaria es acertada y refuerza las argumentaciones anteriores con las de otros doctrinantes foráneos, citando concretamente el pensamiento de Gunter Stratenwerth al afirmar "Por otra parte la posición especial del obligado por un deber en los delitos especiales, ha encontrado un reconocimiento general como elemento personal especial. Esto significa lo siguiente: si un extraneus toma parte en un delito especial propio, por ejemplo, en un prevaricato, la pena se atenuará...Esta regla resulta bien fundada, dado que solo el intraneus lesiona un deber especial". (*Derecho Penal*, parte general, I, Edersa Madrid 1982).

Termina el casacionista concluyendo que el particular no tiene la posibilidad de infringir por su propia cuenta el especial deber que se le impone al sujeto activo por la cualificación incrustada en el tipo, como consecuencia de las mayores obligaciones y deberes que tiene con el Estado y la Sociedad, en este caso concreto por su especial calidad de funcionario público y que ante la imposibilidad que en este sentido se le impone al particular, como sostiene Mezguer siempre deberá responder como simple cómplice.

En consecuencia, solicita se case parcialmente la sentencia y se dicte fallo de sustitución, imponiéndole al condenado la pena que le correspondería como cómplice y no como determinador tal como se estableció en las instancias.

El segundo cargo, como ya se había dicho, formulado también por violación directa, es en este caso por falta de aplicación del artículo 1o. de la ley 48 de 1987 que dispone: "Concédese una rebaja de pena de la sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta o que llegue a imponerse por delitos cometidos antes del 1o. de julio de 1986".

Es evidente, afirma el libelista, que la delincuencia investigada por medio de este proceso tuvo ocurrencia en 1981 y era por tanto aplicable la rebaja punitiva en la norma anteriormente trascrita, así termina solicitando se case parcialmente la sentencia y se dicte fallo de sustitución, haciendo la rebaja de pena prevista en la ley citada.

Las consideraciones del Procurador Delegado

Solicita se deniegue la pretensión en el primer cargo y que se case parcialmente la sentencia atendiendo la pretensión formulada en el segundo.

Fundamenta sus conclusiones en los siguientes argumentos:

"El censor acusa la sentencia impugnada, por haber condenado indebidamente a Raúl Alvarado Linares en calidad de Determinador y no la de Cómplice por el delito de Falsedad en Documento Público y su Uso (Arts. 219 en concordancia con el inciso 2o del Art. 222 del C.P.), infringiendo directamente el Art. 23 del C.P. por aplicación indebida y por consiguiente falta de aplicación del Art. 24 ibídem.

"Pues bien, la coparticipación a título de Determinador, en el delito por el que finalmente fuera condenado Alvarado Linares, se precisó en principio por el Tribunal Superior de Villavicencio en la decisión mediante la cual confirmó el llamamiento a juicio del profesional respecto del uso del Documento Público Falso, y en el que a su turno reformó el auto de proceder en el sentido de proferir la acusación además como 'coautor del delito de Falsedad Ideológica en Documento Público', al considerar:

" 'Con base en el material probatorio recaudado, se puede precisar que el doctor Raúl Alvarado Linares obró como determinador del atentado contra la fe pública. Se ha visto que obtuvo el concurso de un *empleado público*... (Alejandro Robayo Rincón), con pleno acuerdo de éste, para la confección del falso poder y la nota también falsa de presentación personal por el presunto poderdante ante el juzgado donde aquel ejercía entonces sus funciones como secretario, logrando la citación y comparecencia ante el mismo despacho de los señores Florentino Pinto Cáceres y Carlos Villa Díaz a rendir las declaraciones extrajuicio cuyo contenido se tacha igualmente de falso conforme a lo expuesto por ellos en este proceso...todo lo cual lo utilizó luego para pedir al otro juzgado, en representación de Raigoza como titular del derecho según las anteriores declaraciones, la devolución de las canecas con los componentes químicos...

" 'En resumen, el incriminado Alvaro Linares no solo usó el falso poder al logro de su anterior propósito y mediante el trámite anotado, sino que, habiendo sido el determinador... debe igualmente responder como partícipe del delito atribuído al funcionario público (Art. 219 ib)., agravado en su caso conforme al inciso 2o. del Art. 22 ibídem, por el uso del documento público falso...' (fol.15 del C. del Trib).

"Estas motivaciones fueron integradas y ampliadas doctrinaria y jurisprudencialmente tanto en el fallo de primera instancia y segundo grado en el que además se agregó:

" '...Tampoco tiene aceptación la reiterada alegación de la defensa de que se incurrió en el error de la formulación del cargo al imputado tendiendo en cuenta que éste no era funcionario público y la norma (Art. 219) exige tal calidad en el agente, pues ya se han expuesto claramente por la Sala y por el Juzgado en su oportunidad que esa condición se debe reunir, como aquí, en el autor principal, en tanto que aquél, que obra como particular, debe responder como partícipe. Al abogado

Alvaro Linares se le enjuició y halló culpable como determinador del ex-funcionario Alejandro Robayo Rincón a la realización del hecho punible, grado de participación contemplado en el art. 23 del C.P....'. (fl. 45 del c.del Tribunal).

"Indicado lo anterior, fácilmente se aprecia que mientras el Tribunal considera la participación del abogado Alvarado Linares *a título* de determinador, respecto del ex secretario Alejandro Robayo Rincón, la impugnación tiende a negar tal condición con apoyo en doctrina foránea tal y como se ha dejado consignado en la demanda, en la que se sostuvo que 'en los delitos especiales propios la calificación del sujeto activo se hace teniendo en cuenta los deberes especiales de algunos coasociados, de tal suerte que la exigencia de que concurra en el comportamiento típico el sujeto cualificado, no constituye un elemento de la punibilidad, sino el motivo mismo de ella. Así, no teniendo el particular la posibilidad de infringir por su propia cuenta el especial deber que impone la calificación...,es claro que su concurrencia...debe recibir un tratamiento atenuado, esto es, como lo sostiene Mezger siempre deberá responder como cómplice... .

"En cuanto a la participación criminal, ha dicho reiteradamente la jurisprudencia casacional que nuestra legislación penal vigente se ha acogido a la tesis monista, según la cual el delito en el que intervienen varias personas conserva una unidad jurídica, puesto que la división de actividades en procura de un único resultado que nada altera la unidad del reato. Así, para que se pueda entender la concurrencia de personas en un hecho delictivo, es necesario que haya pluralidad de agentes, todos los cuales han debido intervenir de una manera eficaz en la realización del hecho descrito, sin importar el momento de su ayuda a la comisión del mismo.

"*El determinador*, como una de las formas de *participación* en el delito, tiene una condición especial en la medida en que no ejecuta actos materiales para la obtención del resultado querido, sino que ejerce una influencia determinante en otra persona, encargada ésta de materializar la conducta descrita en el tipo penal. Su acción consiste, pues, en que a través de 'instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otro realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal', tal como tuviera ocasión de precisarlo la Sala Penal de la Corte en providencia de fecha primero de diciembre de mil novecientos ochenta y tres y a la que se alude en casación del 30 de enero de 1991.

"En el presente evento, la actividad cumplida entre el abogado Alvarado Linares y el ex-secretario Robayo Rincón en orden a la obtención de nueve (9) canecas de químicos, incautados dentro del sumario seguido contra José Vicente Pinto y otros por infracción al Decreto 1188 de 1974 por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada, fue un comportamiento de una unidad de infracción delictiva entre determinador y determinado, con el fin de conseguir la prueba idónea (poder y dos declaraciones extrajuicio), para que el despacho en cita

entregara los referidos elementos al aquí procesado en forma ilegal, como en efecto sucedió, según consta en el acta de entrega que obra a folio 58 del cuaderno original. Para ello, Alvarado Linares en primer lugar se valió de un memorial-poder que según él le fuera otorgado por el supuesto propietario de las canecas señor Roberto Antonio Raigoza Vera, quien después se comprobara había fallecido antes del 25 de mayo de 1981, fecha en la cual el incriminado presentó el poder ante el Secretario para entonces (Robayo Rincón) del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de la misma localidad que el anterior, quien a su turno procedió a efectuar la nota de presentación del poderdante aseverando en el escrito que éste se había presentado personalmente e identificado debidamente cuando ello no fue cierto. Además y según el experticio grafológico efectuado por el Instituto de Medicina Legal, sobre las muestras manuscriturales tomadas al Secretario y las plasmadas en el documento, se concluyó que la firma correspondiente al presunto dueño del material químico decomisado fue suscrita por Robayo Rincón. De otra parte se demostró que el poder, la nota de presentación, la solicitud de las declaraciones de Florentino Pinto Cáceres y Carlos Alberto Villa Díaz tendiente a demostrar la propiedad de los bienes en comento como pertenecientes a Raigoza Vera, así como su recepción incluyendo el certificado de idoneidad de los deponentes, fueron elaborados en una misma máquina de escribir del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito mencionado, según el resultado de los dictámenes grafológicos que obran a folios 339 a 345 del Cdo. Or. Una vez, el abogado obtuvo la documentación requerida la uso al presentarla ante el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito, para reclamar las nueve (9) canecas.

"Ciertamente se ha dicho que por muy importante que sea la participación del coadyuvante, jamás estará en el nivel del autor material; sin embargo, cuando la realización del hecho delictivo es conjunta, con división del trabajo, con un fin concertado, ejecutado con personas con capacidad de autores que asumen el hecho como suyo, o como dice Maurach, con un 'cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución de un resultado típico', se estará frente a una coautoría impropia, en la que según lo considera la doctrina se presenta una 'división de trabajo' o de 'funciones', en virtud de la cual no todos los coautores realizan actos ejecutivos o consumativos, toda vez que algunos participan en actos que si se consideran aisladamente no se adecuarían al tipo legal, pero que forzosamente tienen que ser actos 'esenciales', que sean 'imprescindibles' para la producción del hecho típico común'.

"Con fundamento en los anteriores presupuestos, podemos afirmar que la participación de Alvaro Linares, no es a título de complicidad sino de coautoría, por su cooperación 'esencial, imprescindible', que le permitía tener el dominio funcional del hecho, pues la participación en el delito fue necesaria para su realización. Según lo informa el proceso, fue él quien presentó el falso poder y quien ideó y determinó al Secretario Robayo Rincón para que consignara en el documento las falsedades a que hemos venido haciendo referencia, ya que si en el análisis conjunto del accionar del funcionario y abogado se prescindiera del

comportamiento de éste último, el hecho punible no se hubiera podido cometer. La complicidad, como lo ha previsto el legislador, se encarna en la contribución, en la realización del hecho punible o en la ayuda posterior 'cumpliendo promesa anterior', pero de todas maneras es un acto accesorio en el ámbito general de la acción, en donde el sujeto cómplice procede 'por un hecho ajeno' en donde carece de la condición de la 'suyedad del acto' (como la llama algún actor), que es lo característico del fenómeno analizado. Por ello se habla de dispositivos amplificadores de la punibilidad del tipo legal pues la disposición general permite una mayor cobertura de sujetos que se relacionan con la conducta verificada por un autor material que sí está en la órbita típica. Es evidente además, que en la legislación penal colombiana, ello es legítimo como que el Art. 23 del C.P. admite que es *'autor' el que determine a otro a realizar un hecho punible*, con lo que el sujeto no cualificado que 'determina' a un empleado oficial (sujeto calificado o propio) viene a ser imputable penalmente por razón del mandato legal citado, que ciertamente solo pone como condición que se actúe como determinador de un hecho típico. Si el hecho típico determinado es propio, será apenas natural que deba responder por la determinación criminal creada por el frente al empleado oficial.

"En estas condiciones, tenemos que indudablemente la participación en la comisión y de la Falsedad Ideológica en Documento Público (Art. 219) por parte del procesado Alvarado Linares fue a título de *determinador del empleado oficial* Robayo Rincón (Secretario) y la cooperación de este último no excluye por manera la calidad dada al profesional, pues siguiendo lo doctrinado por la Corte Suprema en sentencia de junio 3 de 1983 se tiene que: '...en la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de conducta punible y éste actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación. En este caso sí se trata de tipo con sujeto activo cualificado, tal condición solo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe exigirse la calidad".

"Por las anteriores consideraciones, se estima que la valoración consignada por el Tribunal fue acertada en el análisis probatorio y doctrinal, del cual obviamente se puede disentir, pero que no invalida la apreciación del sentenciador y la aplicación del derecho objetivo (Art. 23 C.P.), que al resolver el caso utilizó. Es decir, como se trata de una cuestión de criterio, como se ve, es evidente que el utilizar un criterio doctrinario distinto con apoyo legal legítimo (art. 23 id.), no permite casar la sentencia, y romper la presunción de legalidad y acierto de ella. La censura en estudio debe ser desestimada y así se solicitará a la H. Sala de Casación Penal".

"Falta de aplicación del art. 1o. de la ley 48 de 1987-ley sobre la rebaja punitiva".

"En efecto, el Art. 1o. de la ley 48 de 1987 dice:

" 'Concédese una rebaja de pena de la sexta parte de la pena privativa de la libertad impuesta o que llegue a imponerse por delitos cometidos antes del 1o de julio de 1986'.

"Y como quiera que los hechos punibles (Falsedad Ideológica y Uso de Documento Público Falso) por los cuales se procesara y condenara a Alvarado Linares, tuvieron ocurrencia en el año de 1981 y no existió causal de Exclusión del beneficio invocado, que haga nugatoria la petición en favor del procesado, toda vez que los delitos por los que se procede no aparecen señalados en el Art. 3o. de la citada ley y además no se encuentra acreditado en el plenario que el acusado haya sido condenado con 10 años de anterioridad a la vigencia de la ley 48 de 1987, se torna imperativo otorgar la rebaja de la pena consagrada en el Art. 1o. ibidem y así habrá de solicitarse a la H. Sala de Casación Penal. En consecuencia, el cargo debe ser admitido, pero en cuanto hace a la disminución punitiva, en el otorgamiento del subrogado de la Condena de Ejecución Condicional, en razón a que el aspecto objetivo de que trata el Art. 68 del C.P. no se colmaría, pues la pena a imponer superaría ampliamente los 3 años de prisión".

"En mérito de lo expuesto, el Procurador Primero Delegado en lo Penal, solicita a la H. Sala de Casación Penal, casar parcialmente el fallo impugnado y en consecuencia ajustar a derecho la pena impuesta a Alvarado Linares, conforme a lo dicho en precedencia".

Consideraciones de la Sala

Es importante destacar que está demostrado como el procesado Dr. Alvarado Linares presentó en el mes de junio de 1981 una solicitud de entrega de nueve canecas de químicos que estaban a disposición del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Granada, en proceso por violación al decreto 1188 de 1974 (Tráfico de estupefacientes) y que lo hizo con base en el poder supuestamente otorgado el 25 de mayo de ese año por Roberto Antonio Raigoza Rivera, siendo absolutamente imposible que éste lo hubiera conferido puesto que se comprobó había fallecido con anterioridad, en virtud de haberse aportado copia de la Resolución 0894 del 23 de abril de 1981 de la Registraduría del Estado Civil, por medio de la cual se cancelaba la cédula de ciudadanía 4.347.695 por deceso del titular.

Igualmente se estableció que la nota de presentación personal del referido documento se hizo ante el secretario del Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Granada, sr. Alejandro Robayo Rincón, quien dejó constancia de la identificación de quien confería el poder y de su presentación personal.

Con las experticias grafológicas se evidenció que las grafías que aparecen en el documento, incluida la firma del presunto poderdante, fueron realizadas por

Robayo Rincón, y que el documento fue elaborado en una de las máquinas del despacho donde trabajaba éste funcionario.

Con la demostración de estos hechos es fácil concluir, como acertadamente lo hicieron las instancias, que el abogado procesado había actuado como determinador, ubicándose, por tanto, dentro del fenómeno de la coparticipación y de manera concreta como autor intelectual de la actividad delictiva, respecto de la cual se hizo patente la división del Trabajo; por ello el acierto de las consideraciones de la providencia de segunda instancia que llevan a tal conclusión cuando se afirma: "Con base en el material probatorio recaudado, se puede precisar que el doctor Raúl Alvarado Linares obró como determinador del atentado contra la fe pública. Se ha visto que obtuvo el concurso de un empleado público (Alejandro Robayo Rincón), con pleno acuerdo de éste, para la confección del falso poder y la nota también falsa de presentación personal por el presunto poderdante ante el juzgado donde aquel ejercía entonces sus funciones como secretario, logrando la citación y comparecencia ante el mismo despacho de los señores Florentino Pinto Cáceres y Carlos Villa Díaz a rendir las declaraciones extrajuicio cuyo contenido se tacha igualmente de falso conforme a lo expuesto por ellos en este proceso... todo lo cual lo utilizó luego para pedir al otro juzgado, en representación de Raigoza como titular del derecho según las anteriores declaraciones, la devolución de las canecas con los componentes químicos...".

"En resumen, el incriminado Alvarado Linares no sólo usó el falso poder al logro de su anterior propósito y mediante el trámite anotado, sino que, habiendo sido el determinador... debe igualmente responder como partícipe del delito atribuído al funcionario público (Art. 219 C.P.), agravado en su caso conforme al inciso 2o. del artículo 222 ibídem, por el uso del documento público falso...".

Más adelante, en el mismo sentido, agregó: "Tampoco tiene aceptación la reiterada alegación de la defensa de que se incurrió en error en la formulación del cargo al imputado teniendo en cuenta que éste no era funcionario público y la norma (art. 219) exige tal calidad en el agente, pues ya se ha expuesto claramente por la Sala y por el Juzgado en su oportunidad que esa condición se debe reunir, como aquí, en el autor principal, en tanto que aquél, que obra como particular, debe responder como copartícipe. Al abogado Alvaro Linares se le enjuició y halló culpable como determinador del exfuncionario Alejandro Robayo Rincón a la realización del hecho punible, grado de participación contemplado en el art. 23 del C.P....".

La jurisprudencia y la doctrina nacional han sostenido de manera reiterada que en los casos de coparticipación se mantiene la unidad jurídica, es decir, que aún en aquellas situaciones como la que es objeto de estudio, el dispositivo amplificador del tipo de la coparticipación se presenta con la actividad de personas que responden a diversas situaciones ante el tipo penal, esto es, que exigiéndose a un sujeto activo calificado, participan otros que carecen de tal cualidad, por lo que todos responden del hecho delictivo bajo una misma califica-

ción jurídica. Por ello, el determinador responde por la misma ilicitud que realice el sujeto determinado. En el caso presente, al cometer el determinado falsedad en documento público, Alvarado Linares, como determinador, deberá responder del mismo hecho delictivo.

El determinador en su calidad de gestor intelectual es un verdadero partícipe porque por medio de la instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo para transmitir la intención criminal, logra que otro realice materialmente lo que su voluntad demanda convirtiéndolo en autor, independientemente de que quien realiza la conducta objetiva descrita en el tipo penal tenga determinadas cualificaciones, sin que pueda pensarse, como de manera equivocada lo hace el censor impulsado por la fuerza de la doctrina extranjera, que en tales casos el partícipe en quien no recae la cualificación exigida para el sujeto activo, solo pudiera responder en calidad de cómplice.

Siendo atinada la decisión de las instancias, ha de concluirse que no se presenta la violación directa de la ley sustancial postulada por el impugnante y por tanto, tal como lo solicita el Procurador Delegado se rechazará la impugnación presentada en el primer cargo.

Diversa es la conclusión a la que se ha de llegar con respecto al segundo reproche, también por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del art. 1o. de la ley 48 de 1987 que dispone la rebaja de una sexta parte "de la pena privativa de la libertad impuesta o que llegue a imponerse por delitos cometidos antes del 1o. de julio de 1986".

El expediente cuenta con suficiente evidencia de que la delincuencia investigada por medio de este proceso tuvo ocurrencia por los meses de mayo y junio de 1981, por lo que es obvio concluir que el procesado es acreedor a esta disminución y en tales circunstancias, estando de acuerdo con el Procurador Delegado, se casará parcialmente el fallo recurrido y se dictará el de sustitución en el que se tasará nuevamente la pena, para hacer la rebaja prevista en la norma transcrita.

La pena impuesta por la segunda instancia fue de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y la sexta parte de esta penalidad es de ocho (8) meses, que al ser deducidos de aquella, dejan en definitiva la sanción en cuarenta (40) meses.

Las penas accesorias serán modificadas en la misma proporción y el resto del fallo quedará inmodificado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en un todo de acuerdo con el Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado en el sentido de reconocer la diminuente punitiva prevista en el art. 1o. de la ley 48 de 1987.

CONDENAR al Dr. José Alvarado Linares a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión como determinador del delito de falsedad ideológica en documento público, agravado por el uso, conforme a las descripciones de los artículos 219 y 2o. inciso del artículo 222 del C.P. por el cual había sido llamado a juicio.

MODIFÍCANSE las penas accesorias en la misma proporción.

CONFÍRMASE el fallo recurrido en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

DETENCION DOMICILIARIA \ DETENCION PREVENTIVA

El legislador ha querido que el beneficio de detención domiciliaria sea aplicable exclusivamente en favor de quienes se hallan sindicados de delitos menores, y que, por sus antecedentes y obligaciones familiares, sea aconsejable cumplir la medida de aseguramiento de detención preventiva en forma parcial en el establecimiento carcelario o en su domicilio.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 7448

Acción: Mauricio Alberto Cuéllar Buraglia

Delito: Hurto

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta No. 092

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de julio de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

El defensor del procesado Mauricio Alberto Cuéllar Buraglia solicita el beneficio de detención domiciliaria previsto en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal por cuanto la pena mínima consagrada para el punible de hurto no es superior a dos años de prisión, su conducta anterior al hecho punible

fue buena y la observada en el centro carcelario ejemplar lo que demuestra que el procesado comparecerá al proceso y que no ofrece peligro a la comunidad.

Como subsidiaria solicita la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio prevista en el artículo 409 del citado estatuto por cuanto debe proveer la subsistencia de su señora madre a más que no registra antecedente por delito doloso o preterintencional y que no ha eludido su comparecencia al proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado Primero Penal del Circuito del Guamo (Tolima), mediante sentencia de fecha 14 de agosto de 1991 condenó a Mauricio Alberto Cuéllar Buraglia a la pena privativa de la libertad de cuarenta y cinco meses de prisión como autor responsable del delito de hurto calificado y agravado, contra los intereses patrimoniales de la empresa Colombiana de Petróleos 'Ecopetrol', sanción que fuera modificada por el Tribunal Superior de Ibagué en fallo de fecha 18 de noviembre siguiente en el sentido de imponer como pena privativa de la libertad la de cuarenta meses de prisión.

El artículo 396 del nuevo Código de Procedimiento Penal enseña "Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de dos años de prisión, o menos, el funcionario judicial podrá sustituir la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad comparecerá al proceso, y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso se impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique en el domicilio del sindicado. Adicionalmente podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana.".

De la disposición antes transcrita se tiene que la detención domiciliaria solo procede como medida de aseguramiento sustitutiva de la detención preventiva en los casos en que al procesado se le sindique de un delito cuya pena privativa de la libertad sea, en su mínimo la de dos años de prisión, o menos, siempre que el funcionario considere que por sus características familiares, laborales y de vínculo con la comunidad, no coloca a ésta en peligro y que comparecerá al proceso cuando se le solicite. Cuando esto ocurra, deberá prestar caución para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del otorgamiento del beneficio aludido.

Esta medida indudablemente podrá ser aplicada por el funcionario de instrucción desde el momento mismo en que le resuelva la situación jurídica al

procesado, luego de haberle escuchado en declaración de indagatoria. Pero, en el evento de haberse dictado fallo condenatorio de primera, segunda o única instancia y en él se declara la improcedencia del subrogado penal de la condena de ejecución condicional bajo la consideración del requisito previsto en el numeral 2o. del artículo 68 del Código Penal, la medida sustitutiva que se reclama resulta improcedente, pues, la privación de la libertad obedece a la evaluación que el juez realiza sobre su personalidad, para concluir que requiere de tratamiento penitenciario, es decir, que el procesado representa un peligro para la comunidad.

Por ello, si como en el presente caso los juzgadores de instancia le negaron a Cuéllar Buraglia *la condena de ejecución condicional, no podrá la Corte en un incidente como el que ahora se plantea por parte de la defensa, entrar a desconocer las determinaciones adoptadas por aquellos en sus fallos, pues, como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, ello solo es posible en la providencia que ponga fin al recurso extraordinario de casación, en el evento de la prosperidad de la demanda que se presente, siempre y cuando contenga la acusación sobre el punto concreto.*

Respecto de la detención parcial en el lugar de trabajo o domicilio, para su procedibilidad se requiere que el sindicado acredite tener que proveer a la subsistencia de una o más personas que por ministerio de la ley esté obligado a ello, siempre que no tenga en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional; que el delito por el que se le juzga no tenga prevista pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis años de prisión y, finalmente no haya eludido su comparecencia al proceso.

En el presente caso Cuéllar Buraglia se halla procesado por el delito de hurto calificado y agravado (artículos 350, 351 y 372 del Código Penal) cuyo máximo supera los seis años de prisión a que se refiere la norma invocada, razón suficiente para que el beneficio demandado resulte improcedente al tenor del inciso 2o. del referido 409 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante lo dicho anteriormente debe la Sala puntualizar que el legislador ha querido que el beneficio consagrado en la norma tantas veces citada sea aplicable exclusivamente en favor de quienes se hallan sindicados de delitos menores y que, por sus antecedentes y obligaciones familiares sea aconsejable cumplir la medida de aseguramiento de detención preventiva en forma parcial en el establecimiento carcelario o en su domicilio.

Por lo anterior, las peticiones que eleva el defensor del procesado, resultan inconducentes.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA al procesado Mauricio Alberto Cuéllar Buraglia los beneficios de sustitución de la detención preventiva por domiciliaria y de detención parcial en el lugar de trabajo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruíz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

LEGALIDAD DE LA PENA \ REFORMATIO IN PEJUS

La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el Juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6304

Acción: Próferes Rodríguez Díaz

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobación acta No. 89-VII-22/92

Santafé de Bogotá, D.C., julio veintinueve de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Rituado el procedimiento de ley, se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Próferes Rodríguez Díaz contra la sentencia emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca

el 19 de abril de 1991, mediante la cual con modificación a la primera instancia, se le condena a las penas principal de 16 años de prisión y accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y de suspensión de la patria potestad por el tiempo que falte para que sus hijos adquieran la mayoría de edad, sin sobrepasar el límite legal, como autor responsable del delito de Homicidio agravado en la persona de Humberto Santos. Así mismo, se le impone la obligación civil indemnizatoria y se adoptan otras determinaciones pertinentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En horas de la noche del 22 de julio de 1984, en el área urbana del municipio de Facatativá, en presencia de su hermanastro Jorge Enrique Martínez, fue agredido con arma contundente en su abdomen y cabeza Humberto Santos, por su cuñado Próferes Rodríguez Díaz, frente a la casa de habitación de éste, y como aparentaba haber quedado herido, su consanguíneo y acompañante lo condujo al hospital local, de donde, debido a su delicado estado de salud, fue trasladado a otro centro asistencial de la misma naturaleza en la ciudad de Bogotá, pero al día siguiente falleció a causa de "hematoma subdural secundario a fracturas de cráneo y por trauma craneoencefálico" (fls. 1, 4 y 80 cd.1.).

2. La investigación fue abierta por el Juzgado 72 de Instrucción Criminal radicado en Facatativá y allí mismo vinculado procesalmente mediante indagatoria el sindicado, que inquirido sobre su conocimiento del motivo del interrogatorio a que se le sometía admitió que había sido "un problema" con su "cuñado" Humberto Santos, entrando luego en explicaciones orientadas a exculpar su comportamiento.

Entre las varias probanzas que se practicaron en la fase sumarial, se destacan el aporte, por el defensor, de una certificación sobre separación de "lecho, mesa y habitación" sin rompimiento del vínculo matrimonial -católico- entre el sindicado y la hermana del occiso, Flor María Santos, y un careo entre el denunciante y aquél cumplido el 23 de agosto de 1984.

La investigación fue calificada con resolución acusatoria en la que se le imputó el delito de homicidio agravado por la causal del artículo 324 del C.P. dado el parentesco de afinidad referido (fols 45-47 y 171-177).

En el término probatorio de la causa el defensor solicitó, entre otras pruebas, la recepción de testimonios al denunciante Jorge Enrique Martínez, para demostrar que su declaración inicial no era "creíble por ser contradictoria en relación con aspectos sustanciales en lo atinente a la ocurrencia real del hecho presuntamente criminoso", y de la viuda, para "aclarar incongruencias entre lo afirmado por ella y equívocos que surgen de lo por ella expuesto y lo narrado por Jorge Enrique Martínez González" (fls.194 y ss.), las que fueron decretadas por auto del 19 de enero de 1990 sin que entonces se practicaran.

En estas condiciones se señaló fecha para la audiencia pública, que se inició pero fue suspendida al advertirse que las pruebas prealudidas no se habían realizado, fijándose como término para ese efecto 15 días, dentro de los cuales el Juzgado comisionado procuró allegarlas citando, sin resultados, a los testigos a las direcciones conocidas en el proceso.

Reconociendo el defensor del procesado que las pruebas no se habían allegado "por circunstancias no atribuibles" ni al Instructor comisionado ni a él, solicitó prórroga del término con apoyo en el artículo 169 del C.P.P., pero el Juzgado 11 Superior, cognoscente, denegó la petición en auto del 17 de julio del año en referencia (fls. 215, 219, 225, 226, 232).

La audiencia pública continuó y culminó el 13 de agosto, y a ella subsiguió fallo de condena en primera instancia en el que, pese a reconocerse que se trató de homicidio agravado en los términos aludidos en el vocatorio, se rebajó el mínimo de la pena prevista en el artículo 324 del C.P. en tres años, uno por cada circunstancia genérica de atenuación que consideró acreditada el Juzgado, con lo que la pena principal quedó establecida en 13 años, y por igual término las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la de suspensión de la patria potestad -ésta previa motivación-.

Al conocer la anterior decisión el Tribunal Superior del Distrito, por apelación de la defensa, modificó el quantum de la pena principal tras advertir que los atenuantes genéricos no autorizaban la reducción decretada en la sentencia de primer grado porque tienen "como característica principal el jugar únicamente para graduar la pena dentro de los límites mínimos y máximos establecidos en la correspondiente disposición violada, tal como lo ordena el artículo 67 del C.P.", y lo estableció en su dosificación legal, a la vez que aclaró que la suspensión de la patria potestad regiría hasta que los menores hijos del sentenciado adquiriesen la mayoría de edad, pero dentro del límite autorizado en el C.P.

La demanda

Bajo el auspicio legal de las causales 3a. y 1a. del artículo 226 del C.P.P. el recurrente formula tres cargos en la demanda así:

Causal tercera, cargo único.- El fallo de segunda instancia se profirió en juicio viciado de nulidad "supra-legal" por menoscabo del derecho de defensa del procesado, que consistió en la pretermisión de "la oportunidad de presentar pruebas y controvertir la declaración única de cargo, esto es, el testimonio del señor Jorge Enrique Martínez González".

Explica el señor defensor que su solicitud presentada en la etapa del juicio para que se recepcionara testimonio al mentado Martínez González y a la viuda, fue acogida por el Juez Superior, que para el efecto comisionó a un Juzgado de

Instrucción Criminal de Facatativá, pero como fue imposible localizar a los declarantes, él solicitó prórroga del término para la recepción de esas probanzas conforme el artículo 169 del C. de P.P., pero el Juzgado Superior la denegó en auto imposible de recurrir porque fue de "cúmplase", violándose así la garantía del debido proceso del artículo 29 de la C.N.; e igualmente, al negarse "la posibilidad de controvertir tal prueba testifical", se conculcó el derecho de defensa, también garantizado en la misma norma superior, con incidencia en la validez del proceso, que se vio entonces afectado de nulidad constitucional porque la prueba denegada provenía del "único testigo presencial de los acontecimientos" y se refería a hechos fundamentales "tocantes con la imputación, la culpabilidad, circunstancias modificadoras de la infracción y otros motivos esenciales".

Considera que lo acaecido impidió la plena controversia de la prueba por la imposibilidad que surgió de "contradicción del testimonio" y se impidió establecer "con certeza cuáles fueron las circunstancias reales en que se sucedieron los hechos", acudiendo para respaldar sus asertos, a la transcripción de algunas citas jurisprudenciales que estima pertinentes al caso.

Recalca que el Tribunal concedió "relievancia probatoria a las atestaciones del testigo" único, y que esa prueba, "que no fue controvertida eficientemente fue trascendental para los fines de la aplicación de la ley penal", y aunque advierte que ciertamente, "hubo oportunidad de controvertir" al testigo en la diligencia de careo que obra a folios 52 y siguientes del proceso, arguye que "los interrogantes hechos al declarante-denunciante no implicaron un efectivo y real ejercicio del derecho de defensa porque versarón exclusivamente respecto de hechos ejecutados o no por el mismo declarante y referidos a circunstancias de tiempo diferentes al momento de los hechos en investigación y "no tuvo como objetivo tratar de demostrar si las disculpas del procesado eran ciertas o no", vale decir, que no se controvirtió "en lo esencial" la prueba de cargo, destacando además, que la oportunidad denegada por el Juzgado era la "única" que "restaba para la defensa oficiosa..... en lo atinente con buscar la verdad real objetivo sumo del proceso penal "y que era la de "contrainterrogar en la etapa del juicio al testigo único".

Como consecuencia de su argumentación solicita que se case la sentencia invalidando lo actuado en el proceso a partir e inclusive del auto del 17 de julio de 1990 en el que se denegó por el Juzgado Superior la prórroga del término para la práctica de pruebas.

Causal Primera.- Cargo Primero .- La sentencia viola indirectamente la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de la prueba, porque en ella se "supuso o presumió" que el señor Humberto Santos Prada estaba ligado en segundo grado de afinidad con el procesado, y que la esposa del sindicado era hermana del occiso.

Estima el censor que el fallo de separación de cuerpos proferido por el Provisor de la Diócesis de Facatativá respecto de los esposos Próferes Rodríguez y Flor

María Santos Prada no demuestra que el occiso hubiera sido hermano de la esposa del sentenciado, ni el parentesco de afinidad entre los dos hombres, y luego de transcribir los artículos 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970, según los cuales los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se prueban con copia de los documentos pertinentes o certificados de los mismos, y cuando están sujetos al registro, solo hacen fe en proceso y ante las autoridades una vez inscritos o cumplida esa formalidad ante la respectiva oficina, concluye sobre el punto el actor, que el Tribunal "se basó en una errónea apreciación fáctica de la prueba documental" de los folios 46 y 47 del proceso al concederle "un efecto probatorial que era imposible otorgar a la misma", y así, a través de un error de hecho, dio aplicación al agravante del numeral 1o. del artículo 324 del C.P., con violación indirecta de la ley sustancial.

Menciona en un solo bloque, sin especificar el sentido de la violación que arguye, como normas infringidas los artículos 105 y 106 del Decreto 1260 de 1970; 64, 323, 324-1 del C.P.; 246, 247, 248, 1o. y 11 del C. de P.P., y 29 de la C.N. de todos los cuales pregona su violación como "consecuencia de la infracción indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de la prueba".

Como petición consecuente al planteamiento solicita la casación del fallo a fin de que se adecue con arreglo al artículo 61 del C.P. la sanción a la situación fáctica acreditada en el proceso.

Cargo Segundo.- En la sentencia "fue objeto de distorsión" el testimonio del declarante único de cargo señor Jorge Enrique Martínez", porque le confirmó credibilidad, no obstante las "constantes y serias contradicciones" en que incurrió y que "desnaturalizan la idoneidad de sus diversas versiones".

Acudiendo a las expresiones empleadas por el declarante en su denuncia y en sus otras intervenciones en que relató al proceso los hechos y su conocimiento de la causa de la muerte, el casacionista pretende la existencia de respuestas contradictorias que por esta razón no podía conducir al Tribunal a la conclusión a la que llegó.

De las contradicciones que en su sentir contiene las manifestaciones del declarante en su relato concluye el actor que no podía ser "digno de credibilidad" porque dudaba acerca del número de golpes que recibió el occiso de su agresor, y le atribuye el suministro de información al proceso, de hechos que le fueron transmitidos por terceras personas, o de los que no guardaba exacta memoria, para inferir luego, que el juicio de valor de esa prueba fue equivocado por el error apreciativo de parte del fallador.

Como refuerzo en su empeño descalificador de la prueba testifical en comentario, asevera que se encuentra "contradicha por la prueba pericial científica" como es la experticia del Instituto de Medicina Legal en la que, con relación al estado de

los órganos de la cavidad abdominal del obitado se reporta normalidad, y por las afirmaciones del propio sindicado, cuyo dicho estima, "debe ser tenido en cuenta para contraponerlo a los dichos de su incriminante so pena de tergiversar aún más, la prueba testimonial".

En el aparte de "conclusiones" de esta censura, reitera que el Tribunal cometió error de hecho "al concluir en que, el testimonio del señor Jorge Enrique Martínez González es portador de credibilidad" y que por consiguiente esa prueba "no es demostrativa de culpabilidad referible al procesado"; que éste actuó "dentro de los parámetros tanto del error de tipo como del error de prohibición siendo, el último, un error respecto de la antijuridicidad. Errores estos normativizados, respectivamente en el numeral 4o. y el numeral 3o. del artículo 40 del C. de la Penas"; y después de transcribir apartes doctrinarios en torno a estas figuras jurídicas, advirtiendo que ellas devienen de la "desestimación" de lo que sostiene el procesado "rompiéndose, de esa forma, la unidad dialéctica que rige el proceso penal y el análisis probatorio".

Tras reiterar la clase de violación y de error que a su juicio afecta la sentencia, precisa que éste consistió en "conferirle a tal prueba testimonial un alcance que no tiene"; y señalar que las normas violadas en relación con este caso fueron, "entre otras", los artículos 29 de la C.N., 2o., 4o., 5o., 35 y 40 del C.P., y 1o., 11, 246, 247 y 248 del C. de P. P., solicita que se "profiera fallo mediante el cual se absuelva a su poderdante".

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera en su concepto, que ninguno de los cargos tiene vocación de éxito, y juiciosamente destaca las varias inconsistencias de la demanda, para sugerir que no se case el fallo de segundo grado.

Al referirse al cargo por nulidad parcial del proceso, advierte en primer lugar, que la decisión del Juzgado de denegar la prórroga de término para la práctica de unas pruebas, entre las cuales contaba la declaración aludida por el casacionista, estuvo acorde con el ordenamiento procesal, en cuanto la petición del defensor daba a entender el vencimiento del término y en segundo lugar, observa que en ningún momento el derecho de defensa del implicado fue vulnerado, pues en ejercicio de la llamada defensa material él mismo despegó toda la actividad que le era permitida y fue así como con la plenitud de las garantías que le asistían rindió su indagatoria, participó en el careo y allí controvirtió "las afirmaciones inculpantes"; en nombre propio solicitó la revocatoria del auto de detención, y por último "impetró el beneficio de la libertad provisional recibiendo respuesta favorable y gracias al cual hoy se encuentra prófugo de la justicia ante su revocatoria posterior".

Recuerda que ante tal respeto por los derechos del acusado, resulta indiferente "que el anterior defensor de Rodríguez Díaz no haya tenido la suficiente pericia o habilidad para contrainterrogar al testigo único de cargo cuando se le brindó la oportunidad en la diligencia de careo", y seguidamente demuestra cómo también, la defensa por su aspecto técnico o formal fue llevada con diligencia y responsabilidad por los distintos profesionales del derecho que llevaron la representación del acusado, aprovechando todas las oportunidades y recursos lícitos en procura de la absolución, advirtiendo con sobrada razón, que "si ninguno de los argumentos tuvo acogida debido a la contundente prueba de cargo...al defensor último no le es dable achacar para fundar un ataque en casación, las deficiencias de sus predecesores, sino, demostrar en concreto de que manera se obstruyó el libre ejercicio de aquellos o cómo efectivamente su inactividad implicó ausencia de esa clase de defensa".

Por último, rebate la afirmación del actor sobre la importancia de interrogar al testigo en torno a exculpaciones del sindicado para establecer si eran o no creíbles, pues encuentra que aquél fue interrogado por el Juzgado "sobre la ocurrencia precisa de los hechos" y así mismo fue preguntado el sindicado "en especial con las afirmaciones de indagatoria en punto a establecer si en verdad el occiso amagó sacar un arma e inició la agregación", y se explica entonces el distinguido colaborador fiscal, por qué le fue difícil al señor defensor fundamentar la conducencia de la ampliación del testimonio que pretendía, que ya había advertido al comienzo de su concepto, el cual ni siquiera debió ordenarse.

Con estas premisas concluye en la imposibilidad de que prospere el cargo.

Así mismo, evidencia, para sugerir el rechazo de los cargos basados en la causal primera del artículo 226 del C. de P. P. , las razones técnicas y sustantivas que los afectan.

Observa que los dos reparos son contradictorios entre sí y por lo mismo excluyentes, debido a que en el primero admite la responsabilidad del acusado en el delito de homicidio simple, y en el segundo la rechaza aduciendo la mediación de "circunstancias de inculpabilidad que ameritan la absolución", contraviniendo con esa forma de razonar la exigencia 3a. del artículo 224 del anterior C. de P. P., y que tal situación de por sí imposibilitaría el estudio del escrito, aunque, abundando en razones, destaca los efectos de esos yerros en el contenido de cada censura.

Hablando de la primera, encuentra que a pesar de invocar el casacionista el error de hecho por un posible falso juicio de existencia para pretender el rompimiento de la sentencia, afirmando que el Tribunal "presumió" el parentesco de afinidad que lo llevó a agravar la pena al implicado; más adelante cambia el concepto del error para transferirlo a uno de identidad cuando sostiene que lo que hubo fue errónea apreciación de la prueba documental de origen eclesiástico, para con mayor confusión aún, aseverar que a esta prueba "se le confirió 'un efecto

probatorial imposible' de otorgarle", trasladándose así al campo del error de derecho.

Igualmente, en cuanto a la calidad de manifiesto del error de hecho, advierte que ello no asoma en relación con la prueba cuestionada, porque el documento aportado por la defensa en que consta la separación de cuerpos de los esposos Rodríguez-Santos sin disolución del vínculo matrimonial pone a éste en indiscutible discusión, además de que los mismos esposos lo reconocieron sin reticencias, dándose entonces por forzosa la atribución del agravante punitivo que los juzgadores incluyeron en la apreciación del cúmulo probatorio del proceso.

Refiriéndose al segundo cargo dentro de la misma causal, lo encuentra en desacuerdo con el principio de no contradicción al presentar como fundamento dos situaciones recíprocamente excluyentes, es decir, las causales de inculpabilidad de los numerales 4 y 3 del artículo 40 del C.P. : error de tipo y error de prohibición. Sobre el particular puntualiza: "Un tal planteamiento pone en evidencia la confusión conceptual del recurrente en punto del manejo del instituto de la culpabilidad y su aspecto negativo. Es que si el sujeto agente actuó con la convicción errada e invencible de que se encontraba amparado por una causal de justificación, tiénese que admitir necesariamente que ningún tipo de error se tenía a cerca de que el comportamiento realizado la ley lo tenía prohibido (tipificación)".

De otro lado, recalca que el falso juicio que el censor propone, propio del error de derecho por referirse a la credibilidad otorgada por el Tribunal al testimonio de Martínez González se halla fuera de lugar porque careciendo de tarifación ese medio probatorio, la discusión sobre ese aspecto de la prueba no puede trasladarse al error de hecho, como ya se ha convertido en costumbre en las demandas de casación, que por esa razón, han sido rechazadas, como tendrá que serlo ésta.

Por último, con fundamento en el artículo 31 de la Constitución Nacional el Señor Procurador sugiere la casación parcial oficiosa del fallo por considerar que, aunque cuando se expidió, el Tribunal podría agravar la pena del acusado así hubiera sido único apelante, esa facultad desapareció con el principio de intemporalidad de la Carta Magna y procede entonces, frente a la circunstancia de único apelante, sostener la pena tasada en la primera instancia, que fue de 13 años de prisión sobre la que el Tribunal estimó aplicable con observancia correcta de la ley, corrigiendo así el yerro del Juzgado Superior, de rebajar el mínimo de la pena previsto para el delito por el cual se produjo el llamamiento a juicio con reducciones de un año por cada circunstancia genérica atenuante que encontró acreditada.

Consideraciones de la Corte

Carece de fundamento el reparo sustentado en la causal 3a. de casación, y asiste la razón al señor representante del Ministerio Público al desechar tajantemente la pretensión invalidante de la actuación.

El profesional recurrente asevera que a su poderdante se le conculcaron los derechos de defensa y de debido proceso, y con impropiedad conceptual olvida que tales situaciones en el evento de presentarse, fueron recogidas como nulidades legales en el artículo 305 del C. de P. P. recientemente derogado y bajo el cual se ritúa esta causa, habla de nulidades "supralegales", para justificar así su aserto de que se violó el artículo 29 de la actual Carta, que garantiza los mismos derechos que contemplaba el 26 de la anterior, denotando de entrada el alegato, mejor interés especulativo que seriedad en sus planteamientos, los cuales, sin embargo de esa situación pertinente a la técnica del recurso, se revisarán en virtud de la amplitud con que por sus implicaciones de todo orden se ha manejado la nulidad como causal de casación, en la más vigilante observancia de las garantías de los sujetos procesales.

Advierte que el Juzgado Superior decretó la prueba testimonial que él solicitó cuando era defensor, en el período correspondiente del plenario respecto del denunciante, quien dicho sea de paso, había comparecido al proceso también en careo con el propio sindicado; y es un hecho cierto que con largueza el Despacho accedió a la petición que en verdad, como lo sostiene la Procuraduría, carecía de adecuada motivación en la medida en que no concretó su conducencia, sino que en términos muy generales tildó la prueba existente que provenía del mismo testigo, de contradictoria "en relación con aspectos sustanciales", que por igual, se abstuvo de indicar en su escrito del folio 194.

También admite que por causas ajenas a la administración de justicia y a él mismo la prueba no se allegó, y la actuación revela que el Juzgado comisionado se preocupó por obtener la comparecencia del denunciante pero que citado a la dirección que se le conocía en el proceso, Telecom informó que la citación no pudo entregarse por ser desconocido para entonces en ese sitio (fls. 219, 227). También es cierto que, sin proporcionar una solución a esa dificultad, y sin que expusiera una causa grave y justificada como lo exigía el artículo 169 del C. de P. P. que tutelaba el juzgamiento, el defensor solicitó la prórroga del término para la práctica de la fallida prueba, a la cual el Juzgado respondió con la negativa del auto del 17 de julio de 1990 de mero trámite basado en la perentoriedad del término probatorio y en que el peticionario daba a entender que había precluido.

Para el casacionista la denegación de la prórroga constituyó atentado al debido proceso con definitiva incidencia en el derecho de defensa porque, en cuanto al primero, no se le permitió impugnar lo decidido, y en cuanto al segundo, no se le permitió controvertir el testimonio único de cargo sobre el cual se basó la sentencia de condena, a pesar de que en un careo ya esa posibilidad, entonces en manos de otro profesional del derecho, había tenido cumplimiento al confrontarse el denunciante con el propio acusado.

Pues bien: la prórroga del término no solo era improcedente ante la carencia de los fundamentos que la ley exigía para decretarla, dado que el no haberse podido

evacuar la prueba por causas ajenas a la administración de justicia y al mismo peticionario, como efectivamente lo demostraban las constancias procesales, no constituía la suprema razón de la dilación del trámite del término. Y por otra parte, esa prolongación, fallidos como habían sido los esfuerzos del instructor comisionado para lograr la comparecencia del testigo, la hacía innecesaria. La infructuosa búsqueda convalidaba -y en exceso- la decisión nugatoria y surtía la legalidad de la actuación, de manera que la alegada violación del debido proceso no llegó a establecerse por ese aspecto, como tampoco por la naturaleza del auto en que así se proveyó, que de expedirse como lo estima el censor, simplemente habría venido a constituir un motivo más de dilación del proceso, ya de por sí objeto de lentitud notable.

Pero además, ninguna incidencia en detrimento del implicado tuvo la situación procesal destacada por el recurrente y que como se ha dicho, ni siquiera llegó a constituir simple irregularidad. En efecto:

El derecho de defensa del acusado fue ejercido a plenitud tanto por él como por sus distintos personeros, cumpliéndose así igual en su aspecto material como su aspecto técnico. Concurrió voluntariamente a indagatoria y suministró las explicaciones y exculpaciones que consideró favorables; rebatió en careo a su acusador, y solicitó y obtuvo su libertad provisional, en actividad consonante con las de sus designados defensores, que si no logró concretarse en absolución, fue por la contundencia de los elementos de juicio, imposibles de soslayar como base de la autoría y de la responsabilidad, y que con el careo se consolidaron indiscutiblemente al patentizarse la inexistencia de la causa de inculpabilidad que como último recurso exhibió el sindicado.

Pretender que la ampliación del testimonio, que era lo que en verdad había solicitado como prueba durante la causa, colmaba la última oportunidad de defensa y de acreditar las exculpaciones de su poderdante, es magnificar innecesariamente el objetivo de la prueba: Este estaba cumplido desde cuando con sencillez y precisión el testigo narró lo acaecido en su presencia, sin inmutarse ni enredarse en las estrafalarias incidencias que añadió a su versión el procesado, y si el profesional que lo asistió en el careo no formuló otras e intrincadas preguntas, no fue por incapacidad mental, sino porque carecía de objeto enturbiar lo que aparecía prístinamente claro.

Así la situación, es lo procedente desechar el cargo por nulidad.

Pareja suerte deben correr los reparos que se fundamentan en la causal 1a. del artículo 226 del C. de P. P., en los que se habla de violación indirecta de la ley sustantiva proveniente de errores de hecho en la apreciación de la prueba, y que deben ser vistos independientemente -como excluyentes que son- según la óptica del último inciso del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal vigente desde

el 1o. de julio último, en cuanto norma favorable comparada con el artículo 224 de la derogada codificación que impedía la formulación de cargos incompatibles.

El primero de tales cargos, referido a la prueba documental de separación de cuerpos de los esposos Rodríguez Santos provenientes de las autoridades eclesiásticas por haberse casado por el rito católico, de la que se pregona hubo error en su valoración que determinó la violación indirecta de la ley sustancial, exhibe serias falencias que el Ministerio Público destaca atinadamente: el actor asevera que el fallo acusado incurrió en error de hecho porque "supuso o presumió" el vínculo matrimonial y el parentesco de afinidad entre occiso y sentenciado en el proceso de valoración de tal documento, vertiendo la idea de inexistencia de la prueba en el proceso sobre esos aspectos determinantes del agravante punitivo, centrando en ello el error de apreciación de ese elemento de juicio, pero luego traslada la argumentación al error de derecho advirtiendo que al documento se le otorgó un efecto y alcance de que carecía, confundiendo así fenómenos jurídicos distintos e incompatibles, como que la ausencia de la prueba en el expediente que es lo que permite hablar de suposición, se excluye con la del otorgamiento de determinado valor al elemento que se aportó legalmente, pero que carece del significado y alcance que por ley le corresponde, que tal sería lo aducido al pregonarse la violación de las normas civiles que se aducen en el escrito, como reguladoras de la prueba del estado civil de las personas.

La falta de lógica en la exposición torna perplejo el reproche, porque no permite al sentenciador extraordinario conocer el definitivo motivo de su formulación, y vedado como lo es por la naturaleza del recurso, seleccionar a su arbitrio cualquiera de las alternativas para resolverlas, habrá de desecharse como lo sugiere el representante de la sociedad.

El segundo reparo, según el cual el Tribunal habría incurrido en error de apreciación del testimonio de la única persona que presenció los hechos materia de la investigación porque lo distorsionó al conferirle credibilidad a pesar de las contradicciones que contenía, y que confronta con el dictamen del Instituto de Medicina Legal sobre sanidad de los órganos abdominales del obitado -siendo que el testigo relató que fue golpeado en su vientre por el sindicado- para rechazar su cualificación de prueba creíble como la tuvo el Tribunal, no pasa de ser un comentario basado en el criterio particular del casacionista, opuesto al del fallador en el punto de asignación de un determinado límite de aceptación de la prueba, que llevado a su máxima expresión engendra credibilidad.

Ni error de hecho ni error de derecho puede haber en un juicio de valoración cumplido dentro de lo racional en observancia de los principios generales que gobiernan la prueba, que fue lo que hizo el Tribunal.

El entendimiento de lo informado en una prueba mediante el proceso de valoración sin distorsión ni tergiversación objetivo evidenciado en el acta que lo

recoge o en el documento correspondiente, es ni más ni menos que el cumplimiento por el Juez, de su deber de analizar y sopesar los elementos de juicio para arribar a una conclusión, y no puede tenerse por erróneo solo porque no coincide con el interés de alguno de los sujetos procesales.

Equivoca el censor su pretensión al señalar yerro en donde no existe, e incurre en la vía infortunadamente escogida muy frecuentemente por los impugnadores en casación, de equiparar los conceptos de tergiversación de la prueba y el de valoración acorde con los principios de la sana crítica pero con resultado adverso a determinado interés procesalmente defendido; pues esto último no constituye error y por lo mismo, no puede adoptarse como arma para revivir un debate probatorio ya superado, en detrimento de la seguridad jurídica de los fallos judiciales.

El cargo no prospera.

EL INCREMENTO PUNITIVO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Señor Procurador Delegado demanda la casación oficiosa del fallo del Tribunal en forma parcial, bajo la consideración de ser contrario a la prohibición de reforma que consagra el artículo 31 de la Constitución -no vigente cuando surgió a la vida jurídica el fallo impugnado-, porque agravó la pena deducida por el juez de primera instancia en situación que, en su sentir, no era posible porque la apelación fue interpuesta exclusivamente por el procesado.

Encuentra la Corte que no obstante existir objetivamente un incremento punitivo, el Tribunal en sentido estricto no agravó la pena impuesta por el Juzgado Superior a-quo, sino que ajustó la tasación punitiva a la normatividad aplicable según el fallo recurrido, en acatamiento al principio de la legalidad de la pena que forma parte principal de la garantía fundamental del debido proceso, consagrada en forma expresa y reiterativa en la Carta (arts. 29 y 230).

En efecto, la Juez 11 Superior de la Capital, teniendo en cuenta que el delito por el cual hacía responsable al procesado era el de homicidio agravado con la circunstancia 1a. del artículo 324 del C.P., concierne del límite mínimo de la sanción prevista allí, con total desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 67 ibídem, según el cual el mínimo de una sanción prevista en la ley sólo es aplicable cuando concurran exclusivamente circunstancias de atenuación, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 61 de la misma obra, optó por reducir, a partir de los 16 años de pena mínima para el delito, un año de prisión por cada atenuante genérico que halló probado en el acusado. El Tribunal Superior de Cundinamarca, ante semejante dislate, se limitó a restablecer el orden jurídico señalando -que no agravando-, la pena en los 16 años por ser la sanción mínima señalada en la ley,

que como criterio vinculante en forma imperativa para dosificar la pena señala el artículo 61 C.P. con la expresión "Dentro de los límites señalados por la ley".

La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el Juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Cuando la Constitución en su artículo 230 consagra la independencia del Juez al disponer inequívocamente que "Los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley", no les da una independencia tal que los coloque por encima o al margen de la misma. Es evidente que el juez debe aplicar el mandato legal, por ser la expresión de la voluntad soberana del Estado, tal como objetivamente lo reconoce él en el caso concreto, y no según su discrecionalidad.

Tratadistas connotados se han pronunciado en tal sentido. Manzini, por ejemplo, al comentar en su Tratado de Derecho Procesal Penal precisamente la 'reformatio in peius', dice: "Pero la prohibición de la reformatio in peius tiene como presupuesto que la pena inflingida por el primer juez sea legal, mientras que, si no lo es (ejemplo: aplicación de la reclusión en medida inferior al mínimo consentido), no puede valer como término de comparación". (Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal T.V. Buenos Aires, 1954 Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, pág. 143).

Resulta claro entonces que el artículo 31 C. N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia.

Casar el fallo como lo sugiere la Delegada, sería colocar la casación, que es control de legalidad por excelencia, al servicio de una causa ilegal, pues se revivirá el fallo de primera instancia que es objetivamente contrario a la ley reguladora del caso. Así pues, no se accederá a tal solicitud.

De otra parte, como el desacuerdo de la sentencia de primera instancia contradice el claro mandato legal de dosificación punitiva, se impone ordenar las

copias de dicha providencia y de la que desata el recurso extraordinario de casación con destino a la Unidad de Fiscalía correspondiente para lo de su cargo.

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

RESUELVE

Primero .- NO CASAR el fallo impugnado.

Segundo .- EXPÍDANSE las copias referidas en la parte motiva y envíense.

En firme, regrese el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velasquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

PRUEBA DOCUMENTAL \ VENTA DE COSA AJENA

Cuando la acción delictiva (v. gr. falsedad, estafa, etc.) utiliza o deviene en la producción de documentos, públicos o privados, la justicia está obligada a recurrir, sin restricciones, a pruebas de diversa naturaleza (incidiaria, testimonial, pericial, etc.) para precisar la realidad de lo sucedido y la idoneidad de esos escritos.

La venta de cosa ajena o de derechos que simplemente traducen una posesión y no dominio, deben reputarse válidos en nuestro sistema legal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6734. Casación

Acción: Reinaldo Medina Camacho

Delito: Estafa

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No. 93

Santafé de Bogotá, D. C., julio veintinueve de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se ha recurrido en casación la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (Agosto 12/91), en la cual, por delito de "estafa", se impuso a Reinaldo Medina Camacho, veinte (20) meses de prisión y cinco mil (5.000.00) pesos de multa, así como las accesorias de ley.

El recurso se admitió en auto de ocho de octubre del citado año, y, la demanda en proveído de veinte de enero del que transcurre.

Hechos

Así los presenta el Juez de Primera Instancia, en versión que coincide con lo que plasma el Tribunal, por corresponder a lo demostrado en la averiguación penal realizada:

"... En el mes de enero de mil novecientos ochenta y tres, a uno de los establecimientos comerciales que poseía el señor José Ramiro Obando Vega, más concretamente al ubicado en la carrera 85 No. 35D-25 Sur de esta ciudad, se hizo presente el sujeto Reinaldo Medina Camacho, manifestando que tenía una finca de su propiedad en extensión de 480 hectáreas en jurisdicción del Municipio de San José del Guaviare que pretendía vender. Obando se interesó en la oferta, y ante testigos, celebraron contrato de permuta, consistente en que Medina le daba el aludido predio rural, que se avaluó en el momento y para efectos de la transacción en $ 5.000.000.00, y Obando, en cambio le transfería una Casa-lote de dos plantas, situado en el sector de Llano Grande Barrio Ciudad Kennedy de Bogotá, en la calle 38D Sur No. 93-32, avaluado en ese momento para efectos de la negociación en $ 1.500.000.00, más dos expendios de carne por $ 600.000.00, y el saldo para completar la diferencia entre los bienes permutados, en dinero efectivo. Así, el denunciante hizo entrega del inmueble ya referido y de los establecimientos comerciales, todo lo cual estimado en la suma de $ 2.587.000.00.

"Posesionado Medina Camacho de los bienes precitados, exigió a su contratante que le efectuara contratos escritos del inmueble y de uno de los expendios de carne, aduciendo que era conveniente que a la casa-lote se pusiera un valor inferior a lo pactado, para pagar menos impuestos, a lo cual ingenuamente Obando accedió, y como consecuencia de haber cumplido su obligación, pidió a Medina que le hiciera "los papeles" de la finca, lo cual no hizo, no obstante que lo posesionó de un predio rural sin identificar, situado precisamente en la jurisdicción del municipio de San José del Guaviare.

"Como quiera que Obando, no recibía documento alguno que lo acreditara como propietario de la finca adquirida de Medina, o al menos lo mostrara como poseedor de buena fe, se regresó para Bogotá, pero mientras permaneció en San José del Guaviare, el procesado vendió los bienes que había adquirido de aquél, valiéndose para ello inclusive de la abogada Blanca Ligia Rincón Quintero, y más tarde y aprovechando la ausencia de Obando nuevamente se posesionó del predio que le había entregado a éste.

"Mientras tanto, Obando hacía ingentes esfuerzos por que Medina le transfiriera la finca que permutó por su casa, sin resultados positivos, llegándose a enterar ante las diligencias que hizo en las Oficinas del Incora de Villavicencio, que a dicho

sujeto no se le había adjudicado ningún fundo, y más tarde que se le asignó uno, pero que no lo había acabado de pagar, pues debía $ 500.000.00, a más de que tenía un problema de sucesión, pues había sido adjudicado conjuntamente con la esposa, la cual había fallecido.

"Ante tal evidencia, y agotados los recursos porque Medina le resolviera el problema, sin ningún resultado, optó por formularse denuncia por el delito de Estafa, pues consideró que injustamente había sido engañado....".

Trámite

La investigación fue asumida por el Juzgado 25 de Instrucción Criminal, el que, en proveído de enero diecisiete de mil novecientos noventa, formuló Resolución Acusatoria por el delito de "estafa" -art. 356 C. P.-.

Cumplida la etapa probatoria, por parte del Juzgado 27 Penal del Circuito, este emitió fallo de primera instancia (febrero 21/91), imponiendo a Medina Camacho veinte (20) meses de prisión, multa por valor de cinco mil pesos, interdicción de derechos y funciones públicas por igual período, condena, por perjuicios materiales, en cuantía de $ 4.746.549,00 y veinte gramos de oro, por concepto de perjuicios morales. Se negó la condena de ejecución condicional.

Demanda

Se acusa la sentencia de ser violatoria, de manera indirecta, de la ley sustancial, por "error de derecho por falso juicio de convicción en la apreciación de la prueba incorporada al plenario" -art. 226-1 C. P. P.

Con apoyo en la escritura pública suscrita entre denunciado y denunciante y confrontada ésta con la situación que incidía en el predio negociado por el segundo, o sea, la intervención por la Superintendencia Bancaria de la "Urbanización Llano Grande de la zona de Kennedy", se afirma que Obando Vega "no fue sincero, ni honesto al vender el inmueble pues tenía conocimiento que al no ser de su propiedad no estaba en condiciones de otorgar la escritura a que se compromete en el referido documento por lo que ha de concluirse que en ese acto indujo en error y a través de él engañó al denunciado.

"Pero lo que resulta relevante es que el documento a que hemos hecho referencia no fue desconocido por ninguno de los sujetos procesales, o mejor ni por los testigos como tampoco por el denunciado y mucho menos por el denunciante quien en todo caso no niega su firma en el mismo y admite que el contexto del mismo fue fruto de su libre voluntad.

"De modo que jurídicamente el documento al no haberse declarado falso, y no haberse resuelto mediante voluntad de las partes o sentencia judicial, su atestación y veracidad sigue siendo una verdad no infirmada ni desvirtuada y en todo caso vinculante en un acto jurídico lícito.

"No es factible entonces desconocer su contenido probatorio como se hace en la sentencia acusada, pues los testimonios vertidos al proceso y sobre los cuales se fundamenta el juicio de reproche en virtud al principio de la calidad de la prueba (probatio probatissima) no prestan la solidez suficiente para desvirtuarlo como quiera que al ser sometidos a la apreciación crítica que esta prueba demanda se tornan inverosímiles por contradictorios, incoherentes e imprecisos sobre el hecho por probar. Veámos.

"El denunciante durante el transcurso del proceso entre otros puntos, sostuvo que lo que vendió o permutó fue una casa de dos plantas; en la etapa del juicio se recepcionó la declaración de Hernando Rojas Ballesteros folio 556, quien expuso en forma franca y sincera que en el inmueble mencionado y a expensas de Medina Camacho "construí o le hice un segundo piso".

"En esa etapa sumarial Néstor Robles Mejía al declarar sobre el hecho investigado afirma que a él le consta que la finca objeto de la negociación estaba pignorada por el Incora, que Reinaldo Medina había hecho amenazas al denunciante por lo cual tuvo que abandonar el inmueble supuestamente dado en permuta, afirma que Ramiro Obando vivió seis meses en esa finca y que Ramiro le hizo un documento donde se estipulaba el valor de la finca (folio 561). Al observar esta versión en forma detenida se analiza que Obando Vega nunca dijo que el autor de las amenazas de muerte hubiese sido Medina Camacho, sabemos también por el proceso y por el mismo denunciante que del negocio de la finca no existió documento alguno, por lo que su versión no solamente que no ofrece convicción alguna, sino que es el clásico perjurio al afirmar situaciones que se hallan desmentidas inclusive con la versión del denunciado.

"Al seguir analizando la versión de Ramiro Obando y la de los testigos que declararon en el expediente y que son el corolario de la sentencia impugnada se arriba a la conclusión, en primer término que Obando Vega es un avezado comerciante, y por ende el retrato de su personalidad y de su oficio indican claramente que no podía ser fácilmente engañado ni inducido en error por Medina Camacho, quien según su indagatoria es un humilde agricultor.

"En segundo término si la negociación hubiese quedado condicionada a que Reinaldo entregaba la finca como parte de pago o en contraprestación de la casa que recibía de parte de Obando Vega no existía ningún motivo y nunca fue explicado por qué no iba a quedar consignada esa especial circunstancia dentro del contrato que obra al folio 6 y que dicho sea de paso tampoco explican los supuestos testigos y resulta más inverosímil todavía, que si el pago de la finca lo debía efectuar el

comprador por cuotas semestrales, y el denunciante solamente la ocupó tres meses, no tenía entonces motivo para seguir cancelando semestralmente el resto del precio si ya había advertido que el inmueble no era de propiedad de Medina Camacho y ello encuentra explicación es en que Obando Vega no dice verdad.

"Vale la pena destacar de una vez cómo no es cierto que Medina Camacho no hubiese vendido lo que no era suyo, o mejor no hubiese negociado la finca que entonces dijo ser de su propiedad, pues lo que realmente ocurre es que mi representado tenía la posesión del fundo, y sabemos por Derecho Civil Colombiano que la posesión es un derecho real, susceptible de ser enajenado o negociado, es precisamente este derecho el que compromete Medina Camacho a Obando Vega, que en último no quiso negociar y terminó abandonándolo en forma voluntaria como él mismo lo relata.

"Si bien es cierto la resolución de adjudicación de ese predio tiene fecha del 8 de agosto de 1986, también lo es que en ese momento en que el Incora termina el proceso de adjudicación cuyo presupuesto requería que el adjudicatario explotara económicamente el bien y es apenas obvio que para dicha explotación debía tener la posesión del mismo, y prueba manifiesta de ello es que en contra de la tenencia que durante cierto lapso tuvo Obando Vega, nadie se opuso ni fue perseguida por persona alguna. Es decir que el objeto de la negociación ciertamente pertenecía a Medina Camacho y por tanto no es factible predicar que estaba vendiendo algo que no era suyo pues tal hipótesis no está demostrada en el proceso.

"Ahora bien, la versión de Medina Camacho, contrario a lo que se predica en el fallo censurado, encuentra corroboración no solamente en el documento del folio 6, sino que no se estableció en forma categórica el dicho del denunciante en el sentido de afirmar que hubiese entregado carnicerías en parte de pago y como contraprestación a la permuta por la finca, pues estos negocios fueron comprados en forma directa y cancelados en efectivo como lo reza el documento visible al folio 464 del expediente y el cual no es valorado en el fallo impugnado, de modo que la versión rendida por el inculpado si encuentra corroboración probatoria en el proceso e inclusive a través de prueba idónea e inconfundible como es la documental a la cual se le niega por parte del juzgador su categórica demostración de los hechos en favor de mi Procurado y por ello es que se arriba a un falso juicio de convicción en la sentencia atacada en sede de casación.

"Ahora bien que Reinaldo Medina adquirió en forma lícita y permisiva el inmueble de la urbanización Llano Grande lo prueba la fotocopia de escritura pública que obra de folio 316 al 324 inclusive mediante la cual el Instituto de Crédito Territorial le adjudica el dominio de la misma a través de un documento cuyo valor probatorio se desconoce en autos y el cual tampoco fue tachado de falso y por ende al ostentar el dominio del inmueble en mención perfectamente podía enajenarlo, reivindicarlo, e inclusive ejercer las acciones posesorias que le obsta-

cultizaran la propiedad que la Entidad Oficial le adjudicó en el título referido, ello conlleva a desdibujar cualquier intento de fraude pues quien ostenta el dominio virtualmente le asiste el derecho de ejercitar los mecanismos que la misma legislación prevé para para su conservación.

"Quiere decir lo anterior que el juzgador al apreciar el valor probatorio de los documentos obrantes al proceso les niega el valor jurídico que como actos jurídicos legalmente emitidos están llamados a demostrar; con el fin de hacer nugatorio ese valor probatorio innegable, equivoca la apreciación crítica de una serie de testimonios que no ofrecen certeza sobre el hecho por probar toda vez que no desvirtúan lo que palmariamente demuestran los documentos que reafirman y corroboran la versión exculpativa del procesado a quien no le es es desvirtuada su presunción de inocencia".

Apreciaciones de la Sala y del Procurador 2o. Delegado en lo Penal

Para el colaborador fiscal la respuesta a la demanda resulta de fácil composición, pues se trata de expresar criterios muy conocidos y de pacífica aceptación. Como la censura cuestiona la prueba testimonial atendida por el fallador, quien desacertó en su valuación por falso juicio de convicción, la Delegada anota: "...Por parte alguna la ley procesal penal asigna al testimonio y demás pruebas, entre ellas los documentos que cuestiona la demandante, un determinado valor probatorio; este valor corresponde conferirlo al Juez en cada caso concreto sin que esté supeditado su criterio a reglas tarifarias, imperando contrario sensu, y por disposición de la misma ley procedimental -artículo 253- el sistema de la libre y racional apreciación, amparado en todo caso, por las reglas de la lógica y experiencia del funcionario judicial.

"Y si precisamente fue este el método orientador del juicio del juzgador con el que arribó a la declaratoria de responsabilidad del acusado Medina Camacho, *difícil es admitir quebrantada en forma indirecta la ley sustancial a no ser que, de pronto, en el fallo se haya expuesto que por existir varios testimonios de incriminación el sistema tarifario impera sobre las demostraciones de la prueba documental, evento en el cual el falso juicio de convicción saltaría a la vista; pero ésto se descarta pues en el libelo no se da muestra de ello, todo apunta a la credibilidad que en sana lógica merecieron los declarantes y el descrédito con que se miraron las afirmaciones exculpativas frente además -sic- a los documentos de que da cuenta el proceso...".*

En adición a esta fundamental consideración, la Sala agrega lo siguiente:

1.- Cuando la acción delictiva (v.gr. falsedad, estafa, etc.) utiliza o deviene en la producción de documentos, públicos o privados, la justicia está obligada a recurrir, sin restricciones, a prueba de diversa naturaleza (indiciaria, testimonial, pericial, etc.) para precisar la realidad de lo sucedido y la idoneidad de esos

escritos. De ahí, entonces, que resulta improcedente invocar como probanza de valor indiscutible o de mayor jerarquía o importancia, la documental. Fácil le quedaría al delincuente asegurar la impunidad de su conducta si pudiera abroquelarse en lo que obtuvo mediante procedimientos criminosos. No es dable aceptar que lo impugnado en su validez intrínseca, por ser producto del doloso fraude, del engaño, del ardid, de la artimaña, etc., pueda y deba tenerse como inconstrastable demostración de haberse actuado conforme a la ley. Lo que se estima como efecto de una estafa, no tolera el que se le utilice, en la condigna investigación, como elemento probatorio de confianza para establecer ese comportamiento de normal y correcto.

Distinta es la situación que se presenta cuando el proceso, contando con esos otros elementos de convicción, no alcanza a destruir la eficacia de ese instrumento, imponiéndose por tanto la aceptación de su contenido y trascendencia.

El censor, en el caso sub-exámine, no consigue quebrantar la abundante prueba de cargo, valorada por el Tribunal adecuadamente y con apego a las reglas de la sana crítica, ni menos fijar como expresión veraz y fidedigna de las relaciones de Medina Camacho y Obando Vega, *lo que se afirma en la promesa de venta de fs. 6 (elevada a escritura pública -fs.317/319-) y el contrato de compraventa de fs. 464. Por el contrario, lo apreciable en autos es que esa prueba documental ha perdido toda su significación.*

2.- Ni la primera ni la segunda instancia, y las dos sentencias deben mirarse como unificadas a los fines del recurso interpuesto y definido en este proveído, dejaron de considerar el valor que podían representar estos mencionados escritos. Lo que ocurrió, por obra de lo dilucidado, fue que los juzgadores le restaron mérito y entendieron, debidamente, el verdadero porqué de los mismos. Ciertamente que debiéndose aplicar una sola promesa de compraventa y una sola escritura pública que recogiera todo el espectro de la negociación cumplida entre Medina Camacho y Obando Vega (una permuta: finca de unas cuatrocientas sesenta hectáreas, para tomar su mínima cabida, por una casa de dos pisos, dos carnicerías y dinero en efectivo), la argucia del procesado, en actitud que lejos de favorecerle le ubica en el real papel que cumpliera, al cual preordenó todo lo que era útil y de beneficio personal, procuró individuales contrataciones y por consiguiente la elaboración de varios escritos.

Resulta inquietante que, Medina Camacho, sin mayores recursos, ni aun para cancelar requerimientos económicos del Incora, apareciera comprando, y en efectivo, los expendios de carne y la casa lote del barrio Kennedy, y más todavía que, en ninguno de los documentos, se comprometiera la propiedad rural del Guaviare, cuando es evidencia que ésta jugó papel esencial y único en la transacción efectuada.

3.- La crítica a los testimonios estimados por el Tribunal, no resulta ni lejanamente convincente, porque fuera de manifestar en contra de la misma

calificación de "inverosímiles, contradictorios, incoherentes e imprecisos", el esfuerzo por demostrar lo dicho, no pasa del simple enunciado, queda inédito. Conviene anotar, además, que mientras el Tribunal cita a Arsenio (nombrado como Rufino) Moreno M., José Ismael Castaño C., Adonay Avila R., Néstor Robles M. y Hermes Pérez M., como testigos circunstanciales y de singularizado conocimiento de los hechos, y mencione también a Misael Novoa Q. y Ciro A. Rodríguez, como que recibieron información de terceros, el censor apenas se refiere a Néstor Robles Mejía, dejando el ataque en agraz y pudiendo supervivir el fallo a expensas de la prueba no contradicha.

De otro lado, el apego a la versión de Hernando Rojas B., no adquiere perfil de importancia si se repara en que el Tribunal, para este testimoniante y para Virgilio Triviño, ordenó la expedición de copias por falso testimonio, al reconocerse un patrocinio indebido de las pretensiones de Medina Camacho, exteriorizado en la actuación policiva de que dan cuenta los fs. 328 a 334 vuelto, y, seguramente perpetrado en este proceso penal, en donde magnificó su falta de imparcialidad y rectitud. Y la demanda, para nada, se ocupó de situación tan trascendental.

4.- La venta de cosa ajena o de derechos que simplemente traducen una posesión y no dominio, deben reputarse válidos en nuestro sistema legal. Pero a condición de que sea dable cumplir con lo primero y advertir, en lo segundo, de qué se trata. Pero si la cuestión apenas constituye intención cerradamente personal, con punibles reservas mentales o mera expectativa, silenciándose todo ésto al comprador o permutante, no es de recibo tratar de diluir las perceptibles altas dosis de dolo, con referencias a normas civiles que se apoyan en distintas realidades, posibilidades y necesidades. El negocio jurídico en este caso, no guarda siquiera afinidad con la gestión delictiva. Tienen diversa naturaleza, proyección y protagonismo. Aquel, desde un principio, busca cumplir lo pactado de modo expedito, leal y efectivo; éste solo procura embaucar y, mediante hábiles artilugios, escapar a la observancia de lo engañosamente convenido. Lo uno se manda para regularizar y acomodarse a un comercio de alternativas, pero inspirado en la buena fe; lo otro regula el fingimiento de legalidad, en el cual siempre señorea una reconocible mala fe.

Nunca se tuvo por parte del procesado, como proximidad o eventualidad de cumplimiento, lo relacionado con la finca ubicada en la región del Guaviare. Jamás poseyó, ni se tuvo en mira una adjudicación del Incora, respecto de una propiedad rural de cuatrocientas sesenta hectáreas. En ésto el proceso es rotundo en demostraciones y el Tribunal, y más especialmente el fallador de la primera instancia, argumentan persuasivamente. La censura, en la refutación, no alcanza a hilvanar una réplica seria, que merezca los honores de análisis en sede de casación.

La alusión como factor de mala fe en el denunciante, o sea, que la urbanización estaba intervenida, a la postre no deviene en este imaginado plano sino en realidad

bien opuesta. En efecto, la mención que se hace en el documento de fs. 6 de la Superintendencia Bancaria (como también del Departamento de Planeación Distrital) y el otorgamiento del respectivo permiso, traduce, por sí, que la circunstancia de la intervención fue aspecto conocido por Medina Camacho. Y termina por despejarse el interrogante con la suscripción de la correspondiente escritura del predio que se vio afectado, pero que superó esos conocidos y transitorios obstáculos de legalización. Aquí sí que había una nítida posesión, que alcanzó a ser dominio, y un cumplimiento total y perfecto de lo pactado, por parte de Obando Vega.

Finalmente, no está por demás señalar que mientras el ofendido cumplía satisfactoriamente la entrega de sus propios bienes, lo atinente a Medina Camacho, consumía tiempo y tiempo (tres años) para demorar la denuncia, situación que vino a consolidarse en el terreno de la ilicitud, ámbito del cual nunca salió. Porque todo figuraba en el plan del atentado patrimonial ideado y ejecutado por Medina Camacho, fue por lo que éste, de manera presta, una vez adquirido los bienes procedió a comprometerlos con terceras personas.

Se desecha el cargo.

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

RESUELVE

No CASAR el fallo impugnado, mencionado en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

TORTURA \ LESIONES PERSONALES \ DERECHO DE DEFENSA \ SENTENCIA

Sustituir en la sentencia la causal de agravación de la Tortura por un delito autónomo y concurrente de Lesiones Personales, lejos de favorecer la situación de los acusados la pondría en un serio riesgo de un incremento punitivo.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 5746

Acción: Guever Raúl Ariza y otros

Delito: Secuestro

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 092

Santafé de Bogotá, D.C., julio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto a través de común apoderado por los acusados Guever Raúl Ariza Guerrero, José Antonio García Ruíz, Franklin Caicedo Rodríguez y Luis Carlos Carrillo Mindiola en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Valledupar el 16 de octubre de 1990, decisión que al modificar el fallo condenatorio emitido por el Juzgado Unico Especializado de la misma ciudad, redujo a 13 años y seis meses la pena principal impuesta a los acusados como responsables del delito de secuestro por el

cual fueran llamados a responder en causa, les fijó la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término e individualmente la suma de 200 gramos oro como valor del resarcimiento de los daños generados con la infracción y absolvió al enjuiciado García Ruíz frente al cargo de hurto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

1.- En horas de la noche del 9 de octubre de 1989 el abogado Rafael González Daza fue asaltado por tres individuos que le siguieron en un vehículo Monza blanco hasta la entrada de su casa localizada en la zona urbana de Valledupar, e impidiéndole con armas que ingresara su vehículo a la residencia, a golpes y amenazas le obligaron a ingresar en él acompañado por sus salteadores.

Luego de emprender la marcha, el doctor González Daza fue advertido que se le hacía víctima de un secuestro por cuenta del E. P. L. y que por su liberación se exigía la suma de veinte millones de pesos como contribución de guerra. Sometido a la amenaza de muerte, el retenido afirmó que a lo sumo podría hacer entrega de la mitad del dinero exigido pero para ello tenía que comunicarse con dos de sus amigos, logrando que sus irregulares captores viraran de nuevo hacia su casa donde los haría entrega de las joyas de su esposa. Cuando el vehículo se aproximaba a la residencia donde ya habían concurrido las autoridades y los vecinos se encontraban en la calle comentando lo sucedido, los secuestradores se dieron cuenta de su error cambiando nuevamente el rumbo y profiriendo repetidas amenazadas de muerte en contra de la víctima, sin poder evitar que en un vehículo les siguiera la policía, generándose un intercambio de disparos que permitió en medio de la confusión la huida del retenido y en esa fecha y los días que siguieron la captura de los cuatro acusados.

2.- Avocó el conocimiento del asunto el Juzgado Unico Especializado de Valledupar ante el cual rindieron injurada los aprehendidos Ariza Guerrero, García Ruíz, Caicedo Rodríguez y Carrillo Mindiola cuya situación provisional se definió con medida de aseguramiento de detención preventiva bajo el cargo de secuestro, dentro del tipo y las modalidades previstas en los artículos 22 y 23 literales g y d del Decreto 180 de 1988.

Perfeccionado el sumario, produjo el mismo juzgado dentro del trámite de la ley 2a. de 1984 citación a audiencia para los cuatro procesados, ratificándoles el cargo de secuestro y adicionando para Antonio García la sindicación de hurto sobre el arma que le fuera decomisada, haciendo en esa ocasión expreso análisis sobre la connotación de las lesiones sufridas por el ofendido a manos de sus secuestradores, que a juicio del juzgador no podían constituir delito autónomo contra la integridad personal por integrar una causal específica de agravación punitiva prevista en el artículo 23 del Decreto 180 de 1988.

El fallo que puso término al trámite de primera instancia, proferido el 27 de julio de 1990, dedujo la responsabilidad penal de los enjuiciados como coautores del punible de secuestro por el cual se les había acusado, imponiéndoles individualmente la pena principal de 20 años de prisión y $ 4.202.500.00 de multa, y la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, en tanto que se absolvió al acusado García Ruíz frente a la imputación de hurto formulada.

Interpuesto en contra de la anterior providencia el recurso ordinario de apelación, produjo el Tribunal el fallo de contenido ya indicado, cuya motivación anunció seguir los parámetros fijados por la Corte en sentencia de agosto 22 de 1990, desestimando como móviles del secuestro el propósito terrorista o el ánimo de generar zozobra, readecuando la conducta de los acusados a los artículos 268 y 270 del Código Penal. Sobre esa determinación recae el recurso extraordinario que motiva ahora el pronunciamiento de la Corte.

La demanda

Formulando única demanda a nombre de los cuatro enjuiciados, acusa el censor el fallo de segunda instancia como directamente violatorio del artículo 270 del Código Penal, norma cuya aplicación indebida medió para que en su lugar dejaran de aplicarse los artículos 22, 28 y 332 de la misma codificación.

Al explicar los fundamentos de su acusación, sostiene el censor que siendo sustancialmente diferentes los delitos de lesiones personales y tortura dado que mientras en el primero existe un daño para el cuerpo o la salud de la víctima, en el segundo se reprocha el tormento, dolor o aflicción causados al ofendido, es a ésta segunda modalidad a la cual se refiere el artículo 270 del Código Penal al incrementar la pena para los delitos de secuestro extorsivo y secuestro simple, en tanto que lo demostrado en los autos fue la comisión adicional de un delito de lesiones como en tal sentido lo reconoció el juez de primera instancia, sin que en su sentencia el Tribunal hubiese variado ese raciocinio.

Es más: propinados los golpes a la víctima durante el acto mismo del secuestro, y no durante la prolongación de la privación de su libertad, más remota se hacía la posibilidad de interpretar sus consecuencias como una circunstancia de agravación del plagio, porque apenas se trataba de la utilización de medios para la obtención del resultado, si no inclusive de consecuencias auto-generadas por la propia víctima al lanzarse del vehículo en que se le transportaba, cuando éste se hallaba en movimiento. Siendo ello así, concluye, hizo el Tribunal indebida aplicación del artículo 270 del Código Penal, excluyendo como consecuencia las normas que sí correspondían para la solución del caso.

La consecuencia de allí derivada inclina la solicitud formulada para que la Corte case la sentencia recurrida y como consecuencia "asuma la facultad juzgadora para que profiera el fallo correspondiente de sustitución", que significaría para los acusados, según entiende el libelista, la aplicación del mínimo legal previsto en los artículos 268 y 332 del Código Penal, en concordancia con los artículos 26 y 28 ibídem.

Concepto del Procurador

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuestiona ante todo el interés jurídico que asiste al demandante en la interposición del recurso extraordinario, pues independientemente de la existencia de los errores in iudicando que acusa, la casación no se exime de la necesidad de acreditar la existencia de un interés que se traduce en la reparación de la lesión inferida con el fallo impugnado, lo que equivale al "acondicionamiento de una situación jurídica menos perjudicial" "cuando no es posible eliminarla por completo...".

Cuando el recurso no apunta a esa mejoría, sea porque con él la situación del procesado seguiría invariable, ora porque podría traducirse más bien en desventaja, ese interés para recurrir no existe, y de contera la impugnación no podrá hacerse de recibo, situación que vislumbra el Ministerio Público al descubrir que aún restando a la imputación el cargo de lesiones, el artículo 270 del Código Penal persistirá aplicable, pues evocando los razonamientos del a-quo, a los cuales dio respaldo el Tribunal en su sentencia, halla que al lado de las lesiones físicas como factor de incriminación punitiva, se ejecutaron presiones y sometimiento psicológico, así que aún desapareciendo las primeras para configurar el delito contra la integridad personal, persistiría la tortura psicológica como razón de ser de la agravante y con ella del incremento de la pena.

Sumar, entonces, a esa pena agravada, la proporción propia del concurso, fácilmente llevaría a sobrepasar el total de la pena fijada en la segunda instancia, pero, en el mejor de los casos, a igualarla, lo que traduce en la definitiva falta de interés del casacionista para impugnar el fallo de segunda instancia.

Al margen de ésta clara oposición, halló la Delegada otro defecto que si bien apenas aludió brevemente, no resulta menos importante que el primero: "...si los procesados fueron acusados tan solo por el punible contra la libertad individual, imposible resulta irrogarles a última hora el atentatorio contra la integridad física y del cual no han tenido la oportunidad de defenderse. Si así se procediera, sería tanto como quebrantar el proceso por violación al derecho de defensa y además el proferimiento de una sentencia inconsonante con el pliego de cargos...".

SOLICITUD DEL NO RECURRENTE:

El Señor apoderado de la parte civil concurre en apoyo del fallo recurrido, solicitando de la Sala desestime la demanda y como consecuencia se abstenga de casarlo.

El enfoque que dentro de ésta alegación se ofrece, remite tanto al análisis del delito complejo como a las consecuencias gravosas que para los acusados podría entrañar la prosperidad del pedimento defensivo.

En el primer aspecto y definiendo el delito complejo como aquella figura en que "la ley considera elementos constitutivos o circunstancias de agravación de un delito hechos que constituirían por sí mismos delitos distintos", comparte con los falladores la adecuación de las conductas endilgadas a los acusados como constitutivas de un delito de secuestro extorsivo agravado y solamente de esa figura, pues las agresiones tanto físicas como psicológicas sufridas por el ofendido quedaron integradas como modalidades de específica agravación, que les restan autonomía para una represión a título de lesiones personales.

De hacerlo, como lo pide la defensa, la sanción sufriría incremento, pues lejos de objetar el censor la existencia del delito complejo, todo cuanto pide es adicionar una infracción más: las lesiones personales; pues de ninguna manera podrían considerarse ínsitas dentro de ésta última infracción las torturas morales inflingidas al ofendido, que persistirían agravando el delito de secuestro.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Como el casacionista no discrepa del análisis que sobre las pruebas hacen los juzgadores de instancia, restringiendo sus observaciones críticas a la indebida aplicación del artículo 270 del Código Penal, porque a su juicio no debió considerarse agravado el delito de secuestro, sino que en su lugar se daba en concurso el delito de lesiones, hácese necesario recordar dentro de los análisis contenidos en los autos y fallos proferidos por el Juzgado y por el Tribunal, aquellos que en concreto se refirieron al tema indicado, rechazando invariablemente la tesis defensiva, pero, ante todo, fijando el alcance de los hechos probados como configurativos de las causales de agravación que a la postre sirvieron para tasar el incremento de la pena.

Cuando incipientemente se refirió el Juzgado al aspecto aludido con motivo de la definición de la situación provisional de los por entonces indagados, advirtió que el ofendido había recibido tanto lesiones que afectaron su incolumidad física, como aflicción, temor y dolor moral, aclarando que ni unas ni otras podían tenerse

"...como tipos penales autónomos e independientes para de éste modo hacer más gravosa la situación de los victimarios, por cuanto el artículo 23 del Decreto

que hemos venido mencionando, las considera en su literal g como circunstancias específicas de agravación punitiva...".

Refería se el Juzgado al Decreto 180 de 1988 que repetidamente dijo aplicable para definir la controversia, dando además por admitido, que si bien es cierto el abogado González se causó unas lesiones al lanzarse del vehículo en movimiento en que le conducían sus captores, también fue víctima de golpes propinados sobre su cabeza por sus asaltantes con la empuñadura de las armas que les servían para intimidarle, y por fuerza y nuevos golpes subido contra su voluntad a su automotor.

Con motivo de la valoración de fondo, nuevamente se ocupó el Juzgado de otorgarle una connotación a esas circunstancias de lesividad física y moral hacia la víctima, explicando la presencia de las agravantes en sustitución de un delito autónomo de lesiones en los términos que siguen:

"Muy asombrada se mostró la parte civil en su alegato, por cuanto el despacho en el proveído interlocutorio que resolvió la situación jurídica de los comprometidos dejó a un lado este punible; pero más asombro nos causa a nosotros que se haga esta manifestación por cuanto en la providencia aludida manifestamos que las lesiones no podían considerarse como ente punible autónomo al estar consagrada en el artículo 23 del Decreto 180 de 1988 como causal de agravación punitiva y por consiguiente a esa apreciación nos referimos...".

Siendo en un todo consecuente con ese análisis reiterativo, al momento de fallar expuso el a-quo que la tasación de la pena obedecía a la exigencia de dinero como condición de la liberación del rehén (artículo 23 literal f. del Decreto 180 de 1988), y al sometimiento del ofendido a tratos crueles (literal b. ibídem), dando nuevamente explicaciones sobre las razones que lo llevaban a la aplicación del Decreto legislativo y no las disposiciones paralelas del Código Penal.

Cuando el Tribunal aclaró en su sentencia que la adecuación de la conducta atribuida a los acusados había sido atinadamente calificada como constitutiva del delito de secuestro, pero erradamente adecuada dentro del decreto de excepción pues no habían sido móviles terroristas la inspiración de los acusados, reubicando su conducta bajo las más benignas disposiciones de los artículos 268 y 270 del Código Penal, así sustentó la nueva tasación punitiva:

"...teniendo en cuenta la gravedad el hecho y la modalidad del mismo, como la presencia de solo circunstancias de agravación punitiva, como serían los instrumentos usados, el modo de ejecución del hecho, habiendo dificultado la defensa de la víctima etc.. como la preparación del hecho ya que viene maquinado

desde Barranquilla, nos permite tomar como base de la pena no el mínimo de seis años, que contempla el artículo 268 del C.P., sino una intermedia entre el mínimo y el máximo de quince (15) años que sería la de nueve (9) años, *la que se aumentará en la mitad por haber realizado el hecho sometiendo a la víctima a torturas físicas y morales durante el tiempo que permaneció secuestrado y además presionado para obtener el dinero exigido, tal como lo ordena el art. 270 del C. P. numerales 2o. y 6o."*

Sobre estos antecedentes bien se entiende la razón *que le asiste al Ministerio Público al sugerir la desestimación de la demanda por falta de interés de quien impugna, pues, como puede sin dificultad ahora cotejarse, sustituir como se viene pretendiendo la causal de agravación de la tortura por un delito autónomo y concurrente de lesiones personales, lejos de favorecer la situación de los acusados la pondría en serio riesgo de un incremento punitivo.*

Si al atenerse el censor dentro de la causal de casación aducida en su demanda -violación directa- a los presupuestos de hecho de los cuales parte el ad-quem en su sentencia, y dentro de ellos se aceptaba que al lado de las secuelas físicas que afectaron la incolumidad del ofendido, sufrió éste presiones y amenazas que le ocasionaron aflicción y dolor moral gracias al persistente riesgo de morir anunciado como represalia ante el fracaso de la acción extorsiva, la consecuencia punitiva no podía distraerse del artículo 270 del Código Penal, así se resturan aquellas leves lesiones de la agravante para reprimirlas dentro de su autonomía típica. Surge entonces claro, que lejos de generarse así un beneficio para los acusados, la nueva dosificación de pena estaría conduciendo a una sanción mayor derivada de ese plus surgida de la aplicación del artículo 26 del Código Penal que sirve de razón al Ministerio Público en su reparo, como que ante ella el impugnante pierde interés en la formulación de su recurso, conduciendo antes que a la restitución del bien vulnerado con un fallo injusto, hacia una inadmisible desmejora en la situación de los acusados, fin ajeno a los medios de impugnación y en especial al recurso extraordinario que se intenta.

La situación que se afronta abre camino para que ahora se recuerden las diferencias que median entre la legitimación que a la parte asiste para hacer uso de los medios de impugnación y el interés que en ellos compromete, pues si bien y en principio cualquiera puede criticar una providencia frente a la convicción que tome de su injusticia, siendo particularmente sensibles a ella las partes en sentido instrumental ante una decisión que en todo o en parte desestima sus razones, no puede ser con exclusividad el criterio del "vencimiento" aquel que marque la vocación del impugnante, sino el de la función que dentro del proceso materialmente cumple, y que en el caso del defensor apunta si no a la absolución del acusado, sí cuando menos a la obtención de su condena atenuada o a su

favorecimiento con los subrogados o las garantías que hagan menos gravosa su condición de vencido.

Con sobra de razón apunta al respecto la doctrina que

"*En lo que atañe al imputado, no se puede reconocer en él ningún legítimo interés para impugnar una providencia por razones atinentes a las otras partes, o no capaces de perjudicarle, o ventajosa para él, aunque injustamente, ni cuando, aun tratándose de una providencia gravosa, se limite él a pedir otra providencia equivalente en sus efectos o más gravosa, ni cuando los efectos de la providencia* hayan sido eliminados por otra providencia". "(Vincenzo Manzini, "Tratado de Derecho Procesal", tomo V, pg. 27 -en el mismo sentido Francesco Carnelutti, "Principios de Derecho Procesal" T. II, pg. 292 y "Lecciones sobre el Proceso Penal", T. IV, pg. 138 y ss.)

motivos que en mayor grado se resaltan frente a la casación, donde al lado de la unificación de la jurisprudencia y la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, se aúna entre sus fines el de "corregir los injustos gravámenes recaídos sobre las partes", lo que constituye el "estímulo al interés particular, para que la casación sea viable", poniéndole "punto final a un perjuicio particular ocasionado por el fallo recurrido". (cfr. entre otros, fallos de casación de febrero 5 y 27 de 1976 con ponencia de los Magistrados doctores Federico Estrada Vélez y Mario Alario di Filippo).

2.- Pese a la suficiencia que la anterior argumentación ofrece para inclinar hacia el fracaso de la demanda formulada, vuelve a asistirse de razones la Procuraduría Delegada cuando objeta que de atenderse la modificación de fallo como el casacionista lo propone, se llegaría a una inadmisible variación tardía y sorpresiva de la calificación de fondo otorgada a los hechos, pues es notorio que esa eventualidad no solamente repugna al derecho de defensa, sino que además pone en evidencia la inadecuada vía escogida para la censura, dado que con la adopción de una sentencia sustitutiva que incluyera un cargo no contenido en la resolución acusatoria, se incurriría en aquella inconsonancia que precisamente genera la causal segunda de casación.

De haber formalizado el censor un error en la adecuación de la conducta atribuida a los acusados, la vía correcta de su impugnación hubiese sido la de la causal tercera de casación, y no la primera por la cual optara, vicio de procedimiento que tampoco sustentó en forma debida, ni descubre la Corte para que proceda su decreto oficioso.

El cargo 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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE

No CASAR la sentencia motivo de la presente impugnación.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

REDENCION DE PENA POR TRABAJO

La redención de pena deberá ser computada como un día de estudio o de trabajo, en un máximo de ocho horas diarias esto es, que si un recluso excede en cada día bien por trabajo y/o estudio ese preciso límite, no podrán los directivos de los establecimientos carcelarios certificar el exceso. Pero si un recluso labora en un día un lapso inferior al ya indicado, podrá computársele parte de las labores realizadas en días diferentes, sin exceder en ningún caso las ocho horas de la jornada laboral.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 6497

Acción: Uriel Acuña Llanes

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No. 093

Santafé de Bogotá, D. C., treinta de julio de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

El procesado Uriel Acuña Llanes quien se halla detenido en la cárcel del Distrito Judicial de Barranquilla solicita se le conceda el beneficio de libertad provisional por considerar que en detención efectiva y la rebaja de pena a que tiene derecho por trabajo y estudio, resultan superiores a las dos terceras partes de la pena

que se le impuso en este proceso. Afirma que tiene derecho a que las labores realizadas deben ser computadas de acuerdo a los beneficios consagrados en el Código Laboral con relación a los días sábados, domingos y feriados y de visitas intermedias convenidos con la Dirección General de Prisiones ya que los días laborados coincidentes con aquellos, no los computan.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Uriel Acuña Llanes fue condenado por el Juzgado Quinto Superior de Barranquilla, mediante sentencia de fecha 20 de marzo de 1991, a la pena privativa de la libertad de diez años de prisión por el delito de homicidio en la persona de Ricardo Mejía Muñoz, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo de fecha 7 de junio siguiente el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

El peticionario se halla detenido desde el 12 de agosto de 1988, es decir, ha descontado efectivamente de la pena impuesta cuarenta y siete (47) meses y dieciocho (18) días. Por trabajo y estudio se le certifican 7659 horas que de conformidad con lo previsto en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal le representan una redención de quince (15) meses y veintiocho (28) días, para un acumulado de sesenta y tres (63) meses y dieciséis (16) días, inferiores a las dos terceras partes de la sanción que se le impuso en los fallos de instancia. Esta sola circunstancia es suficiente para que el beneficio de libertad provisional resulte inconducente.

Sea esta la oportunidad para hacer precisión sobre los alcances de los artículos 530 y siguientes del Código de Procedimiento Penal relacionados con la "Redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza".

Dice el artículo 530 que "El Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad concederá la redención de la pena por trabajo y estudio a los condenados a penas privativas de la libertad."

"A los detenidos preventivamente y a los sentenciados, se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio o trabajo."

"Se computará como un día de estudio o de trabajo la dedicación a estas actividades durante ocho horas, así sea en diferentes."

"Para los efectos de este artículo los Ministerios de Educación y Trabajo dispondrán los mecanismos necesarios para hacer viable este beneficio en coordinación con la Dirección General de Prisiones."

Mientras se crean los cargos de jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, corresponde al juez que dictó la sentencia de primera instancia, una vez

ejecutoriado, decidir mediante auto interlocutorio sobre la redención de pena por trabajo y/o estudio, cuando el condenado lo solicite, con base en los certificados que reposen en el expediente y de aquellos que se acompañen con la petición, siempre y cuando se acompañe el acta del consejo de disciplina o del Director del establecimiento en la que se acredite la buena conducta del recluso. (Artículo 532 Ibídem).

Respecto de los detenidos preventivamente o los sentenciados cuyo fallo aún no se halla ejecutoriado, corresponde al funcionario que conoce del proceso, en forma provisional, y para los efectos de la excarcelación prevista en el numeral 2o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, reconocer el trabajo, estudio o enseñanza que el recluso acredite y abonarlo al tiempo efectivo de reclusión para determinar si se cumple o no el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere la norma últimamente citada.

La redención de pena deberá ser computada como un día de estudio o de trabajo, en un máximo de ocho horas diarias, esto es, que si un recluso excede en cada día, bien por trabajo y/o estudio ese preciso límite, no podrán los Directivos de los establecimientos carcelarios certificar el exceso. Pero si un recluso labora en un día un lapso inferior al ya indicado, podrá computársele parte de las labores realizadas en días diferentes, sin exceder en ningún caso las ocho horas de la jornada laboral. En otras palabras no podrá certificarse y tampoco computar el funcionario las horas que excedan a las previstas en la norma ya citada.

De tiempo atrás en los establecimientos carcelarios se viene afirmando que esta Corporación, con ponencia de quien en este caso realiza idéntica labor, con fecha de 24 de mayo de 1983 dispuso que los días domingos y festivos debían ser computados en forma triple, lo cual resulta inexacto, ya que la Corte en ningún momento ha afirmado lo que se predica y tampoco produjo en esa fecha, ni en ninguna otra, providencia sobre el tema y en los términos que aduce el peticionario.

Los detenidos en verdad tienen derecho a que si desempeñan labores en los días sábados, domingos y feriados, se les certifique el tiempo laborado, se repite, sin exceder de ocho horas diarias, así coincidan con los días de visitas determinados en cada establecimiento carcelario, pues, el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal no excluye los referidos días para la realización de labores de trabajo, estudio o enseñanza.

Según las voces del artículo 531 la redención de pena por enseñanza, es decir, como instructor de otros reclusos en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, artesanal, técnica y de educación superior, tendrán derecho a que cada cuatro horas se le computen como un día de trabajo, cuando haya acreditado ante las Directivas del establecimiento carcelario, las calidades necesarias para ejercer la calidad de instructor o educador. Entonces, no podrá computársele el tiempo de enseñanza en los términos ya indicados, sino aquellos

reclusos que hayan sido designados para la referida labor y, en todo caso, con su petición al funcionario o juez que conoce del proceso como se deberá acompañar fotocopia auténtica del documento que acredite la idoneidad para realizar la referida labor.

Los certificados de trabajo, estudio o enseñanza deberán ser expedidos con indicación precisa de las labores realizadas, el número de horas laboradas al menos mensualmente pues, quien deba reconocer la redención de pena no podrá considerar certificados genéricos en los que simplemente se consigne el número total de horas que el funcionario deba reconocer en favor del procesado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NIEGA al procesado Uriel Acuña Llanes el beneficio de libertad provisional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS \ TERRORISMO

Es suficiente la realización de manera antijurídica y culpable por un particular de cualquiera de las conductas alternativas que contiene el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, para que se aplique la pena contemplada en el citado estatuto, sin que sea necesaria la presencia del ánimo o propósito terrorista como elemento estructurante del hecho punible.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 5821

Acción: Francisco Javier Barrera Gómez y otros

Delito: Concierto para delinquir y otros delitos.

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 092 Julio 29/92

Santafé de Bogotá, D.C., julio treinta de mil novecientos noventa y dos

VISTOS

Fue recurrida en casación la sentencia del 13 de julio de 1990 proferida por el Tribunal Superior de Orden Público y mediante la cual se condenó a Francisco Javier Barrera Gómez, Javier de Jesús Cano Duque y a José de Jesús Gómez Urrea, entre otros, a la pena principal de doce (12) años de prisión, como responsables de los delitos de concierto para delinquir y fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas armadas (arts. 7o. y 13 del Decreto 180 de 1988).

En la sentencia se condenó igualmente a Edgar Cubillos Burbano a cincuenta y dos (52) meses de prisión como responsable de los mismos delitos, pero a quien se le rebajó la pena por haber prestado una colaboración eficaz a la investigación (art. 37 del Decreto 180/88).

En la decisión del Tribunal fueron favorecidos con sentencia absolutoria Romualdo Burbano, Jairo Burbano, Alberto Farfán y Luis Ricardo Cubillos Sánchez y a los procesados condenados se les concedió una rebaja de la pena principal en relación con la sentencia del a-quo.

Contra la decisión anterior, interpusieron el recurso extraordinario de casación los procesados José de Jesús Gómez, Javier de Jesús Cano y Francisco Javier Barrera.

De los tres recurrentes, sólo presentaron demanda de casación ajustada y en oportunidad José de Jesús Gómez y Francisco Javier Barrera. Jesús Cano Duque, no presentó en oportunidad la demanda, razón por la cual se declaró desierto el recurso en relación con este procesado.

Agotado el trámite de rigor se procederá a decidir el recurso.

Breve reseña histórica

Marco Antonio Cubillos Molina, dedicado años atrás al ilícito negocio del narcotráfico, se había residenciado en la población de Berlín (Caquetá) tratando de eludir la acción de algunos compañeros de actividades quienes lo tenían amenazado de muerte, acusándolo de haberse apoderado de una millonaria suma de dinero, producto de la venta de cierta cantidad de cocaína. Algunos familiares de Cubillos Molina ya habían sufrido muerte violenta.

El 18 de abril de 1988, dicho señor hizo saber telefónicamente a los agentes del DAS en Florencia, que en el Hotel Central de la citada ciudad se hallaba un grupo de personas (sicarios) integrado por individuos llegados de Medellín y Bogotá, con el único propósito de dar muerte.

Las autoridades se trasladaron al Hotel Central y allí efectivamente hallaron y capturaron a Francisco Javier Barrera, Javier de Jesús Cano, Iván Horacio Ríos Guviria, José de Jesús Gómez y Edgar Cubillos Burbano.

Siendo informados los agentes del DAS por las misma fuente de que las armas con las cuales se pretendía consumar el acto homicida se encontraban en la finca "Peñas Rojas" ubicada en la vereda de Bruselas y administrada por Luis Ricardo Cubillos primo hermano de uno de los acusados, hacia allá se dirigieron y allí ocultos dentro de una tula encontraron diversas armas entre ellas una pistola Micro-

Uzi de 9 mm. y otra pistola Smith & Wesson de uso privativo de las fuerzas armadas. Se hallaron además equipos de radio-comunicaciones.

El proceso se adelantó por la Justicia de Orden Público y los acusados fueron sentenciados por los delitos de Concierto para Delinquir y tráfico de armas y municiones de uso exclusivo de las fuerzas militares, conductas punibles descritas y sancionadas en los arts. 7o. y 13 del Decreto 180 de 1988.

DEMANDA DE CASACIÓN

Dos demandas han sido presentadas y aceptadas para sustentar el recurso extraordinario de casación: la una a nombre de Jesús Gómez Urrea y la otra a favor de Francisco Javier Barrera.

En la primera demanda se impugna la sentencia con apoyo en la causal tercera del art. 226 del C. de P. P. , haberse proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad. A su amparo se formulan tres cargos:

a).- Que se incurrió en irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, porque la sentencia se basó en las diligencias practicadas por el DAS donde indebidamente se les recibió a los acusados declaración juramentada, en lugar de la exposición libre a que tenían derecho.

b).- Que esas exposiciones fueron recibidas a los acusados sin la presencia de apoderado.

c).- Que además se quebrantó el derecho de defensa porque al recibirles la declaración no se les advirtieron sus derechos, ni se les hizo saber que no estaban obligados a declarar contra sí mismos, como lo preceptúa el art. 286 del C. de P. P.

Segunda demanda:

También se apoya la segunda demanda en la causal tercera de casación que habla el art. 226 del C. de P. P. haberse proferido la sentencia en un proceso viciado de nulidad. Un solo cargo se formula contra la sentencia por incompetencia del Juez. Se afirma que el porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares, sin ánimo terrorista, es delito cuyo juzgamiento corresponde a los jueces ordinarios. Que como los procesados fueron juzgados por las autoridades de Orden Público, la actuación se encuentra afectada de nulidad.

Respuesta del Ministerio Público y consideraciones de la Corte:

Primera demanda:

Es verdad, como lo anota el libelista en los dos primeros cargos de la demanda inicial, que los Agentes del DAS de la ciudad de Florencia al desplegar su actividad de indagación ante los informes recibidos, procedieron de manera irregular a recibir declaración juramentada a los acusados y además sin la presencia de un defensor, en actuación a todas luces contraria a las normas procesales que regulan la materia.

Bueno es advertir una vez más, que actuaciones como la que se comenta, cuando se realizan por integrantes de la Policía Judicial sin el debido respeto y sometimiento a la ley, lejos de contribuir al éxito de la investigación, puede entorpecer su desarrollo y llevar a su fracaso con evidente perjuicio para los fines que la justicia persigue.

Sin embargo en el caso concreto y especial que se analiza los cargos formulados por el recurrente, sólo evidencian una irregularidad intrascendente que no vulneró el derecho de defensa ni el debido proceso, por cuanto las comentadas exposiciones no tuvieron incidencia en el proceso al no haber sido tenidas en cuenta por el fallador en el momento de proferir sentencia. La supuesta inexistencia de dichas diligencias por vicios en su producción, en nada afecta el caudal probatorio apreciado por el Juzgador para proferir la sentencia, porque expresamente los jueces tanto en la primera como en la segunda instancia prescindieron de los aludidos testimonios al momento de tomar su decisión.

Por eso expresa el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al responder la censura, que las cuestionadas declaraciones en nada contribuyeron para formar la convicción del fallador, ya que en ella los acusados no admitieron ni confesaron su participación en el plan criminal encaminado a terminar con la vida del informante, Sr. Marco Antonio Cubillos.

De ahí -agrega la Procuraduría- "...lo incierto de la afirmación del recurrente en cuanto a que el fundamento del fallo lo constituye el informe del DAS y las versiones juradas..." a él acompañadas.

Y en realidad una mirada al expediente permite apreciar que ninguno de los acusados y menos los recurrentes aceptaron su participación en los hechos, mostrándose totalmente ajenos a cualquier actividad criminal, posición que igualmente asumieron al rendir declaración indagatoria ante el Juez competente y que mantuvieron a través de todo el proceso con la sola excepción del sentenciado no recurrente Edgar Cubillos quien para hacerse acreedor a las rebajas de pena que consagra la ley, voluntariamente colaboró con las autoridades, testimonio que sin

embargo no fue aceptado como confesión, porque como lo expresa el Tribunal "...fue recibido contrariando claras normas del procedimiento penal...".-

Por eso el Juzgado en su sentencia al estudiar la prueba de cargo que compromete a los acusados como incursos en los delitos de concierto para delinquir y posesión de armas de uso exclusivo de las fuerzas militares, sólo tuvo en cuenta "...las acusaciones que de manera directa se hacen a los procesados, ya por los que eventualmente iban a ser agraviados con la consumación del plan criminal que fraguaban los comprometidos en esta causa o aquellos que no observan ningún interés en los resultados del proceso..." (Sentencia del Juzgado Primero de Orden Público, pág. 168).

Y en el desarrollo de su providencia, más adelante anota el mismo Juzgado: "...Los cargos que en el plenario se elevan contra los vinculados, es decir, el acuerdo criminal para dar muerte a Antonio Cubillos y a su cuñado Efraín Cubillos Burbano...deben estudiarse a través de la prueba indirecta, y así concluir la responsabilidad que le corresponde a cada uno de ellos como autor o partícipe de los delitos ...".

Idéntico criterio adoptó el Juez de la segunda instancia en la sentencia recurrida, al deducir la responsabilidad de los acusados de prueba directa y circunstancial de especial importancia, prescindiendo para adoptar su decisión de las versiones de los acusados rendidas ante el Departamento Administrativo de Seguridad - Seccional de Florencia. A las declaraciones de los sindicados recogidas dentro de la etapa del sumario con todas las formalidades legales sí se refiere el Tribunal, para analizarlas y poner en evidencia sus contradicciones, lo fallido de sus coartadas y la mendacidad en muchas de sus afirmaciones.

Se puede concluir en consecuencia, que si el recurrente acertó al señalar el yerro procesal en la aducción de la prueba, falló al no demostrar sus alcances en el concierto probatorio y lo que es fundamental, al no establecer su incidencia en la parte resolutiva del fallo. Irregularidades intrascendentes como las que anota el censor, no pueden en ningún caso acarrear la nulidad del proceso. No prosperan los cargos.

TERCER CARGO.

En un tercer cargo, la primera demanda se apoya en la causal tercera de nulidad, ofreciendo como sustento el hecho de que una vez capturados los acusados, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial "... los sometió ... a rendir exposición bajo juramento sin advertirles del contenido del art. 286 del C. de P. P. en el sentido de que no están obligados a declarar contra sí mismos ni contra sus parientes...".

Inane a todas luces resulta esta censura no sólo por la ninguna incidencia de la versión de los acusados en la sentencia, como tuvo oportunidad de demostrarlo la Sala en el punto anterior, sino además porque como también ya se anotó, los recurrentes nada confesaron ni admitieron en su versión rendida ante las autoridades del DAS; en ella no se acusaron ni declararon contra sí mismos ni comprometieron con sus dichos a parientes ni a terceras personas. Una absoluta negativa de su participación en los hechos punibles mantuvieron a través de todo el proceso. No se observa entonces, cómo el quebrantamiento meramente formal de lo dispuesto en el art. 286 del C. de P. P. pudo afectar sus derechos o perjudicar a terceros. El debido proceso o el derecho de defensa no pueden lesionarse con la simple irregularidad sin consecuencia procesal alguna como la que alega el casacionista.

No prospera el cargo.

Segunda demanda.

Cargo único: La demanda presentada a nombre del sentenciado Barrera Galeano pretende la declaratoria de nulidad del proceso, por incompetencia del juez.

Arguye el casacionista que el delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas y de policía nacional, sin fines terroristas escapa a las previsiones del art. 13 del Decreto 180 de 1988, para convertirse en el delito común contemplado en el C. P. de competencia de la justicia ordinaria y no de la especial de Orden Público.

Que como en el caso sub judice, no se puede imputar esa finalidad terrorista a los acusados el proceso fue adelantado y fallado con quebrantamiento de las normas que rigen la competencia.

Infortunadamente, para las aspiraciones del casacionista como lo resalta la Procuraduría Segunda Delegada, "...la tesis de la finalidad terrorista que debe caracterizar las conductas punibles del Decreto 180 de 1988 en especial la prevista en el art. 13 sobre la cual centra el ataque, no encuentra apoyo en el criterio jurisprudencial hasta ahora desarrollado...".

Y en realidad la Corte ha venido sosteniendo en forma reiterada y pacífica, que en los comportamientos punibles contenidos en el Decreto 180 de 1988, existen conductas que incluyen los fines o propósitos terroristas como parte de su descripción típica y por el contrario existen otras conductas ilícitas donde no aparece ese ingrediente subjetivo del tipo, ya que por su especial gravedad como el porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares, por sí solos afectan la seguridad ciudadana, quebrantan la paz, siembran zozobra y "...constituyen factor de desestabilización de las instituciones jurídicas y políticas".

Este criterio interpretativo sobre el alcance y sentido del mencionado estatuto, se encuentra entre otros pronunciamientos en las sentencias de septiembre de 1988. M. P. Dr. Edgar Saavedra, abril 4 de 1989, M. P. Rodolfo Mantilla. 9 de julio de 1990, sentencia en la cual se precisó y añadió sobre el tema lo siguiente:

" ... Y es que si bien la tenencia de armas no es el único camino para la perpetración de atentados terroristas o para causar zozobra en la población, sí es éste uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se presentan en esta clase de hechos, de ahí el por qué se haya establecido el comercio, porte, suministro, fabricación, almacenamiento, reparación o transporte de tales implementos como un hecho de por sí especialmente peligroso para la vida comunitaria dentro de las condiciones materiales que vive la nación.

"...Aceptado se tiene por la jurisprudencia, de la cual hizo reseña el censor, que el delito de amenazas personales descrito en el Decreto 180 de 1988, si bien no tiene en su construcción gramatical la exigencia de ánimo terrorista, es éste un elemento propio de él en la medida en que no todo comportamiento de esa naturaleza puede tener trascendencia en el orden público. Mas no sucede igual en torno al delito tipificado en el artículo 13 del mismo estatuto el cual según se ha dicho, por su propia naturaleza constituye un peligro para la seguridad ciudadana, de conformidad con las condiciones materiales por las que atraviesa el país, en donde la acción de grupos armados está causando significativas perturbaciones de la tranquilidad de los conasociados y permite en grado sumo la concreción de muertes a los particulares y a los funcionarios del Estado y la creación de condiciones propias para llevar a la gente común a la zozobra y al terror a más de que contribuye al clima de tensión, al aumento de los enfrentamientos entre particulares y de éstos con los agentes del orden y posibilita la formación de grupos de fuerza privados como los conocidos con el nombre de "autodefensas".

"Muy bien lo resaltó, por lo demás, la Sala, en ocasión de la providencia de 15 de septiembre de 1988 citada por el Procurador Delegado cuando afirmó:

"Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del Decreto que se comenta, no se siguió un tratamiento legislativo uniforme en ocasiones por decisión política del legislador ordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas.-

"Por el contrario, existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma la finalidad o propósito terrorista, en el segundo grupo se encuentra la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta realizada debe ser con finalidades terroristas o con vinculación con ellas".

"No se trata, como parece entenderlo el Procurador Delegado, que en aquél momento jurisprudencial baste con la objetividad de la conducta para dar por tipificado el delito previsto en el estatuto extraordinario, sino que resalta, justamente y con propósitos de que sirva como derrotero a la interpretación integral del Decreto, que allí existen algunas conductas que por su propia naturaleza entrañan un ataque más directo, más inmediato, más fuerte a las instituciones, lo cual llevó al legislador a tipificarlas con más estricta penalidad independiente de los fines que se buscaran con ellas".

Siguen la misma línea de pensamiento, las sentencias de 21 de mayo de 1990, M. P. Dr. Jorge Enrique Valencia, y 22 de agosto del mismo año, la reciente decisión de la Sala de fecha noviembre de 1991, M. P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda donde se ratifican y amplían los conceptos, con un detenido estudio del art. 13 del Decreto 180 de 1988 desde el punto de vista de su constitucionalidad y de su contenido y alcance en relación con las normas legales anteriores que regulaban la materia.

Lo anterior conlleva a la Sala a reafirmar su posición de que es suficiente la realización de manera antijurídica y culpable por un particular de cualquiera de las conductas alternativas que contiene el art. 13 del Decreto 180 de 1988, para que se aplique la pena contemplada en el citado estatuto, sin que sea necesaria la presencia del ánimo o propósito terrorista como elemento estructurante del hecho punible.

No quiere decir lo anterior, que se trate de sancionar la simple objetividad de la conducta, sino resaltar que el tipo penal en examen por atentar contra el orden social no puede entenderse como aplicable única y exclusivamente a grupos subversivos guerrilleros, sino a toda persona que con cualquier propósito, porte, conserve, fabrique, trafique, etc., con armas que por voluntad de la ley son de uso exclusivo de la Fuerza Pública.

Y otra razón de diversa índole que asoma la Procuraduría Delegada, hace igualmente improcedente la nulidad impetrada. Olvidó el casacionista que a los comprometidos en este proceso no se les juzgó únicamente por el porte de armas, sino además y en concurso material y heterogéneo con el delito del "Concierto para delinquir" consagrado en el art. 7o. del Decreto 180 de 1988, de competencia de la justicia de Orden Público que por la conexidad que lo une con el primer reato hacía necesario su juzgamiento en el mismo proceso.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia

impugnada y proferida contra Francisco Javier Barrero y otros, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencial.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

VIOLACION INDIRECTA \ CULPABILIDAD

Dado que el dolo (la culpabilidad en general) se exterioriza o se erige inevitablemente sobre elementos de juicio concretos, esto es sobre pruebas, un ataque tendría que transitar por la vía indirecta.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6527

Acción: Edgar García García

Delito: Falsedad y fraude procesal

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 95

Santafé de Bogotá, D.C., agosto cuatro de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de junio 9 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva condenó a Edgar García García a 18 meses de prisión, por los delitos de Falsedad y Fraude Procesal.

ANTECEDENTES

Los hechos materia del proceso, los resume fielmente así el Tribunal:

"Farith Narváez Quiroga poseía un granero en la Galería Central de esta capital, el cual surtía con algunas de las mercancías vendidas por 'Iván Cárdenas

Distribuciones'. En una oportunidad uno de sus empleados llevó a la casa donde Farith vivía un pedido de esponjillas e hipocolor (venta a crédito) y como no se encontraba le pidieron a Nubia Mora Hernández recibiera los elementos de aseo y firmara la factura de conformidad, lo que así se hizo por tratarse del hermano de su compañero permanente y de su inquilino.

"A raíz de una conflagración ocurrida en la plaza de mercado que arrasó con el puesto de venta de Narváez, éste quedó mal económicamente y no pudo cumplir con la obligación contraída: al no obtener su pago Iván Cárdenas negoció la factura con el hoy procesado Edgar García García, quien a máquina en dicho documento, al lado de Farith Narváez anotó 'y Nubia Mora, Carrera 25A Nro. 18-16', para proceder a presentar demanda ejecutiva contra ella, solicitando al tiempo como medidas previas el embargo y secuestro de varios electrodomésticos, diligencia que se llevó a cabo en septiembre 28 de 1989.

"La demanda fue presentada el 1º de septiembre de 1989 a la oficina de reparto, correspondiéndole su tramitación al Juzgado Tercero Civil Municipal de la ciudad, el cual libró el mandamiento de pago con base en el título presentado, es decir, la factura cambiaria que obra a folio 13 del expediente, cuyo número es 1437 por valor de $ 50.814.00, el plazo para su pago es de 25 días, todos los datos se encuentran escritos con cinta de color negro oscuro, sólo el agregado en letras más claras, al igual que el número 15 al final de la misma como plazo. Es importante desde ya anotar que el documento no fue suscrito por Farith Narváez y la firma de Nubia Mora con el número de cédula de ciudadanía aparece estampada en el espacio correspondiente a 'quien recibe'.

"La denunciante Nubia Mora Hernández afirma no ser deudora de 'Inversiones Iván Cárdenas' e insiste que su firma aparece allí por haber recibido los elementos de aseo, por tanto no podía ser ejecutada, además de que nunca le fue cobrada la factura y sólamente conoció a su denunciado el día del embargo de los bienes de su esposo Jesús Hernán Narváez Quiroga" (fls. 17 y 18-3).

El Juzgado 11 de Instrucción Criminal de Neiva abrió investigación, escuchó en indagatoria al acusado García García, practicó las demás pruebas pertinentes y mediante auto de mayo 10 de 1990 (fls. 35 y ss.-1) calificó el sumario con resolución acusatoria por los delitos de falsedad en documento privado y fraude procesal (C.P. arts. 221 y 182), decisión que recibió confirmación integral del Tribunal (fls. 15 y ss.-2).

El expediente pasó al Juzgado 6º Penal del Circuito de la mencionada ciudad que adelantó normalmente la causa y con fecha abril 15 de 1991 (fls. 88 y ss.-1) dictó fallo en armonía con la acusación, por medio del cual condenó al procesado Edgar García a la pena principal de 18 meses de prisión y al pago de los perjuicios, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelada por el defensor la sentencia, el Tribunal mediante la suya que recurrió en casación el procesado, la confirmó en lo esencial, adicionándola entre otras cosas en el sentido de fijar como plazo para pagar los perjuicios un tiempo de 3 meses y de expedir copias para efectos disciplinarios a la Juez 3º Civil Municipal que adelantó el referido proceso ejecutivo, por estimar el Tribunal que "En el caso sub-examine no se deduce una obligación clara, expresa y exigible con relación a la demandada Mora, en primera instancia porque se nota que fue agregado su nombre en el contexto de la factura y de otra parte ha debido para que existiera una obligación clara, someterse al reconocimiento por parte de Farith Narváez a nombre de quien sí en forma cierta aparece la factura..."(fl. 24-3).

La demanda

Citando el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, se afirma que el fallo viola directamente el artículo 40-4 del Código Penal, por falta de aplicación. "Esta norma fue abiertamente desconocida, estando el procesado incurso en ella -dice la demandante , porque en todas sus actuaciones procesales Edgar García sostuvo firmemente que para actuar como lo hizo porque (sic) existen preceptos normativos tanto del Código de Procesamiento Civil (art. 270), como del Código de Comercio (art. 622, 627), al aplicar la norma le dio un alcance extensivo distinto del que previó el legislador al momento de redactar las normas. El Tribunal Superior de Neiva, al no tener en cuenta la causal de inculpabilidad, confirmó la sentencia de primera instancia" (fls. 9 y 10).

Agrega más adelante que "Edgar García García obró con la convicción errada e invencible de que no concurrió en su acción alguna de las circunstancias que se exige para que el hecho corresponda a su descripción legal. El procesado actuó convencido de que al llenar el título valor factura cambiaria con el nombre de Nubia Mora Hernández, no incurría en el delito de falsedad en documento privado, debido a que interpretó y aplicó erróneamente, tanto el art. 622 y 627 del C. de Co. y art. 270 del C.P.C..." (fl. 11). Y líneas después reitera que "El convencimiento del procesado, de que no estaba incurso en un hecho punible, es tan profundo, traspasó la lógica y la razón y no pudo pensar y actuar de forma diferente. . Si bien él fue empleado de la Rama Jurisdiccional, no es mérito suficiente para no poderse equivocar... ".

Pide se case el fallo "y en su lugar se profiera sentencia absolutoria, en la que se reconozca la causal de inculpabilidad".

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal le reprocha primeramente a la demanda "presentar yerros técnicos importantes que impiden su consideración de fondo".

Argumenta que, aparte de que el ataque se centra esencialmente sobre la sentencia de primera instancia, no aparecen citadas en el libelo "los artículos que describen los delitos por los cuales se pronunció la sentencia (221 y 182 del Código Penal), con lo cual deja la censura a la mitad del camino...". Y explica, líneas adelante que "es de su esencia que la argumentación se lleve al campo de los tipos penales que consagran las conductas delictivas que dieron base a la sentencia de condena, porque si el acusado se equivocó sobre 'alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal', es lógica que se debe demostrar sobre cuál de los elementos del tipo penal respectivo recayó el yerro del procesado, argumento éste que fue desconocido por la libelista".

Señala la Delegada que, aún admitiendo que la demanda está "por este aspecto bien presentada", la pretensión de la actora solamente podría modificar el fallo en torno al delito de falsedad, "dejando incólume la imputación por el delito de fraude procesal... Quedaría, así, vigente la condena por tal infracción y no podría, por tanto, absolverse al incriminado".

"Otra falla sustancial" que le encuentra a la impugnación, se refiere a que como el sentenciador sí analizó la culpabilidad, para sostener la plena prueba sobre el dolo, no se da la falta de aplicación del artículo 40-4 del Código Penal, sino "cuando mucho, el yerro que podría enrostrársele sería por una incorrecta interpretación del precepto".

Por último, dice: "es igualmente incorrecto pretender la ruptura del fallo a través de planteamientos generales que no entrañan demostración alguna de los cargos formulados contra la sentencia, como se observa que es el contenido del escrito que se analiza...".

En este orden de pensamiento, pide "no casar la sentencia impugnada".

Consideraciones de la Corte

Las objeciones capitales que son dables hacerle a la demanda, puede sintetizarlas así la Corte:

1o.- Arguyó la demandante la "falta de aplicación" del numeral 4º. del artículo 40 del Código Penal, causal de inculpabilidad conocida como error sobre el tipo o error "de tipo". Pero no dijo cuál fue la consecuencia de esa inaplicación, que sería -dentro del contexto de la demanda- la indebida aplicación del artículo 221 del Código Penal, que describe el punible de falsedad en documento privado, uno de los delitos por los cuales se condenó al procesado.

2o.- Así planteado el cargo, resulta evidente que la actora cayó en otra falencia, pues la mera falta de aplicación (o 'infracción directa', como también se la identifica), tendría ocurrencia si el Tribunal, admitiendo que el acusado García García actuó

"con la convicción errada e invencible" de que su comportamiento no era típico, hubiera dejado de aplicar la norma en cuestión, que es la que manda en esos casos tener el hecho como inculpable y, por tanto, objeto de fallo absolutorio.

Pero en el presente caso ello no ocurrió. En defecto dijo al punto el Juzgado 6º Penal del Circuito de Neiva, juzgador de primer grado:

"... Como ya hemos visto García no es un profano en el conocimiento de las leyes y cómo nos ha dicho en el expediente que él con frecuencia pide y oye el consejo de sus amigos los abogados litigantes, de tal manera que aunque hubiese creído erradamente en la ilicitud de su comportamiento, tal error no era invencible pues le habría bastado consultar la ley o a sus consejeros, para salir del pretendido error" (fls. 100 y 101-1).

Por su parte, sobre el mismo particular precisó el Tribunal, como juzgador de segunda instancia:

"Se falsificó un documento privado que puede servir de prueba en una relación jurídica y se usó, esta conducta la castiga el art. 221 del C. Penal. El título valor no se había suscrito en blanco, pues ningún espacio se le había dejado para llenarlo de acuerdo con las instrucciones dadas, por cuanto no se había firmado por el comprador; el uso se le dio fue cuando se presentó como título ejecutivo ante los Juzgados Civiles Municipales, para demandar a quien había recibido la mercancía, previa inclusión del nombre de Nubia Mora como persona obligada a su pago al lado de quien adquirió los productos, para hacerlo solidaria de la misma y además se colocó otro plazo diferente al anotado en la parte posterior de la factura.

"Este comportamiento doloso lo realizó Edgar García García, así lo aceptó en todas sus intervenciones y pese a tratar por todos los medios de demostrar que lo hizo de buena fe, por todo lo dicho, no pueden creerse sus afirmaciones al respecto: sabía que no podía demandar a Farith Narváez Quiroga por cuanto no suscribió el título, no le buscó para que lo hiciera, en caso de haberse éste negado, por medios legales debió preconstituir la prueba de la deuda para proceder a cobrársela judicialmente, pero no hizo lo correcto, se fue por el camino más fácil, el delictuoso y por ello debe responder. A conciencia y voluntariamente cometió la ilicitud, lesionando sin justa causa el bien jurídico tutelado en la norma, como es la fe pública". (fl. 23-3).

3o.- Una falla aún más grave se desprende de lo anterior: si se lee con cuidado la demanda, en el fondo de la misma no sostiene que el sentenciador dejó de aplicar el artículo 40 numeral 4º del Código Penal, sino que no tuvo en cuenta la versión del procesado, cosa que, de inmediato, situaría la censura en el campo de la violación indirecta de la ley, que no fue la aducida aquí.

Bien elocuente se exhibe al respecto la insistencia de la actora en que "Esa norma fue abiertamente desconocida, estando el procesado incurso en ella,

porque en todas sus actuaciones procesales Edgar García García sostuvo firmemente que para actuar como lo hizo...". Es decir, lo que realmente plantea es que el Tribunal inaplicó la exculpante por no haber atendido o creído la 'buena fe' recalcada por el acusado García García en sus intervenciones procesales.

Tan cierto es dicho enfoque que la censora se dedica a "contradecir" las deducciones del fallador en orden a desechar la causal de inculpabilidad, y que se han dejado transcritas párrafos arriba.

Y es que, en definitiva, dado que el dolo (la culpabilidad en general) se exterioriza o se erige inevitablemente sobre elementos de juicio concretos, esto es, sobre pruebas, un ataque como el que se encara en este caso tendría que transitar por la vía indirecta. No se olvide que para repudiar la eximente el fallador estimó que las normas eran claras al respecto y que el acusado no sólo "adicionó" el documento (con el nombre de la dama que se había limitado exclusivamente a recibir la mercancía) sino que "cambio" el término del plazo o crédito para cancelar la factura; también tuvo muy en cuenta el Tribunal la "experiencia" del procesado", su "conocimiento" de las leyes y su permanente contacto con casos como el que generó la delincuencia por la cual se le condenó; en el proceso hay prueba de que García García es "comisionista" y tiene una "oficina de cobranzas". Si de todo ello el sentenciador extrajo conclusiones ilógicas (de dolo), es claro que la vía adecuada para el reproche respectivo era la indirecta, y no la directa que propuso la actora, sin sustentar por lo demás, como lo observó la Delegada al final de su concepto.

Es claro, entonces, que un desconocimiento tal de la técnica casacional hace impróspero el cargo.

El 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.

En firme, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Gustavo Gómez Velásquez — *Dídimo Páez Valencia*

Edgar Saavedra Rojas — *Juan Manuel Torres Fresneda*

Jorge Enrique Valencia M. — *Rafael Cortés Garnica*

Secretario

IMPEDIMENTO \ PARTE CIVIL

Si una Sala del Tribunal Superior manifestó su punto de vista sobre la carencia de personería de la Parte Civil, inhibiéndose para conocer, no se constituye en decisión judicial y no procede el impedimento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7818

Acción: Alice Pérez de Alvarado

Delito: Peculado, falsedad

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta No. 0096

Santafé de Bogotá. D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte sobre la declaración de impedimento manifestado por los Magistrados Gloria Flórez de Sabogal, Luis Eduardo Manrique Guzmán y Humberto Gutiérrez Ricaurte, Miembros de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogota. No sobra agregar que la recusación elevada por el Dr. Darío Garzón Garzón no obtuvo respuesta de la Sala de Decisión que se declara impedida, toda vez qre el aludido profesional no aparece reconocido como representante de la parte civil dentro del expediente.

ANTECEDENTES

Lo reseñó con propiedad el Tribunal. Aquí sus palabras:

"El 20 de junio de 1990, el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia de la H. Magistrada doctora Beatríz Castaño de López, confirmó la resolución de

acusación que por el delito de peculado, profiriera el juzgado 34 de Instrucción Criminal, en contra de Alice Del Carmen Pérez de Alvarado.

En Providencia del 26 de julio de 1991, el Juzgado de conocimiento, 34 Penal del Circuito, tras petición del apoderado de la parte civil, se abstuvo de variar la calificación provisional hecha en el pliego de cargos.

Recurrida la anterior determinación, la Sala de la Corporación integrada por los HH Magistrados, doctores Gloria Flórez de Sabogal, Luis Eduardo Manrique Bernal y Humberto Gutiérrez Ricaurte, en interlocutorio del 18 de diciembre del año próximo pasado, se abstuvo de conocer la providencia apelada.

Llegado el proceso al juez de primera instancia, el pasado 27 de enero, dispuso que "En cumplimiento de lo ordenado por el H. Tribunal de Santafé de Bogotá D.C., en el auto de fecha dieciocho (18) de Diciembre pasado, se dispone revocar el auto admisorio de la constitución de parte civil, calendado el 27 de enero de 1988; en firme este auto, vuelvan las diligencias al despacho para fijar hora y fecha de audiencia pública...".

Luego de ser acedido el recurso de apelación, a través del de hecho, el 7 de mayo del año en curso llegaron las diligencias a la Corporación, ordenándose el traslado correspondiente por la doctora Flórez de Sabogal.

En escrito recibido el 20 de mayo siguiente, el apoderado de la parte civil recusó a la H. Magistrada sustanciadora y a los demás componentes de la Sala de Decisión... escrito al que se dio respuesta en el auto del 3 de julio, mediante la manifestación conjunta de impedimento".

El impedimento

Con apoyo en las causales 4ª y 7ª del art. 103 del C. de P.P. derogado, la Sala de Decisión que preside la Magistrada Gloria Flórez de Sabogal, manifiesta su impedimento para conocer y desatar el recurso de apelación contra el proveído que, en primera instancia, revocó el auto admisorio de la constitución de parte civil. Ello se debió a que la Sala, el 18 de diciembre de 1991, se abstuvo de conocer, por vía de apelación, de la decisión del a quo que negó la petición de la parte civil de variar la calificación de los hechos, pues consideró la Colegiatura "... que la Contraloría General de la República carece de personería sustantiva para intervenir en este proceso como parte civil...".

Por consiguiente, considera "... indiscutible que... emitió concepto, opinión sobre el tema objeto de apelación, en otros términos, dictó, así haya sido en forma indirecta, la providencia materia del recurso... y por lo mismo, presente como se halla esa opinión anticipada, impide a la Sala conocer del asunto en cuestión...".

La decisión del Tribunal

La Sala del Tribunal que conoció del impedimento, presidida por el Dr. Jorge Alberto Hernández Esquivel, estimó que no se dan ninguna de las circunstancias señaladas por sus colegas ya que la Corte ha sido clara en sostener que la única opinión que inhibe "... es aquella que se emite por fuera del trámite del proceso y del deber y el ejercicio de la función que se cumple, con las excepciones conocidas de haber proferido la providencia de cuya revisión se trata o conocido en etapa del proceso en que deben intervenir, obligatoriamente, distintos funcionarios...".

A continuación advera que la razón fundamental estriba "...en que el proceso es una secuencia de actos, donde unos dependen de los otros y en cada uno el juez va consolidando la solución final dentro de un criterio progresivo que implica que cada paso posterior se basa en uno anterior que le sirve de presupuesto y sobre todos, por mandato legal, debe pronunciarse el funcionario jurisdiccional".

Ahora bien, respecto del proferimiento "indirecto" de la providencia cuya revisión se trata, aduce que si bien es cierto la Sala que se declaró impedida "...se refirió, de manera clara, a la circunstancia de que la Contraloría General de la República no podía constituírse como parte civil...", desde el punto de vista forma no se dan los presupuestos del impedimento pues los magistrados no profirieron la providencia materia de la alzada.

Además, cuando se abstuvo de conocer de la apelación, por ilegitimidad del recurrente, cumplió su cometido como juez de segunda instancia en ejercicio de sus funciones, "... con el poder que le otorga la ley de adecuar los actos procesales a la legalidad, y de ninguna manera reemplazar la decisión, que en definitiva la ha de tomar... el juez de primera instancia y apenas constituye un juicio u opinión que se emite en desarrollo de un deber funcional y dentro de un proceso penal...", amén de que "...no hay providencias que se profieran 'indirectamente' y tampoco a ellas se refiere la norma procedimental...".

Finalmente, advierte que no se pueden tomar decisiones que no son objeto del recurso, pero en su reemplazo se pueden admitir "...parámetros que orientan la investigación o decisiones posteriores que han de tratarse en desarrollo del proceso, sin que esto pueda dar lugar a separar del conocimiento al funcionario de segunda instancia o se traduzca en falta de garantía para las partes...", pues cuando existan estas posibilidades, el legislador los consigna de manera expresa o se infiere palmariamente de la estructura del proceso.".

La Corte

1. Como bien lo recuerda el Tribunal, y como lo ha reiterado en múltiples oportunidades la Sala, el "haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", es una causal de impedimento que tiene que ver con

las acciones del juez por fuera de sus funciones. La razón es clara. Si, por virtud del ejercicio de su cargo en un específico asunto, el juez ha examinado el caso y ha resuelto un determinado punto de él, está cumpliendo con el deber que le asigna la ley por lo que mal podría separársele del conocimiento del proceso.

2. Distinto es el caso cuando dictó "la providencia de cuya revisión se trata", pues se estaría violando el principio de la doble instancia, al permitirse que el funcionario que la profirió sea el mismo que la revise, lo que daría lugar a que no decida con la independencia requerida, pues ya se ha formado una opinión concreta sobre el asunto que, a no dudarlo, influirá en grado sumo en la segunda decisión, la que, a la postre, terminará por convertirse en una simple reiteración de la primera, huérfana de nuevos conceptos y motivaciones.

3. En el caso de la especie se observa, en primer término, que la actividad cumplida por la Sala que se declaró impedida se realizó dentro del mismo proceso que tenía a su cargo, por lo que, la causal cuarta que aduce, no tiene ninguna aplicación. Recuérdese que, en ejercicio de sus funciones como juez de segunda instancia, los Magistrados resolvieron abstenerse de conocer de un recurso de apelación por considerar que la parte civil recurrente no tenía personería para actuar como tal, concepto que acogió la primera instancia, excluyéndola por tal motivo del proceso.

Así las cosas, fue en cumplimiento de un deber legal que se emitió el concepto que hoy es materia de discusión. Ahora bien, en lo que se refiere a la causal séptima, tampoco son de recibo las manifestaciones de los magistrados que pretenden separarse del conocimiento del presente asunto. Su curiosa tesis de haber dictado "indirectamente" la providencia de primera instancia que le quitó la personería a la parte civil, no tiene ningún asidero legal, no sólo porque esta forma de proferir decisiones no se encuentra prevista en la normatividad, sino también porque este acto especialísimo sólo puede ser realizado por el juez que le compete tal asunto, por lo que, cualquier intervención extraña vicia de nulidad la actividad cumplida, al usurpar la competencia respectiva.

De otra parte, como bien lo resalta la Sala que rechazó el impedimento, el proceso se halla edificado sobre una serie de actuaciones, dependientes entre sí, como se guardan una estrecha relación, hasta el punto de que unas se convierten en el presupuesto de otras o en su lógica consecuencia. Por fuerza, en la medida que se avanza por el sendero procesal, el juez va sumando conceptos y, paso a paso, va edificando un criterio que, en cada momento, se nutre de sus actuaciones pasadas y, con base en ellas, va dirigiendo su quehacer hsta el logro de la meta final, que no es otra que proferir una decisión que consulte dicha realidad, marcada por la ponderación, la experiencia, la sabiduría y la justeza.

Absurdo sería, por tanto, que una decisión determinada sea suficiente para separarlo del proceso. Piénsese en la resolución de la situación jurídica del

imputado, en la que ya se esbozan determinados lineamientos jurídicos, como razón suficiente para comprometer de ahí en adelante el criterio del juez hasta el punto de que, únicamente, su reemplazo por otro garantizaría un fallo realmente justo. La fragmentación del proceso sería la última consecuencia, impidiéndose la estructuración de un criterio que abarque a plenitud la realidad procesal y con ello, el dictado de un fallo que la consulte.

El que la Sala ya hubiera manifestado su punto de vista sobre una posible carencia de personería de la parte civil, inhibiéndose para conocer de la apelación interpuesta por ella, no se constituyó en una decisión judicial, puesto que ello le correspondía al juez de primera instancia quien acogió la tesis de la Colegiatura. Así las cosas, la providencia se profirió de manera independiente, por un funcionario diferente, por lo que conocer de ella en segunda instancia, era apenas el cumplimiento correcto de las reglas contenidas en el estatuto procedimental.

El principio de las dos instancias quedó preservado en debida forma y, aunque su pensamiento sobre el tema ya había sido anunciado, esto corresponde a la actividad normal de los funcionarios judiciales quienes, como ya se expresó, en la medida en que intervienen en un proceso, van exponiendo paulatinamente sus puntos de vista, acorde con el avance de la actuación procesal.

El impedimento no tiene razón de ser y así lo declarará la Sala.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

No aceptar el impedimento propuesto por la Sala de la que forman parte los Magistrados Gloria Flórez de Sabogal, Luis Fernando Manrique Bernal y Humberto Gutiérrez Ricaurte, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, y, en consecuencia, disponer que continúen conociendo, en segunda instancia, del proceso seguido en contra de Alice Pérez Bonilla de Alvarado.

Notifíquese y cúmplase.

Devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IN DUBIO PRO REO
\ VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA

Cuando el juzgador acepta que los presupuestos del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal se hallan dados sin que se dé la consecuencia que en él se advierte, debe demandarse esa decisión por la causal primera, cuerpo primero, lo que llevaría a tener ese precepto como norma sustancial, desconociendo su entidad como norma de procedimiento.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6148

Acción: Alvaro Toscano Feged

Casación

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 096

Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del acusado Alvaro Toscano Feged en contra de la Sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual revocó la absolutoria que en primera instancia emitiera el Juzgado 25 Superior de la misma ciudad, para condenarlo e imponerle la pena principal de diez (10) años de prisión, el pago de los perjuicios materiales y morales y las sanciones accesorias de ley.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. En la tienda ubicada en la carrera 60 No. 74-81 de Bogotá se encontraba departiendo en compañía de sus amigos el individuo Eduardo Guzmán Varela, cuando sorpresivamente hizo presencia un desconocido que en estado de embriaguez procedió abusivamente a tomar de su mesa una soda y un poco de aguardiente. Como ante el natural reclamo de los contertulios, exhibió el recién llegado un arma de fuego profiriendo con ella amenazas, a excepción de Leonel Chávez Fara quien se ocultó dentro del establecimiento, todos los clientes abandonaron el local buscando protección y siendo seguidos por el sujeto armado quien ya en la calle disparó repetidamente su revólver para hacer impacto en dos oportunidades sobre la humanidad de Eduardo Guzmán cuyo deceso se produjo en el acto cuando el ofendido huía hacia su casa de habitación.

Jaime Rodríguez Ruiz, compañero del occiso y quien también fuera víctima de la común agresión, logró dar captura a Toscano Feged en el momento en que pretendía alejarse del lugar de los hechos.

2. La apertura de la investigación corrió a cargo del Juzgado 116 de Instrucción Criminal Permanente, Despacho ante el cual rindió indagatoria el retenido. Perfeccionada y clausurada luego la investigación a cargo del Juzgado 29 de Instrucción Criminal, su calificación se hizo mediante resolución acusatoria que concretó en contra del sindicado el cargo de homicidio, decisión que recurrida en apelación recibió plena confirmación por parte del Tribunal Superior.

Avanzada la causa, verificada la diligencia de audiencia y proferido por el Juzgado 25 Superior fallo absolutorio, su decisión ameritó el recurso de apelación por parte de la Fiscalía que con esa impugnación abrió el camino para que al conocer de nuevo, el Tribunal Superior de Bogotá optara por la revocatoria, condenando al acusado a las penas indicadas al inicio de esta providencia.

LA DEMANDA

Invoca el recurrente "la causal señalada en el inciso primero del numeral 1°, del Artículo 15 del Decreto 1861 de 1989" acusando la sentencia por violación de la ley sustancial, según referencia que al efecto hace de los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal, afirmaciones que en nada obstan para que a continuación sostenga que los mismos desvíos del ad-quem fueron la génesis de una violación indirecta de la ley sustancial "por error de hecho manifiesto en el análisis de las pruebas aportadas en el proceso", tras omitirse una sopesación de conjunto.

Para concretar su acusación afirma que el Tribunal basó la sentencia de condena en los dichos y el reconocimiento que del enjuiciado hicieron los amigos de la víctima, desconociendo que el declarante Jaime Rodríguez Ruiz incurrió en

equivocaciones al describir los rasgos morfológicos del individuo al cual señaló como homicida. Del mismo modo y al destacar el tiempo transcurrido entre la ocurrencia de los hechos y la aprehensión del sospechoso (entre 5 y 10 minutos) propone la posible huida del verdadero autor de los disparos para insinuar que la aprehensión ocurrió sobre un transeúnte ajeno a los hechos, circunstancia inadvertida por el juzgador, como desconocidos fueron el estado físico y psicológico en que se hallaban los demás testigos: ebrios, atemorizados y sólo interesados en la búsqueda de su propia protección, confusión que les impedía lograr un señalamiento certero del autor de los disparos, factores rectamente asumidos por el Juzgado al absolver bajo el reconocimiento de la duda, pero que el Tribunal varió sin ocuparse mínimamente de su análisis.

Agrega el censor que la labor del Tribunal se limitó a desechar gratuitamente la versión del implicado Alvaro Toscano Feged quien en su injurada apenas aceptó la proximidad al lugar de los hechos pero rechazando cualquier intervención en ellos, así como los testimonios de William Orlando Castro, José Edilberto Sánchez, Carlos Arturo Riveros, María Valentina Rodríguez Barrios y Elvira Corredor, quienes le ofrecieron amplio apoyo al admitir que al acusado se le vio caminando en solitario, procedente del conjunto residencial Metrópolis. Tampoco se habría tenido en cuenta, según el censor, la prueba del guantelete cuyos resultados negativos estaban en favor del reo.

Para finalizar concreta que fueron varios los errores de hecho y las suposiciones que llevaron al juzgador de segunda instancia a conclusiones equivocadas, al no apreciar las pruebas aportadas en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica, inaplicando el principio de in dubio pro reo y de tal modo violando "en forma indirecta, las normas sustanciales referidas", lo que a juicio del censor debe rematar en la casación del fallo de condena, para que en su lugar profiere la Corte el sustitutivo de absolución del acusado.

El concepto de la Procuraduría

El Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicia su concepto criticando la imprecisión y vaguedad de la demanda y el protuberante yerro en que incurre el casacionista al omitir señalar la modalidad de la violación de la ley sustancial, inobservancia que hace improcedente su análisis de fondo, por cuanto del contenido del escrito se desprende la invocación al mismo tiempo de la violación directa e indirecta. En el primer evento, por la referencia al inciso 4º del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989; y en el segundo porque el ataque se dirige a las pruebas, sin que la sola alusión a los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal como normas violadas, sin un análisis consecuente sobre esa transgresión supere la dificultad creada, menos si el censor no expresa cual es su criterio sobre la naturaleza sustancial o adjetiva de estas disposiciones. Ocupándose de este último aspecto hace la Delegada un análisis retrospectivo del desarrollo

jurisprudencial que ante la Corte y en sede de este recurso extraordinario ha tenido el principio del in dubio pro reo, recordando que mientras en fallos de mayo 6 de 1982 y noviembre 13 de 1991 la Sala ha advertido que al desconocimiento de esa disposición podía llegarse solamente mediante violación indirecta, ora por error de hecho, bien por error de derecho, en una nueva postura adoptada en fallo de octubre 23 de 1991 se aceptó la posibilidad de demandar la violación del artículo 248 del entonces Decreto 050 de 1987 por la vía directa, siempre que el error del juzgador haya consistido en la inaplicación del precepto, pese a tener por admitida la existencia de la duda.

Ofreciendo su aporte en la elucidación del tema, sostiene el Procurador que atenido al concepto que de las normas sustanciales dio la Corte en sentencia de julio 4 de 1990 sólo puede concluir en que tanto el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal que rigió este juzgamiento, como el artículo 248 ibídem, "...son un medio o un instrumento para la concreción de una consecuencia jurídica, como es la imposición de una sanción o no que se establece fuera del contexto de la ley enunciada. Establecida la existencia o inexistencia de los grados probatorios enunciados es que se puede determinar la consecuencia absoluta consagrada en la norma que tipifica el delito. La relación es de medio a fin, estableciéndose entonces el carácter de normas procesales o adjetivas de los artículos 247 y 248 del C. de P.P.

"En esas condiciones, la invocación genérica que el censor realiza en el libelo sustentatorio de la impugnación extraordinaria, de que las normas violadas son los artículos 247 y 248 del C. de P.P. es inadmisible, dado el crácter de no sustanciales de las normas aludidas. Por tanto, podría arguirse la transgresión de las mismas para fundamentar un yerro de hecho o de derecho, que daría lugar a la violación mediata de la ley sustancial, pero así no es propuesto por el casacionista.

"Pero además, precísase consignar que colocar en el mismo plano e indistintamente la transgresión de los artículos 247 y 248 del C. de P.P., se genera una inconsistencia que es preciso señalar. Cuando se preconiza la ausencia de prueba para condenar, la alegación se funda al amparo del artículo 247 del C. de P.P. Si seguidamente, se plantea que debe aceptarse la duda, la cual fue desconocida, transgrediéndose el artículo 248 ibídem, se entroniza un factor de inseguridad en las bases de la alegación, pues no es factible pretender en el mismo nivel, los efectos de los fenómenos procesales aludidos, así conduzcan al mismo resultado, como es la absolución. Los presupuestos de aplicación de las normas referidas tienen naturaleza diversa y excluyente."

Así los defectos anotados resultan a juicio del Ministerio Público bastantes para la importancia de la demanda, a ellos todavía añade como insalvables fallas técnicas las que a continuación se apuntan:

El censor no precisó el sentido del error de hecho manifiesto que pregona, requisito ineludible al conocerse que son tres las direcciones definidas y diverso su contenido, omisión que no puede excusarse ni de otro modo suple la alegación, pues

en ella invariablemente se apunta a la suposición de pruebas, a su omisión y al falso juicio de identidad, pero en ninguno de esos casos precisa ni delimita su alcance.

Sumado a lo anterior encuentra que ni siquiera se atuvo el censor a la realidad que abrigaba el proceso, pues mientras a su juicio omitió el Tribunal la estimación de pruebas que favorecerían al acusado, el fallo demuestra su oportuno análisis, y si ello era así, mal formulada estaba la proposición del falso juicio de existencia, cuando la opción crítica debía encaminarse hacia un falso juicio de identidad que la demanda no propone.

Por lo demás, el esfuerzo crítico del libelista se conforma con inventariar los yerros en que supuestamente estuvo sin preocuparse por cumplir el propósito que en casación encierra la censura, esto es, el de "desquiciar los fundamentos probatorios que fincaron el corolario de responsabilidad penal por parte del Tribunal", inconsistencias todas que sólo pueden rematar en la desatención de la demanda, presupuesto que le lleva a solicitarle a la Corte se abstenga de casar la sentencia impugnada.

Consideraciones de la Corte

Es justa la crítica que a la demanda hace la Procuraduría Delegada, y de tal grado la confusión y contradicciones que el libelo encierra, que de su análisis pormenorizado irremediablemente se concluye en su improsperidad, como que ni siquiera aproxima a la posibtlidad de otorgarle una respuesta adecuada.

Para comenzar se observa que ni siquiera ofrece el escrito una dirección cierta y definida hacia la vía que de la violación se invoca, porque muy a pesar de la remisión que el casacionista hace al inciso primero, artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 como causal escogida, antes de formalizar ese anunciado ataque por la vía de la violación directa, de inmediato sostiene que al desconocimiento de los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal (aparentemente citados como normas sustanciales) el juzgador llegó mediante un error de hecho en el análisis de las pruebas, crítica propia de la violación indirecta que, para colmo, luego confunde en eventos que darían tanto lugar a errores de hecho como de derecho, sin que ofrezca una definición ni haga un desarrollo propio de los unos o de los otros.

Peor aún: procurando una aproximación hacia las diferentes clases de error que sugiere, fácil se descubre como lo critica la Delegada, que ni siquiera se atiene el libelista a la realidad que encierra el proceso, pues sosteniendo que ninguna referencia hizo el Tribunal a los testimonios de quienes apoyaron las voces del acusado proponiendo su accidental tránsito por el lugar de los hechos y total ajenidad con los mismos, desconoció las expresas referencias críticas que a esos medios hace de manera seria y fundada el ad-quem, en repetidos apartes de su fallo.

Es así como se analiza en la sentencia consultando a los testigos presenciales, que si hubo "inmediatez" entre la presencia del extraño frente a la mesa de amigos, el reclamo de éstos, la amenaza de aquel, la salida del grupo, los disparos y la

captura, no pudieron transcurrir los varios minutos en que se funda el casacionista para sostener la pretendida confusión que le sirviera al herido para huir y al inocente transeúnte Toscano Faged para ser confundido y retenido. Tampoco fue extraño el Tribunal a las discordancias que surgieron entre los testimonios de los amigos del occiso, pues tildándolas de leves les halló explicación encontrando que pese a ellas sobresalía la coincidencia entre la descripción que de los rasgos del agresor hacían y las características físicas y apariencia del acusado, explicándose lógicamente que si "frente a cualquier percepción" una persona "está sujeta a equivocaciones o imprecisiones" más que denotar sus inexactitudes que no dice la verdad, ponen "de relieve la espontaneidad y sinceridad de los testigos".

Inexacto también el que se diga que para el Tribunal no contaron las versiones rendidas por los parciales del acusado. El fragmento que del fallo de segunda instancia se transcribe, es la mejor respuesta que puede darse al libelista:

"...el que se diga por uno de los celadores que fue visto (el procesado) salir del conjunto entre 9 1/2 y 10 de la noche, no desvirtúa su presencia en el vecino barrio de las Ferias, a la hora de los hechos. De estos no sabe con exactitud a qué hora ocurrieron, se dice que tuvieron lugar después de las nueve de la noche, 'pasadas las nueve'. De manera que el que se diga por este testigo que tan sólo sale el procesado de su casa entre 9 1/2 y 10 no conduce a lo propuesto.

"Tampoco el que el otro celador aporte con su dicho juramento que vio salir al procesado para dirigirse a la calle 80, en momentos en que fue agredido por la gente, es de recibo como para dar basamento de verdad a lo afirmado por aquel. Como se dijo en forma amplia antes, su presencia en el lugar, dentro de la tienda y luego fuera disparando, es un hecho demostrado fehacientemente por testigos presenciales que procedieron a capturarlo allí mismo.

"Ante la contundencia y claridad probatoria reveladora de una situación flagrante para el procesado Toscano Feged, es imposible dar cabida al resquebrajamiento de su valor probatorio por el aporte de testimonios como los rendidos por las amigas que coincidencialmente salen de su casa para ir a la tienda a comprar gaseosa y cigarrillos y observan lo ocurrido y la pertinente y oportuna presencia de dos hombres que corren perseguidos por unos borrachos que salen de la tienda.

"Tan a propósito son sus testimonios como confuso su relato de lo observado. Ciertamente no ofrecen credibilidad ni pueden tampoco sembrar ni siquiera la duda sobre autoría de los hechos para ubicarla en otra persona no identificada pero sí vista por ellas esa noche. Razón le asistió al señor Fiscal cuando critica el valor dado a estas declarantes y expone su argumento de que se trata de 'testigos paracaidistas' a los que no se les puede creer. El encartado sí se encontraba esa noche en el lugar; posiblemente como se acreditó, salió de su casa con quien fue visto y se dirigió al barrio vecino en búsqueda de licor, como también se estableció, con tan mala fortuna sí, que con el acicate del alcohol consumido protagonizó los hechos en los que utilizó el revólver para dar muerte a uno de los contertulios de la tienda...".

No es cierto, entonces que las pruebas señaladas por el censor como favorables al procesado hubieran sido desatendidas en la segunda instancia, tampoco verdad que las de los parciales del fallecido hubiesen sido aceptadas a ciegas, ni otras más objeto de deformación en la sentencia. Inútil en ello el esfuerzo del casacionista por llevar a ver lo que el proceso no demuestra, fácil se comprende la derivación que la demanda termina por hacer sin que logre salirse de sus contradicciones, hacia una crítica de la valoración que de los medios hace el juzgador, pues con esa desviación no repara el impugnante en que indebidamente incursiona en los errores de derecho por falso juicio de convicción, ignorando que dentro de un sistema de valoración probatoria regido por la sana crítica, acusaciones tales no prosperan, porque con ellas inútilmente se intentaría regresar a las etapas superadas de la instancia, cuando la casación reclama que dentro de una alegación clara y precisa se demuestre la existencia de un error protuberante o manifiesto, no una diferencia de criterios, y su incidencia en el fallo que se impugna, no la reviviscencia de etapas precluidas.

A los vicios que acusa la demanda con relación a la prueba testimonial tampoco escapa la crítica que el censor dirige a la prueba indiciaria, porque en ella no se atina de modo coherente a demostrar cuales fueron los errores del ad-quem, quedando la inconformidad en el sólo esfuerzo de su enunciado.

Otro tanto sucede al sostener que no se tuvo en cuenta el dictamen de balística, ni la falta de licencia o de factura de compra de un revólver de las características del empleado por parte del acusado, pues con hacer tan sólo la afirmación no se suplen las necesidades técnicas de una demanda en casación, ya que dentro del principio de limitación que rige este recurso extraordinario le está vedado a la Corte adivinar o suponer lo que el censor no expresa, como entrar a complementar, variar o corregir los términos de la demanda. Si ésta es notoriamente deficiente como se ha puesto en evidencia en el presente caso, la única respuesta que permite es la de su inexcusable desestimación.

El cargo no prospera.

2.- Al margen de los defectos que le observa al libelo y del resultado que de ellos le propuso a la Sala, al referirse a la manera equivocada como el censor aborda en casación el tema de la duda, el Señor Procurador critica por vacilante e incierta la postura que ha mostrado en recientes decisiones ésta Sala, quejándose porque al variar la que venía siendo su tradicional doctrina, equivocadamente ha venido a sostener que cuando el juzgador acepta que los presupuestos del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal se hallan dados, sin que se dé la consecuencia que en él se advierte, debe demandarse esa decisión por la causal primera, cuerpo primero, lo que llevaría a tener ese precepto como norma sustancial, desconociendo su entidad como norma de procedimiento.

Si se tiene en consideración que a la postre y para el caso presente, el casacionista terminó por aducir que al desconocimiento de la duda se llegó por

defectos en la apreciación de las pruebas, bastaría con responderle a la Delegada que su observación no viene al caso, porque invariable ha sido la doctrina de la Sala sosteniendo que es correcto alegar por la vía indirecta

"...si el casacionista debate las pruebas, bien por yerros de hecho o de derecho, y por este camino trata de establecer ante la Corte que sin esos errores el Tribunal hubiera, como mínimo, encarado la duda, estando entonces obligado a absolver..." (cfr. Casación No. 5882, octubre 23 de 1991).

Nada obsta, sin embargo, para que el tema se retome en búsqueda de la claridad que demanda el proponente, y que para ello se reconozca como en repetidas decisiones -una de ellas la que acaba de citarse- la Sala lo ha advertido, recogiendo su anterior doctrina, que cuantas veces el fallador se halle frente a una duda que no le sea posible eliminar, de no aplicarlo incurra "en violación directa del artículo 248 del C. de P. P., por ignorar su existencia".

Sin que se trate, como se sugiere, de una postura incierta, desprevenida u oscilante, baste con recordar que esta orientación se repitió en el fallo de casación proferido también dentro del proceso 5435 en la misma fecha del 23 de octubre postrero en que con términos inequívocos se reconoció que "...no constituye ningún error técnico el atacar la sentencia por no haberse aplicado lo dispuesto en el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, tal como lo hace el censor...-pues ...En varias oportunidades esta Corporación ha expuesto que dicha disposición sí puede ser ignorada por el sentenciador y que cuando ello ocurre es dable predicar un error de existencia. Dicha situación se presenta cuando el sentenciador acepta que el proceso arroja dudas, y, no obstante ese reconocimiento, profiere fallo de condena: en este supuesto se da una violación directa de la ley porque al ignorarse una norma se aplica indebidamente el precepto sustantivo respectivo." (Magistrado Ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Pero además y sin lugar a equívocos, en fecha más reciente -mayo 6 de 1992, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Calvete Rangel- halló la ocasión para insistir en que "La posición antaña de la Corte, según la cual podía demandarse en casación por error de derecho (falso juicio de convicción) cuando el Juez reconocía la duda y a pesar de ello condenaba, ha sido recientemente recogida para afirmar que cuando ello ocurre la censura procede por vía de la violación directa de la ley sustancial, debido a falta de aplicación del art. 248 del C. de P. P. En cambio, si el fallo no admite la existencia de la duda, debe atacarse por vía de la violación indirecta debido a error de hecho o de derecho que llevó a la no aplicación del artículo 248 ibídem."

Con esta evocación que otorga la respuesta pedida por la Delegada, queda claro que para la Sala es, entonces, la disposición del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal que rigió esta actuación un precepto sustancial en cuanto "establece una consecuencia jurídica como fin de sí misma y no como medio de

otra", consecuencia que se traduce en garantía para el procesado quien a falta de certeza sobre su responsabilidad será absuelto, y cuyo desconocimiento -a contrario- llevará a la indebida aplicación de aquella otra norma, también de orden sustantivo, que le sirve de fundamento a la imposición de una pena.

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

RESUELVE

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ ANTECEDENTES \ REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO

El funcionario deberá tener en cuenta para denegar el subrogado de la condena de ejecución condicional, exclusivamente las sentencias judiciales ejecutoriadas, por cuanto al tenor del artículo 248 de la Constitución, solo las condenas definitivas tendrán la calidad de antecedentes penales.

El procesado o condenado que pretenda obtener el beneficio de redención de pena por aplicación del artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, deberá acreditar redención de pena ante las autoridades carcelarias, las calidades necesarias para ejercer la función de instructor o educador y, estas, expedir el certificado correspondiente. El Juez o funcionario a quien se le solicite el reconocimiento de la redención de pena por este concepto, computará cuatro horas como un día de trabajo y dos de trabajo por uno de rebaja.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 7470

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Aprobado acta No. 096

Santafé de Bogotá, D.C., cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Mediante providencia de fecha 6 de julio del presente año la Sala negó a Juan de Dios Yáñez Serrano el beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2º. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, no obstante acreditar el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena que se le impusiera en la sentencia de segundo grado, por considerar que su personalidad, dados sus antecedentes penales, no permiten realizar un pronóstico favorable sobre su readaptación social y por ello debe cumplir la totalidad de la pena.

Contra la mencionada decisión el procesado interpuso recurso de reposición y lo sustentó dentro del término legal, razón por la cual la secretaría de la Sala dio a su escrito el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal. Se procede, en consecuencia, a decidir lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dos son los motivos que llevaron a Yáñez Serrano a impugnar la decisión de fecha 6 de julio último:

a.- "En último párrafo de la página cuarta de la providencia aludida, se establece que dentro del proceso adelantado en mi contra obra *copia de la sentencia proferida por el juzgado tercero penal del circuito de Neiva, de fecha septiembre 30 de 1986, mediante la cual se me condenó a la pena privativa de la libertad de un año de prisión, como autor responsable del delito punible de injuria* situación ésta donde todos ustedes consideran que *demuestra el acusado su persistencia de violar la ley siendo necesario su tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la pena*".

Considera el recurrente que cuando el artículo 72 del Código Penal se refiere a antecedentes de todo orden, como requisito para conceder el subrogado de la libertad condicional, la Corte aplica la norma en sentido restrictivo y no en forma amplia, como debe ocurrir en favor del procesado. Advierte que dicha norma no limita su análisis a los de carácter penal sino que deben tenerse en cuenta todos aquellos que en alguna forma inciden en la personalidad del reo.

Para apoyar su dicho cita providencias de la Sala de fecha marzo 10 de 1981 (M.P. Alfonso Reyes Echandía) entre otras, para concluir que el Código Penal eliminó los criterios peligrosistas y de reincidencia a los que no pueden ser tenidos en cuenta siquiera para efectos punitivos, mucho menos para los efectos del derecho de la libertad provisional cuando se ha observado conducta ejemplar y demostrado con ello su rehabilitación social.

Es cierto que el Código Penal de 1980 eliminó el criterio peligrosista y la reincidencia como factores para incremento punitivo. Pero también lo es que el artículo 72 de la misma obra, que consagra el subrogado penal de la libertad

condicional da la facultad al juez para conceder el beneficio allí previsto al condenado a pena de arresto mayor de tres años o a la de prisión que exceda de dos, cuando haya cumplido las dos terceras partes de la pena, siempre que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, le permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Acreditado el primero de los requisitos, esto es, el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta, para decidir el funcionario sobre la procedibilidad o no del subrogado en comento, deberá hacer un análisis sobre las demás exigencias de la norma con base en los elementos de juicio que exista dentro del proceso, pues si la conducta observada por el recluso ha sido calificada por las autoridades carcelarias como pésima, mala o regular, será imposible acceder a las pretensiones del acusado ya que la norma determina que el comportamiento del recluso debe ser bueno, es decir, haber observado durante el tiempo de detención a plenitud las disposiciones carcelarias pertinentes.

Así mismo el funcionario deberá tener en cuenta para denegar el beneficio, exclusivamente las sentencias judiciales ejecutoriadas, por cuanto al tenor del artículo 248 de la Constitución, sólo las condenas definitivas tendrán la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales. Entonces, si el peticionario registra un antecedente penal por delito intencional, no admite duda alguna que su comportamiento anterior al hecho punible no fue bueno y que, como él mismo lo advierte, al serle concedido dentro del proceso seguido en el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva el subrogado de la condena de ejecución condicional, incumplió las obligaciones contraídas y volvió a delinquir, demostrando con ello una personalidad contraria a los postulados del artículo 72 del Código Penal y, por ello, su necesario tratamiento penitenciario hasta el cumplimiento total de la pena que se le impuso en este asunto.

b.- En segundo término, considera el recurrente que la Sala en su proveído de fecha 6 de julio último desconoció el mandato del artículo 531 del Código de Procedimiento Penal al no computar las horas laboradas como instructor que le fueron certificadas por las directivas del Centro Nacional de Rehabilitación o Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, es decir, un día de rebaja por cada ocho horas laboradas en dicha actividad, siendo por ello mayor la rendición de pena a que tiene derecho, que la reconocida en la mencionada decisión.

Los certificados a que se refiere Yáñez Serrano dicen que trabajó como instructor sin determinar en ellos en que campo realizó la mencionada labor. El artículo 531 del Código de Procedimiento Penal establece que "El recluso que acredite que haya actuado como instructor de otros en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria, artesanal, técnica y de educación superior, tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de trabajo siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias para ejercer la calidad de instructor o educador."

Quiere decir lo anterior que el procesado o condenado que pretenda obtener el beneficio en las condiciones allí indicadas, deberá acreditar ante las autoridades carcelarias, las calidades necesarias para ejercer la función de instructor o educador y, éstas, expedir el certificado correspondiente, con la expresión clara de que el recluso ha cumplido con el mencionado requisito, así como consignar si la instrucción o enseñanza se realizó en cursos de alfabetización o de enseñanza primaria, secundaria o superior, artesanal o técnica, con intensidad máxima de ocho horas diarias. En tal evento el juez o funcionario a quien se le solicite el reconocimiento de la rendición de pena por este concepto, computará cuatro horas como un día de trabajo y dos de trabajo por uno de rebaja.

En el presente caso, se le ha tenido en cuenta a Yáñez Serrano el tiempo laborado en instrucción como trabajo al tenor de lo preceptuado en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal, en forma provisional, ya que los certificados expedidos por la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, por ser anteriores al 1o. de julio del presente año, fecha en la cual entró en vigencia el nuevo estatuto de procedimiento penal, no cumplen con los requisitos ya indicados, que son presupuesto necesario para el reconocimiento del beneficio que consagra el aludido instituto.

En consecuencia, no se modificará la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no repone su providencia de fecha 6 de julio del presente año, mediante la cual se le negó al procesado Juan de Dios Yáñez Serrano el beneficio de libertad provisional.

Expediente No. 7470. No repone auto negó libertad provisional a Juan de Dios Yáñez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IN DUBIO PRO REO

Se configura cuando han mediado errores en la apreciación probatoria (violación medio) suficiente para generar la duda que impone la no aplicación del precepto tipificador de la conducta que determinó la condena.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6674

Acción: Luz Marina Chacua Gaviria

Delito: Transporte ilegal estupefacientes

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 96

Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Surtida como ha sido la tramitación correspondiente, procede decidir el recurso de casación interpuesto y sustentado por el señor Fiscal 3º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto contra la sentencia del 30 de julio de 1991 dictada en el proceso seguido contra Luz Marina Chacua Gaviria, en la que por confirmación de la primera instancia se le condenó a la pena principal de cuatro años de prisión y multa equivalente a diez salarios mínimos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, como autora responsable de delito tipificado en la Ley 30 de 1986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

1. En operativo cumplido por agentes del departamento de Policía Nariño de la Décima Tercera Compañía Antinarcóticos, se requisaron los pasajeros que

viajaban en un bus de la Empresa "Trans-Ipiales" conducido por Segundo Alberto Calpa en la ruta Cali-Ipiales y que había hecho estación en el terminal de la empresa en Pasto y se registró el vehículo, hallándose en el compartimiento de bodega de su lado derecho un maletín que contenía algunas prendas de vestir de uso masculino y un paquete envuelto en plástico con sustancia vegetal en cantidad aproximada a cuatro kilogramos que examinada posteriormente resultó ser marihuana, y cuya propiedad se atribuyó a la única pasajera que recogió el automotor en la ciudad de Pasto, Luz Marina Chacua Gaviria, quien fue capturada y puesta en la misma fecha. 11 de febrero de 1987, a disposición del Comandante del Cuerpo policial, y finalmente, una vez oídas las versiones de Luis Hernando Yela (o Llela) y Saulo Getial, a órdenes del Juzgado 69 de Instrucción Penal Militar de Pasto.

2. La investigación fue iniciada por el mentado despacho judicial, pero al perder la competencia la Justicia Penal Militar para adelantar procesos iniciados a partir del 19 de diciembre de 1986 por violación a la Ley 30 de ese año, se transfirió al Juzgado Penal del Circuito de Pasto -reparto- habiéndole correspondido al Segundo de esa especialidad, pero luego, por competencia territorial, transferida al Circuito de Túquerres, en donde continuó el Juzgado 21 de Instrucción Criminal (fls. 7-8, 61, 64-64 v, 113, 114).

El Juzgado Instructor cesó procedimiento en favor de la sindicada, pero el Tribunal Superior del Distrito revocó esa decisión y la citó a audiencia, y por tratarse de hechos sucedidos antes del 1° de mayo de 1987, fecha en que entró en vigencia el Decreto 468 de 1987 que atribuyó la competencia respecto de los delitos contemplados en la Ley 30 de 1986 a los Juzgados Especializados (con posterior excepción por razón de cantidades inferiores de sustancia estupefaciente cuyo conocimiento atribuyó el Decreto 1582 de 1988 a los Juzgados Penales y Promiscuos de Circuito), correspondió fallar en primera instancia al Juzgado Penal del Circuito de Túquerres, que hallándola responsable de transportar sin permiso de autoridad competente marihuana en cantidad aproximada a 4.000 gramos, la condenó a las penas conocidas, en sentencia que el Tribunal Superior del Distrito confirmó íntegramente al revisarla por apelación del agente del Ministerio Público, según pronunciamiento que a su vez fue recurrido en casación por el señor Fiscal 3° de esa Corporación, siendo esta la impugnación que ocupa la atención de la Corte.

La demanda

Con apoyo legal en el numeral 1° del artículo 226 del C. P.P., el funcionario recurrente acusa la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto porque en su sentir viola indirectamente la ley sustancial, debido al error de hecho en que incurrió en la valoración de la prueba de responsabilidad, "lo que significa que estamos frente a un error de hecho que recae sobre la contemplación material de la prueba" de responsabilidad, que determinó la condenación de la procesada.

Luego de recalcar que el artículo 247 del C.P.P. exige como requisito sustancial para condenar "la certeza tanto del hecho punible como de la responsabilidad", asevera que en el caso concreto la responsabilidad de la acusada se extrajo de "meras suposiciones" y que en este campo "todo es interrogación, vacilación" y la prueba no es suficiente para producir el "grado de certeza" que el Tribunal le atribuyó, constituyéndose así una situación que imponía la aplicación en favor de la acusada, del principio de la duda consagrado en el artículo 248 del C. de P.P.

Como advertencia de refuerzo a la sustentación reconoce la facultad del juez de apreciar las pruebas conforme al principio de la sana crítica, y acude a consideraciones jurisprudenciales que estima pertinentes, para puntualizar que en la sentencia acusada "se adoptó una decisión contraria a la que impone la realidad que emerge del proceso".

Explica que el Tribunal tuvo como prueba de la responsabilidad de la acusada los testimonios de Luis Hernando Yela y Saulo Getial y observa que en el fallo se hizo relación a la exposición que el primero rindió ante la Policía el mismo día de los hechos y tuvo como cierto que allí reconoció a la acusada como la persona que le entregó el maletín contentivo de la yerba decomisada para que lo guardara en la bodega del bus, pero que la misma corporación despojó de todo valor probatorio esa declaración, siendo esta descalificación, según su manera de ver, totalmente acertada porque en el reconocimiento que durante la diligencia se surtió no se observaron las previsiones del artículo 390 C.P.P. y por lo tanto, fue un reconocimiento inexistente al tenor de los artículos 165 y 310 del mismo Ordenamiento. Añade que tampoco el testimonio durante cuyo recaudo se hizo el antedicho reconocimiento presta mérito para atribuírle a la procesada cargo alguno pues es "inocuo".

Considera equivocada la apreciación que el Tribunal hizo del testimonio de responsabilidad que prevaleció descartado como había sido el de Yela, es decir, el de Saulo Getial, que fue tenido en el fallo únicamente como medio testifical, porque en el acta del que rindió este ciudadano ante el Juez Instructor se dejó constancia de que éste señaló a la acusada como la persona a quien se refería en su dicho aprovechando la circunstancia de que al ingresar al Juzgado para declarar la vio allí sentada, y pese a que el ad-quem aclaró que no se había tratado de un reconocimiento sino de la complementación del testimonio y sólo en este aspecto consideró la prueba, el recurrente asevera, cómo al referirse a Yela, que el tal reconocimiento careció de los requisitos legales y es inexistente y por tanto no puede producir efectos jurídicos.

A seguido pasa a destacar como contradicciones por parte de Getial, las dos conjeturas que este hizo sobre la edad del acompañante de la mujer acusada en la madrugada en que abordó el bus rumbo a Ipiales en la ciudad de Pasto y que no viajó con ella pero que la esperaba con el maletín que fuera decomisado en el vehículo, a la vez que cuestiona al testigo por no haber informado al Juzgado en una de sus declaraciones que la Policía le había mostrado a la implicada. Así mismo, estima

que entre el testigo aceptado por el Tribunal y el desacertado Yela, existieron divergencias sobre si la mujer portaba algo en sus manos al llegar a la estación de los buses de Trans-Ipiales y si fue la misma que entregó el maletín para ser guardado en la bodega en donde la Policía lo encontró, e infiere que de esos dichos no puede precisarse la responsabilidad de la implicada, sino simplemente presumirse.

Volviendo sobre la versión de Hernando Yela para compararla con la del Getial establece que ninguna de ellas es conclusiva y afirma que "en el asunto de examen se navega en un mar de incertidumbre que en ningún momento pueden conducir a responsabilizar a la procesada" del hecho punible que se le imputa por lo que considera entonces aplicable el principio del 'indubio pro reo' en este caso.

Como complemento de su alegación alude a la proposición jurídica cuando en casación se alega error de hecho, para aseverar que en tales casos no se requiere la mención de las disposiciones que se consideran violadas y precisar que de todas maneras él considera que en el presente evento se violaron los artículos 5º, 23, 3º y 248 del C.P.P. y finalmente, solicita que se case la sentencia de segundo grado, para que una vez revocada, se absuelva a la procesada.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Señor Procurador 1ª Delegado en lo Penal, en contraste con la petición del casacionista, sugiere que no se case el fallo cuestionado. Encuentra el funcionario equivocada la censura al pretender atacar como error de hecho el valor que el fallador le otorgó a la prueba de responsabilidad, pues éste en sí, no genera yerro alegable en casación ya que lo que en estos casos busca el interesado es oponer su propio criterio al de aquél "sin demostrar en ningún momento la existencia de error alguno que afecte la legalidad de la sentencia".

Referente a la diligencia de reconocimiento que el actor glose por falta de requisitos esenciales en su producción, observa que equivoca la vía de impugnación porque la inobservancia de esas exigencias daría pie al error de derecho y no al de hecho que se arguye; y frente a las contradicciones que el demandante afirma existentes entre los testimonios aludidos en su escrito, dice el señor Procurador, no aparece la demostración de la tergiversación que implicara el error de hecho.

Por último, rebatiendo la aseveración del recurrente de que en tratándose de error de hecho no es menester señalar las normas infringidas, precisa el distinguido colaborador que tal requisito es imprescindible en cuanto a las normas sustantivas, no así a las normas medio, y recuerda además el deber del censor de puntualizar el sentido de la violación, reforzando su respuesta con cita jurisprudencial de esta Corporación en torno al punto.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Son varias las razones por las cuales el cargo contenido en la demanda habrá de desestimarse, y que implican la prevalencia del fallo de segunda instancia. En efecto:

En primer lugar se patentiza la omisión de la indicación de la norma o normas sustantivas que estima el casacionista infringidas, siendo este un señalamiento basilar en la interposición del recurso extraordinario, el cual, tal como se ha presentado se ofrece como una idea incompleta, porque desconoce la norma que finalmente habría sido la infringida por efecto de la violación de la prueba en la clase de violación que alega, la indirecta -que de esa causa deriva su nombre-, y que debe figurar también cuando se aduce error de hecho aunque se afirme la inobservancia del artículo 248 del C.P.P. (in dubio pro reo), porque esta disposición por sí sola, como la trae el libelo, carece de entidad para caracterizar la violación indirecta en virtud de que ésta únicamente se configura cuando han mediado errores en la apreciación probatoria (violación medio) suficientes para generar la duda que impone la no aplicación del precepto tipificador de la conducta que determinó la condena.

Consecuencia de esa advertida omisión en la conformación del escrito, aparece la no precisión del sentido de la violación, conocida exigencia jurisprudencial, derivada de la pluralidad en que ellos pueden darse, y contributiva de claridad y de precisión en la demanda de casación.

Súmase a las falencias técnicas antecedentes, la inoficiosa referencia a la declaración del testigo Yela para cuestionarla en lo relativo al reconocimiento de la acusada que cumplió ese ciudadano en las instalaciones de la Policía el día de los hechos, pues el Tribunal despojó en su sentencia de todo valor a esa diligencia, al consignar: "...La Sala estima que la versión rendida por Luis Hernando Yela Paz, ante el comando de la Décima Tercera Compañía Antinarcóticos, carece de absoluto valor, esencialmente porque su contenido relacionado con los cargos que concretamente se refieren a la procesada y al hecho de la identificación de ésta en esas oficinas, fue negado rotundamente en el testimonio que posteriormente rindió ante el Juez sesenta y nueve de Instrucción Penal Militar" (fl. 243), y la sobreviniente falla consistente en la igualmente inocua persistencia del señor censor en comparar el dicho de este testigo que depuso ante el aludido Juez Penal Militar, así mismo desestimado por el Tribunal por no aportar utilidad a la investigación: "Pero, además, la versión suministrada bajo juramento ante el citado Juez..., no concluye en cargo alguno de responsabilidad en contra de la procesada, por las buenas razones que expuso el testigo, esto es, porque no es cierto que eso haya dicho en su primera versión ni tampoco que entonces hubiera visto a la mencionada mujer, pero primordialmente, porque fue enfático en manifestar que no estaba en capacidad de reconocerla físicamente..." con el testimonio que en definitiva y como único sirvió de sustento a la atribución de responsabilidad, el de Saulo Getial, para soportar de

esta manera, en las aparentes contradicciones que deduce -omitiendo de paso un racional enfoque de la prueba-, el aserto de la duda en busca de la absolución.

Si las intervenciones testificales de Yela habían sido por completo desechadas en el fallo, y se estableció en él como único medio probatorio de anclaje de la responsabilidad de la acusada el testimonio de Getial según lo previno el Tribunal (fl. 247), sobraba como argumento de la demanda el cotejo entre estos dos testimonios para argüir incongruencias y contradicciones.

Añádase, como bien lo destaca la Procuraduría Delegada, que el reparo a la sentencia por la supuesta apreciación de unas diligencias de reconocimiento de la acusada surtidas sin el lleno de los requisitos procesales, de haberse dado, habría constituído un error de derecho por falso juicio de legalidad, y no uno de hecho como lo afirma el actor en su generalizado planteamiento.

De otra parte, la crítica a la credibilidad que el Tribunal le otorgó al testimonio fundamental de la responsabilidad, en ningún momento traduce vicio por tergiversación del contenido de la prueba, como para afirmar error de hecho por falso juicio de identidad que en algún aparte del escrito se asevera, convirtiéndose así la censura en la propuesta de un enfoque diferente del que el sentenciador hizo a la prueba, en método y objetivo por completo ajenos al recurso de casación, y que contribuyen eficazmente a la improsperidad del cargo.

Ante las insalvables inconsistencias de la demanda, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 230 del C. de P.P.

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

RESUELVE

No CASAR la sentencia impugnada. En firme, devuélvase el expediente al Despacho de origen.

Cópiese, infórmese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

REFORMATIO IN PEJUS

El endurecimiento de la pena, que contempla como algo vedado la Constitución, cuando el único recurrente es el procesado, se da tanto cuando una pena determinada se intensifica, como cuando mediante la revocatoria de la absolución se abre camino para imponer una sanción que no se dio en la primera instancia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6600

Acción: Luis José Valenzuela y otro

Aprobado acta No. 96.

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en sentencia de cuatro de junio de mil novecientos noventa y uno, ahora sometida a casación, le impuso a Luis Javier Valenzuela Rodríguez, por los delitos de "homicidio agravado y hurto calificado", dieciocho (18) años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

El recurso se admitió en proveído de tres de septiembre y la demanda en auto de noviembre veintiseis, ambas fechas del año citado.

Hechos

Se presentaron a eso de las siete de la noche del cinco de julio de mil novecientos noventa, en el barrio Quiroga de Santafé de Bogotá. A esa hora, los jóvenes Julián Fernando Marín Cardona y Andrés Castañeda, cuando montaban sus bicicletas, fueron sorprendidos por varios sujetos, quienes les despojaron de sus velocípedos, pero no satisfechos con este despojo, también emplearon contra tan indefensos menores, un arma de fuego, resultando indemne Castañeda, no así Marín Cardona, quien fue afectado por un disparo, suficiente para ocasionarle la muerte pocos minutos después.

Trámite

La investigación fue adelantada, inicialmente, contra los hermanos Luis Javier y Juan Pablo Valenzuela Rodríguez y Robinson Llanos Alvarez, profiriéndose medida de aseguramiento (detención preventiva) contra los citados Valenzuela Rodríguez. El Juzgado 33 de Instrucción Criminal, a cuyo cargo corrió la etapa sumarial, calificó ésta mediante auto de 24 de septiembre de 1990 -fs. 176 y ss.-, con resolución acusatoria para Luis Javier Valenzuela Rodríguez, por los delitos de "homicidio agravado y hurto calificado y agravado", cesación de procedimiento para Robinson Llanos Alvarez; y remisión a la competencia de menores, de Juan Pablo Valenzuela Rodríguez, por no haber cumplido éste los dieciocho años de edad.

El Juzgado Quince Superior (febrero 22/91), condenó al procesado, por el delito contra el patrimonio económico, -hurto calificado- a cuarenta (40) meses de prisión, y, le absolvió por el de homicidio.

El defensor del sentenciado se alzó contra el fallo por considerar que "no existe prueba plena o completa para poder dictar en su contra sentencia condenatoria y es este el hecho principal de recurrir en apelación la citada sentencia" -fs. 292 y ss.-

El Tribunal, en la decisión ya indicada, revocó el numeral 6º. de la parte resolutiva de la sentencia impugnada y emitió condena, tanto por el homicidio como por el hurto calificado, delito este último que se tuvo en cuenta -art. 22 C.P.- para disponer un aumento de pena de dos años, sobre los dieciseis determinados para la primera de estas infracciones. -fs. 9 y ss. c. del Tribunal-

La demanda

Cargo primero.- Se invoca el art. 226 del C. de P.P., violación directa de la ley por indebida aplicación del art. 29 de la Constitución Nacional. El aspecto se centra en la diligencia de reconocimiento, pues "Se dio plena credibilidad al testimonio del menor Castañeda, a pesar que en el mismo aporta una descripción

física totalmente contraria a la descripción morfológica de mi prohijado, y por el contrario aquella descripción, apuntaba más al físico del tercero sindicado Robinson Llanos Arias".

Cargo segundo.- "Violación directa de la ley sustancial, con base en la causal primera del artículo 226 ibidem, por aplicación indebida del artículo 31 de la Carta Magna".

Y se explica: En el caso en estudio encontramos que el Juzgado 15 Superior de Santafé de Bogotá, absolvió al señor Javier Valenzuela, por el punible de homicidio, en razón a las dudas existentes dentro del proceso, procedió a imprimir una condena de cuatro (4) años de prisión por el punible de *hurto agravado*.

"Ante semejante adefesio jurídico el suscrito procedió a recurrir aquella providencia ante la Honorable Corporación, para que se revocara precisamente por las dudas existentes y se procediera a absolver al señor Javier Valenzuela, del punible de *hurto*, a que había sido sentenciado.

"El H. Tribunal hizo un estudio pormenorizado de las diferencias en relación a la concurrencia de causales para el Hurto Simple y el Hurto Agravado, llegando a la conclusión que Valenzuela Rodríguez, se hacía merecedor a la pena de dos años por el punible de Hurto Simple y a la pena de dieciseis (16) años, como coautor del delito de *homicidio agravado*".

También se invoca el principio de favorabilidad "recogido y amparado tanto en la violación del artículo 29, como del artículo 31 de la Constitución Nacional".

Consideraciones de la Sala y de la Delegada Primera en lo Penal.

Ciertamente que los dos cargos se componen de una manera ostensiblemente alejada de la técnica que impera en esta clase de alegaciones. Aludir a la violación directa de la ley sustancial, al caso el artículo 29 de la Carta, por la forma como se realizó una diligencia penal y por el valor que a ésta se otorgara en el fallo pronunciado, constituye la impertinente mezcla de motivos disímiles e imposibles de conciliar. La doctrina se muestra pacífica en señalar que cuando se pretende un debate probatorio, no es dable invocar la violación directa, ya que en esta clase de censura se respetan las valoraciones fácticas o los hechos, tales como vienen dados por el Tribunal, centrándose la controversia en los aspectos jurídicos, "ya porque la norma no tiene existencia jurídica, o tiene plena vigencia jurídica pero se la desconoce, o cuando se deja de ampliar el precepto que corresponde porque objetiva o subjetivamente se ignora, no se sabe o no se quiere saber de su existencia (aspecto de la *falta de aplicación o exclusión evidente*) o porque existe equivocación en el proceso de selección de norma aplicable al caso en examen por no ser la que lo contempla o subsume. Hay un error de 'diagnosis jurídica'. Se deja aplicar

la norma adecuada para utilizar la que no corresponde al caso juzgado, pero que tiene existencia (*aplicación indebida*)... En la *interpretación errónea* hay simplemente un error de 'sentido' de hermenéutica, porque el juzgador acierta en la selección de la norma sustancial aplicable, pero le da un sentido y alcance equivocados, contrarios a la voluntad del legislador". (M.P. Jorge Carreño Luengas, Casación. Septiembre 26/89).

Si el censor buscaba desacreditar la mencionada diligencia de reconocimiento del procesado, por parte de una de las víctimas, este cuestionamiento de la prueba impedía ya aludir a la violación directa y lejos de enfocar en el artículo 29 de la C.N. su visión analítica, debía recurrir a las varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal que señalan cómo debe realizarse esa actuación, cuyo incumplimiento, de considerarlo trascendente, daba lugar a la presentación de una violación indirecta de la ley por error esencial de derecho, por falso juicio de legalidad.

O también, como lo anota el Ministerio Público, la desatención de regulaciones dentro de las cuales debía producirse una determinada prueba, daba lugar a invocar la causal tercera del art. 226 del C. de P.P., en armonía con el 305 ib. (nulidades procesales) o la aplicación directa de los preceptos de la Carta, si se daba su desconocimiento.

Pero, además, el apartamiento de la técnica no se redujo a los comentados aspectos, con todo y ser de manifiesta gravedad. El Ministerio Público, tiene ocasión de hacer estas adicionales y conducentes precisiones:

"Por otra parte simplemente señala esta norma constitucional pero en ningún momento demuestra qué relación tiene ésta con la prueba que fue erróneamente apreciada y en qué medida se presentó la violación del derecho o de la norma sustancial. Menos si el tema que enfrenta con la norma constitucional es el de la credibilidad del testimonio de un menor de edad, como que la Constitución no se refiere a esa clase de prueba de testigos ni jamás a la credibilidad que el Juez pudiera otorgarle a la misma. Ni si se alude a la identidad del procesado, y su descripción física, visto que tampoco es tema de la Carta Fundamental el ocuparse de las pruebas en este aspecto, que queda deferido a la normatividad legal como es entendible.

"Si se quiso referir al debido proceso, y a la nulidad de pleno derecho de las pruebas que trae el texto constitucional-, o al derecho a la defensa, ya se vió como el camino técnico es el de la anulación procesal que el recurrente no avoca en este punto de su demanda.

"Su escrito no es coherente, ni lógico, carece de toda precisión y claridad por lo que deja a la Corte sin saber cuál es el fundamento de su petición.

"En el segundo cargo vuelve a incurrir en los mismos yerros alegando una violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 31 de la Constitución Nacional.

"En ningún momento indica en qué consistió la violación directa de la ley sustancial, en qué medida ese yerro tuvo influencia en el fallo condenatorio, haciendo afirmaciones sueltas, deshilvanadas sin que exista proposición jurídica y sin indicarle a la Corte lo que pretende, hasta el punto que en un tercer capítulo alega que se debe aplicar el principio de favorabilidad, sin señalar qué es lo favorable a su defendido, si una ley, si la pena que impuso el sentenciador de primera instancia o la consideración de las pruebas, u otra razón de semejante índole".

Anotado lo anterior, conviene tratar lo atinente a la actual aplicación del artículo 31 de la Constitución, el mismo que prohibe "agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único". La alusión a este dispositivo, en forma concreta, vinculándolo a un fenómeno de favorabilidad, no es de recibo, como tampoco bajo la óptica de la nulidad. A este respecto ya ha señalado la Corte lo siguiente: "La tesis de la nulidad, ahora planteado por el casacionista, no la ha admitido la Sala por la sencilla razón de no ser dable advertir, en el trámite del proceso, vicio alguno, pues la actuación en el mismo se muestra ajustada en un todo a las normaciones legales que imperaban para ese entonces. De otro lado, aceptar esa causal comportaría retrotraer el proceso y volver al agotamiento de las instancias, omitiendo las sentencias pertinentes, con los consiguientes perjuicios para el procesado y el transitorio mantenimiento de la inaplicación de un precepto constitucional que debe ser acatado de manera inmediata. Y, en cuanto, a la alegación relacionada con la ley permisiva, ésta también ofrece reparos semejantes, amén de tratarse, en el fondo, de una limitación establecida por el legislador en cuanto a los poderes del juez a-quo, en la revisión del fallo proferido, cuando sólo ha recurrido el procesado o grupo de procesados" (M.P.- Gustavo Gómez Velásquez. Octubre 22/91).

Los cargos no prosperan.

Más, por la acción oficiosa que se reclama de la Corte para enmendar, en sede de Casación, inobservancia de preceptos constitucionales que deben tutelarse siempre y de inmediato, conviene analizar la incidencia del citado art. 31, en el fallo impugnado.

Debe empezarse, en este aparte, por las consideraciones de la Delegada, quien en denso estudio trata de descifrar el total espíritu del mencionado dispositivo. Así se tenga opinión distinta del asunto, el esfuerzo dialéctico del Ministerio Público merece conocerse integralmente. De ahí que la Sala se permita reproducir, en este punto, la totalidad de su tesis:

"... a).- La interpretación literal de la disposición que contiene estas expresiones: 'agravar', 'pena impuesta' y 'condenado'. Si se mira cada una de ellas se tiene que admitir que el texto parte del supuesto de que haya un condenado a una pena determinada previamente al establecimiento de la relación procesal de impugnación en la alzada. De donde se tiene que si la persona ha sido absuelta, se trata de hipótesis distinta a la prevista en la Constitución que se refiere al condenado que es apelante único. Ese sentido jurídico procesal de la expresión que fija el alcance de la punibilidad, en general, determinada en la primera instancia como objeto inagravable de la relación de apelación no puede ser entendido de otra manera; ni puede referirse a un condenado como persona natural, ni a una persona procesada pero absuelta. La redacción del texto de la Carta implica un condenado como contenido procesal, es decir una correlación de sujeto pasivo y sentencia de responsabilidad particularizada o individualizada en el sentido procesal, es decir que debe mirarse la relación del sujeto procesal con su imputación penal y su condena, con la pena que se hubiere seleccionado para el caso. De manera que los términos de la Constitución en ese punto comprenden conceptos de contenido jurídico, a los cuales quiso referirse con evidencia, y que no pueden desatenderse para darles una explicación que los despoje de su significado procesal. Por ello cuando se dice de un condenado, ya de por sí se está afirmando de manera implícita que existe una persona natural que ha sido sometida formalmente a proceso (sujeto procesal), y que afirmada su responsabilidad ha sido objeto del señalamiento de una pena (pena impuesta). Pero a la vez, parece a esta Delegada, que ello tiene un sentido, ínsito e ineluctable, aprehensible racionalmente: que existe una específica y concreta imputación penal, rspecto de la cual se produce la condena y se impone la pena en comentario. Todo este conjunto de contenidos jurídico-procesales van entendidos en expresiones del mundo del derecho como el condenado. Naturalmente que si se supone una situación más compleja en el orden procesal, se diría que un procesado singular puede ser sujeto pasivo de varias imputaciones penales, y técnicamente (aunque no sea exacto naturalísticamente) será un sujeto procesado aun cuando idéntico a sí mismo como persona natural. En la hipótesis inversa: varios procesados por la misma imputación penal, en que hay identidad de delitos, se dirá que conforman varios procesos de un homogéneo hecho punible.

"Estas razones mueven a pensar que, cuando la Constitución Nacional establece la prohibición de «agravar la pena impuesta» al 'condenado', se está ocupando de los casos en que el Juez de primera instancia haya definido la responsabilidad penal condenando e imponiendo una pena, obviamente por un tipo legal determinado previamente atribuido en el proceso. Por el argumento a contrario sensu, se dirá que no se puede referir al caso en que el procesado como persona natural ha sido absuelto por una imputación penal, ya que en relación con ella -la imputación delictiva- no es condenado, ni se le ha impuesto pena alguna. La solución nos parece aplicable también en el evento en que el procesado es absuelto de una de varias imputaciones penales, y condenado por otra, como que

en relación con el delito por el que resulta absuelto en la sentencia de primer grado no tiene la condición de condenado, ni se le ha impuesto pena alguna.

"Finalmente la expresión "agravar la pena impuesta «implica lo que explícitamente dice el texto: es decir, que hay una pena impuesta cualquiera que sea el quantum, que puede ser incrementada, hipótesis única en que cabe atender la prohibición. No así cuando la pena se disminuye en la alzada, puesto que ello además de favorecer al procesado no está vedado por el texto en comentario. Agravar significa 'aumentar' o «hacer más grave», lo que por petición de principio indica que existe un supuesto que puede ser incrementado o siendo perjudicial acrecienta el perjuicio. Por ello no cabe admitir que se utilice el texto del artículo 31 de la Constitución en el caso en que otro procesado, o el mismo por otro delito, resulta absuelto visto que en este caso no hay ni «un condenado», ni existe «una pena impuesta», ni «se agrava la pena».

"b) Desde el punto de vista de la estructura del proceso, que la Constitución ha llamado el debido proceso, y atendiendo el principio de la doble instancia que obliga a preservar la Carta en su artículo 29 en materia de sentencias condenatorias («a impugnar la sentencia condenatoria»), es evidente que si el alcance del texto del artículo 31 de la Constitución se fuerza al punto que a la persona absuelta por un hecho punible que concurre con otro por el cual no lo fue, tenga el privilegio de congelar su punibilidad frente a la primera imputación en la relación de alzada ante el Juez de segundo grado, se arrasa con el sentido de apelación y se elimina por la vía práctica el sentido de la impugnación, si se da la eventualidad del apelante único. Piénsese en el caso en que el recurrente quiere debatir en la alzada la existencia de las lesiones por las que fue condenado, pero que a la vez ha sido absuelto del homicidio que le fuera atribuido en la resolución de acusación. Se dirá que frente al texto constitucional dicho, la punibilidad por las lesiones nó puede agravarse visto que se mantiene la unidad de condenado, de delito y de pena impuesta, que es la correlación que quiere limitar el artículo 31. Pero no de cara al delito por el que fuera absuelto, como que por él no aparece limitante alguna de orden constitucional visto que no hay condenado, ni obviamente una pena impuesta que pudiera agravarse. Pero fundamentalmente porque el derecho a impugnar la «sentencia condenatoria» prevé, en la parte final de la norma examinada, una forma de prohibición de reformatio in pejus ante las condenas judiciales pero no en el evento de las absoluciones como se ve literalmente. Y además porque ello se llevaría de calle una buena porción del sistema de apelación del proceso, con lo que resultaría inoficiosa en alta proporción la revisión de segunda instancia. La consecuencia procesal que se anota desvertebraría en buena porción la estructura lógica del proceso, frente al principio de la doble instancia y el significado de la relación de impugnación por la apelación como recurso ordinario.

"c) En una hipótesis como la dicha, en donde el sentenciado frente a una doble atribución delictual es condenado por una de ellas y absuelto por la otra, solución que es revocada por el ad quem para condenar por ella, no se «agrava la pena

impuesta», aun cuando al hacer un cúmulo jurídico por las dos entidades delictivas que se le enrostran la cantidad de pena aritméticamente resulte superior, jurídicamente no se aumenta la pena, sino que se le mantiene la pena por el delito por el cual asume el papel de condenado, (y en ello se respeta la Constitución Nacional artículo 31), sólo que se le impone pena por un delito por el cual no había sido condenado en modo alguno, efecto que es propio de la apelación, y la competencia ilimitada que afirma el artículo 538 del C.P.P...".

El Ministerio Público, para llegar a tan restrictiva interpretación, parte de la consideración de los términos empleados por el legislador, sopesados de manera literal, y compone un raciocinio que por su simplicidad no deja de impactar sugestivamente. Las tres expresiones utilizadas en el art. 31 (condenado, pena impuesta y agravar) no pueden referirse sino a una hipótesis, o sea, la de que preexista una sentencia de condena, en virtud de la cual sólo es dable hablar de "condenado", de "pena impuesta" y de "agravación". Esta es la relación procesal que se tiene en cuenta para establecer la prohibición. Todo lo que esté por fuera de esta previsión, se rige por contrario mandato, vale decir, que ya no incide en las determinaciones que tome el juez a-quo el obstáculo constitucional para el más amplio ejercicio de las facultades implicadas en la labor de juzgamiento. Como en la sentencia absolutoria no se da condenado, ni hay pena alguna, obvio resulta que no se agrava la sanción y por tanto, refiriéndose el texto, al evento de un punitivo aumento, la situación está por fuera de esta su previsión. En el caso subjúdice, apenas sería pasible de estudio lo relacionado con el hurto calificado, único fenómeno que dio lugar a una imposición de pena.

Pero la ley, que procura alguna finalidad, debe mostrarse coherente y armónica en sus dictados, pues no es dable atribuir al legislador regulaciones contradictorias, lindantes con el absurdo. A las claras, entendida a derechos, la norma busca que cuando la única de las personas intervinientes en el proceso que protesta por la determinación tomada lo es el sentenciado, no es dable admitir que éste le concede atribuciones a su juez para que vaya más allá de la situación que advierte como insufrible, como causa de daño indebido y contrario a derecho. O sea, que no se entiende cómo se puede actuar, con esta única fuente del poder ejercitable por el superior, contra esa voluntad y entender que también otorgó facultad en aquello que ha asentido, por estimarlo favorable o menos perjudicial. La ley suprema, y no es el caso de criticar la bondad de la institución cuando se trata de aplicarla y viene con una categoría de disposición constitucional, ha uncido las prerrogativas juzgadoras, en estos casos, a lo que al respecto exprese el dueño de la impugnación, cuando se trata del procesado. Esta es la órbita en que debe analizarse el asunto, pues no es de recibo que se le otorgue a sujeto tal un poder limitante y al mismo tiempo se le desconozca. La concepción legal está montada en que si los demás participantes en el debate, con propiedades impugnatorias, como el ministerio público o la parte civil, no se alzaron contra las determinaciones benéficas para el procesado, éste se encuentra en situación de poder orientar el contenido de la segunda instancia. Entonces, lo que se alcanza

a mirar en un momento determinado como supeditación que escuece y alarma, porque la justicia no alcanzó todos sus necesarios y exigibles logros, no puede radicarse en quien apeló para provecho propio y que debe haberse quedado callado el proceso hubiera quedado como de única instancia, sino en quien caracterizado de representante de la sociedad no se levantó contra una decisión de rebajada condición y calidad. El precepto analizado no puede valorarse como de una redacción tal que encaustre al procesado en el dilema de aceptar integralmente las definiciones tomadas, pues de mostrarse opuesto a parte de ellas, validaría la actuación del funcionario de segundo grado para intervenir totalmente. Esta extralimitación sólo se da cuando renovido lo que fue motivo de acusación, se exhiba como imprescindible, para evitar contrasentidos o desarmonías de injusticia, mudar otros inatacados aspectos de la resolución. Pero cuando la unidad conceptual logra mantenerse, cuando la coherencia se preserva, cuando la armonía no se afecta, no hay lugar a extravasar el poder.

Si la prohibición constitucional ha querido, manifiestamente, impedir que la segunda instancia introduzca un mayor rigor a expensas de la sola solicitud del procesado que se queja de parte de la sentencia, ¿cómo no entender dentro de la misma la segmentación del recurso de darse en un fallo decisiones favorables y nocivas, condenas y absoluciones?.- Quedará satisfecha la benigna y benevolente inspiración del legislador, eco fiel del sistema penal acusatorio, contrarrestando agravaciones de días o meses, pero dejando libre mudar la pena-cero por la pena -treinta años?. El pasaje constitucional pudo redactarse en forma mejor, para evitar dudas y cavilaciones, aunque poco suele hacer un intento de esta clase por aliviar la duda metódica o clarificar situaciones que con la sola aplicación de principios, reglas generales, contextos, unidad lógica, etc. cerrarían el paso a incomprensibles polémicas.

A la Sala se le presenta de bulto que si no se quiso auspiciar, en las circunstancias de ser único apelante el procesado, aspectos de secundaria importancia o de menor entidad en cuanto a la intensificación de una pena, menos se quiso patrocinar el que se pudiese cambiar la absolución por la condena, dándose estas mismas particularidades. Para asumir un criterio distinto, sería necesario que mediara, en cuanto al recurrente, un expreso y nítido enteramiento de lo que le puede acontecer con su apelación, cuando obran diferentes determinaciones en un único fallo, esto es, cuando el contenido es disímil pues concurren simultáneamente condenas, absoluciones y aumentos de pena. Sólo ante un asentimiento, igualmente claro y completo, podría tomarse una determinación como la que se recomienda por la Delegada. Pero no dándose ésta ni como actitud del procesado ni como determinación de la ley, asumirla en tal sentido equivale a un injusto sorprendimiento.

La cuestión puede asumir incidencias todavía mayores y menos explicables en casos no de delitos conexos, sino de acumulaciones propias, esto es, procesos independientes, autónomos, sin ninguna correlación, por fuera de la identidad del

sentenciado, que logra unificarse conforme a las regulaciones de los artículos 91 y s.s. del C. de P.P. Apelada la condena exclusivamente por el sentenciado en uno de esos múltiples expedientes así reunificados, daría atribución para revisar también las absoluciones impartidas en los demás.

La unidad o integración de procesos y procedimientos, no comporta la indisoluble ligazón de la protesta introducida por el procesado, pues ésta es dable distinguirla y fijarla en las propias lindes de su descontento. Si se quiere o busca finalidad distinta, para eso está la apelación del ministerio público, de la parte civil, o la consulta, institución esta última que, en los sistemas acusatorios, suele tomarse como ajena al mismo y un tanto incompatible con su estructura.

El endurecimiento de la pena, que contempla como algo vedado la Constitución, cuando el único recurrente es el procesado, se da tanto cuando una pena determinada se intensifica, como cuando mediante la revocatoria de la absolución se abre camino para imponer una sanción que no se dio en la primera instancia. En ambos casos debe establecerse el inmediato correctivo, en guarda de la garantía que establece la Carta para estas situaciones y para esta clase de comportamiento procesal del sentenciado.

Debe agregarse que el criterio expuesto, ha sido el sostenido por la Corte en varios pronunciamientos.

La actuación del juez, doctor Roberto Vayona Vera, que aún en el delito por el cual impartió condena se muestra como intérprete de una inadecuada benevolencia, y la del fiscal de primera instancia, doctor Manuel A. Saray G., merecen abierta crítica tanto porque desconocieron fundamentales y conocidas nociones sobre la participación criminal como porque se desentendieron de la prueba de autos. De ahí, entonces, que se ordene expedir sendas copias de lo pertinente, que serán enviadas a la Unidad de Fiscalía del Tribunal para que ésta decida lo que corresponda en la esfera penal, en relación con estos dos funcionarios, y al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia disciplinaria, fuera de llevarle un directo conocimiento de la forma como actúan algunos de los agentes del Ministerio Público.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, mencionada en su origen, fecha y contenido, y en su defecto restaurar la procedencia de la emitida por el juzgado 15 Superior de Santafé de Bogotá, de veintidós de febrero de mil novecientos noventa y uno, en la cual se condenó a Luis Javier Valenzuela

Rodríguez, por el delito de "hurto calificado" a cuarenta (40) meses de prisión y cuarenta (40) meses de interdicción de derechos y funciones públicas, y se le absolvió por el delito de "homicidio agravado", y.

2.- Compúlsense las copias ordenadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

RESOLUCION DE ACUSACION \ NULIDAD \ DERECHO DE DEFENSA

El deber de avisar personalmente al procesado sobre su llamamiento a juicio criminal, se correlaciona con la obligación para el Estado de rodear de todas las garantías al reo, permitiendo elaborar su defensa acorde con sus intereses. Sin embargo no basta el silencio estatal para configurar el vicio. Puede suceder que la defensa se entera por cualquier medio de la decisión judicial y actúa en consecuencia. De esta manera aunque subsista la irregularidad procedimental, la oportunidad para controvertir aquella determinación tiene plena vigencia, quedando incólume el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6549

Acción: José Florez

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta No. 0096

Santafé de Bogotá, D.C., agosto cinco (5) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Vistos

Decide la Corte sobre la demanda de casación interpuesta por el Fiscal Segundo (2°) del Tribunal Superior de Valledupar contra la sentencia proferida por

dicha Corporación, de junio catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991). En ella confirma el fallo condenatorio dictado por el Juzgado cuatro (4º) Superior de la misma ciudad, el dieciocho (18) de marzo de ese año, en contra de José Flórez como autor responsable de un delito de homicidio. Sólo una modificación le realizó: los veinte (20) años de prisión, impuestos en la primera instancia los redujo a dieciseis (16) años, dos (2) meses y seis (6) días de prisión.

Corrido el traslado de rigor, el colaborador fiscal solicita casar la providencia recurrida por encontrarse viciada de nulidad la etapa del juicio.

HECHOS

Una síntesis adecuada hizo el Tribunal. La Corte hace la mención correspondiente:

"...En la primera hora de la noche del día 27 de enero de 1985, a eso de las seis y media, llegaron a la casa del señor Ramón Flórez, situada en la vereda de San Pedro, de la comprensión municipal de Río de Oro, los señores José Flórez y Juan de Dios Flórez León, quienes habían estado ingiriendo bebidas espirituosas. Allí permanecieron como media hora, al cabo de la cual José (sic) de Dios Flórez manifestó su deseo de regresarse a Puerto Nuevo, corregimiento del mismo municipio, y del cual había llegado. En efecto, emprendieron el regreso los dos amigos juntos. Al cabo de aproximadamente media hora, la señora Florinda Rodríguez, mujer del propietario de la casa, salió a la cocina y allí de improviso sintió una visión extraña, razón por la cual llamó a su marido, quien de inmediato salió al exterior de la casa encontrando a su hijo Juan de Dios Flórez muerto, con una puñalada en el tórax. El atribulado padre enseguida tomó un machete y con él se aprestó a perseguir al posible homicida, es decir, a José Flórez. Transcurrió algún tiempo, y en vista de que Ramón Flórez no regresaba su mujer también conturbada llamó a algunos vecinos a quienes les pidió que fueran en busca de su marido, como en efecto lo hicieron, topándose con su cadáver acribillado a cuchilladas, en la ruta que conducía de su casa a la del sujeto José Flórez.

"El procesado fue plenamente individualizado a través de la deposición de la señora Florinda Rodríguez, visible a folio 26 del cuaderno original, más sus datos identificativos documentales se desconocen procesalmente, en razón de que él fue juzgado en contumacia."

ACTUACIÓN PROCESAL

Esta vez los términos pertenecen a la Delegada. La Corte los estima pertinentes para su transcripción:

"La investigación fue iniciada por el Juzgado Penal Municipal de Río de Oro (Cesar) y a ella fue vinculado en calidad de sindicado, mediante declaratoria de reo ausente, José Flórez.

"Avocado el conocimiento de las diligencias por el Juzgado Cuarto Superior de Valledupar, y luego de ordenar sendas ampliaciones del término de investigación, declaró cerrada la etapa instructiva mediante auto de 7 de mayo de 1986 que cobró ejecutoria el día 16 de los mismos mes y año.

"Calificado el mérito del sumario por el juzgado del conocimiento a través de interlocutorio del 9 de mayo de 1990, resolvió dictar auto de proceder contra el imputado, como autor material del doble homicidio cometido en las personas de José de Dios Flórez León y Ramón Antonio Flórez Amaya en concurso de hechos punibles, y como consecuencia de lo anterior auto de detención en su contra, por las mismas infracciones. Recurrida esta providencia por la Fiscal del Juzgado para que se declarara su nulidad por haberse omitido especificar, si el homicidio se causó con dolo, culpa o preterintención, mediante escrito del 25 de mayo/90, el Juzgado Cuarto en decisión del 9 de agosto/90, desestimó la nulidad impetrada pero adicionó la parte motiva del llamamiento a juicio, en el sentido de que la culpabilidad de la imputación, lo es a título de dolo.

"Declarado nuevamente reo ausente el procesado por proveído del 20 de junio/90 y designado defensor de oficio a quien se le notificó el 25 de julio/90 el auto de proceder, se abrió el juicio a pruebas mediante providencia del 21 de agosto/90, y después de practicadas algunas, se señaló fecha para audiencia por auto de 7 de febrero/91.

"Practicada la Vista Pública, la Representante del Ministerio Público solicitó sentencia condenatoria para el implicado, por los cargos que fue residenciado en juicio criminal. El defensor, a su turno, pidió se absolviera a su representado por las imputaciones criminosas atribuidas, pues, en su criterio, la prueba indiciaria y testimonial sobre la cual se edificó el pliego de cargos no tiene la fuerza suficiente para determinar la plena certeza de su responsabilidad penal.

"El Juzgado Cuarto Superior de Valledupar mediante fallo que data del 18 de marzo de 1991, condenó al encartado en la forma y términos que se expresaron atrás, habiendo sido confirmada esta decisión en segunda instancia, con las modificaciones que se indicaron."

La demanda

El recurrente la eleva con fundamento en la causal primera de casación segmento final, por error de hecho "...proveniente de *apreciación errónea de las pruebas* conducentes a su falso juicio de convicción sobre sus alcances de credibilidad...", puesto que "...le otorgó un sentido diverso a las actas de *levantamiento* de los cadáveres... sub-estimando su mérito real en su contemplación material para deformar su alcance fáctico."

A continuación desarrolla su planteamiento asegurando que el a quo "...no reflejó en las motivaciones de su decisión el efecto jurídico de las actas de levantamiento... a cuya virtud cabría la violación indirecta por falta de apreciación de ellas... (puesto que) sí evocó su mérito pero con razonamientos hipotéticos y conjeturales incapaces por supuesto de eliminar la duda resultante de la verdad consignada en las actas de levantamiento...".

Precisa que las dichas actas demuestran el combate entre los occisos debiendo estimarse la posibilidad de una legítima defensa del reo, la que se infiere de las armas que poseían los interfectos, lo cual, da lugar a pensar en la culpabilidad del reo o en la existencia de una legítima defensa. Y si bien ésta no se encuentra plenamente probada en el expediente, la primera tampoco lo está, por lo que "La toma de partido por la primera circunstancia originó el error de hecho a través de la interpretación errónea del caudal probatorio, pues lo que campeaba era *la duda*, inexplicablemente olvidada en la instancia", sobre la injusticia de la provocación hecha por el contumaz.

Luego llama la atención sobre el hecho indicador deleznable del cual partió el fallo, "...el que le valió darle credibilidad al testimonio *único* de Florinda Rodríguez quien no vió sino una *visión*...", por lo que los indicios consecuentes "...inducen a la *duda* para el momento crucial de fijar responsabilidades...", advirtiendo que "...el juicio de valor sobre ellos refleja un examen de la veracidad del testimonio que le dio origen..." y que "La crítica se enrumba por lados de la valoración de los medios de prueba que desembocó en una interpretación errónea de sus alcances de credibilidad, sin embargo de lo cual, se ofreció certeza sobre la conclusión final del debate...". Hasta aquí su pensamiento.

Concepto del Señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal.

Solicita de la Corte decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de la diligencia de notificación por estado, fijado el 14 de agosto de 1990, por no haberse notificado personalmente al procesado el auto que adicionó el de proceder, en el que se especificaba que la conducta imputada al reo era a título de dolo, precisión que no se había hecho en el auto de llamamiento a juicio.

La Corte

1. La inquietud del Ministerio Público

Como quiera que el Colaborador Fiscal ha puesto de relieve una posible nulidad existente en el proceso, solicitando de la Corte un pronunciamiento sobre el particular, la Sala estudia y responde en primer término dicha inquietud, puesto que su prosperidad tornaría en innecesario el estudio de la demanda presentada.

Repárese:

El deber de avisar personalmente al procesado sobre su llamamiento a juicio criminal, se correlaciona con la obligación para el Estado de rodear de todas las garantías al reo, permitiendo elaborar su defensa acorde con sus intereses. El goce de los suficientes tiempo e información requeridos para tal fin, cumplirá el cometido.

Si por cualquier circunstancia el Estado guarda silencio y en forma subrepticia adelanta la causa contra el imputado, la nulidad de toda la actuación posterior es innegable puesto que se edifica sobre una visión estrecha y parcializada del acontecer procesal, en donde el menoscabo del derecho a la réplica ha prohijado una decisión que sólo consulta la óptica de la acusación. La posibilidad del error es innegable: también su alejamiento de la ponderación y la misma justeza que ha de perseguir todo criterio judicial.

Sin embargo, no basta el silencio estatal para configurar el vicio. Puede suceder que la defensa se entere por cualquier medio de la decisión judicial y actúe en consecuencia. De esta manera, aunque subsiste la irregularidad procedimental, la oportunidad para controvertir aquella determinación tiene plena vigencia, quedando incólume el derecho de defensa.

Así sucedió en el caso materia de estudio. Si bien es cierto, la adición al auto de llamamiento a juicio, en la que se indicaba la forma de culpabilidad del reo, no se le notificó personalmente a éste, ni a su defensor, el letrado que se le asignó en su momento, sí tuvo ocasión de conocer la situación procesal de su defendido antes de realizar su intervención en la audiencia pública, el más importante momento procesal con el que cuenta el inculpado para controvertir la prueba de cargo.

Una muestra de que sabía a plenitud los lineamientos y alcances de la acusación a título de dolo que le endilgaban a su defendido, es el interrogante que formula en la audiencia: "¿por qué, si tenía intención de matarlo, vino expresamente a hacerlo en su casa cuando tuvo oportunidad de hacerlo a solas?". De otro aparte, no se evidencia, en ese momento, ni después, ninguna muestra de inconformidad. Incluso, ni la propia demanda de casación trae este tópico como tema a discutir.

Así las cosas, suplida con efectividad la notificación personal, la irregularidad anotada no trasciende al terreno de las nulidades. La corrección de la etapa enjuiciatoria es innegable y así lo declara la Corte.

2. La demanda

Temprano, apenas corriendo los primeros renglones, la técnica casacional es desechada. Obsérvese. El casacionista fija el entorno de su alegación en la causal

primera, cuerpo final, y advierte que la violación a la ley sustancial proviene de una apreciación errónea de las pruebas "...conducentes a un falso juicio de convicción sobre sus alcances de credibilidad". Claro resulta, por tanto, que la alegación se sitúa en el error de derecho y que el motivo de su inconformidad encuentra su razón de ser en la equivocada valoración de la prueba de cargo.

Sin embargo, no se alcanza a avanzar mayor trecho en la lectura cuando se advierte la primera contradicción, al aducir que la impugnación extraordinaria persigue "...demostrar que se incurrió ...en *evidente* error de hecho...". El tránsito indiscriminado entre los dos yerros, tan disímiles en su esencia como en sus alcances, insinuó el rechazo de la demanda. No obstante, se espera que la imprecisión ceda el turno a la claridad en la medida que se adentre el lector en el escrito.

Vana expectativa.

Cuando se aborda el acápite denominado "Doble planteamiento de la censura", una frase ambigua siembra la confusión. Según el censor, el Tribunal "...no reflejó en las motivaciones de su decisión el efecto jurídico de las actas de levantamiento de los cadáveres...". ¿Pretendió señalar, quizás, un falso juicio de legalidad, al desconocérseles a los documentos su trascendencia jurídica en el proceso?. La oscuridad del planteamiento impide despejar el interrogante. La idea siguiente realiza otro zig zag, enhebrando un nuevo eslabón del galimatías. Entonces advierte que "...sí avocó su mérito pero con razonamientos hipotéticos y conjeturales incapaces por supuesto de eliminar la duda resultante de la verdad consignada en las actas del levantamiento...". Regresa, pues, al falso juicio de convicción mentado al comienzo de su escrito, feneciendo con ello el enunciado de la censura.

Viene entonces la "Comprobación de la violación medio" como capítulo siguiente. Su inauguración la hace con estas palabras: "El mérito legal de convicción asignado a la prueba de documento público se ignoró en la sentencia censurada en sus precisos alcances demostrativos". Aquí no se sabe si su alegato se refiere al valor legal de plena prueba que le otorgó al documento público el C. de P.P. de 1971, o si por "alcances demostrativos" ha de entenderse una errónea apreciación de su contenido, evento éste que trasladaría la censura al error de hecho por falso juicio de identidad. La respuesta se encuentra más adelante.

El hallazgo en poder de los interfectos de dos machetes desenvainados, provoca en el casacionista una exclamación vehemente: "Elocuente a ojos de buen cubero la bizarría con que los protagonistas solucionaron sus diferencias...", lo cual, a su modo de ver, "...no es una conjetura... concebida... para edificar ...una legítima defensa del contumaz...", como se creyó en la segunda instancia. Su disenso "...apunta hacia la crítica flaca que valió al Ad quem la presencia objetiva de las armas... al pie de sus cadáveres y fuera de sus fundas...". ¿Se tergiversó, entonces, el contenido de las actas de levantamiento, dejando de lado este hecho

elocuente? Si ello es lo que pretende aseverar se está en presencia de un error de hecho por falso juicio de identidad.

Tal el batiburrillo, que prosigue al explicar que en la sentencia "...no se interpretó con fidelidad el texto de las actas de levantamiento de los cadáveres, otorgándoles una orientación insuficiente a su real alcance de convicción". De nuevo, el error de hecho y el de derecho confundidos en esta amalgama argumental.

Terminado este aparte de la demanda, la Sala se enfrenta a otro, titulado "Confrontación de estas críticas con los conocimientos del fallo censurado", en el que los desaciertos prosiguen su marcha imperturbable. En esta ocasión habla "...de un hecho *indicador* deleznable, el que le valió darle credibilidad al testimonio *único* de Florinda Rodríguez". Aparte de que su pensamiento queda trunco al no profundizar en su crítica sobre el hecho "indicador", que da para pensar que busca restarle piso a la prueba indiciaria, sus esfuerzos se dirigen a extraerle vigor a la prueba testimonial de cargo, actitud que de nuevo lo lleva al error de derecho por falso juicio de convicción. Aparte de que estos ires y venires por los diferentes yerros propician el fracaso del libelo, su intento por cuestionar el valor que la deposición de cargo le otorgara el sentenciador no corre con mayor fortuna ante la carencia de tarifa legal para estos menesteres, resultando imposible el establecer la discordancia entre la ley misma y la voluntad del fallador, a quien sólo obligan las reglas de la sana crítica. En veces resulta vana la insistencia que la Corte ha hecho sobre este aspecto. El presente escrito lo demuestra.

Continúase con su estudio.

Luego de resaltar con sorna la "visión" que tuvo Florinda Rodríguez sobre el suceso, señala que "...los indicios concebidos a raíz de este testimonio aparecen huérfanos en el horizonte expediental...", planteando entonces una disyuntiva que de nuevo disgrega el concepto que quiere expresar. Así, advierte que estos indicios "...del mismo modo que inducen a la *duda* para el momento crucial de fijar responsabilidades, tampoco el juicio de valor sobre ellos refleja un examen de la veracidad del testimonio que les dio origen...". Esta frase anfibológica causa el natural desconcierto pues no se sabe si lo que pretende es quizás el planteamiento de in dubio pro reo o simplemente insistir en el falso juicio de convicción. El caos es notable pero, además, persistente. Obsérvese la frase que a seguida expone: "Mas no es este el instante de tocar la juridicidad de los fallos de mérito originados en las instancias pues gozan de la potestad de la seguridad jurídica y la garantía de la judicialidad". ¿Entonces, se pregunta la Sala, si el libelo no se presentó para conseguir el desquiciamiento del fallo, qué objetivo persigue?. Imposible saberlo porque los renglones finales se insinúan en la distancia, sin que en ellas aparezcan ideas nuevas que enderecen los entuertos.

Habla de que "La crítica se enrumba por lados de la valoración de los medios de prueba que desembocó en una interpretación errónea de sus alcances de

credibilidad, sin embargo de lo cual, se ofreció certeza para la conclusión final del debate". Luego explica que la confrontación entre la prueba indiciaria y las pruebas documentales "...valoradas con sentido diverso..." es lo que le da sustento a la censura, para luego rematar con una llamada de atención sobre el "...desconocimiento de la estimación legal de la prueba documentaria...", culminándose en un desconocimiento de "...la validez del instituto ecuménico in dubio pro reo...".

Culmina su intervención criticando "la superficialidad del interrogatorio" a que fue sometida la Rodríguez, lo que impidió auscultar su sinceridad, resultando ineficaz "...para servir de eslabón a un *hecho indicador* con el cual se ha de comprobar plenamente nada menos que la responsabilidad... del sujeto agente...".

El cúmulo de desaciertos examinados en precedencia, ameritan el rechazo del libelo.

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

NO CASAR el fallo impugnado.

Notifíquese y cúmplase,

Devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IRREGULARIDAD \ NULIDAD \ PERJUICIO \ PERITO

Cuando una prueba se aduce de manera ilegal al proceso, esa irregularidad no anula la actuación, si bien el Juez no debe apreciarla, porque como estatuye la Constitución Nacional es nula de pleno derecho.

La participación de perito para la liquidación de perjuicios no es obligatoria, ya que como bien lo prescribe el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal aplicado, (artículo 55 del nuevo)"..., el Juez procederá a liquidarlos, para lo cual podrá disponer de la intervención de perito según la complejidad del asunto".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No 6606

Acción: Benjamín Sterling

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobada acta No. 095 Agosto 4 de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., agosto seis de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Benjamín Sterling Clavijo, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Veintidós Superior de Santa Fe de Bogotá en cuanto a la decisión condenatoria y la pena de

diez (10) años cuatro (4) meses de prisión impuesta al aquí recurrente por los delitos de homicidio y lesiones personales, pero con la modificación de reducir la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas a diez (10) años, y revocar la multa.

1. Hechos y actuación procesal.

En la noche del 24 de mayo de 1988, en la ciudad de Girardot un grupo de amigos integrados por Epifanio Cardozo, Julio César Ortega Suaza, Raúl Rodríguez García, Ricardo Perdomo y Aristóbulo Prada Sogamoso, se reunieron a ingerir bebidas embriagantes frente al apartamento de uno de ellos.

Después de algunas horas de estar departiendo surgió una discusión entre Raúl Rodríguez y Aristóbulo Prada, como consecuencia de la cual terminaron dándose golpes, pero fueron separados por sus compañeros. A Prada se le cayó su reloj de pulso y fue recogido por un joven de nombre José Alirio Puentes Doncel.

Ante la intervención de quienes impidieron que continuaran la pelea, Aristóbulo Prada se retiró del lugar y regresó pasados algunos minutos en compañía de Rigoberto Falla Díaz y Benjamín Sterling Clavijo, sujeto éste último que portaba un cuchillo con el cual, después de intercambiar golpes con Raúl Rodríguez, hirió a José Alirio Puentes, acusándolo de haber hurtado el reloj de Aristóbulo Prada, y acto seguido asestó una puñalada al mismo Prada, reprochándole haberlo metido en problemas.

Los lesionados fueron llevados al hospital y allí falleció Prada Sogamoso. A José Alirio le fijaron una incapacidad definitiva de cuarenta (40) días sin secuelas.

La investigación fue adelantada por el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal de Girardot, Despacho que resolvió la situación jurídica del indagado con auto de detención y practicó las diligencias conducentes. La calificación del sumario correspondió al Juzgado Veinticuatro de Instrucción Criminal de la misma ciudad por cambio de radicación del que venía conociendo, auto en el que se dispuso el llamamiento a juicio contra Benjamín Sterling por los delitos de homicidio y lesiones personales.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la resolución de acusación en proveído de agosto 31 de 1989.

La etapa del juicio fue tramitada por el Juzgado Veintidós Superior de Bogotá y una vez concluida la audiencia pública se conoció la sentencia condenatoria que impuso al procesado pena de prisión de diez (10) años, cuatro (4) meses, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y multa de mil pesos ($ 1.000). También le dedujo la obligación de pagar perjuicios materiales por valor equivalente a quinientos (500) gramos oro, y morales por cien (100) gramos oro.

Este fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Cundinamarca, Corporación que para entonces ya había empezado a despachar, con la modificaciones inicialmente relacionadas.

II. LA DEMANDA

El impugnante formula dos cargos contra la sentencia así:

Primero: Al amparo de la causal tercera de casación sostiene que el fallo atacado se dictó en un proceso viciado de nulidad, por dos razones a saber:

a) Raúl Rodríguez García rindió indagatoria y en ella formuló graves acusaciones contra Benjamín Sterling, sin que se le tomara el juramento que ordena el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal.

Estima que se violó la garantía del debido proceso consagrada en los artículos 29 de la Constitución Nacional, y 305, numeral 2º del estatuto procesal.

b) Afirma que el Tribunal "Se llevó de calle" los artículos 50, 360, 246 y 11 del Procedimiento Penal entonces vigente, con cuya parcial transcripción cree haber dejado demostrado lo siguiente:

1o.- Que ni el herido José Alirio Puentes, ni los herederos de Aristóbulo Prada "hicieron acto de presencia en el proceso".

2o.- Que el mandamiento de pago por parte del Juez Civil, según los dictados del inciso 3º. del art. 50 del C. de P.P. será a favor del *alma* del causante Aristóbulo Prada Sogamoso, "siguiendo los lineamientos de una norma del Libro de Sucesiones del Código Civil Colombiano, que reza: «Lo que se deja al alma del testador, sin especificar de otro modo su inversión, se entenderá dejado a un establecimiento de beneficencia y se sujetará a la disposición del inciso anterior» "(Inciso 4º., art. 1113 del C.C.).

3o.- Que no había prueba de los perjuicios materiales y morales.

4o.- Que si los procesos exigen pruebas, siempre que se permita el término probatorio o no se decreten de oficio, se viola el debido proceso.

5o.- Que la sentencia se quedó sin motivación en cuanto a los perjuicios, "a no ser que se acepte que en menos de medio folio (pág. 294 del cuaderno principal) hubiera podido el Juzgado a-quo despejar la incógnita, y en algo menos de una página se hubiera podido hacer lo mismo en la segunda instancia (Fols. 90 y 91 del cuaderno del Tribunal)".

6o.- Si todo lo anterior fuere poco, entonces solicita que la Corte oficiosamente decrete la nulidad de todo lo actuado.

Finalmente, impetra que se decrete la nulidad a partir del auto que declaró cerrada la investigación; o del que abrió el juicio a prueba, o del que ordenó la ampliación del dictamen médico legal.

Segundo: Acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, por "error de hecho manifiesto al apreciar el caudal probatorio y por haberse omitido el estudio de algunos elementos de prueba, que llevaron a hacer más intensiva la responsabilidad penal de mi cliente para transformarlo en autor del homicidio simplemente voluntario, cuando en realidad de verdad el hecho se cometió *en estado de ira* que aminora en gran parte la responsabilidad y por ende, la pena".

La sustentación consiste en aseverar que el fallador no tuvo en cuenta una respuesta de Epifanio Cardozo y otra de Raúl Rodríguez, respecto a la ira con que actuó Benjamín Sterling.

También, desde su particular punto de vista hace una relación de conclusiones así:

a) Que todos los individuos que intervinieron en los hechos habían ingerido licor y estaban borrachos, unos más que otros.

b) Que Aristébulo Prada habló durante diez o quince minutos con su defendido y Rigoberto Falla, camino de regreso al sitio de los acontecimientos, tiempo durante el cual los convenció de que fueran a vengarse por el lío de faldas y la pérdida del reloj. El comportamiento del occiso lo calificó como grave, al exponer a sus dos acompañantes a un grave peligro para sus vidas.

c) La actitud de Raúl Rodríguez la considera también grave, al desafiar a pelear a Sterling, situación que llevó a este último a utilizar el cuchillo contra Aristóbulo. Cita al tratadista Silvio Ranieri para sostener que la reacción del que actúa en estado de ira puede ser contra persona distinta del autor del hecho injusto, "siempre que no se trate de una persona extraña y desconocida, sino de una persona que se encuentre en tales relaciones con el provocador, que justifiquen, con base en las normas comunes de la vida social, la reacción del agente".

d) El dictamen de Medicina Legal fue pasado por alto, en lo que respecta a la personalidad del procesado.

Menciona como normas violadas los artículos 247, 253 y 266 del Código de Procedimiento Penal, lo cual lleva al sentenciador, a aplicar el artículo 323 del Código Penal sin la disposición del artículo 60 ibídem, que tiene la ira como circunstancia atenuante.

La petición es que se modifique el fallo para dejar la pena en tres años, cinco meses y diez días.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia por las siguientes razones:

En cuanto al *primer cargo*, opina que el no tomarle juramento al indagado, cuando declara contra un tercero, no genera un vicio que dé lugar a la anulación del proceso. Esa falla tiene que ver con la apreciación que el Juez tiene que hacer de la prueba, y si encuentra que los aspectos formales no perturban la veracidad del contenido, debe concederle el valor que las reglas de la experiencia, la ciencia y la lógica permitan en cada caso concreto.

Además, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte, la ilegal aducción de una prueba no se puede alegar como nulidad, sino acudiendo a la violación indirecta por error de derecho.

De otra parte, "En lo que tiene que ver con la nulidad que se genera por haber sido condenado el procesado al pago de perjuicios, sin que estos se hubiesen comprobado, equivoca la vía del ataque el Señor defensor puesto que la presenta como una violación del debido proceso (causa de nulidad) cuando el tema planteado en el cargo es el de la falta de pruebas para condenar por perjuicios, que eventualmente deberá ser tratado en el ámbito de la suposición de la prueba para apoyar la condena en perjuicios, que constituye no un vicio de nulidad sino un yerro que da lugar a la violación indirecta por error de apreciación de la prueba en la causal 1ª. de casación. Además, si quería controvertirse la posición jurisprudencial de la obligación de condenar en concreto en los procesos penales, es evidente que el marco técnico para presentar la inquietud es el de la interpretación errónea de la ley que regula esta específica materia, pero no la nulidad procesal como se dijo en la impugnación".

Respecto al *segundo cargo*, el Ministerio Público advierte que el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal, citado por el censor, se refiere a la legalidad de la prueba, por lo tanto no guarda relación con el error de hecho planteado.

En lo atinente a las pruebas sobre el presunto estado de ira, estima que el Juez no dejó de apreciar ninguna, y precisamente de su valoración llegó a desechar la existencia del comportamiento ajeno, grave e injusto, necesario para configurar la atenuante.

Estando el análisis de la cuestión de fondo, expuesta por el recurrente, el Delegado concluye:

"Nunca existió conducta ajena grave e injusto, ya que desde un principio el Señor Sterling llegó armado y reclamando el reloj en forma amenazante, incluso Epifanio tal como se desprende de las declaraciones que obran en el expediente le

dijo que ahí no iba a encontrar problemas, tratrando de persuadirlo. Este hecho prueba que quien llegó en actitud provocadora suficiente fue el procesado -sentenciado- por lo que la situación de injusticia frente al derecho arranca de él mismo, y ello permite la conclusión definitiva de que no se le puede conceder un estado de ira, puesto que es él quien se introduce en el ámbito de injusticia sin razón valedera en ese caso".

IV. Consideraciones de la Sala

Primer Cargo: Es evidente que el demandante desatiende el principio de que cuando se invoca un error en casación éste debe ser trascendente, es decir, que implique el quebrantamiento del fallo atacado.

El hecho de que el Juez no le hubiera tomado juramento a Raúl Rodríguez García, cuando en su injurada hizo acusaciones contra Benjamín Sterling, es manifiesto que no constituye una irregularidad que afecte el proceso en su estructura, conceptual o formal, ni en cuanto a las garantías de las partes, por lo tanto no tiene razón de ser la nulidad impetrada. Esa indagatoria tiene plena validez, y el Juez, tal como lo hizo, podía valorarla de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en conjunto con los demás medios de convicción recaudados.

De otra parte, la prueba sobre la autoría del hecho es tan abundante, contundente y clara que aún suprimiendo lo dicho por Rodríguez García, la sentencia sigue siendo sólida, pues subsisten las exposiciones de Epifanio Cardozo, Ricardo Perdomo, Julio César Ortega, Rigoberto Falla Díaz y José Alirio Puentes, las cuales no ofrecen ninguna tacha, aún para el defensor.

También es oportuno recordar, que cuando una prueba se aduce de manera ilegal al proceso, esa irregularidad no anula la actuación, si bien el Juez no debe apreciarla, porque como estatuye la Constitución Nacional es nula de pleno derecho (art. 29). Si el fallador incurre en el error de tenerla en cuenta para apoyar la decisión, esa irregularidad se demanda en casación por violación indirecta de la ley sustancial debido a un falso juicio de legalidad.

En cuanto a la presunta nulidad por haber condenado en perjuicios sin existir prueba de ello, como acertadamente lo señala el Señor Procurador Delegado, es una inconformidad que debe invocarse al amparo de la causal primera cuerpo segundo, no como lo ha hecho el censor.

Si por negligencia o arbitrariedad del Juez no decreta o no practica pruebas importantes oportunamente solicitadas por la defensa o los demás sujetos procesales, puede presentarse una nulidad, pero no es ese el caso que motiva al recurrente, él lo que cuestiona es que en su opinión no estaban probados los perjuicios.

Cabe sin embargo anotar, que la participación de perito para la liquidación de los perjuicios no es obligatoria, ya que como bien lo prescribe el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal aplicado, (art. 55 del nuevo) "... el Juez procederá a liquidarlos, para lo cual podrá disponer la intervención de perito según la complejidad del asunto...". Esto significa que estando demostrados los perjuicios el Juez puede cuantificarlos, y cuando se trate de una situación cuya liquidación ofrezca especial dificultad, puede ordenar la experticia.

Los perjuicios se pueden acreditar con cualquier medio de prueba, de modo que es errónea la afirmación del demandante en el sentido, de que como no hubo intervención de perito no había prueba para condenar a su pago.

Pasando al tema de la supuesta falta de motivación de los perjuicios, se advierte que para el actor es claro que sí existió dicha motivación, lo que ocurre es que le parece muy corta, ya que según sus palabras, en primera instancia se hizo "en menos de medio folio" y en segunda "en algo menos de una página".

La razón de ser de la motivación es que la parte afectada con una decisión conozca su fundamento, y es evidente que el cumplimiento de esta exigencia no depende del número de folios que se utilicen para ese fin, pues así como es cierto que en un párrafo puede quedar perfectamente motivada una determinación, también lo es que pueden escribirse muchas páginas sin que no se logre ese cometido.

La acusación formulada contra la sentencia en este aspecto no corresponde a la verdad procesal, y para llegar a esta conclusión basta leer los folios 40 y 41 del cuaderno del Tribunal.

EL CARGO DE NULIDAD SERÁ DESESTIMADO

Segundo Cargo: Este reproche es técnicamente incorrecto desde su presentación, pues allí mezcla conceptos propios del error de derecho como es la valoración, con los de hecho. Textualmente dice: "En esta forma, se le dio al haz probatorio un valor restringido y se dejaron por fuera otras pruebas, que si hubieran sido consideradas en su conjunto, diversas habrían sido las conclusiones del juzgador para dictar un fallo distinto".

Pero además de la imprecisión en la formulación del cargo, la sustentación es un alegato con el cual no se demuestra la existencia de ningún error por parte del fallador, y a lo que conduce es a destacar que el actor tiene una opinión diferente a la consignada en la sentencia. Opinión que por cierto pone en evidencia una gran confusión conceptual, como por ejemplo lo referente al "comportamiento ajeno grave e injusto", o el pretender sustentar la atenuante de la ira o intenso dolor en el simple hecho de que el testigo haya dicho que el homicida estaba furioso, aspectos estos sobre los cuales la Procuraduría hace una acertada crítica.

No es cierto que la sentencia haya omitido la apreciación del testimonio de Epifanio Cardozo y de la injurada de Raúl Rodríguez, pues especialmente en la primera instancia se hizo una detallada reseña y un detenido análisis de esas versiones. Lo que ocurre es que ni el Juez ni el Tribunal podían llegar a la conclusión que presenta el demandante, pues no hay duda de que es ajena a la verdad que contiene el proceso.

El ataque es tan poco afortunado; que al censor se le olvidó que en el primer cargo se queja precisamente por lo contrario, haber apreciado el sentenciador, la injurada de Raúl Rodríguez.

Tampoco se ajusta a la verdad la afirmación de que se pasó por alto el dictamen de Medicina Legal sobre la personalidad del implicado, pues si bien de allí se puede inferir que es un sujeto especialmente agresivo cuando ingiere alcohol, lo cual reconoce el Tribunal, ninguna otra conclusión podía extractarse.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

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

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

IRREGULARIDAD \ NULIDAD \ PROCESADO

La ausencia de investigación en cuanto a uno o varios hechos delictuosos, o en cuanto a uno o varios procesados, constituye apenas una irregularidad que bien puede subsanarse con la expedición, así sea tardía, de las copias pertinentes.

"Si el debido proceso, siendo varios los acusados, se conculca para alguno o algunos de ellos, pero se conserva en su estrictez para los demás, y ello no socava las bases del juzgamiento para ninguno de estos porque no incide en la validez del desarrollo procesal que le corresponde, resulta fuera de lugar alegar vulneración de esa garantía y nulidades impertinentes para el sujeto que no las padece, bajo pretextos no demostrados, cualesquiera sean, inclusive el de que se ha violado el derecho de defensa."

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6603

Acción: Luis Alfredo Martín Piñeros

Delito: Homicidio

Aprobado acta No. 96 agosto 5/92

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., agosto diez de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se ha recurrido en casación la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (junio 26/91), mediante la cual, por el delito de homicidio agravado en Arcadio Piñeros Piñeros, se impuso a Luis Alfredo Martín Piñeros, dieciseis (16) años de prisión, como pena privativa de la libertad.

El recurso se admitió en proveído de 22 de agosto y la demanda en auto de 7 de noviembre, ambas fechas del ya citado año.

HECHOS Y TRÁMITE PROCESAL

Esta es la fiel relación que, respecto a estos puntos, señala el Procurador 3º Delegado en lo Penal:

"...Hacia las horas del medio día del 27 de enero de 1987 el sujeto Jorge Eliécer Escobar disparó un revólver calibre 38 sobre Arcadio Piñeros Piñeros cuando transitaban por el sector de la calle 13 entre carreras 8a. y 9a. de Santafé de Bogotá y al pretender escapar fue interceptado por la ciudadanía y por un agente de la Policía Nacional que se hallaba de servicio frente al Ministerio de Gobierno al que en la huída también le disparó sin hacer blanco, yendo a esconderse en un local comercial del pasaje "Hernández", en donde fue capturado. Del episodio también resultó herida la señora Julia Alvarado, de ocupación vendedora de lotería.

"Los heridos fueron llevados al Hospital San Juan de Dios -el hombre por agentes de la Quinta Estación de Policía a donde éste llegó sin vida, por lo que se practicó el levantamiento de su cadáver y se iniciaron las diligencias de indagación en cuyo desarrollo y con los datos suministrados a la Policía por el agresor, se capturó también a Luis Alfredo Martín Piñeros por aparecer como sujeto determinador de aquél, a quien le habría ofrecido una suma de dinero por la ejecución del crimen.

"El proceso penal fue abierto por el Juzgado 56 de Instrucción Criminal de Bogotá y como se prolongara la fase sumarial más de 120 días, los dos procesados fueron excarcelados mediante libertad provisional bajo caución y con el compromiso de presentaciones periódicas que para Martín Piñeros fueron autorizadas ante el Juzgado Penal Municipal de Muzo a pesar de lo cual el informe correspondiente fue solicitado al Juzgado de Instrucción Criminal de esa población en mensaje que por la equivocada mención del destinatario no fue entregado (fls. 469 o 435-, el proceso presenta doble foliación, 503, 451 o 485, 514, 519, 535-536). Al poco tiempo de hallarse libre el procesado Escobar fue también muerto violentamente, por lo que el Juzgado ordenó respecto de él la cesación de procedimiento el 10 de octubre de 1988 tal como aparece a los folios 574-575 del cuaderno principal.

"En atención a la mención que en su indagatoria y luego en reconocimiento fotográfico hizo el acusado Escobar de un ciudadano de nombre Luis Piñeros Piñeros como la persona que lo había contratado para segar la vida a Arcadio Piñeros Piñeros, tratando de retractarse de la concreta acusación que inicialmente había lanzado contra Luis Alfredo Martín Piñeros, el Juzgado Segundo Superior ordenó vincularlo mediante indagatoria pero el Juzgado instructor dejó sin efectos esa orden porque en su sentir la persona a quien se refería no había sido identificada plenamente. A pesar de esta decisión el 8 de junio de 1987 el Juzgado Superior impartió orden de captura contra Piñeros Piñeros que en definitiva no se cumplió.

"Ya en vigencia el nuevo C.P.P. y superadas las múltiples incidencias provocadas por ambos acusados en la primera parte de la investigación y la lentitud que después de la cesación de procedimiento antes referida caracterizó la investigación, se calificó, decidiéndose el llamamiento a juicio para Martín Piñeros por homicidio agravado por la circunstancia 4a. del artículo 324 del C.P. mediante resolución acusatoria cuyo cargo se mantuvo hasta el fallo, dado que los juzgadores de las instancias no encontraron motivo para variarlo, con las consecuencias punitivas relacionadas al comienzo de esta vista fiscal. En la misma providencia se dispuso la cancelación de las órdenes de captura contra Piñeros Piñeros.

"El acontecer procesal revela que hasta la fecha de proferimiento de la resolución acusatoria, el procesado Martín Piñeros había contado con la asistencia de cuatro (4) profesionales diferentes, siendo su personero para ese entonces el doctor Luis Roys Aguilar, que había recibido el mandato por sustitución del doctor Germán Iván Rincón, no obstante lo cual, en el texto de la providencia, al identificar la parte y su defensor, el Juzgado mencionó al primer profesional que lo había atendido en la investigación, y pretendiendo aclarar el error para efectos de la notificación, profirió auto ordenando comunicar la necesidad de su comparecencia al abogado Rincón hasta que un mes después, le designó como defensor de oficio al abogado Gustavo Jiménez Gómez, quien posesionado y notificado el 6 de julio de 1990, fue reemplazado por expresa determinación del acusado.

"Este último abogado lo asistió hasta la culminación de las instancias e hizo considerable intervención durante la audiencia pública, deprecando como alternativa de la absolución, la anulación de lo actuado por atentados contra el derecho de defensa de su cliente y el debido proceso, uno de tales, la equivocada designación de defensor oficioso cuando contaba con uno de confianza, otro, la no vinculación de Luis Piñeros Piñeros, que ordenada por el Juez Superior desobedeció el Instructor, otro, la no notificación de la resolución acusatoria a su defensor de confianza de cuya no comparecencia dentro del plazo de ley no aparece registro en el proceso. Ninguna de las objeciones en pro de la invalidación tuvo eco ni el Juzgado Superior, ni en el Tribunal, que confirmó íntegramente la decisión a quo en la sentencia contra la cual se interpuso el recurso de casación en estudio. .".

DEMANDA

Para el recurrente, la sentencia de segunda instancia se dictó en juicio viciado de nulidad y de entrada menciona los artículos 226-3 del C. de P.P. y 26 de la anterior Carta Fundamental (hoy 29), porque advierte la afección del derecho de defensa y la inobservancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Sobre el particular destaca: "No bastó por consiguiente que el Juzgado 56 de Instrucción Criminal de Bogotá, a sabiendas con conocimiento de causa y existiendo un Defensor como ocurrió en nuestro caso (el Dr. José Luis Roys Aguilar) y estando debidamente posesionado que venía actuando en el sumario, se designe al procesado un nuevo Defensor o abogado de oficio, cuando a todas luces con este proceder se limita la defensa. Incurrió el Despacho en violación al procedimiento penal cuando le mandó un mensaje notificando la resolución de acusación a otros apoderados o anteriores abogados diferentes al Dr. Roys. Cuando estos ya había más de un año habían dejado de serlo y habían sustituído con plena autorización del acusado.

"Luego de ésto el Juzgado cae en cuenta del error, lo admite, se entera lo que sucedió y en cambio de hacer las cosas bien y enviarle mensaje telegráfico de notificación al verdadero defensor (Dr. Roys), le nombra uno de oficio y destituye del cargo designado por el acusado como su abogado de plena confianza, llevando por delante el ordenamiento jurídico y las garantías procesales.

"Igualmente el sindicado Luis Alfredo Martín Piñeros, como se encontraba en libertad Provisional, cada 15 días hacía presentaciones al Juzgado Segundo Superior como consta en el libro respectivo, y el Juzgado de Instrucción que dictó la Resolución de Acusación *no le comunicó* al Juzgado para que allí le notificaran la providencia al sindicado cuando hiciera su respectiva presentación personal.

"Las *presentaciones* a los sindicados que adquieren la libertad es para que se enteren cuando el Juzgado los va a requerir o los necesita como hubiera sido en este caso y no lo fue.

"El Defensor de Oficio designado por el Juzgado, no se tomó el trabajo de recurrir en apelación la providencia no obstante que le asistía interés jurídico, por cuanto ya no tenía que perder y si lo contrario tener la doble instancia que tiene por finalidad en derecho producir un debate jurídico sobre la providencia recurrida. Se estaría además ante una falta de defensa técnica.

"Cuando el proceso entró al Despacho para calificación, elDefensor era el Dr. Roys por cuanto éste era el último que había tomado posesión del cargo y actuaba como tal y el Juzgado nunca se tomó la molestia de citarlo, so pena de sanción si no comparecía". De otro lado, en la Resolución Acusatoria, se determina, como defensor del procesado, al Dr. Yuri Eduardo García Vargas.

De otra parte, centrándose en el quebranto de la garantía de la defensa plena, luego de citar a la Corte en varios de sus pronunciamientos, así como al comentarista forense Dr. Jaime Bernal Cuéllar y referirse a los artículos 130, 133, 226 y 472 del C. de P.P., asevera la falta de debida notificación del pliego de cargos, pues se omitió hacerla a su defensor de confianza, se le nombró apoderado de oficio, no se requirió la presencia del procesado en el lugar en que podía encontrársele y ante el despacho en donde solía concurrir (Juzgado Penal Municipal de Mitzo).

Además, "...no obstante que dentro del proceso fue ordenada por el Juzgado 2 Superior la captura de Luis Piñeros Piñeros (alias Tolinche) para oírlo en diligencia de indagatoria, se violó el cumplimiento del artículo 378 del C. de P.P., ya que éste señor no compareció, no fue capturado y como no rindió indagatoria *no se le emplazó por edicto.*

"Tampoco se le declaró *reo ausente* o persona ausente, que era el normal procedimiento, luego entonces se pasó por alto el ordenamiento jurídico preexistente-Art. 29 de la Carta Magna cuando dice que el debido proceso se aplicará a las actuaciones judiciales y con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio.

"A mi poderdante le dieron un tratamiento diferente y para éste se omitieron las formas propias del juicio en cambio para el otro sindicado le aplicaron otras formas del juicio ya que cuando calificaron el mérito del sumario a Luis Piñeros Piñeros no lo habían *emplazado*, no lo habían declarado *persona ausente* y alegremente el Juzgado de Instrucción le canceló las capturas sin el fundamento jurídico legal.

"Lo justo hubiera sido que Luis Piñeros P. llegara a la calificación debidamente emplazado y si no hubiere mérito para dictarle resolución de acusación allí se dijera jurídicamente el motivo. Se coartó con este hecho el derecho de defensa con una mala interpretación por parte del Juzgado 56 de Inscriminal, la inalienable garantía que la ley brinda a las partes para interponer, tramitar el surgimiento de recursos...".

ANÁLISIS DEL MINISTERIO PÚBLICO

Tras de reprochar la mención de la nulidad constitucional, innecesaria e inconveniente, porque el motivo doblemente invocado se encuentra expresamente señalado como nulidad legal, el colaborador fiscal, en el aspecto que le seduce de la alegación y que secunda con argumentación adicional, expresa:

"...Obsérvese que el acusado se hallaba en libertad provisional porque la calificación no se produjo en el lapso de 120 días (art. 439-4 C.P.P.); que la citación para que compareciera a notificarse de la resololución calificatoria se le envió a la

dirección que suministró en 1987 cuando rindió indagatoria, no obstante que su última dirección registrada en el proceso fue la que informó cuando acudió al juzgado pocos meses antes de la calificación, a recibir un oficio para lograr la devolución de un arma de su propiedad; según consta al folio 587; por otra parte, el Juzgado no citó al defensor que lo asistía para la época de la resolución acusatoria, sino a un abogado que lo había asistido en otra época y que le había sustituído el mandato al que figuraba para cuando se calificó el sumario, y ante la no comparecencia buscada, le designó al acusado defensor de oficio al que en últimas notificó para continuar el trámite.

"Sin necesidad de mayores comentarios, resulta incuestionable la absoluta inobservancia de la disposición instrumental relativa a la notificación de la resolución acusatoria, y el total quebrantamiento de la garantía del debido proceso, que imponía una ritualidad simple y clara para cuyo cumplimiento bastaba elemental verificación de los datos consignados en el paginario, pues la designación del defensor oficioso debía estar precedida de supuestos plenamente verificados, ninguno de los cuales se dieron para justificarla.

"Ni el procesado, que se hallaba libre, ni su defensor, fueron renuentes; ni éste se excusó válida o inválidamente; sencillamente, no tuvieron la oportunidad de hacerlo porque fueron ignorados para los efectos de la notificación al enviarles las citaciones a sitio y personas diferentes de los debidos, haciendo así el grave descuido del juzgado, injustificada la designación del defensor oficioso, quien no por posesionarse y comenzar a actuar podía, en esas condiciones, sustituir al defensor de confianza. Las exigencias previas insoslayables de su aparición en escena no se daban, y por tanto, si bien el derecho de defensa del acusado -que el actor considera conculcado- no sufrió mengua porque se trataba de un profesional calificado como lo habían sido los que hasta entonces lo habían asistido y los que para sucederlo por su propia voluntad también lo han sido, la garantía del debido proceso sí la padeció, y de manera insubsanable.

"Cumple pues, pregonar con el demandante -más no con el sentido de violación que aduce-, que el proceso está viciado de nulidad desde, exclusive, la resolución acusatoria, y por consiguiente se impone así declararlo en sede de casación para que se devuelva al Tribunal de origen y sea repuesto conforme a derecho.

"En razón de lo expuesto, se sugiere comedidamente a la Honorable Corte Suprema de Justicia, *casar* la sentencia recurrida y en consecuencia declarar la nulidad de lo actuado en el proceso desde la tramitación cumplida a partir -sin incluír- de la resolución acusatoria para que se reponga según lo ordena el numeral 2º. del artículo 228 del C.P.P.; lo anterior sin perjuicio de la relación que a continuación sigue, de las demás irregularidades que enseña el proceso y que ponen de manifiesto el descuido de los funcionarios que intervinieron en las instancias, con la posibilidad -de repetirse- una de ellas (no constitutiva de nulidad según

criterio de esa H. Sala, Rad. 6036, 20 feb./92)-, de que vuelva a ser impugnada en casación la sentencia que ponga fin a las instancias:

"1.- El Juzgado 56 de Instrucción Criminal equivocó el nombre del defensor que tenía el procesado Martín Piñeros para cuando profirió la resolución acusatoria al identificar la parte en el texto de la providencia y mencionó al que lo había asistido en la indagatoria; luego para corregir el dislate, dictó auto ordenando la citación del otro abogado, que tampoco era el que para ese entonces lo representaba.

"2.- Al procesado se le impuso la obligación de presentaciones periódicas ante el Juzgado 2º. Superior de Bogotá cuando recobró la libertad en forma provisional, pero a solicitud de su representante le fueron autorizadas ante el Juzgado Penal Municipal de Muzo; sin embargo, el Juzgado Instructor libró oficio requiriendo información sobre esas presentaciones a un juzgado que allí no existía, es decir, al de Instrucción Criminal.

"3.- Por último, el juez fallador -1º y 2º grados-, sin explicar los fundamentos de su decisión en ese sentido, le impuso al sentenciado pena accesoria de suspensión de la patria potestad por término igual al de la pena de prisión que fue de 16 años, sin percatarse de los presupuestos de la pena, y además, de que el artículo 44 del C.P. limita esa clase de sanción accesoria a quince (15) años.

"Situaciones como las aquí destacadas por el Ministerio Público en cumplimiento de sus funciones constitucionales y como representante por antonomasia de la Sociedad, y vocero de ésta por una pronta y eficaz administración de justicia, no pueden pasarse desapercibidas, en cuanto semillas de las constantes muestras de desconfianza hacia una institución de la que se espera el máximo cuidado en sus decisiones...".

Consideraciones de la Sala

Sobre la falta de vinculación del individuo Luis Piñeros Piñeros, la cuestión así resultara procedente y obligada esta sindicación, aspecto que puede sostenerse desde un punto de vista meramente formal (lo había ordenado quien tenía facultad para hacerlo) pero muy discutible en torno a la entidad de los motivos que se tuvieron en cuenta para tomar esta determinación, no repercute en la validez del proceso ni menos traduce una significativa razón, en cuanto a que la omisión quebrantó las formalidades propias del proceso o vulneró los resguardos de defensa del recurrente.

Si, porque la Sala tiene por apreciación legítima advertir que la ausencia de investigación en cuanto a uno o varios hechos delictuosos, o en cuanto a uno o varios procesados, constituye apenas una irregularidad que bien puede subsanarse con la expedición, así sea tardía, de las copias pertinentes. Además, la estimación,

bien por el juez del conocimiento o del instructor, sobre la necesidad o conveniencia de insertar como sindicado a alguien, por lo mismo que resulta librado al buen juicio del funcionario o al valor de las probanzas en un determinado momento procesal, no debe alterar la bondad del trámite seguido, tanto cuando la decisión se muestra acertada como cuando traduce una lamentable equivocación, o sea que dejó por fuera a quien merecía ser investigado o se llamó al proceso a quien todo indicaba que no debía figurar como incriminado. Son aspectos secundarios y que se relacionan con órbitas en las cuales se da un amplio margen de discrecionalidad y tienen una consecuencia limitada y propia.

Por lo visto en autos, y ya ésto se apuntó pero conviene repetirlo, la mención de Piñeros Piñeros no obedeció a una real sindicación, sino a una actitud mañosa del sicario Escobar, para entorpecer la investigación y sustraer de la escena a la persona que desde la misma perpetración de los hechos señaló como su determinador. Esto de por sí indica vehemente cómo tal omisión no pudo refluir en la condena dispuesta para Martín Piñeros, ni le expuso a ésta de manera inmerecida e injusta. Por fuera de esta situación se dio la demostración suficiente de elementos que provocaron una sentencia en contra suya.

Sobre la imperfección que se nota en el planteamiento de este cargo, la Delegada acierta cuando observa: "El actor no demuestra, según lo enseña su escrito, de qué manera el debido proceso para su cliente hubiera resultado conculcado con la no vinculación de que habla, ni menos cómo su derecho de defensa hubiera padecido mengua o desconocimiento; el cargo se limita a la afirmación y al reclamo de un imaginario tratamiento diferencial entre los dos ciudadanos mencionados por el acusador como determinadores de su conducta (éste se recuerda, falleció y se desvinculó de la investigación mediante cesación de procedimiento), siendo ésta una inconsistencia grave de la demanda, porque también en tratándose de la causal 3a. de casación, el profesional del derecho está en el deber de fundamentar y demostrar la razón de su dicho... El poco afortunado trato dado al afectado con la orden de vinculación no cumplida que le hubiera podido generar perjuicio, no llegó, sin embargo, a influir para nada en el debido proceso, ni menos en el derecho de defensa de Luis Martín Piñeros, quien a través de sus defensores, todos calificados y en profuso número intervinientes a lo largo de la fase sumarial de la investigación para velar por sus intereses, pudo ejercitar con la plenitud de posibilidades todos sus derechos.

"Es así que su situación jurídica hasta en la calificación del sumario pudo resolverse independientemente de la del no vinculado con fundamento en la prueba oportuna y legalmente recaudada, porque significativamente, sus nexos con el ejecutor occiso aparecieron de contundente valor desde las pesquisas policiales, sin que se avizore que la falta de la presencia en el proceso, de Piñeros Piñeros, haya determinado la afectación de las garantías que reclama el censor y sin perjuicio de que promueva la investigación de la conducta del aludido, si el recurrente o su representante así lo consideran posible.

"No ha de olvidarse que, si el debido proceso, siendo varios los acusados, se conculca para alguno o algunos de ellos, pero se conserva en su estrictez para los demás, y ello no socava las bases del juzgamiento para ninguno de éstos porque no incide en la validez del desarrollo procesal que le corresponde, siendo la interrelación de las situaciones tratadas y resueltas, como en el caso en estudio no indisoluble, resulta fuera de lugar alegar vulneración de esa garantía y nulidades impertinentes para el sujeto que no las padece, bajo pretextos no demostrados, cualesquiera sean, incluído el de que se ha violado el derecho de defensa de éste".

En cuanto al otro aspecto del reproche contenido en la demanda, la Sala disiente de la conclusión a la cual arriba su colaborador fiscal. Puede aceptarse que la Resolución Acusatoria no fue debidamente notificada al defensor del procesado, porque el Dr. Yuri Eduardo García Vargas había dejado de ser el mandatario de Martín Piñeros, error que trató de rectificarse a fs. 600, incurriéndose en nueva inexactitud, colocándose en función de tal al Dr. Germán Rincón Puentes, quien a su turno también había dejado de asistir profesionalmente a este encausado. Y también podría admitirse que la búsqueda de Martín Piñeros fue defectuosa, pues se indagaba por él ante el Juez de Instrucción de Muzo y no ante el Juez Penal Municipal de esta localidad, despacho ante el cual tenía y cumplía el compromiso de presentaciones periódicas.

La Sala pasa como verdad esta situación, aunque no puede dejar de lado circunstancias que podrían variar la presentación y la interpretación de este punto. En efecto, nótese cómo Martín Piñeros insiste ante el Juez 56 de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, el mismo que le dictó la Resolución Acusatoria, para la devolución de un revólver que le fuera decomisado (con salvoconducto vencido) -fs. 496, 540, 542, 543 y 576- y al fin consigue que se le atienda positivamente su solicitud -fs. 577-. El Juez, para efectivizar esta medida, libra comunicación a la carrera 38, calle 133 Barrio Prado Veraniego -fs. 588- y el procesado, el mismo día, se entera y acude al despacho y recibe el pertinente oficio para el Almacenista General de Armamento -fs. 587-. A esta misma dirección, se le cita para notificarle la Resolución Acusatoria -fs. 601- pero ya rehuye este requerimiento, seguramente enterado de que se disponía la pérdida de su libertad. La gestión de hallazgo no aparece, entonces, como totalmente equivocada e inocua. No se puede sostener un desacierto a este respecto que malogre toda la actuación posterior. Este factor autorizaba al juzgador para dar fallido el intento de comparecencia voluntaria y explicaba, a su vez, la designación de defensor de oficio.

Fuera de que la comunicación librada al Juez de Instrucción de Muzo, que no al Juez Penal Municipal de allí, tampoco deja de representar cierta trascendencia en cuanto a este esfuerzo de localización. Basta advertir las relaciones existentes en tan pequeña población entre los funcionarios jurisdiccionales allí radicados y la serie de conocimientos que pueden llegar, en este campo, a un Juez de Instrucción Criminal.

Pero todo ésto pierde importancia a efecto de definir la censura comentada, porque se dá un factor de mayor y definitiva importancia que termina por purificar de todo vicio o irregularidad el procedimiento adelantado.

El procesado Luis Alfredo Martín Piñeros, después de todo lo anotado, autentica ante Notario un poder para el doctor José Miguel Díaz Gutiérrez, "para que en mi nombre y representación... asuma la defensa de mis intereses, haciendo todas las diligencias tendientes a demostrar mi inocencia DE LOS CARGOS que se mendilgan *en la causa* citada en la referencia, e interponer todos los recursos que sean necesarios, E INTERVENIR EN LA DILIGENCIA DE AUDIENCIA PUBLICA..."-Mayúsculas fuera de texto-.

Qué quiere decir ésto?. Lo obvio: que Martín Piñeros supo de la Resolución Acusatoria proferida por el Juzgado 56 de Instrucción Criminal, despacho que en varias ocasiones había frecuentado, no sólo para pedir la devolución de su revólver sino para deprecar la cesación de procedimiento -fs. 549 y ss.-, pero evitó la presentación personal por el explicable temor de ir a la Cárcel, pues en ese auto se revocó la libertad de que venía gozando y también se ordenó expedir las consiguientes órdenes de captura. Mas no hay duda de ese conocimiento (en el telegrama enviado se hablaba de "fin notificarle personalmente *calificación* en proceso 221") pues así tiene que inferirse de los propios términos del citado poder: demostrar inocencia de los *cargos*; aludir a *causa*; y disponer su intervención en *audiencia*. Nada de ésto se explica sino por la preexistencia de una Resolución Acusatoria.

Luego vino la posesión de ese nuevo apoderado (Dr. Díaz Gutiérrez) y el trámite posterior hasta llegar a la citación de audiencia, de la cual éste pidió un atendido aplazamiento -fs. 633 y 634- y por fin la celebración de aquella y la emisión de la sentencia de primera instancia. En estas oportunidades se silenció toda protesta contra lo actuado, que estaba sólidamente realizado por esta pasiva intervención, con conocimiento de lo que había realizado. Sólo en el debate público, entre otras peticiones, se introdujo tardía y extemporáneamente lo de la nulidad.

Es evidente que se da el evento previsto por el art. 181 del C. de P.P. y que, en estas condiciones, el trámite no se resiente de nulidad. Lo que al respecto pudo tener un viso de actuación contraria a las reglas pertinentes del procedimiento, fue purificado. Se aseguró el debido juzgamiento y si no se introdujo reclamación contra lo actuado y se quiso llegar a la audiencia y a la emisión de sentencia de primer grado, ello constituye una posición muy propia de la defensa o de quien podía alzarse contra esta situación procesal, que ahora no es dable desviar hacia una causal de anulación.

Se desechan los cargos.

Hay dos aspectos que ameritan la expedición de copias para que, si es el caso, se actúe disciplinariamente: una, que proceso tan delicado y con prueba tan

meritoria, no se valuara oportunamente y se tuviera que aplicar lo pertinente a la libertad del sumariado por no calificarse dentro de los términos de ley. El Juez Segundo Superior, doctor José Gabriel Segura Contreras, es quien aparece en este omisivo papel.

La segunda, que no se libraron las pertinentes órdenes de captura en el Tribunal (M.P. Dr. Alvaro Moreno Perilla), aspecto que se aleja de lo normado por el Código de Procedimiento Penal.

Para remediar esta última falta, se expedirán de manera inmediata las comunicaciones de rigor, para capturar a Luis Alfredo Martín Piñeros, búsqueda que se realizará en todo el territorio nacional, especialmente en el Departamento de Boyacá (Muzo y lugares aledaños), y en las direcciones que aparecen como lugares a los cuales solía concurrir en la ciudad de Santafé de Bogotá.

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

RESUELVE

1.- No CASAR la sentencia impugnada, ya indicada en su origen, fecha y naturaleza;

2.- Por la Secretaría se expedirán las copias pertinentes; y,

3.- Se librarán de inmediato y a todas las autoridades del caso, las correspondientes órdenes de captura de Luis Alfredo Martín Piñeros, conforme a la individualización que le aparece en autos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

REFORMATIO IN PEJUS \ CASACION OFICIOSA

No es posible minimizar y hasta degradar el predominio de la Constitución, impidiéndose el efecto de una disposición suya (v. gr. artículo 31), en sede de casación, porque la protesta sobre la sentencia no incluyó esta específica censura.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6584

Acción: Ramiro Antonio Blanco R.

Aprobado acta No. 97 agosto 6/92

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., agosto doce de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de doce de abril del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, y en la cual, por el delito de homicidio, se impuso a Ramiro Antonio Blanco Ropero, la pena privativa de la libertad de once (11) años de prisión, así como las accesorias pertinentes.

El recurso se admitió en proveído de veintidós de agosto, y la demanda se declaró ajustada a las formalidades de la ley, en auto de doce de noviembre, ambas fechas del año mil novecientos noventa y uno.

HECHOS

Así los relata el Tribunal:

"...Desde las primeras horas de la tarde del día 28 de noviembre de 1987, concurrieron al bar-billar "El Yankee", sitio en la calle 22 con carrera 7a. de esta ciudad, los señores Carlos Emiliano Rodríguez Correa y Julio César Pérez Ramírez, a quienes se sumaron, horas después, Luis Alfredo Blanco Castro, Ramiro Blanco Ropero, Luis René Blanco Ropero, Víctor Elí Blanco Castro y Pompilio Rueda Noguera. Por varias horas departieron al calor de los tragos y del entusiasmo de los chicos del billar sucesiva y alternadamente jugados por los integrantes de la tertulia.

"A eso de las 10:00 de la noche, una discusión intrascendente por la anotación de una "bola mala" llevó a Julio César Pérez Ramírez a desafiar a Ramiro Antonio Blanco Ropero, instándolo a pelear en el exterior. Este, recogiendo el reto, salió tras aquél. Segundo después escuchóse la detonación del proyectil de arma de fuego que dio al traste con la vida del primero, al ocasionarle la muerte por laceración encefálica...".

ACTUACIÓN PROCEDIMENTAL

La averiguación fue adelantada por el Juzgado 5º. de Instrucción Criminal Radicado, el mismo que mediante providencia fechada el 26 de septiembre de 1988, formuló Resolución Acusatoria, por el delito de "homicidio" decretando la detención preventiva, como medida de aseguramiento y ordenando librar las correspondientes órdenes de captura.

Al Juzgado Primero Superior le correspondió tramitar la causa, formalizando el período de pruebas, realizando la audiencia de rigor y dictando este despacho la sentencia de primera instancia (noviembe 16/90), en la cual impuso a Blanco Ropero, diez (10) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, y condena, a título de perjuicios, en cantidad de doscientos gramos oro.

En contra de esta decisión recurrió en apelación la defensora de oficio.

Como ya se dijo, el Tribunal varió la pena privativa de la libertad a once (11) años de prisión, dosificación punitiva más acertada que la descuidadamente señalada por el a-quo.

LA DEMANDA

Se invoca la causal 1a. del art. 15 del D.L. 1861/89, y se entiende esta preceptiva como propia a una violación de normas sustanciales por error de hecho

manifiesto en la interpretación de las pruebas, al punto que se tergiversaron "algunas" haciéndolas "producir efectos probatorios que no derivaban de su contexto".

Como errores de hecho, dentro del aparte denominado "demostración del cargo", se puntualizan los siguientes:

"1.- Dar por hecho en la sentencia, que la duda de la responsabilidad de Ramiro Blanco Ropero, dependía de la prueba de inocencia que se aportara al proceso.

"2.- Dar por cierto sin serlo, que unos Agentes de la Policía Nacional se hicieron presente en el lugar pocos minutos después de perpetrado el hecho y estos no informaron sobre la presencia de Raúl Pacheco.

"3.- Dar por aceptado que, si los testigos Carlos Emiliano Rodríguez Correa, Gustavo Becerra Quintero y los agentes de la Policía, no informaron sobre la presencia de Raúl Pachecho, en el lugar de los hechos, era porque este personaje no existía.

"4.- Afirmar que si los señores Pompilio Rueda, Numar Chinchilla, y Alfonso Pabón Cañas, vieron a Raúl Pacheco, y no testimoniaron en el acto, era porque el personaje nunca existió.

"5.- No darle valor probatorio a los testimonios de los señores Nelson Vallejo Hurtado, Euro Atencio Medina y María Aidec Betancur Perdomo, porque según el Honorable Tribunal Superior de Santa Marta, fueron aterrizados en el proceso tan intempestiva como tardíamente. lo que los hacía altamente sospechosos de mendacidad.

"6.- Dar por aceptado que es inadmisible que mediante el estudio de las pruebas técnicas se dedujera que era imposible que Ramiro Blanco Ropero, hubiera disparado contra la víctima, sin tener razón lógica para ello.

"7.- Dar por demostrado sin estarlo que Ramiro Blanco Ropero, fue responsable del Homicidio en la persona de Julio César Pérez Ramírez".

Y en cuanto a pruebas erróneamente apreciadas, se señalan:

"1.- Declaraciones de los señores: Carlos Emiliano Rodríguez Correa y Gustavo Becerra Quintero. (folios 5 y 6 del exped.).

"2.- Declaraciones de Luis Alfredo Blanco (folios 11 y 12).

"3.- Declaraciones de los señores Numar Antonio Chinchilla Meneses (folio 46 del expediente). Pompilio Rueda Noguera (folio 47 del exp.), Alfonso Pabón Cañas (folios 48 y 49).

"4.- La diligencia de necropsia (folios 20 a 22 del exp.).

"5.- Acta de levantamiento del cadáver de Julio César Pérez Ramírez (folio 1 y 19 del expediente).

"6.- Informe del D.A.S. (folins 16 y 17 del exp.)

"7.- Declaraciones de los señores: Nelson Vallejo Hurtado, Euro Atencio Medina y María Aidec Betancur Perdomo, rendidas en la audiencia pública".

Luego de indicar a espacio los aspectos de la sentencia que no admite como verdad procesal la recurrente, afirma que "1.- En el supuesto caso, de que Ramiro Blanco Ropero, hubiese querido disparar contra la víctima sin darle tiempo a reaccionar, no iba a dar uno o dos pasos para adelantarla, y cogerla por la parte delantera, le hubiera sido más fácil dispararle por la espalda.

"2.- Si lo que quería era apoyar el cañón del arma en la sien para no darle tiempo a reaccionar a la víctima, no iba a hacer el esfuerzo a adelantarse, con el peligro de que la víctima como es lógico debía darse cuenta, cuando bien pudo apoyar el cañón del arma en el occipital sin problema alguno.

"3.- No existe en el expediente prueba alguna de que Ramiro Blanco Ropero y Julio César Pérez, se hubiesen retado a un desafío cuerpo a cuerpo".

Para la censura el procesado no estuvo delante del occiso y, por la ubicación y trayectoria de la lesión producida con arma de fuego, quien así actuó estaba enfrente de aquél y en cierta forma le podía sorprender.

También se destaca, como imperfecciones insalvables del fallo, que en éste no se determinan las pruebas aptas para producir una condena y si se hace referencia a la de indicios, "no se dice en qué consiste" ésta.

Igualmente pasa revista a la sentencia de primera instancia, por la referencia genérica que a la misma hace el ad-quem. En este punto anota que Carlos Rodríguez C. "en ninguna parte manifiesta haber visto que Ramiro Blanco Ropero disparó contra la víctima. él supone eso porque su amigo Julio César Pérez salió de discusión con mi defendido y se dirigieron a la calle, en donde momentos más tarde se escuchó un disparo y cuando el testigo salió a la calle encontró a su amigo agonizante". También acota que el arma, de haberla portado el procesado y por la forma que vestía, debió ser advertida; de donde, esta falta de percepción impone la falta de la misma.

Asi mismo Julio César Gómez Narváez y Gustavo Becerra Quintero, tampoco advirtieron una agresión mortal por parte del sentenciado. De ahí, entonces, "que el Juez, dio a los testimonios ya analizados un valor sobre la responsabilidad o

autoría de Ramiro Blanco Ropero en el homicidio de Julio César Pérez Ramírez, que en su contexto no tiene. Se cometió error en su valoración, y ésto incidió en la sentencia condenatoria, si no se hubiese dado valor diferente al que realmente tienen los testimonios, es decir sino se hubiese distorsionado, la prueba hasta el hacer creer como así aparece en la providencia que fueron testigos presenciales de los hechos, no se hubiese dictado una sentencia condenatoria. Luego el error de hecho en la apreciación de éstas pruebas incidió en la sentencia impugnada. Que a su vez violó los art. 323 y 324 del C.P., en razón a que se aplicó la acción punitiva al procesado que no era responsable del delito de homicidio agravado".

Y en cuanto a la mención de *unos agentes de policía* próximos al lugar de los hechos, tanto que tuvieron ocasión de anotar la placa de uno de los automotores utilizados por el procesado y familiares de éste, se dice que nadie con esta condición declaró o rindió informe al respecto.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada Primero en lo Penal.

Si algo destaca la lectura de la providencia acusada y la demanda de casación, es una aguda confrontación y discrepancia sobre el valor de la prueba considerada por el Tribunal, tanto para aceptar la que revela factores incriminantes, como para rechazar la que se ofrece como favorable al sentenciado, que procura señalar a un tercero -Raúl Pacheco-, situado en la calle, quien aprovechó la salida de Pérez Ramírez, para ultimarle alevosamente.

Este es el nervio de la cuestión, que no puede desaparecer bajo la excedida alegación de haberse tergiversado el contenido de unas declaraciones para hacerles decir lo que no decían, para alcanzar con su efecto lo que no podían cubrir. No. El Tribunal ha advertido una serie de realidades que, por el estudio cuidadoso y acodado a las prescripciones de una sana crítica, le permiten inferir un certero y sólido juicio de responsabilidad de Blanco Ropero.

Y, en este punto, ciertamente hay que tener por de mejor condición la postura probatoria del Tribunal, que la ensayada por la recurrente, pues no se ha logrado demostrar, como ostensible, un posible yerro en aquél y, además, porque la interpretación que acuña la censora no pasa de ser sino una valoración muy personal, muy subjetiva, que tiene el freno de no poder alcanzar su exacta dirección y fin, porque los intereses que represente y el propósito que la anima, no le facilitan este cometido.

Empezando porque, como bien lo demuestra la Delegada, un lapsus en que incurre la providencia no se corrige en su debida y exigible forma, sino que se estratifica el error y se extiende éste al contenido de una prueba de innegable trascendencia. Es así que se la descarta porque no fueron unos agentes de policía sino unos detectives del DAS los que arribaron al lugar de los hechos e informaron

la desaparición del incriminado, con sus familiares. La recurrente acierta al señalar que no hay informe, en este sentido, rendido por agentes de policía, pero es una verdad incompleta, pues lo cierto es que sí se da uno producido por los miembros de ese organismo de seguridad. Y lo que importa, en definitiva, es que la realidad que interpreta el Tribunal, al respecto, sí se da y el hecho comunicado sí aparece en autos. De secundaria entidad es que lo hubiera producido la autoridad policiva, o judicial, o aduanera, es decir cualquiera que hubiera tenido una calidad de funcionario o empleado oficial.

Esto lo ha destacado el colaborador fiscal cuando luego de acreditar la situación válida al respecto afirma: ".... Se equivoca el tribunal al referirse a informe rendido por Agente de la Policía Nacional, en lo que no yerra es en manifestar que existe informe y que además corresponde a unas autoridades como son detectives del D.A.S. y además el contenido del mismo coincide con lo manifestado por el tribunal, por lo que no es cierto que el elemento probatorio no exista como se manifiesta por la defensa, sin que exista violación del artículo 246 del C. de P.P. como se indica en la demanda.

"El error de denominar Agente de Policía a quien es Agente del Departamento Administrativo de Seguridad, es apenas nominal o formal que no hace ilegal ni la decisión ni incorrecta la valoración probatoria. Baste con decir que igualmente son Agentes de Policía los Agentes Secretos del DAS, y que hacen parte de los llamados cuerpos armados de policía del Estado, lo que muestra la inconsistencia del argumento de la impugnación...".

También importa destacar, con las atinadas transcripciones de la Delegada, que cuando el Tribunal afirma como conclusión de la prueba testimonial, en la cual cree encontrar eficaces elementos de incriminación, que "les asistía la convicción de que Ramiro Blanco Ropero, era el autor de la occisión", no está dando paso a una fantasía o distorsionando factores de prueba. Es suficiente, a este respecto, como lo anota la Delegada, observar estos fundamentales apartes del testimonio de Carlos Emiliano Rodríguez: fue un cachaco el que le mató y "el cachaco que lo mató fue uno de los primeros que salió.... Yo digo que fue Ramiro Blanco, porque el fue que salió con él afuera".

Ahora bien, que los elementos arbitrados por el Tribunal para dictar su fallo condenatorio, no tengan para la casacionista la contundencia probatoria que aquél le adjudica, que para su parecer esa sea una prueba débil, insegura, incierta, de dudosa atendibilidad, etc., ésto no revela por sí la presencia de un imperdonable yerro de apreciación, sino una posición crítica de distinta entidad y obediente a otra manera de ver las cosas, pero el juicio que al respecto se exterioriza, sobre el descrédito de algunos testimonios y circunstancias tomadas como de cargo, o sobre la bondad desatendida de testimonios que vinieron a corroborar la circunstancial presencia de ese tercero que aprovechó certeramente la salida de Pérez, quien se aprestaba a contender con Blanco Ropero, o sobre las deducciones realizadas a

expensas de la ubicación de la mortal herida y su trayectoria, son lucubraciones que no suscitan su fácil y directa aceptación. Las afirmaciones que al respecto hizo el Tribunal, tan concretas, tan hilvanadas, tan atendibles dentro de la integración de los elementos de convicción allegados al sumario, no solo replican adecuadamente las explicaciones de la demandante, sino que terminan por consolidarse como verdad de lo sucedido y como su más justa y defensable apreciación.

La Sala, a este respecto y como demostración de evidencia de lo dicho, recuerda el pronunciamiento impugnado en la siguiente forma:

1.- A los representantes de la autoridad que se hicieron presentes, con tanta celeridad como que alcanzaron a registrar la placa del vehículo en el cual el procesado huyó (y este es el término que por su valor incriminante debe usarse), nada se les dijo, ni nada percibieron en cuanto a la presencia de un tercero desconocido como el agresor de Pérez;

2.- La convicción advertible en los testigos próximos a los hechos (Rodríguez, Narváez, Becerra) es la que de Blanco Ropero fue el autor del disparo;

3.- El procesado y su variada parentela y amigos no informaron del malhadado evento de la repentina presencia de ese tercero y de su proditorio acometimiento, lo cual se imponía ante el disgusto suscitado entre Pérez y Blanco y la simultánea salida de ambos, situación que podía resultar en la implicación de éste en los hechos. Y no todos desaparecieron del sitio, pues quedaron Pompilio Rueda, Numa Chichilla y Alfonso Pabón Cañas, quienes estuvieron presentes en la diligencia de levantamiento del cadáver;

4.- Blanco Ropero nada dijo a los circunstantes y, según él y contra toda lógica, prefirió comunicar a un pariente suyo, "privadamente", que el autor había sido un desconocido, del cual también pensó que le iba a matar a él;

5.- Lenes Blanco, que también se ausentó en compañía del procesado, dos meses más tarde logró romper su silencio y se limitó a decir: "no puedo afirmar si fue él o no, yo no estaba afuera, y en caso de que sí hubiera sido él, era el primer día que se veían, ellos no se conocían";

6.- La huída de Blanco Ropero, forzando las circunstancias, pudiera excusarse por una súbita impresión de miedo; pero ésto no puede aplicarse a sus amigos y parientes, debiendo valorizarse el punto como el destacado afán de no comprometer al real autor de la mortal agresión, ya que de pensarse en situación contraria, lo razonable y exigible era que, en defensa de su familiar o conocido hubieran relatado lo de ese tercero. "La conducta asumida por estos testigos y la demora en concurrir al proceso a testimoniar sobre el misterioso personaje, fuerza la conclusión de que éste nunca existió y de que huyeron para dar tiempo a acordar los términos de sus futuras declaraciones";

7.- "Respecto de los testigos últimos, Euro Atencio Medina, Nelson Vallejo Hurtado y María Aydée Betancourt Perdomo, aterrizados al proceso tan intempestivamente como tardíamente, por virtud de su invocación por la defensora, cabría alabar la labor detectivesca de ésta de averiguar, tres años después de los hechos, que la noche de éstos pasaron por el lugar tres sujetos, convertidos por obra de la casualidad en espectadores de la occisión, cuyo autor identificaron plenamente, si no fuera porque la ausencia de la más leve y antecedente mención de ellos en el proceso y el desconocimiento de los medios de que pudo valerse para llegar a conocer su existencia como testigos, crea la convicción de que se trata de testigos implantados teóricamente en el escenario del crimen, ya por decisión propia, ya porque le hubieren sido sugeridos a ella por el procesado o sus parientes, en su afán por sustraerlo de las consecuencias de su acto.

"Es precisamente el carácter sorpresivo e inesperado de la concurrencia de estos testigos, los calcados términos de sus testimonios y su tardía presencia, no obstante no ser Ramiro Blanco un desconocido para ellos, sino un viejo cliente, según dijeron, lo que hace de ellos testigos altamente sospechosos de mendacidad. Sospecha que se torna en certidumbre al evaluarla a la luz de la irrefutable conclusión de que los testigos iniciales mintieron cuando afirmaron que vieron huir un sujeto revólver en mano y que puesto que realmente estuvieron en el lugar de los hechos, el mentado sujeto no existió; luego Euro Atencio, Nelson Vallejo y María Betancourt no pudieron ver lo que nunca sucedió"; y

8.- "La ratificación técnica que según la recurrente le dan a su versión los resultados de la necropsia y la posición adoptada por el cuerpo de la víctima al caer, parte de dos supuestos inadmisibles: equivocado uno, incomprobado el otro. En efecto, no existe una relación precisa e invariable entre la trayectoria del proyectil y la posición de la víctima al caer, en razón de que los movimientos conscientes o reflejos de ésta difieren de una persona a otra, según el individual mecanismo físico y síquico de respuesta y del grado de voluntad y automatismo que intervenga en ella.

"La afirmación de que Ramiro Blanco marchó siempre tras la víctima, premisa de la que deduce la defensa que conforme a la trayectoria del proyectil aquél no pudo ser el autor de la occisión, descansa en el testimonio de quienes evidentemente han mentido para favorecerlo, como se ha visto. Lo cierto es que nada impedía al procesado adelantar uno o dos pasos a su víctima, para sin darle tiempo a reaccionar, dispararle con comodidad apoyando en su sien el cañón del arma, tomándola así por sorpresa, confiada como estaba ella de que el enfrentamiento se produciría en los términos del desafío, es decir cuerpo a cuerpo.

"Esta Sala con ocasión de la apelación de la resolución de acusación, destacó en los siguientes términos, lo absurdo del proceder endilgado al misterioso personaje y la evidencia de que sólo Ramiro Blanco pudo ser el autor del homicidio. Es verdad acreditada en el proceso que el arma fue disparada estando el cañón en

contacto con la piel del cuero cabelludo del hueso temporal izquierdo. Tal proceder es inconcebible, dadas las circunstancias en que se produjo el homicidio, en persona diversa del procesado, porque persona distinta de él habría tenido que acercarse a su víctima revólver en mano y ésta permitirlo hasta el extremo de darle la oportunidad de apoyar el cañón en su cabeza. La lógica, ratificada por el común acontecer, enseña que en esos eventos el homicida dispara el arma a distancia conveniente para no errar en el blanco, pero no tan cerca que permita el contraataque de la víctima o la anticipada advertencia a la misma de lo que está por ocurrir.

"Diferente es la situación respecto de Ramiro Antonio Blanco Ropero, pues colocado desde un principio al lado de la víctima, pudo disparar contra ella en las anotadas condiciones, muy posiblemente sin que Pérez Ramírez alcanzara a percatarse del ademán de su victimario de sacar el arma y aún advirtiéndola, sin oportunidad de resistir a su accionar, dado lo imprevisto y rápido del ademán, como lo indica la casi simultaneidad de los momentos de abandono del local por ambos y el en que se produjo el disparo fatal.

"Entiéndase así, frente a la lógica contundencia de este argumento la necesidad que tuvo la defensa de hacer aterrizar en el proceso a los tres últimos testigos, como medio para llevar a él una versión que rebatiera la razón y conclusión de que sólo Ramiro Blanco pudo ser el autor de la occisión, porque como dato curioso, ninguno de los que inicialmente declararon vio al desconocido disparar contra Julio César Pérez Ramírez".

Contrastando las explicaciones expresadas en la demanda y las razones que ofrece el tribunal, tiene que quedarse esta Sala con estas últimas y afirmar que no se ha logrado demostrar su desatino, su forzamiento, su indebido manejo, sino que ciertamente ha acertado en la interpretación y que ésta es suficiente para fundar un fallo como el atacado.

Ante la necesidad de dar aplicación al art. 31 de la C. Nacional, ya que el fallo de primera instancia, recurrido solamente en interés del procesado, debe recuperar su total vigencia, la Delegada disiente del criterio de mayoría que al respecto predomina en la Sala. El colaborador fiscal, en la parte medular de su opinión destaca:

"....Es la propia Constitución (art. 4) la que obliga a darle prevalencia a los preceptos constitucionales y por lo mismo las autoridades deben darle aplicación preferencial a los mandatos de la ley fundamental.

"Como con la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Santa Marta se está contraviniendo lo dispuesto en el artículo 31, no le queda a la Corte otra vía que darle aplicación oficiosa y directa al mandato constitucional, reduciendo la pena correspondiente a lo establecido por el juzgado de primera instancia, pero esta decisión no cabe dentro del recurso de casación, sino en virtud de la

obligación general que tienen los jueces consistente en obedecer y darle aplicación inmediata a los mandatos constitucionales.

"Piensa la Delegada que como en nuestro sistema existen dos formas de control constitucional, uno el concentrado o por acción cuyo juez es la Corte Constitucional, y otro desconcentrado o difuso, o por excepción que no tiene un funcionario competente específicamente señalado sino que se impone como un deber general y abstracto de aplicar la Constitución Nacional (es una competencia constitucional general e ineludible) es factible admitir una competencia inmanente que cada funcionario debe utilizar de modo directo, en homenaje a la primacía constitucional, en cada caso que le corresponda actuar formalmente. Obviamente por fuera de la actuación formal misma, si dentro de ella no cabe la modificación que se adecua a la constitución, como ocurre en casación por lo dicho....".

Interesante el planteamiento transcrito, tanto más cuanto que con el se propicia la inmediata vigencia del postulado constitucional, lo cual, muy a pesar de lo que expresa la Delegada, le acerca más a la solución que propicia la mayoría de la Sala, que a la propugnada en el salvamento de voto de los MM. Duque, Saavedra y Torres. No obstante, la argumentación no convence en el sentido de sustituir ese criticado modo de pensar. En trance de tener que buscar un canal adecuado para instrumentar de inmediato el canon constitucional, toda idea al respecto, por falta de determinación específica, tiene que admitir su característica de expediente o medio afín. Y, en situación tal, resolviéndose un recurso de casación, hasta ampliar la noción de ésta para lograr dicha efectividad, máxime cuando la renoción de un fallo en esta extraordinaria sede sólo se debe entender a expensas de esta impugnación. No guarda mucha lógica, en cuanto a una de las vertientes de la opinión que sobre el tema se da, minimizar y hasta degradar el predominio de la Constitución (norma de normas) impidiéndose el efecto de una disposición suya (v. gr. art. 31), en sede de casación, porque la protesta sobre la sentencia no incluyó esta específica censura, ya porque el precepto constitucional no existía al momento de elaborarse la demanda, ya porque por inadvertencia o descuido se olvidó aludir a esta censura. Esto no autoriza a mantener la inaplicación de un texto de la Carta (que en definitiva traduce su violación). Similar afirmación debe hacerse cuando se considera de modo ideal la fuerza de un ordenamiento de esta jerarquía, pero en la práctica se impide su inmediata vigencia porque su imperio no alcanza a constituir una nueva causal de casación aplicable de oficio. Esta es otra versión de la forma ahogando el derecho sustancial, sin que tal esfuerzo dialéctico llegue a sobrepasar la estéril especulación teórica o la linde del ensimismamiento abstracto, constituyéndose la actitud en reconocible logomaquia.

La Corte encuentra la vía comentada como segura, como plausible dentro de los esquemas fundamentales del procedimiento, como eminentemente útil y práctica, que no causa menoscabo o perjuicio a nadie ni a la ciencia, y antes bien los evita y llega a engrandecer a ésta por la dosis del sentido común que le imprime.

Y con ésto no es que se quiera impedir el debate ni mostrarse impermeable a las razones que en contrario puedan darse sobre un determinado tema, sino que se trata de advertir la verdadera dimensión del problema, muy lejos de la hecatombe jurídica que se adjudica al criterio de la mayoría en el comentado asunto, y, también que ésta, en cuanto a praxis judicial, impone su conveniente finalización, la cual ya ha surgido a expensas del nuevo Código de Procedimiento Penal (art. 228) consagratorio del criterio que la Corte venía aplicando, reconocimiento que ya se ha hecho en varias providencias, excusándose así los tradicionales salvamentos de voto. El comentario, pues, se ha cumplido para no dejar sin respuesta las cogitaciones de la delegada, en el ámbito en que ésta planteó la cuestión.

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

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, ya señalado en su contenido, fecha y origen, en el sentido de ordenar que recobre plena vigencia la condena impuesta en la sentencia de primera instancia, emitida por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, de noviembre dieciséis de mil novecientos noventa, y en la cual se impuso a Ramiro Antonio Blanco Ropero diez (10) años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por igual término y condena al pago de doscientos gramos oro, por concepto de perjuicios.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

ERROR DE DERECHO
\ FALSO JUICIO DE LEGALIDAD
\ REFORMATIO IN PEJUS

Reconocerle valor a una prueba nula, en verdad que constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad, que no invalida el proceso.

Cuando la posibilidad de que el superior conozca de la sentencia depende únicamente de la voluntad del procesado o su defensor, porque ella no es consultable ni fue recurrida por ninguno de los otros sujetos procesales, hz querido el constituyente establecer en su favor que su situación penal no pueda desmejorarse.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6497

Acción: Iván José Torres González

Aprobado acta No. 99

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*

Santafé de Bogotá, D.C., doce de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Iván José Torres González, contra la sentencia proferida el 7 de junio de 1991 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

I. Hechos y actuación procesal.

Aproximadamente a las 7 de la noche del 12 de agosto de 1988, Iván José Torres González se presentó en la casa del señor Ricardo Mejía, situada en el perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, y por ser amigo de la familia se le permitió entrar, quedándose conversando con una de la hijas de Mejía, de nombre Ledys. Pocos minutos después irrumpieron en la referida residencia dos sujetos armados, aprovechándose de que Torres había dejado abierta la puerta de la residencia; luego de un intercambio de palabras con el señor Mejía, uno de los intrusos disparó contra éste produciéndole la muerte en forma inmediata, no obstante lo cual entre la familia del occiso y algunos vecinos que acudieron al lugar prestamente, lograron desarmarlo, retenerlo y entregarlo a las autoridades, quienes lo identificaron como Uriel Acuña Llanes. La policía, ante las sospechas de que Torres González estuviera involucrado en el delito, también lo aprehendieron, no así al otro sujeto que acompañó al autor del disparo que logró huir, pero de quien después se supo que respondía al nombre de Antonio Herrera Aguilar.

La investigación fue adelantada por el Juzgado 17 de Instrucción Criminal radicado en Barranquilla, que escuchó en indagatoria a los dos capturados y profirió contra ellos auto de detención (fls.93 y s.s.). Posteriormente fue emplazado Antonio Herrera Aguilar (fls. 168) contra quien se dictó igual medida de aseguramiento. Perfeccionada la investigación el juzgado dictó resolución acusatoria contra los tres sindicados, para que respondieran del homicidio cometido en la persona de Ricardo Mejía y de tentativa de hurto. A Uriel Acuña se le consideró autor de los dos ilícitos y a los otros procesados se les señaló como cómplices suyos. Apelada esta determinación, el tribunal la confirmó únicamente en lo relacionado con el homicidio, pero modificándola en el sentido de que los tres incriminados tenían la condición de autores.

La causa correspondió rituarla al Juzgado Quinto Superior de Barranquilla, el cual, luego de las formalidades de rigor, condenó a los procesados Uriel Acuña Llanes y Antonio Herrera Aguilar a la pena principal de diez (10) años de prisión, más las accesorias de rigor, lo mismo que al pago de los perjuicios. A Iván Torres González lo absolvió.

La anterior determinación fue apelada por los defensores de los condenados, por el apoderado de la parte civil y por el representante del Ministerio Público. El Tribunal, al desatar el recurso, confirmó integralmente las condenas y revocó la absolución de Torres González a quien impuso la pena principal de cinco (5) años por considerarlo cómplice del homicidio. El defensor de este último interpuso el recurso de casación que ahora procede la Sala a resolver.

II. La demanda

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo (art. 226 del C. de P.P. de 1987), el actor formula dos cargos contra la sentencia impugnada.

Cargo primero.- Sostiene el casacionista que el fallo, objeto del recurso "violó indirectamente los artículos 2, 3, 4, 5, 21, 35, 36, 40 del Código Penal, por haber incurrido el fallador de instancia en error de derecho, al valorar las pruebas con un falso juicio de convicción, al momento de valorar los testimonios de cargo y darles un valor diferente al que le otorga la ley según la sana crítica".

Intenta demostrar el cargo con transcripciones parciales de los testimonios rendidos por Eduardo Linero Bonett y Edelmira Mejía López, a quienes el censor considera que no debió dársele ningún crédito, porque en su sentir son mentirosos y fueron preparados para que declararan en contra de su poderdante.

Cargo segundo.- Afirma el libelista que el juzgador también incurrió en un error de derecho, por falso juicio de legalidad, "desde el mismo instante" en que permitió "la aducción de la exposición recibida por la policía judicial del Atlántico, vista a folios No. 18, 19, 20, 22 y 23 del cuaderno principal al concederle mérito probatorio a éstas pruebas allegadas al proceso sin la observancia de las prescripciones legales que regulan la forma de aducción, conculcando con este proceder los artículos 246, 247, 248, 252, 253, 295, 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 9 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 26 hoy 27 de la Constitución Nacional".

Para fundamentar este cargo aduce que las versiones libres que en los citados folios aparecen "fueron producidas bajo la violencia física, de la cual fue objeto mi defendido, como está acreditada en autos, vista a folios 156 del cuaderno principal". Agrega, además que la "policía judicial no puede recibir diligencias de exposición porque si bien el artículo 334 del C. de P.P. numeral 7o se lo permite, no es menos cierto, que taxativamente le está prohibido recibir dicha prueba libre y expontánea (sic) a los sindicados por el artículo 403 numeral 4o de la misma obra, so pena de violar el debido proceso, todo esto debido a que una norma posterior tiene preferencia sobre la anterior y si está dentro del mismo código prima la posterior sobre la anterior".

Como consecuencia de la prosperidad de estos cargos, el actor pide a la Corte "casar la sentencia debatida, dictando en su lugar la que deba reemplazarla de conformidad al artículo 228 del C. de P.P."

Con apoyo en la causal tercera de casación, el actor pide que se invalide el proceso porque "el fallo condenatorio de segunda instancia se dictó en un juicio viciado de nulidad".

"Este reproche acusatorio de nulidad -afirma el recurrente- se origina al haberse adelantado el proceso sin que el señor Antonio Herrera Aguilar, contara con defensa ni técnica ni material ya que la persona que se le designó de oficio Gustavo Ramírez Gámez, no es abogado titulado, por ser su tarjeta que exhibía como profesional falsa, razón por la cual fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta lo que está debidamente acreditado en los autos.

"Esta nulidad se origina con la intervención de este falso abogado en las instancias pues, en mi opinión ello afectó el debido proceso, porque afectó de modo sustancial la plenitud de las formas propias del juicio criminal, que se adelantó contra mi defendido, contrariando con ello la voluntad del legislador según lo normado en el artículo 26 hoy 27 de la Constitución Nacional, el cual consagra y garantiza, defiende el derecho esencial del individuo, de no ser juzgado sino conforme a la observancia de la 'plenitud de las formas propias de cada juicio' ".

Consecuente con sus planteamientos, solicita que "se declare nulo el proceso a partir del auto que declaró reo (sic) ausente al señor Antonio Herrera Aguilar".

III. Respuesta del Ministerio Público

Como es lo lógico, el Procurador Primero Delegado en lo Penal se ocupa en primer lugar del cargo de nulidad, para sostener que no puede prosperar ante la falta de interés del recurrente, para formularlo.

"Consideramos que el censor no puede alegar esta nulidad -afirma la delegada- en la medida que no tiene interés jurídico toda vez que si existiera en nada afectaría a su defendido Iván José Torres, como que la demanda de casación siempre deberá encaminarse a defender los intereses de su poderdante, pero en ningún momento los intereses de los demás procesados". Luego de transcribir apartes pertinentes de una decisión de esta Sala en apoyo de sus aseveraciones, el Procurador depreca la desestimación de este cargo.

Con relación al cargo primero por violación indirecta de la ley, también considera el Procurador que debe rechazarse, porque el libelista "incurre en varias contradicciones... y en yerros insubsanables que hacen imposible que el cargo presentado pueda prosperar".

Asevera la delegada que al haber desaparecido el sistema probatorio de la "tarifa legal", ya no es posible alegar error de derecho por falso juicio de convicción:

"Que el Tribunal le dé o no credibilidad a un determinado testimonio no es un vicio, ni puede ser atacado por vía de casación, ya que de acuerdo con el sistema de la sana crítica el juez tiene la libertad de apreciar y determinar el valor de los diferentes elementos probatorios. En últimas -remata- el demandante termina contraponiendo su personal criterio de valoración al del Tribunal, pretendiendo de la Corte que acoja el suyo y deseche el otro lo cual no es válido dentro del recurso de casación".

Pide consecuentemente la Delegada que este cargo también sea desestimado.

Respecto del segundo cargo por falso juicio de legalidad, el Ministerio Público principia por hacerle unas glosas de carácter técnico, consistentes, en primer término, en que el actor se limitó a citar una serie de artículos del Código Penal "pero sin indicar las materias a las que se refieren los mismos, sin relacionarlos entre sí y demostrar en qué medida la normatividad sustancial fue vulnerada".

"Por otra parte - agrega- incluye como norma sustancial violada el artículo 27 de la Constitución. En este punto es necesario recordar que la normatividad constitucional no se puede entender como una simple ley sustancial que pueda ser atacada por vía de la causal primera de casación, por el carácter superior de la misma y por lo mismo no debe ser incluida dentro del conjunto de la proposición jurídica que es conformada por la normatividad sustancial entendida como el conjunto de normas de carácter legal y no constitucional que incluyen derechos de las personas".

Sobre la alegada imposibilidad legal de que las autoridades judiciales reciban la versión libre de los imputados, manifiesta la Procuraduría:

"No es cierto que la Policía Judicial no pueda practicar diligencias de exposición porque es el mismo Código de Procedimiento Penal en su artículo 334 numeral 7o el que lo faculta, como tampoco es cierto que el artículo 403 numeral 4o por ser posterior derogue el anterior, ya que son normas que pertenecen a un mismo estatuto creadas al mismo tiempo y que entraron en vigencia en forma conjunta además como lo manifestamos anteriormente obedecen a dos situaciones distintas. Así la exposición libre que recepcione el Cuerpo Técnico de Policía Judicial podrá ser valorada por el juez en la medida que sea practicada por este organismo con el lleno de los requisitos legales. Como en el caso en estudio no encontramos ilegalidad alguna en su aducción no existe razón para que el tribunal no las hubiese podido valorar. Así las cosas esta Delegada considera que el cargo no puede prosperar".

Con relación a la supuesta tortura que empleó la policía para obtener la versión libre de Torre González, el Procurador estima que no está demostrada: "No se puede decir tampoco que al momento en que rindieron su versión fueron torturados porque esta se efectuó en presencia de su defensora doctora Teresita de Jesús Queruz Lemus quien en ningún momento dejó constancia alguna de existencia de irregularidades en la diligencia".

Que este cargo también se desestime y que en consecuencia el fallo impugnado no se case, es la conclusión final de la Delegada.

IV. Consideraciones de la Corte

Causal tercera de casación.

Como en el evento de que el cargo formulado al amparo de esta causal prosperara y hubiera en consecuencia que invalidar el proceso, las otras dos

censuras por sustracción de materia se tornarían inexaminables, es lo lógico, como reiteradamente lo ha recomendado esta Sala, abordar primeramente el estudio de la nulidad alegada.

Ciertamente asiste razón a la Delegada al afirmar que el recurrente no tiene ningún interés jurídico para formular este ataque, porque la nulidad, -en caso de existir, únicamente implicaría la invalidez del proceso en relación con Herrera Aguilar, mas no respecto del poderdante del actor, porque en su juzgamiento no se advierte vicio alguno. El poder con que actúa el demandante, le fue suscrito únicamente por el procesado Torres González y por ello él no puede tomarse una vocería que no tiene porque no se la han otorgado.

Ahora bien. Como quiera que la Sala tendría la obligación de declarar oficiosamente la nulidad en comento en el supuesto de que esta en realidad existiera (art. 227 del decreto 050 de 1987 y art. 228 del decreto 2700 de 1991), es pertinente advertir que fue verdad que a Herrera Aguilar se le designó como defensor de oficio "al dóctor Gustavo Eduardo Ramírez Gámez, abogado titulado, con tarjeta profesional No. 39841 del Ministerio de Justicia" (fls. 205); que es igualmente cierto que con posterioridad a esta designación, el Tribunal Superior de Santa Marta "ordenó la cancelación de la inscripción como abogado" (fls. 83 del cuaderno No. 5) que tenía Ramírez Gámez, mas este hecho no implica ninguna nulidad, primero que todo, porque así lo dispone expresamente el artículo 25 del decreto 196 de 1971:

"Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este decreto.

"*La violación de esté precepto no es causal de nulidad de lo actuado*, pero quienes lo infrinjan estarán sujetos a las sanciones señaladas para el ejercicio ilegal de la abogacía" (Subrayas de la Corte).

En segundo lugar, porque este defensor de oficio fue cambiado por otro que intervino en la audiencia (fls. 74 del cuaderno No. 5), presentó resumen de sus alegaciones (fls. 88); apeló del fallo condenatorio (fls. 133) y oportunamente sustentó el recurso (fls. 19, cuaderno No. 2 de la causa), todo lo cual impide afirmar, como lo hace el recurrente, que Herrera Aguilar hubiera carecido de defensa técnica y material.

Causal primera de casación.

Cargo primero:

Como lo destacó la Delegada, esta censura no está llamada a prosperar, pues el error de derecho por falso juicio de convicción, sólo es posible aducirlo en relación con pruebas que tengan un valor predeterminado en la ley, y bien sabido es que ni en el Código de Procedimiento (art. 254) ni en el inmediatamente anterior

(art. 253) existe tarifa legal probatoria, ya que todos los elementos de convicción deben ser valorados en conjunto por el juez, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Cargo segundo:

Aquí el casacionista también aduce un error de derecho, pero por un falso juicio de legalidad, por cuanto según él la versión espontánea rendida por su poderdante ante la policía judicial, fue obtenida "bajo la violencia física, de la cual fue objeto mi defendido, como está acreditado en autos, vista a folio 156 del cuaderno principal".

A este cargo también debe replicarse con la Delegada que no está probado que la versión libre y espontánea que rindió Torres González, fue obtenida por la acción de la violencia física, toda vez que durante esta diligencia estuvo asistido por una abogada (fls.19 a 21) que no dejó constancia alguna al respecto.

Tampoco tiene razón el actor cuando para fundamentar este cargo sostiene que la policía judicial no podía recibir la versión libre y espontánea de los procesados aprehendidos, porque sobre este aspecto es muy claro el ordinal 7o del artículo 334 del C. de P.P. (decreto 050/87), al otorgar esta facultad al "Cuerpo Técnico de Policía Judicial" o a "quien ejerza estas funciones": "7o. En caso de flagrancia, capturar al presunto autor o partícipe, a quien impondrá de sus derechos, avisará a la persona que deba enterarse de la aprehensión y citará al defensor que haya sido designado. *Si el capturado no designa defensor, se le nombrará de oficio, para recibirle versión libre y espontánea sobre los hechos*" (Sin subrayas en el texto original).

La contradicción entre la norma transcrita y el ordinal 4o del artículo 403 ibídem, a que alude el casacionista, es sólo aparente. Basta con observar que la facultad que se otorga en la primera norma, es únicamente "En caso de flagrancia" y si "por motivos de urgencia o fuerza mayor acreditada", no "puede el juez de instrucción, iniciar la investigación preliminar". Si no se dan estas condiciones, la versión libre y espontánea sí tiene que ser recibida por el funcionario instructor y no por quienes desempeñan las funciones de policía judicial.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la policía judicial sí podía, en el caso sub-examine, escuchar la versión libre y espontánea de los dos sindicados, entre ellos Torres González, que capturó en flagrancia.

En relación con esta censura, que por lo ya dicho habrá de desecharse, agréguese que estuvo técnicamente formulada al amparo de la causal primera de casación y no con apoyo en la tercera, como parece entenderlo la Delegada al darle

respuesta conjuntamente con el cargo de nulidad, porque reconocerle valor a una prueba nula, en verdad que constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad, que no invalida el proceso.

En relación con este cargo dígase por último que no es exacta la afirmación de la Delegada en el sentido de que la violación de normas constitucionales no es susceptible de ser atacada por la vía de la causal primera, pues aunque de ordinario el desconocimiento de ellas conduce a la nulidad del proceso, en otras veces su vulneración debe ser encausada por la precitada vía, como sucede cuando, por ejemplo, se quebranta el artículo 31 superior.

Sobre la reformatio in pejus.

Aunque en el caso sub-judice no se da el presupuesto de la prohibición prevista en el artículo 31 de la Constitución Nacional, toda vez que el fallo de primer grado fue recurrido tanto por el Ministerio Público como por el apoderado de la parte civil, no puede la Corte dejar sin comentario la tesis planteada por el procurador delegado, en el sentido de que la reformatio in pejus únicamente la prohíbe la Constitución en tratándose de condenados:

"Como el señor Iván José Torres fue absuelto en primera instancia y en segunda fue condenado imponiéndosele una pena de cinco años, consideramos que en este caso no es dable dar aplicación al artículo 31 de la carta fundamental, teniendo en cuenta que en ella con toda claridad se establece que cuando el condenado sea apelante único el superior no podrá 'agravar la pena impuesta'.

"Si no se puede agravar la pena impuesta necesariamente se debe entender que debe existir una pena previamente aplicada, así sea mínima, que se hubiese establecido en contra de una persona. Cuando en primera instancia un individuo es absuelto no está ante la situación contemplada en el artículo 31 del mandato constitucional, que claramente se refiere a: a) El condenado, que no puede ser asimilado al absuelto, y menos frente a un principio constitucional, b) La pena impuesta (que no puede agravarse), concepto forzosamente que contiene el de la imposición antecedentes de punibilidad, como presupuesto necesario. Es todo lo opuesto del absuelto, al que no se le impone pena alguna. c) Agravar, que parte de una petición de principio referida a la punibilidad, visto que se refiere a agravar la pena impuesta, lo que lleva a concluir que lo agravado ya preexiste (sic) como pena impuesta. La norma no se refiere a agravar la situación procesal, V.G., en donde cabría la interpretación extensiva que algunos le dan al texto. Pero no en el actual del artículo 31 C.N.

"Por otra parte entender el mandato de la carta magna en otra forma sería una interpretación que sobrepasaría lo permitido por la propia constitución y que

terminaría acabando con el principio de la doble instancia que también tiene el carácter de constitucional, por estar incluido en el artículo 29 de la misma".

Esta prohibición contenida en el artículo 31 de la Carta, debe entenderse dentro de un sentido lógico y normal, que es el de que los sindicados y sus defensores únicamente recurren de los fallos de condena, pero no de los absolutorios. Por eso esta última hipótesis no la contempla expresamente la norma en comento, sin que ello signifique que dentro de una interpretación teleológica no sea posible entenderla también comprendida en ella.

En efecto. Cuando la posibilidad de que el superior conozca de la sentencia depende únicamente de la voluntad del procesado o su defensor, porque ella no es consultable ni fue recurrida por ninguno de los otros sujetos procesales, ha querido el constituyente establecer en su favor que su situación penal no pueda desmejorarse. Y como se partió del supuesto ordinario, esto es, que sólo se impugnan las decisiones desfavorables, pues obviamente se habló de "condenado" y no de absuelto, porque, repítese, no es normal el caso de que un absuelto apele del fallo que lo exoneró de responsabilidad, aunque el evento en verdad puede presentarse, como por ejemplo, si para eludir el pago de los perjuicios causados, se pretende con la apelación que el superior confirme la absolución fundada en una causal de inculpabilidad (defensa putativa), pero bajo la motivación de reconocer que la defensa fue legítima. Si el apelante fue sólo el absuelto o su defensor, para la Sala es claro que su situación no puede ser desmejorada por el juzgador de segundo grado, porque si bien no tenía la condición de condenado a que alude la Constitución, sí se dan, en su caso, los mismos presupuestos que justifican la prohibición.

Una interpretación en contrario conduce al absurdo de que el condenado a 20 años, por ejemplo, no puede sufrir ni el más mínimo incremento punitivo si es apelante único, mientras que el absuelto, si también es único recurrente, sí puede ser condenado a cualquier pena, de conformidad con la resolución de acusación. Aceptar esto, sería admitir que el procesado absuelto puede tener interés legítimo en que se le condene, porque sólo así se podría entender su legitimación para recurrir, y esta afirmación es insostenible de acuerdo con los principios procesales y de cara al artículo 31 superior.

Así lo ha resuelto esta Sala en proveídos de 9 de abril (Mag. Pte. Dr. Dídimo Páez Velandia) y 5 de agosto (Mag. Pte. Dr. Gustavo Gómez Velásquez) del presente año.

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

No CASAR la sentencia impugnada.

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

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

DEMANDA DE CASACION

Se requiere indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales en la cuales se funda la censura. No admite en el mismo capítulo cargos entre sí excluyentes, y cuando sean opuestos, exige que se hagan en capítulos separados y subsidiariamente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7516

Acción: Fernando Londoño Velásquez

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 099 (12 de agosto de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Examina la Sala si la demanda presentada por la defensora del procesado Fernando Londoño Velásquez en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cali, cumple con los requisitos de ley requeridos para su aceptación.

ANTECEDENTES

La sentencia que se impugna, fechada el 22 de febrero del año que transcurre, emana del Tribunal Superior de Cali y confirma la de condena proferida por el Juzgado Octavo Superior de esa ciudad en contra del acusado Fernando Londoño

Velásquez por el delito imperfecto y agravado de homicidio cometido en contra de Luis Alberto Rey, según hechos sucedidos el 15 de diciembre de 1990.

La demanda

Invoca la libelista, abogada adscrita a la Defensoría Pública el artículo 220 del decreto 2700 de 1991, proponiendo como único cargo la violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 323, 324.7 del Código Penal, y artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, según errónea apreciación que de la prueba hiciera el ad quem, yerro que llevó a la inaplicación de los artículos 331 y 334 inciso segundo del C.P.

Para demostración de la censura, concreta la demanda los siguientes reparos:

Primero: Al considerar "el fallador que la conducta realizada por el señor Londoño, estaba encaminada a obtener como resultado la muerte del señor Reyes", dedujo en el acusado la intención de matar, "desconociendo que el señor Londoño, por su estado de embriaguez no podía determinar su ilicitud y actuar conciente de ella".

Segundo: En la valoración que hizo el tribunal del reconocimiento médico sobre alcoholemia desconoció su estado de embriaguez "...lo que da como consecuencia el estado de inconciencia demostrándose que no existió en la conducta del procesado la intención de matar", y con la versión de Londoño su costumbre de llevar siempre consigo su revólver, circunstancias que permitían "apreciar que el arma que llevaba consigo es con la cual puede defenderse situación que se dio en éste caso", y

Tercero: También interpretó equivocadamente el ad quem el dictamen rendido por la perito en psicología "deduciendo que no se había dado el estado de embriaguez, es decir el trastorno mental por embriaguez".

En el aparte de las conclusiones añade que el procesado en su indagatoria confesó su autoría en las "lesiones personales" sufridas por la víctima, no porque lo hubiese recordado sino porque los agentes de policía se lo informaron, rematando en que bajo todas esas circunstancias "lo más que puede deducirse de su conducta es que quería era lesionar, debiéndose entonces ubicar su comportamiento dentro del tipo respectivo de lesiones personales y no como se hizo", así que su petición se concreta en que una vez "revoque" la Corte la sentencia del Tribunal, "profiera la que en derecho corresponda".

Consideraciones de la Corte

La demanda de casación que se analiza no reúne las exigencias previstas en el artículo 224 del decreto 050 de 1987 que rigió el juzgamiento y al cual debió ceñirse la casacionista, ni aquellas que en su reemplazo requiere el decreto 2700

de 1991 -artículo 225- y que se invocan como precepto actualmente vigente, pues invariablemente en uno y otro estatuto se requiere que en este recurso extraordinario el libelo indique "en forma clara y precisa" los fundamentos de la causal o causales en las cuales se funda la censura, como en uno y otro se rechaza la posibilidad de que en un mismo capítulo se planteen cargos que entre sí resulten excluyentes, exigiendo aún la nueva norma que en el caso de cargos opuestos, su formulación en capítulos aparte se haga subsidiariamente.

Para el caso propuesto y sin necesidad de extenso análisis, esos defectos de forma se muestran ostensibles, comenzando por el hecho mismo de demandar bajo la causal primera de casación la errónea calificación de la conducta atribuida al acusado, pues si la posibilidad que tiene la Corte dentro de esa censura es la de casar el fallo rectificando su injusticia, profiriendo aquel que en derecho corresponde, esa posibilidad que impetra la actora llevaría a la expedición de una sentencia inconsonante con la resolución acusatoria, y de consiguiente a incurrir en la causal segunda de casación.

Pero además y cuando la actora intenta el desarrollo de la acusación, cambiando el inicial enfoque dice en los tres apartes resumidos que el acusado actuó bajo un estado de embriaguez que no le permitía comprender la ilicitud de su comportamiento ni determinarse de acuerdo con esa intelección, y cuando se espera que con ese planteamiento reclame el reconocimiento de la inimputabilidad del reo, ora procurando la imposición de una medida de seguridad, bien la exclusión de pena si es que aquel trastorno resultaba transitorio y sin secuelas, en regreso abrupto al primer punto de la acusación reclama que pese haber sido acusado por homicidio agravado e imperfecto, al enjuiciado se le condene por un delito de lesiones personales, opción que ya se ha dicho inadmisible porque la variación de la imputación implica retornar a estadios anteriores al fallo de primera instancia, con cuya preterm isión se ignora el debido proceso y quedaría sacrificado el derecho de defensa.

Basta lo anterior para comprender que muy lejos estuvo la actora de cumplir con las exigencias de claridad y precisión que le condicionaba la ley para la admisibilidad de su demanda, incurriendo en su lugar y dentro de único capítulo en la proposición de cargos y opciones que recíprocamente se excluyen (sentencia sustitutiva y nulidad), cuando no formulando planteamientos incompletos como le ocurrió al dirigir la crítica probatoria hacia la desatención del trastorno mental del procesado, sin que de complemento se indique qué disposiciones violó el juzgador con ese yerro, ni a qué conclusión lleva en la sentencia un planteamiento semejante.

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

RESUELVE

Primero: RECHAZAR IN LIMINE la demanda presentada por la defensora del acusado Fernando Londoño Velásquez en contra del fallo de segunda instancia proferido dentro del presente asunto y,

Segundo: DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

REVISION \ IMPROSEGUIBILIDAD DE LA ACCION

La acción de revisión dada su naturaleza excepcional no solo por sus alcances, sino también por el hecho de que se ejerce por fuera del proceso ya culminado, exige de quien la propone la formulación de planteamientos serios, claros y con respaldo probatorio, pues, de lo contrario, la Sala careciendo en esta materia de facultad oficiosa, debe desatender la demanda.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7826 Revisión

Condenado: Luis E. Méndez M.

Delitos: Falsedad y estafa

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 99 (agosto 12 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Con el fin de resolver sobre su viabilidad, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a estudiar la demanda mediante la cual el doctor Víctor Julio Chaustre Ramírez, como apoderado de Luis Ernesto Méndez Martínez, pretende instaurar la acción de revisión del proceso en el cual su mandante fue condenado como autor de los delitos de falsedad y estafa.

LA DEMANDA

El impugnante acude a la síntesis que de los hechos había efectuado el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, que los consignó en los siguientes términos:

"Se ha investigado la falsedad de los cheques Nos. 003835, 003836 y 003837 de la cuenta corriente No. 50-325-4 del Banco del Estado, sucursal de Pasto (Nariño), donde figura como titular Iván Abacne Cuervo Monroy, con cédula de ciudadanía No. 19.101.821 expedida en Bogotá, todos ostentan como fecha de expedición el primero (1o.) de septiembre de 1979 y primer beneficiario Manuel José Abondano Herrera, con sendos endosos a favor de Ernesto Méndez M., por las sumas de $ 860.000.00, $ 450.000.00 y $ 500.000.00, respectivamente; Luis Ernesto Méndez Martínez pretendió hacer efectivos estos títulos valores presentando, por intermedio del abogado Elberto Román Peñaranda, demanda ejecutiva contra la sucesión de Manuel J. Abondano Herrera, el nueve (9) de mayo de 1979".

El actor fundamenta el cargo en el numeral 2o. del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991) por cuanto "la sentencia de cuya revisión se trata no contempló el hecho de que la acción se encontraba prescrita con anterioridad al pronunciamiento del auto de proceder...".

Al hacer el recuento de la actuación, el libelista resalta las etapas procesales, y entre ellas, la apertura de la investigación penal decretada el 17 de septiembre de 1981, la calificación del sumario efectuada mediante pronunciamientos del 26 de febrero de 1985 y 23 de abril siguiente, la audiencia pública realizada el 10 de septiembre de 1985, el auto del 18 de septiembre del mismo año en el cual el juzgado de conocimiento responde a los planteamientos que sobre prescripción de la acción y nulidad efectuara la defensa en el curso de la vista pública, ordenando la cesación del procedimiento por el delito de falsedad por haberse extinguido la acción y dispone el envío de la actuación al reparto de los juzgados penales del circuito. Prosigue mencionando que contra tal determinación se interpusieron los recursos de reposición y apelación, dando noticia del resultado desfavorable del primero, según proveído del 2 de octubre de 1985; y concluye aludiendo a las sentencias de primera y segunda instancia.

El accionante concluye pidiendo se admita la acción de revisión, se le reconozca como apoderado judicial del condenado, se solicite el proceso al juzgado de origen y se declare sin valor la sentencia acusada, dictando la que corresponda y otorgando la libertad provisional de su protegido.

Al escrito anterior se adjuntó el poder otorgado por Luis Ernesto Méndez Martínez y fotocopia autenticada de las sentencias proferidas en este asunto por el Juzgado Cuarto Superior y por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, y de los autos dictados el 18 de septiembre y el 2 de octubre de 1985 por el primero de tales despachos.

LA SALA CONSIDERA

Conforme a lo dispuesto por los artículos 234 y 235 del decreto 2700 de 1991, la admisibilidad de la demanda por medio de la cual se intenta la ahora denominada acción de revisión, depende de que ella reúna los siguientes requisitos:

"1. La determinación de la actuación procesal cuya revisión se demanda, con la identificación del despacho que produjo el fallo.

"2. El delito o delitos que motivaron la actuación procesal y la decisión.

"3. La causal que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud.

"4. La relación de las pruebas que se aportan para demostrar los hechos básicos de la petición.

"Se acompañará copia o fotocopia de la decisión de primera y segunda instancias y constancia de su ejecutoria, según el caso, proferidas en la actuación cuya revisión se demanda".

De la lectura del memorial demandatorio resulta fácil advertir que el accionante cumplió con las formalidades impuestas en los dos primeros numerales de la dixposición transcrita, no así los contenidos en los últimos dos.

Es así como, si bien se invocó la causal de revisión establecida en el numeral 2 del artículo 232 del estatuto en cita, no se señalaron con exactitud, ni los fundamentos fácticos ni los jurídicos que podrían respaldar la pretensión, pues el demandante en ninguna parte de su escrito hizo referencia a los elementos objetivos que desde el punto de vista procesal permiten deducir si se ha extinguido o no la acción penal por el transcurso del tiempo, tales como las fechas en que se consumó el hecho punible y quedó ejecutoriado el auto de proceder. Y desde la óptica jurídica ni siquiera mencionó las disposiciones que regulan el instituo de la prescripción. Tales falencias no se subsanan por el hecho de que los datos omitidos obren en el proceso, el cual, necesariamente habría de conocerse al ser admitida la acción, pues no se trata de que la Corte enderece la demanda, ni que deba suponer las bases sobre las cuales ella se pretendió sustentar.

Por lo demás, se debe resaltar la ausencia de la constancia sobre la ejecutoria del fallo atacado, todo lo cual resulta insuficiente para darle cabida a esta acción, por el momento, por cuanto el demandante ni siquiera aportó la prueba idónea de la estabilidad jurídica que aspira a derrumbar.

Ahora bien, para la Sala resulta inexplicable que el demandante no se hubiera referido a la decisión que resolvió la apelación interpuesta contra el auto en el

cual el juzgado de conocimiento declaró prescrita la acción por el delito de falsedad, y que no hubiera anexado copia de ella, puesto que aquel fenómeno extintivo de la acción ya fue debatido dentro de este asunto, constituyendo, por lo tanto, una verdad procesal cuyos fundamentos objetivos y jurídicos él debía controvertir. De esa manera se han hecho más evidentes las deficiencias técnicas del libelo, puesto que la acción de revisión, dada su naturaleza excepcional no solo por sus alcances, sino también por el hecho de que se ejerce por fuera del proceso ya culminado, exige de quien la propone la formulación de planteamientos serios, claros y con respaldo probatorio, pues, de lo contrario la Sala, careciendo en esta materia de facultad oficiosa, debe desatender la demanda, como habrá de hacerlo en este caso, sin perjuicio de que pueda instaurarse nuevamente.

Bastan las precedentes consideraciones para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVA

Reconocer al doctor Víctor Julio Chaustre Ramírez como apoderado de Luis Ernesto Méndez Martínez para los efectos descritos en el respectivo poder.

Inadmitir la demanda presentada por el doctor Víctor Julio Chaustre Ramírez para instaurar una acción de revisión en el proceso que culminó con la condena de Luis Ernesto Méndez Martínez; sin perjuicio de que pueda intentarse de nuevo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ HABER DICTADO PROVIDENCIA

Para descartar cualquier tipo de preconcepto por parte de quien va a dictar la sentencia, es una buena medida que sean funcionarios diferentes el que llamó a juicio y el que falla, pero tratándose de la Sala Penal de la Corte, tanto en el anterior Código de Procedimiento Penal, como en el actual, el legislador le otorgó competencia para conocer de algunos procesos en única instancia, acusando y juzgando, luego sería absurdo que simultáneamente le hubiera impuesto una causal de impedimento que obligara en todos esos casos a sortear conjuez para proferir sentencia.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Unica Instancia No. 5044

Contra: Juan H. Sánchez

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 099 agosto 12 de 1992

Santafé de Bogotá. D.C., agosto veinte de mil novecientos noventa y dos.

Vistos

De plano resolverá la Sala el impedimento manifestado por su integrante el Magistrado Doctor Edgar Saavedra Rojas, quien como ponente dentro del presente asunto e invocando la causal 6a., del artículo 103 del Nuevo Código de Procedimiento Penal propone su desplazamiento como juzgador "por haber participado dentro del proceso", y en particular por su intervención en el proferimiento del auto calificatorio.

ANTECEDENTES

1o.- Las siguientes son las razones en las cuales funda el señor magistrado su excusación:

"Fue querer del constituyente implantar el sistema acusatorio, que al ser reglamentado por la norma procesal implica que la investigación y la acusación las efectúe la Fiscalía General de la Nación, y el juzgamiento se lleve a cabo por los Jueces de la República.

Una de las grandes virtudes del sistema acusatorio es la garantía del juzgamiento con absoluta imparcialidad, explicable porque el funcionario que decide sobre la responsabilidad nada ha tenido que ver con la producción de la prueba, ni con los criterios jurídicos tenidos en cuenta en el momento de formalizarse la acusación; en tales circunstancias al no estar comprometido ideológicamente con el adelantamiento del proceso, el juez puede dictar un fallo de responsabilidad en condiciones óptimas de imparcialidad.

Es por las anteriores razones que en el art. 103.6 del C. de P.P., se establece como causal del impedimento que el funcionario "hubiere participado dentro del proceso". Por tanto, habiendo sido el Ponente de la Resolución Acusatoria, considero que se estructura la causal de impedimento mencionada en precedencia.

La existencia de esta causal viene a concretar una mayor garantía de imparcialidad en situación similar a la que se había postulado en vigencia de la anterior codificación procesal cuando se estableció un impedimento especial por las mismas razones que ahora motivan la expresión de esta manifestación de impedimento. Se hace referencia al art. 535 de aquél estatuto que originalmente establecía: "Las apelaciones que se surtan en la etapa de investigación por delitos cuyo conocimiento corresponde en segunda instancia a los tribunales, se decidirán por la Sala respectiva *la cual quedará impedida para conocer de ese mismo proceso de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento...*" (subrayado fuera de texto).

2o.- Las presentes diligencias se iniciaron y adelantaron hasta la etapa que atraviesan con ceñimiento a las disposiciones del decreto 050 de 1987, que como ley procesal penal vigente durante todo su curso dio cronológicamente lugar al cumplimiento de los siguientes hitos procesales.

- Tuvo inicio el sumario el 2 de mayo de 1990, y una vez cumplidas las diligencias que halló oportunadas para su perfeccionamiento, el magistrado sustanciador la clausuró mediante auto de agosto 23 siguiente.

- Aceptado el impedimento que manifestara el inicial ponente, la calificación sumarial se produjo el 1o. de agosto de 1991 mediante resolución acusatoria aprobada por mayoría, decisión que frente a un recurso de reposición mantuvo en firme la Sala según providencia de septiembre 25 del mismo año.

- Agotado el término probatorio de la causa, la diligencia de audiencia pública tuvo lugar el día 29 de abril de 1992, e ingresado el asunto para fallo y luego del registro de la respectiva ponencia, surgió la manifestación de excusa de cuya decisión se trata.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La causal que aduce el magistrado que se declara impedido es la prevista en el numeral 6o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso, o sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar".

Como claramente se infiere de su lectura, son varias las hipótesis que allí se prevén, pero todas se refieren a un funcionario, que debiendo actuar en segunda instancia o en casación, está impedido para hacerlo por alguna de estas razones:

a) Haber dictado la providencia cuya *revisión* se trata o hubiere participado dentro del proceso, o

b) Ser pariente dentro de los grados que allí se señalan, del inferior que dictó la providencia que se va a *revisar*.

En ambos eventos es obvio que debe existir una providencia objeto de revisión, bien sea por consulta o por interposición de un recurso. Y siendo así, tiene razón de ser que la ley impida que quien va a revisar la decisión sea el mismo que la ha tomado, o alguien que ha participado dentro del proceso, o un pariente cercano del funcionario que la dictó, pues la independencia y la imparcialidad que debe caracterizar al fallador se puede ver afectada.

La causal de impedimento invocada no regula la situación que plantea el miembro de esta Sala, pues, es evidente que la providencia que le corresponde proyectar no es para revisar una anterior, sino para culminar un proceso que correspondió adelantar a la Corte en única instancia de acuerdo con la ley.

Tampoco es válido citar como situación similar la del artículo 535 del derogado estatuto procesal, pues en forma muy concreta allí se refería al *"trámite de la segunda instancia"*, y el caso que nos ocupa, como ya se dijo, es de única.

A propósito de la labor de calificación y juzgamiento, es cierto que para descartar cualquier tipo de preconcepto por parte de quien va a dictar la sentencia, es una buena medida que sean funcionarios diferentes el que llamó a juicio y el que

falla, pero tratándose de la Sala Penal de la Corte, tanto en el anterior Código de Procedimiento Penal, como en el actual, el legislador le otorgó competencia para conocer de algunos procesos en única instancia, acusando y juzgando, luego sería absurdo que simultáneamente le hubiera impuesto una causal de impedimento que obligara en todos esos casos a sortear conjuez para proferir la sentencia.

En estas condiciones el impedimento manifestado no será admitido.

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

RESUELVE

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el Señor Magistrado *Edgar Saavedra Rojas* para continuar conociendo del presente asunto.

Regrese el expediente a su despacho para la conclusión del trámite pendiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Jorge Córdoba Poveda — *Edgar Saavedra Rojas*
Conjuez

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*
Aclaración de voto — Aclaro mi voto

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ HABER DICTADO PROVIDENCIA (ACLARACION DE VOTO)

El compromiso intelectual adquirido frente a la resolución de acusación será motivo suficiente para la separación del acusador de la labor de juzgamiento. No basta que el funcionario tenga la certeza de su imparcialidad, pues deben también contar con ello la sociedad y el acusado, lo que reclama su vigencia, aún en el plano de las apariencias, siendo ese uno de los motivos que consagra el numeral 5 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal como razón suficiente de separación del conocimiento.

Radicación No. 5044

Delito: Prevaricato.

ACLARACIÓN DE VOTO

Acogida por la Sala la solución que me permití ofrecer en mi ponencia para responder al impedimento manifestado por el señor magistrado sustanciador de esta causa, y distanciado con la mayoría en relación con la motivación que da lugar a esa decisión, procedo a consignar a continuación, por encontrarlas de especial interés, las razones que me asisten en este respetuoso disentimiento:

a.- Decía así en lo pertinente mi original ponencia:

"1.- La respuesta que amerita la anterior declaración de impedimento obliga la cotejación del trámite cumplido frente a la evolución reciente que en la competencia de la Corte y por razón del fuero de los Magistrados del Tribunal Superior generan la nueva Constitución Política y las disposiciones de procedimiento que han venido a darle desarrollo:

1.1.- No cabe duda que al iniciar el sumario y avanzar su trámite hasta la etapa previa a la calificación de fondo, tenía la Sala de Casación Penal la competencia

por razón del fuero para instruir y fallar procesos que como el aquí seguido en contra del doctor Juan Hugo Sánchez Maluche, referían a la comisión de hechos cumplidos dentro del desempeño funcional por los magistrados titulares de un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Tal era la atribución que a la Corte asignaba el artículo 68-8 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 151-2 de la respectiva Constitución Política.

1.2.- A partir del mes de julio de 1991, la nueva Constitución política conservó la competencia de la Sala para el juzgamiento de los Magistrados del Tribunal -artículo 235.4-, pero condicionando su intervención a previa acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues el ahora artículo 250 superior le atribuye al nuevo organismo y con las excepciones indicadas en la misma Carta la función de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes".

Sin embargo de lo anterior y como disposición reguladora del tránsito de normas procesales, el artículo 27 temporal previó que la fiscalía solamente comenzaría a actuar al expedirse los decretos que le dieran su organización, y aquellos que establecieran las nuevas normas de procedimiento. Tal la razón para que en el entretanto continuara la tramitación de éste asunto con sujeción a las normas de procedimiento preexistentes, produciéndose así por la Sala la calificación del sumario y la reposición; la práctica de las pruebas en la causa y la celebración de la audiencia pública, pues el decreto 2700 de 1991 -nuevo Código de Procedimiento Penal-, solamente inició su vigencia a partir del 1o. de julio de 1992.

1.3.- Tampoco con la vigencia del decreto 2700 de 1991 varió la competencia de la Corte para el juzgamiento de los Magistrados de los Tribunales Superiores.

Sin embargo y como consecuencia de la operancia plena del sistema acusatorio, se reglamentó la intervención de la Fiscalía General dentro de las etapas de investigación y juicio, deslindando con tal independencia una de otra que como bien lo interpreta en su declaración de impedimento el señor magistrado ponente, fácil se infiere la necesidad de separar de su intervención en la causa a aquellos funcionarios que hubiesen intervenido en la causa a aquellos funcionarios que hubiesen intervenido en la fase instructiva.

No obstante, y siendo ese el principio general, lejos quedó de convertirse en absoluto, pues sin desconocer el legislador que en el tránsito de normas habría aún procesos que adelantados dentro del sistema inquisitivo, no ameritaban retrotraer los ritos ya cumplidos para facilitar la intervención de la Fiscalía General, debiendo ver su culminación y fallo conforme a la ley procesal que los había impulsado, así de modo expreso se fijó en el artículo 13 transitorio del nuevo Código de Procedimiento Penal, señalando como hito para el deslinde de los dos trámites la

iniciación de la respectiva audiencia pública, pues aquellos que la hubieran superado "se continuarán tramitando con base en el anterior código".

Si ese era el estadio procesal en que se hallaba el asunto seguido en contra del doctor Sánchez Maluche al entrar en vigencia el Decreto 2700 de 1991, pues la diligencia de audiencia no solamente se había iniciado, sino que además e íntegramente se tenía superada, ninguna razón valedera asoma para que la sentencia se haya de proferir según la nueva de ley de rito, mucho menos con la interferencia de instituciones extrañas al esquema del proceso inquisitivo, dentro del cual ni siquiera tuvo operancia el artículo 535 del Decreto 050 de 1987 que se alude como antecedente de la causal 6a. de la nueva ley de procedimiento, pues ella solo operaba cuando la segunda instancia correspondía a los tribunales, valga decir, apenas en aquellos casos en que el juez de la causa difería del que había proferido la resolución acusatoria.

Las razones anteriores, sumadas al principio de taxatividad que rige las causales de recusación, se aunan para indicar la inadmisibilidad del impedimento que la presente causa se formula".

b.- Como fácilmente puede verse al cotejar los anteriores planteamientos con la motivación de la providencia aprobada, no estuvo de acuerdo la mayoría de la Sala con la afirmación de que en los procesos adecuados al nuevo sistema acusatorio existía *"la necesidad de separar de su intervención en la causa a aquellos funcionarios que hubiesen intervenido en la fase instructiva"*.

Lejos de resultar gratuito, inconveniente o infundado el anterior aserto, tiene apoyo en normas de rango superior y de inexcusable operancia, si se quiere que dentro de los procesos afectados por el tránsito de normas procesales medie una verdadera integración al nuevo esquema, con respecto de los principios de independencia, autonomía y separación que ya había avisado y reconocido como esenciales al sistema acusatorio esta misma Sala de Casación, cuando se pronunció respecto del alcance del artículo 535 del Decreto 050 de 1987.

b.1- Al atribuir el artículo 250 de la Constitución Nacional a la Fiscalía General de la Nación la expresa función de *"investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes"*, diáfanamente abrió camino al sistema acusatorio en cuyo desarrollo precisa el nuevo Código de Procedimiento Penal -artículo 24- que siendo el Estado el titular de la acción penal, tiene para ejercerla durante la instrucción al fiscal, y en la causa a los jueces competentes, actuando estos con tal independencia del primero, que cuando el *juez* hace su ingreso para presidir el juicio, la fiscalía muta sustancialmente su función para convertirse en *parte que acusa*, trocando su imparcialidad por el claro compromiso ante el éxito de la resolución acusatoria.

b.2- Si tan comprometida es, pues, la intervención de la fiscalía en el juicio, la del juez debe identificarse por el equilibrio y la imparcialidad como garante de la igualdad entre las partes, ahora multiplicadas y especializadas para que mientras el fiscal acuse (artículo 120), el Ministerio Público vele por la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales (art.131); el procesado y su defensor cumplan como legítimos contradictores de la acusación (arts. 137 y ss); la parte civil persiga el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de perjuicios (art. 149), y aún los terceros incidental y civilmente responsable realicen las específicas tareas que les fijan los artículos 150 y 153.

b.3.- Sin que éste esquema procesal tenga otras excepciones distintas de la atinente al juzgamiento de los congresistas (art. 235-3 de la Constitución Política), y de modo transitorio en el trámite de los Juzgados Penales Municipales donde el ingreso de la fiscalía se aplaza, ninguna razón valedera podría surgir para excepcionar (ni siquiera en los casos de tránsito de normas ante la Corte y tribunales) la ruptura de los principios enunciados, permitiendo que en un momento dado, como lo acepta la tesis mayoritaria, pueda confundirse en un solo funcionario la doble condición de fallador y suscriptor de la resolución acusatoria.

Cuando a esa posibilidad vea ocurrencia, no me cabe duda que el compromiso intelectual adquirido frente a la resolución de acusación será motivo suficiente para la separación del acusador de la labor de juzgamiento, pues como repetidamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, no basta que el funcionario tenga la certeza de su imparcialidad, pues deben contar también con ella la sociedad y el acusado lo que reclama su vigencia aún en el plano de las apariencias, siendo ese uno de los motivos que consagra el numeral 6 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal como razón suficiente de separación del conocimiento.

b.4.- Lamentablemente, pienso, se anticipó la Sala a otorgarle a la causal de recusación que evocó un restringido entendimiento, limitando todo su alcance a una interpretación literal que ni siquiera emerge de la propia lectura que se haga, cuando el sentido verdadero de la expresión debería hallar su riqueza y teleología mediante la consulta de sus antecedentes históricos y su cotejación sistemática, no para llevarla con abuso a su desfiguración, pero tampoco a considerarla, como parece prematuramente ocurrido, a la simple expresión de un asimilado apéndice.

Dice a este respecto la mayoría, que el citado numeral 6o apenas es contentivo de dos alternativas, cuando a mi juicio se presentan tres. Una, para la Sala, la conforma el haber sido autor de la providencia a revisar y la segunda, el parentesco con quien emitió el pronunciamiento.

Si se quería hacer de la disposición una interpretación meramente gramatical, debió al menos explorarse que en el considerado como primer evento, la partícula "o" separa dos hipótesis disyuntivamente, mencionando en la primera la imposibilidad de revisar en instancia o en recurso extraordinario el pronunciamiento del

cual se ha sido autor (aquí el meollo radica en la desnaturalización misma de los medios de impugnación o de gravamen): aspecto que en la segunda cambia sus contornos, pues es disímil y más amplia la expresión *"hubiere participado dentro del proceso"*, frase que notoriamente merecía un análisis de su connotación, como invitaba a hacerlo el magistrado que se declaró impedido.

c.- Pienso, entonces, a diferencia de mis muy distinguidos colegas, que si se da la comprensión y alcance gramatical que invita la frase subrayada, si se recuerdan los antecedentes que en el código de 1987 concretó el artículo 535 ya invocado, y se repara, ante todo, en que a la luz de la nueva Constitución ha surgido un nuevo esquema procesal de contornos bien definidos y disímiles del precedente, su cabal operancia debe contar con los medios idóneos y necesarios que la misma ley instrumental permite, así ello lleva a la excepcional intervención de conjueces.

Juan Manuel Torres Fresneda
Magistrado

CONCURSO REAL \ HURTO \ PORTE ILEGAL DE ARMA

El concepto de acción final no significa de ninguna manera que el autor o autores solo responden por el delito hacia el cual dirigieron su comportamiento, quedando en él comprendidos todas las demás infracciones en que llegue a incurrir para el logro de esa finalidad.

Si en aras de hacer realidad el provecho buscado con el hurto, se incurre en otra infracción el concurso no es aparente sino efectivo, como sería por ejemplo el caso de quien hurta un arma de fuego y toma la determinación de portarla. La conducta posterior no puede retrotraerse a lo que describe el verbo rector del hurto y mucho menos si se tiene en cuenta que el agotamiento es posterior al perfeccionamiento del ilícito.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 5777

Contra: Orlando Valencia y otro

Procedencia: Tribunal Superior de Cali

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 099 agosto 12 de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veinte de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia de esa corporación, mediante la cual confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, aumentando la pena impuesta a Orlando Valencia Correa y Carlos Alberto Castro Quintero, de cuarenta y dos (42) a sesenta (60) meses de prisión, como responsables de los delitos de hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal sin permiso de autoridad competente agravado, y lesiones personales.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros los resume el Tribunal así:

"En informe del 26 de marzo de 1990, los agentes J. Eliseo Alvarez Castro y Javier Camargo Mondragón "pusieron a disposición del "Juez Reparto" a los sujetos Orlando Valencia Correa, Carlos Alberto Castro Quintero y el taxista Gerardo Angel Ruiz, lo mismo que el taxi de placas VBB 486, una escopeta marca Winchester calibre 16 de cápsula y un compresor de aire de 50 libras marca "Century". De acuerdo con dicho informe, los dos primeros individuos penetraron a la residencia del señor Alvaro Triana Sita (sic) en el paraje "La Luisa" donde, tras golpear al vigilante Alfredo Triana Saavedra, padre del propietario del lugar con 78 años de edad, se apoderaron de un teléfono digital, un radio marca sanyo, una radio grabadora y un compresor de aire, huyendo luego de dejar a su víctima amordazada y maniatada. Que al lograr liberarse de sus ataduras, don Alfredo se apresuró a dar la voz de alerta y fue cuando el señor Héctor Fabio Hoyos Realpe avisó a la patrulla, que inmediatamente inició la persecución de los delincuentes, los cuales ya habían abordado un taxi, el conducido por Gerardo A. Ruíz, el cual solo lograron interceptar a la altura de la carrera 52 con calle 5a., donde se hizo parar el vehículo, el motorista huyó de él cuando la policía les intimó rendición y dijo haber sido amenazado por los sujetos para continuar la marcha; esto sólo se logró "después de que fueran perseguidos por varias calles de la ciudad", encontrándose en su poder la escopeta y demás objetos citados, aunque se atribuye a un tercer asaltante que huyó el haberse llevado los demás objetos hurtados, para lo cual intimó al vigilante con un cuchillo y un revólver. Al ratificar esa información el agente Alvarez Castro añade que la voz de alerta la recibieron él y su compañero de un ciudadano que iba en una moto y se acercó a indicarles la ruta de los asaltantes, advirtiendo desde ese momento "que al parecer al taxista lo llevaban amenazado", pero el compresor iba guardado en la cajuela trasera del automóvil".

La investigación la inició el Juzgado Veinte Penal Municipal de Cali, despacho que recibió las indagatorias y dictó auto de detención contra los dos capturados por hurto calificado y agravado, lesiones personales y constreñimiento ilegal. Calificación inicial que el Tribunal modifica al resolver la apelación de este auto, suprimiendo el constreñimiento ilegal y agravando el porte de armas.

Por tratarse de procedimiento abreviado, asumió el conocimiento el Juez Cuarto Penal del Circuito, que luego de recaudar algunas pruebas y resolver petición de libertad realizó la audiencia pública y dictó sentencia condenatoria por los punibles de hurto calificado, lesiones personales y porte de arma de fuego de defensa personal sin permiso de autoridad competente. La pena impuesta fue de 42 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo. Los perjuicios fueron tasados en cinco (5) gramos oro.

El Tribunal, al pronunciarse sobre el fallo consultado, aumenta las penas de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas a sesenta (60) meses, negando la petición del fiscal, en el sentido de que se absolviera a los acusados por porte ilegal de armas.

Inconforme con la decisión, el agente del Ministerio Público interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

II. La demanda

El libelista invoca la causal primera de casación, violación directa de la norma sustancial por aplicación indebida del artículo 26 del Código Penal, en concordancia con el artículo 1o. del decreto 3664 de 1986, "puesto que se equivocó la adecuación típica, atribuyendo un concurso real de hechos punibles a saber, porte ilegal de armas de defensa personal agravado y hurto calificado agravado cuando en verdad existe un concurso aparente que solo permite adecuar el comportamiento de los acusados al hurto calificado y agravado descartándose, por ende, el porte ilegal de armas de defensa personal que queda cobijado en aquél".

Critica la adecuación típica del porte de armas realizada por el juzgado y aceptada por el Tribunal pues de ninguna manera la conducta de los acusados se dirigía a atentar contra bien jurídico diferente al del patrimonio, y agrega: "Es que tanto naturalística como ónticamente una sola fue la acción, que se concretó en apoderamiento núcleo rector del hurto, única fue la finalidad, menoscabar el patrimonio económico ajeno, y única, a fin de cuentas, la lesión causada, la que en definitiva elimina cualquier posibilidad de concurso real de tipos".

Luego de citar dos autores sobre el tema de la unidad de acción, concluye que en este caso hubo una sola acción encaminada a apoderarse de los bienes de la víctima y esa era la única finalidad acordada. "Si esto es así, como efectivamente lo es, cuando los acusados se apoderan del arma, uno de los objetos del latrocinio, no incurrirían en otro tipo penal, el porte ilegal de arma de defensa personal, pues ninguno de ellos tenía en mente atentar contra el orden público. Lejos estaba de su finalidad delictiva violar este bien jurídico".

Sostiene que predicar el concurso es tanto como si el dinero hurtado fuera falso atribuirles también "tráfico de moneda falsificada", o si el radio o el compresor

hubieran sido adquiridos de contrabando, inferirles a los autores del hurto violación del estatuto aduanero.

Tan clara es la situación, en opinión del actor, que aún la utilización del arma contra quien perseguía a los delincuentes es entendida por el Tribunal como "mero gesto criminal dirigida a evitar la persecución y asegurar el cuerpo del delito u objeto hurtados, lo que cae como circunstancia calificante del hurto en los numerales 1o., 2o., y último del inciso del 350 del C. Penal...".

Finaliza la fundamentación diciendo:

"Así pues, habiendo sido una sola la acción, una sola la finalidad, uno solo el plan criminal y no siendo posible establecer lesión a otro bien jurídico, se está en presencia de un concurso aparente de tipos.

"El concurso aparente elimina en este caso el ilícito del porte ilegal de armas de defensa personal dada la mayor amplitud descriptiva del tipo de hurto que la contiene pues quien hurta un arma de fuego necesariamente su transporte o porte, en camino del agotamiento del hurto, lo lleva a realizar tales conductas sin permiso de autoridad competente, argumento con el cual se completa nuestro afán de demostrar la inexistencia del concurso real".

La petición es que se case parcialmente la sentencia, para que se absuelva a los procesados por el porte ilegal de armas y se rebaje la pena a diecinueve meses de prisión.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita que no se case la sentencia, con apoyo en las siguientes razones:

1o.- El problema del concurso aparente de tipos o de normas, o conflicto de leyes, no tiene relación con el tema que el censor plantea en la demanda. "...pues partiendo de que dos de los delitos imputados a los procesados conforman uno solo por existir unidad de acción, desvía sus argumentos a afirmar que "habiendo sido una sola acción...se está en presencia de un concurso aparente de tipos".

En el conflicto de leyes no se trata de dilucidar si la acción es única o plurima, sino que se remite a determinar en cuál de varios tipos penales cabe el hecho que es objeto del reproche penal, cuando al parecer varias normas recogen plenamente la acción o acciones típicas.

Explica con un ejemplo su posición, y hace una cita del profesor Enrique Bacigalupo sobre el tema. Anota que los conflictos de leyes se resuelven acudiendo a los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción, de los cuales menciona su significado.

Sobre el tema en estudio afirma que no existe concurso aparente, porque se dan los elementos de cada una de las infracciones. "Efectivamente, el hurto calificado agravado (artículo 350) recoge la conducta consistente en la sustracción, mediante violencia, de algunos de los bienes de propiedad del señor Saavedra, en tanto que el porte ilegal de armas de defensa personal sin permiso de autoridad competente, se reputa del actuar de los acriminados por haber tenido en su poder, durante algún tiempo breve, y transportar, en un medio motorizado la escopeta anteriormente sustraída, que fue uno de los objetos materiales de las primeras infracciones.

"Bastaría para reafirmar este aserto, con determinar cada uno de los ingredientes de los dos diversos tipos penales. El hurto calificado se estructura a partir del apoderamiento de cosa mueble ajena a la par que el porte ilegal de armas describe la conducta de portar tal tipo de instrumento sin permiso de autoridad competente".

El hurto no es tipo especial respecto del porte de armas, ni uno es subsidiario del otro, ni tampoco una de las descripciones contiene a la otra, luego -concluye el Ministerio Público- son independientes y cada una tiene su propia valoración respecto del reproche penal.

2o.- En cuanto a la unidad de acción y la finalidad única el Procurador Delegado estima que aunque el delito planteado corresponde a un tipo penal determinado, durante su ejecución se puede incurrir en otras acciones que dan lugar a otras consecuencias jurídicas relevantes. Además, con ese planteamiento el censor ha debido concluir que también las heridas causada al señor Triana Saavedra quedaban comprendidas dentro del inicial designio del apoderamiento de cosas muebles ajenas.

En el caso en estudio, los acusados orientaron su conducta al hurto, pero en desarrollo de ese plan causaron lesiones a una persona y huyeron con un artefacto de prohibida tenencia, el cual utilizaron contra su perseguidor, acción esta separable naturalística y jurídicamente del primero de los propósitos y encuadrable en otro tipo penal como lo decidieron los juzgadores de instancia.

Y concluye así el colaborador fiscal:

"El que la escopeta haya sido el objeto material del delito de hurto, para nada desnaturaliza la acción de porte de armas, si se tiene en cuenta además que el bien jurídico protegido en cada uno de los tipos es diverso, y que los comportamientos efectivamente causaron lesión al interés tutelado. Bástenos con resaltar que el arma, de prohibido porte sin el permiso correspondiente, transcendió incluso el umbral de protección del bien jurídico pues fue utilizado en contra de una persona, afortunadamente sin resultados lamentables".

IV. Consideraciones de la Sala

A los dos planteamientos en que el demandante apoya su petición de que se absuelva al procesado por el porte de armas, la Sala responde así:

a) En primer lugar, el concepto de acción final no significa de ninguna manera que el autor o autores solo responden por el delito hacia el cual dirigieron su comportamiento, quedando en él comprendidos todas las demás infracciones en que lleguen a incurrir para el logro de esa finalidad.

Es verdad que la sistemática de la teoría del delito varía según se parta de un concepto causalista o finalista de acción, pero en esa variación no está comprendido el que la finalidad perseguida subsuma todos los demás punibles que se cometan, pues como lo advierten los tratadistas de la materia, entre ellos Zaffaroni, que es el autor que cita el demandante, los efectos concomitantes previstos o no, pero sí previbles, pueden ser objeto de reproche penal a título de dolo o de culpa según sea el caso, y también pueden serlo los medios utilizados, constituyendo en ambos casos delitos autónomos.

Si el autor obtiene el fin perseguido, (apoderarse del bien), y para asegurar el producto o la impunidad comete otro delito, este no queda comprendido dentro de la acción y la finalidad inicial, ni las consecuencias las absorbe el primer punible, de modo que así se parte de la teoría final de la conducta, ello no impide la existencia del concurso.

En este aspecto es evidente que el censor le ha dado a la concepción finalista un alcance práctico que no tiene.

b) En cuanto a la afirmación de que se trata de un concurso aparente de tipos, el recurrente expone su pensamiento así:

"El concurso aparente eliminó en este caso el ilícito del porte ilegal de armas de defensa personal dada la mayor amplitud descriptiva del tipo de hurto que lo contiene pues quien hurta un arma de fuego necesariamente su transporte o porte, en camino al agotamiento del hurto, lo lleva a realizar tales conductas sin permiso de autoridad competente, argumento con el cual se completa nuestro afán de demostrar la inexistencia del concurso real".

Según los hechos probados en el caso que ocupa la atención de la Sala, los delincuentes ingresaron a una residencia mediante violencia y se apoderaron de varios bienes muebles, entre ellos una escopeta, luego de lo cual huyeron siendo posteriormente perseguidos y capturados.

La tipicidad de la conducta de porte de arma de fuego sin permiso de autoridad competente no depende de si el imputado hurtó el arma, la compró o se

la encontró, y el verbo rector apoderarse propio del hurto no tiene una amplitud descriptiva que permita afirmar válidamente que si el objeto material hurtado es un arma, su porte no será considerado como un delito autónomo, independiente del punible contra el patrimonio económico.

Si en aras de hacer realidad el provecho buscado con el hurto, se incurre en otra infracción, el concurso no es aparente sino efectivo, como sería por ejemplo el caso del que hurta una libra de cocaína y resuelve ponerla en venta; o de quien hurta un arma de fuego y toma la determinación de portarla. La conducta posterior no puede retrotraerse a lo que describe el verbo rector del hurto, y mucho menos si se tiene en cuenta que el agotamiento es posterior al perfeccionamiento del ilícito.

Este mismo criterio lo expuso la Sala en decisión del 2 de septiembre de 1987 con ponencia del magistrado Edgar Saavedra, reiterado en fallo del 27 de junio de 1990, siendo ponente el doctor Dídimo Páez Velandia. Se dijo allí:

"Sin embargo, en tratándose de bienes de prohibido o restringido comercio o porte, la posesión del bien a sabiendas de tal veda o restricción hace surgir a la vida jurídica una nueva acción punible, porque el infractor quiere entonces vulnerar un nuevo interés jurídico tutelado y ello marca precisamente una importante diferencia entre el concurso efectivo de tipos y la concurrencia aparente".

Cuando una persona se apodera de una maleta cuyo contenido desconoce, con la cual es capturada, resulta obvio que si en su interior hay droga alucinógena o armas, no se le podría responsabilizar de infracción a los estatutos respectivos por ausencia de culpabilidad. Pero si lo hace a sabiendas de lo que hay en su interior, y el comportamiento subsiguiente se adecua a algunas de las alternativas previstas en esos tipos penales, el concurso emerge de manera clara y contundente.

Los aquí procesados, se apoderaron de un compresor, un teléfono digital, un radio, una radiograbadora, ocho mil pesos ($ 8.000.00) en efectivo y una escopeta marca Winchester con un cartucho calibre 16. Del lugar de los hechos trasladaron las cosas hasta una casa de habitación cerca a la carretera, y allí las subieron a un taxi en el cual huyeron, siendo perseguidos en una moto por el joven Héctor Fabio Hoyos durante más o menos media hora, trayecto en el cual utilizaron la escopeta para hacer el disparo.

Es evidente que al apoderamiento de la escopeta siguió su porte; la actitud asumida revela claramente la decisión de contrariar la ley, y la prueba de ello es que fue necesaria la captura para que la policía recuperara el arma. Tenían pleno conocimiento sobre la falta de permiso de autoridad competente para realizar ese comportamiento, luego sobre el dolo también hay certeza.

Concluir de la forma como lo hace el recurrente sería crearle un "salvoconducto" especial a las armas hurtadas, figura que no puede inferirse ni de la ley ni de la lógica. El artículo 2o., del decreto 3664 de 1986, consagró la agravación de que el arma provenga de un hecho ilícito, lo cual se aplicó en este asunto y es una prueba incuestionable de que el legislador previó la posibilidad de que ese objeto se obtuviera, por ejemplo, mediante un hurto.

La confusión del recurrente en este caso se debe a que considera que como la captura se produjo momentos después de consumado el hurto, este último comportamiento quedó comprendido dentro del concepto de "unidad de acción", lo que sumado a una sola finalidad, un solo plan criminal y no siendo posible establecer lesión a otro bien jurídico, hay concurso aparente de tipos.

La finalidad era única en cuanto al delito de hurto que resolvieron cometer, pero para lograrlo tuvieron que vencer la resistencia del señor Alvaro Triana a quien lesionaron. Hasta ahí es fácil ver que independientemente de la pluralidad de movimientos realizados hay unidad de conducta, pero dos delitos, uno contra el patrimonio económico y el otro contra la integridad personal. Apoderados de los bienes muebles se retiraron del lugar, en un recorrido que bien puede aceptarse que corresponde al propósito de aseguramiento de lo hurtado, pero en el que simultáneamente se ve que intencionalmente se llevaron un arma. Y tomaron la determinación de portarla así la captura les haya impedido que fuera por largo tiempo. Tan concientes estaban de que lo sustraído era un arma que incluso la usaron, y no es un hecho causal que otros bienes los hubieran guardado en el baúl del taxi pero la escopeta la llevaran en sus manos, pues todo eso obedece a la decisión de infringir el interés jurídico tutelado con las normas que prohíben el porte ilegal de armas.

No es que todo hurto de armas conlleve necesariamente el delito de porte, pues los actos posteriores deben ser de tal naturaleza que además de adecuarse al verbo rector del tipo, permitan inferir la culpabilidad, ya que de otra forma sería una imputación a título de responsabilidad objetiva. Deben existir elementos de juicio, como los hay en el caso en estudio, que indiquen que al apoderamiento del arma siguió la determinación conciente de su porte, incurriendo así en un verdadero concurso de ilícitos.

Para el planteamiento del concurso aparente el recurrente sostiene que se afectó un solo interés jurídico, lo cual no es cierto, pues como ya se vio los intereses afectados fueron tres, patrimonio económico, la seguridad pública y la integridad personal.

Las consideraciones anteriores, y la que en el mismo sentido ha presentado el Procurador Delegado, son suficientes para desestimar el cargo.

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, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Juan Manuel Torres Fresneda*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Gustavo Gómez Velásquez — *Jorge Enrique Valencia M.*
Salvamento parcial de voto — Salvo mi voto

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

PORTE ILEGAL DE ARMAS \ HURTO \ CONCURSO \ CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Si alguien pretende hurtar varias cosas, entre las cuales se encuentran estupefacientes o armas, consumado el hecho debe responder por el hurto de las cosas que no tenían esa especial naturaleza y también por el delito propio de las otras, que puede ser porte, almacenamiento, conservación, transporte, venta, etc., de esas sustancias y de esas armas.

Sería fácil al juez, que quiere a todo trance deducir un concurso dividerse de una acción como lo que es y dicho ser, a sea, calificante o agravante, para tomarla más bien como delito autónomo, independiente y adecuado para fijar la acción concursal.

Radicación No. 5777

Delito: Hurto y porte de armas

SALVAMENTO DE VOTO

Ciertamente que, en cuanto al criterio tradicional con el cual se define el momento de consumación del delito de hurto, no discrepo. Sobre este aspecto la Sala se ha pronunciado en varias ocasiones y esas decisiones las tengo por acertadas y válidas. También apoyo la tesis *general* que tiene por verdad el que solo a partir del momento de la consumación del hurto, es dable empezar a hablar de la posibilidad de fenómenos concursales. En otras palabras, lo que pueda estimarse como que está dentro del proceso ejecutivo del hurto debe deducirse como propio a este delito y no a otro. Lo cual quiere decir que si el agente activo está en vía de aprehender los objetos, de terminar con la esfera de dominio de su dueño o poseedor, no es dable, para referir el punto al caso analizado, aludir a un delito de hurto y a otro, en concurso, de porte ilegal de armas, así haya tomado éstas, y

menos, por lo aberrante de la situación (contradictio in terminus), admitir una tentativa de hurto (por causas extrañas no se logró la consumación) y otro perfecto, en concurso, relacionado con las armas que fueron tomadas transitoriamente.

De igual manera estimo que el propósito con el cual se proyecta y cumple una conducta, sirve para definir fenómenos concursales. Así, y basta un ejemplo, si alguien pretende hurtar varias cosas, entre las cuales se encuentran estupefacientes o armas, consumado el hecho debe responder por el hurto de las cosas que no tenían esa especial naturaleza y también por el delito propio de las otras, que puede ser porte, almacenamiento, conservación, transporte, venta, etc., de esas sustancias y de esas armas.

El porte también exige, en estas circunstancias, de un elemento doloso que se vincule a alternativas de conducta libremente asumibles, pero no forzadas y casi inescindibles con el comportamiento distinto que se quiso realizar. En múltiples casos puede advertirse cómo el ánimus propio al delito de hurto se le hace servir, sin más, al mencionado porte de armas. Y esta extensión indiscriminada no deja de merecer crítica y reprobación. Cuando el atentado patrimonial está plenamente consumado y se dan otras acciones subsiguientes, separables en el tiempo y en propósito del agente activo, está bien conformar el concurso de delitos. Pero cuando se producen acciones sobrevinientes, sin ser dable fijar una nítida frontera es posible pensar en que el rigor de la tesis de consumación (que abre camino al concurso) pierda esta severidad, tolerándose entonces la inserción en el mismo de conductas posteriores de instantánea e inmediata aparición, como sería la traslación fugaz o de breve recorrido de las armas, evento más bien surgido de la índole de los acontecimientos que de un obrar voluntario del delincuente. Sobre esta última hipótesis no parece atinado montar el concurso delictual del hurto y porte ilegal de armas.

Algo más, si la posesión de un arma, proveniente de un hurto, se cumple con el reconocible propósito de evitar que se use por quien ha sido despojada de ella, no es dable aludir al concurso, no obstante darse ese contacto físico y esa traslación.

Otro tanto ocurre cuando la utilización del arma, que traduce un innegable porte, sea dable entender tal uso como vinculado a la ejecución antecedente, concomitante o subsiguiente del hurto, dando lugar a su categoría de calificado o agravado, porque obviamente se está dentro del proceso ejecutivo del hurto, no pudiéndose considerar ese comportamiento como posterior a la fase consumativa.

Y lo que interesa, en este último comentario, no es tanto que la valoración jurídica haya sido correcta (se tuvo en cuenta el fenómeno como circunstancia de calificación o de agravación) sino que debió hacerse en ese sentido. Porque de no, sería fácil al juez, que quiere a todo trance deducir un concurso, olvidarse de una acción como lo que es y debe ser, o sea, calificante o agravante, para tomarla más bien como delito autónomo, independiente y adecuado para fijar la noción concursal.

Y ésto fue lo acontecido en este proceso. El empleo del arma involucrada en el hurto, debió estimarse como lo que era, esto es, factor de calificación (350-1 e inciso 2o del num. 4) y agravación (351 ibídem). Luego, no era atinado dejar de lado esta apreciación (la calificante) para llevar el caso a una forma concursal: hurto y porte ilegal de armas.

De ahí este salvamento de voto, porque juzgo que la casación debió prosperar en cuanto a eliminar como cargo sancionable y de manera separada, lo relativo al porte ilegal de armas. Mucho podría decirse sobre este particular, pues el tema es a la par complejo y atractivo, pero basten las superficiales acotaciones que se dejan consignadas, para sustentar el disentimiento.

Respetuosamente,

Gustavo Gómez Velásquez

PORTE ILEGAL DE ARMAS \ HURTO \ CONCURSO \ CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE (SALVAMENTO DE VOTO)

El disvalor típico de la conducta prevenida en el Decreto 3664 de 1985 fabricación de armas de fuego o municiones nada tiene que ver con la utilización del arma cuando éste comportamiento corresponde al segmento de otra acción que envuelve los rasgos característicos propios de la violencia calificada.

Casación No. 5.777

Delito: Hurto (calificado) y otros

SALVAMENTO DE VOTO

Con la hondura que el tema demanda, la Sala Penal de Corte examina la complejidad de varios asuntos involucrados dentro del tema del concurso del hurto calificado y el porte ilegal de armas. Lamento, sin embargo, distanciarme de muchos de sus asertos. Mi crítica sobre ese y otros puntos colaterales, seguramente será desestimada pero me atrevo a enunciarla. Es algo más y es algo menos y es algo distinto a lo que aquí se viene afirmando:

1. DEL AGOTAMIENTO

a.- Al referirse a la conducta ulterior del delito de hurto, dice la mayoría de la Sala, que el "...agotamiento es posterior al perfeccionamiento del ilícito...", criterio ciertamente válido para quienes sostienen el punto de vista de su existencia no así para quienes lo inadmiten. Que recuerde, Zaffaroni (Tratado de Derecho Penal, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1982, tomo IV, págs. 418 y ss.), Jiménez de Asúa (La ley y el delito, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945, págs. 619 y ss., 1a. edición y con mayor desenvoltura en su Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires, 1970, tomo VII, págs. 978 y ss.), y Fragoso (Lecciones de Derecho Penal), Forense, Río de Janeiro, 1983, Parte General, págs. 248-249), se refieren a la doctrina del delito agotado expuesta -entre otras cosas por vez primera- por Faranda y, posteriormente, por Brasanti. No está de más añadir que Carrara, al

componer la sexta (6a.) edición de su Programa (1886), se hace cargo de la materia del delito agotado al distinguir el delito perfecto en "simplemente perfecto" y "perfecto agotado".

Otros publicistas jamás mencionan sus previsiones o si lo hacen es para considerar su existencia como una "sutileza jurídica" (Quintano Ripollés, Comentarios al Código Penal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, tomo I, págs. 37-38), o como algo que "no pasa de ser accidental" (Merckel, Derecho Penal, traducción de Pedro Dorado Montero, sin pie de imprenta). Interesa sobremanera destacar que Welsel -no obstante, no emplear la denominación "delito agotado"- distingue entre consumación formal y material. Por la primera, el delito está consumado con el total cumplimiento del tipo. Por la segunda, apenas lo estará cuando se produce la obtención de la intención delictiva (Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, págs.260-261, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). Con estas referencias, es claro, en demasía, que el maestro alemán identifica la consumación material con el agotamiento. Así se transparenta de la lectura de los párrafos que tal cosa dicen.

b.- Me resulta forzoso aceptar que es la primera vez que advierto que la Corte se refiera al agotamiento obviamente como la última fase que se sucede cronológicamente en el ámbito de lo prohibido (etapa preparatoria, etapa ejecutoria, consumación y agotamiento). No he logrado captar si la Sala entiende que la consumación es un presupuesto del agotamiento o si las circunstancias ulteriores a la ofensa del interés penalmente protegido carecen de toda relevancia penal. Me pregunto si con ese pensamiento descollante, vitalmente sugestivo, está aceptando la Corte la realidad del delito agotado o si se trató de una expresión al margen, forzada por el planteamiento del recurrente, o si por el contrario, al no discernirse oficialmente su vigencia, se está distanciando de su noción y entendimiento ?. De verdad, no lo sé. De todas formas, veo con simpatía que la idea -que ha de quedar simplemente apuntada- está instalada en el ambiente a la espera de la exploración de sus más acusados contornos. Finalmente, intento decir, que de aceptarse sus postulados, al menos ciertas hipótesis de concurso aparente de leyes pueden resolverse satisfactoriamente al través de la institucionalización de la figura. Con harta claridad, por cierto.

2. La violencia posterior al hurto.

a.- Por imperativos del texto escrito (art.350 del C.P.), se considera como un único delito, el hurto y los hechos punibles derivados de la violencia, si una vez realizado el apoderamiento y siempre dentro del mismo contexto de la acción furtiva, los ladrones con el propósito de asegurar el producto del ilícito o el éxito de la acción vedada o la impunidad de los responsables (cualquiera sea el grado de participación), ejecutan medios efectivos de violencia física. Esta es la característica propia de la infracción, con su disvalor penal, y la influencia calificadora de la violencia, posterior al hurto, debe responder, stricto sensu, a los propósitos atrás

anotados y señalados en la parte final del artículo citado, *supra*. La presencia de otros móviles diferentes a los enunciados desnaturaliza la eficacia requerida para que el hecho se tipifique como figura calificada. Lo que a buen seguro no obsta para que esta conducta tenga otro encuadramiento legal.

b.- Entiendo, con leal sinceridad, que la unidad del contexto del apoderamiento se extiende a los resultados lesivos de esta actuación, en sí mismos delictivos -caso típico de consunción- si una vez realizado el verbo rector de la conducta, los codelincuentes, en seguida del apoderamiento, ejercen violencia respondiendo a uno de los propósitos mencionados en la norma antes citada. Para una completa integración del comportamiento calificado, la violencia posterior debe ser inmediata, esto es, próxima, con una relación espacial estricta entre la acción del desapoderamiento y los actos de fuerza física ejercidos para retener la cosa, en orden a que no desaparezca su engarce o nexo con el hurto. El adverbio "inmediatamente" -enseña Soler- fija una limitación temporal al ejercicio del medio calificante, limitación sin la cual todos los hurtos quedarían indefinidamente pendientes de agravación (Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1978, tomo IV, pág. 254). No está de más agregar que esa inmediatez de tiempo fluye de la propia estructura óntica de la figura del hurto calificado.

c.- Es preciso, entonces, que exista una solución de continuidad entre la defensa violenta y los resultados de esta conducta para que sus secuelas queden absorbidas por la previsión legal anotada, salvo, naturalmente, que el autor lesione gravemente o cause la muerte al damnificado o a un tercero que trataba de detenerlo. Que en tales supuestos opera el régimen del concurso de delitos por existir un mayor contenido de injusto y la afectación de un interés jurídicamente diverso de la primera tipicidad.

3. Otro delito ?

Probatoriamente quedó demostrado en la foliatura que una vez los salteadores huyeron del lugar donde estaban las cosas, objeto del hurto, fueron perseguidos en una motocicleta por Héctor Fabio Hoyos por un tracto cercano a la media hora, trayecto en el cual utilizaron la escopeta para hacer un disparo. Bajo esta prédica encuentra la Sala mayoritaria la realización de un nuevo delito: el porte ilegal de armas de fuego. No lo entiendo así. Inútilmente dije en el debate oral:

a.- La escopeta constituyó en el acto sub examen uno de los objetos materiales del hurto. A mi manera de ver y ante el desarrollo de circunstancias tan peculiares como las del hecho punible, su empleo y, claro está, su porte, están inmersos dentro del proceso ejecutivo del delito de hurto que aparece inconcluso frente a la imposibilidad en que se hallaron los culpables de consolidar su propio poder fáctico sobre las cosas. En condiciones tales, la utilización transitoria del arma quedó embebida dentro del esquema típico de la conducta reprochada sin que pueda considerarse su uso como un hecho autónomo o diverso del ilegal apoderamiento, lo cual representa un factor de calificación y nada más.

b.- A pesar de la contundente afirmación de la sentencia sobre la certeza del dolo -mi pensamiento va por muy otro lado- no he logrado hallar en las fojas del expediente, el elemento interno del delito de porte de armas de fuego. Es que en ninguna parte advierto la voluntad de realización del tipo penal referido, ni el conocimiento por parte de los sujetos activos de la conducta de las circunstancias objetivas del hecho como formas de manifestación del dolo propio y particular de esta infracción. Con franca y categórica declaración he de decir que el contacto fugaz de los autores con las armas debióse más a las circunstancias apremiantes del momento que a una voluntad dirigida a alcanzar el resultado especializado del punible. El disvalor típico de la conducta prevenida en decreto 3664 de 1986 nada tiene que ver con la utilización del arma cuando este comportamiento corresponde al segmento de otra acción que envuelve los rasgos característicos propios de la violencia calificada. Por tanto, resulta más que forzado inferir -en estas precisas circunstancias- un nuevo título penal y una lesión a un bien -interés distinto del hurto-, como lo quiere la mayoría.

4. Momento consumativo del hurto.

Viene la magistratura defendiendo de tiempo atrás el concepto penal tradicional que define el momento consumativo del delito-tipo de hurto, que no es otro distinto al criterio del desapoderamiento, el cual se da por acertado y válido. Personalmente insisto -y lo haré hasta el final- en la defensa de la tesis contraria, esto es, en adverar que resulta insuficiente que el delincuente desapodere a la víctima de sus pertenencias, si no tiene, aún por breve tracto, la posibilidad de ejercer la plenitud de su potestad material sobre los objetos apropiados. Tengo para mí que es el criterio de disponibilidad (posibilidad real de disponer de la cosa) y no el de desapoderamiento (mero despojo del objeto). El que define la acción típica. Como lo han enseñado, con solemne ropaje jurídico, los buenos autores Frías Caballero y Jiménez de Asúa, entre otros. Así encuentro naturalísimo separarme una vez y otra del calificado juicio de la Sala.

5. Una última reflexión.

Ni en este ni en muchos otros asuntos he podido claudicar. Y no porque tenga en mucho mi propio dictamen. Es que nadie ha sobrepasado el encargo de demostrar lo inexacto de los planteamientos que desde ha muchos años atrás vengo propugnando, bien que en imperfectísima semblanza. Y como tengo el deber de lealtad aún con mis propios pensamientos, es de intuir mi separación, *in radice*, de las conclusiones del fallo. El cargo en casación ha debido prosperar. Así lo pienso y así lo digo. En fin de cuentas, es mi propio compromiso intelectual frente al criterio bastante respetable de los señores magistrados que hacen mayoría.

Con todo comedimento,

Jorge Enrique Valencia M.
Magistrado

Fecha ut supra.

REFORMATIO IN PEJUS

La ley es una forma reglamentaria de los principios políticos que contiene la Constitución. Este se vulnera cuando en segunda instancia se condena a quien, en primera fue absuelto. Puede concurrir la agravación en el caso de varios apelantes que buscan finalidades diversas.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 5926

Procesados: Germán Alberto García Cardeño y otro

Delito: Homicidio y otros

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 106

Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Por sentencia del 24 de agosto de 1990 del Juzgado Décimo Superior de Medellín, se condenó a Nelson Antonio Noreña por los delitos de doble homicidio, dos tentativas de homicidio, hurto calificado y agravado y cohecho en tres causas acumuladas y absolvió a Germán Alberto García Cardeño por los delitos de homicidio y doble tentativa de homicidio.

Por sentencia del 12 de diciembre de 1990 el Tribunal Superior de Antioquia confirmó con modificaciones la sentencia, en el sentido de aumentar la pena privativa de la libertad de 24 a 26 años en relación con Noreña y revocó la absolución de García condenándolo a 18 años de prisión.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta corporación.

Presentada la demanda fue declarada ajustada por reunir las exigencias legales. Se corrió traslado al Procurador Delegado quien solicitó no se casara la sentencia.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

Tuvieron ocurrencia en las horas de la noche del 4 de diciembre de 1983 en el corregimiento La Clarita, paraje Rincón Santo del municipio de Amagá, cuando varias personas atacaron con armas de fuego la residencia de Juan Evangelista Vélez Bedoya, quien resultara herido, le ocasionaron la muerte a su hijo Armando de Jesús Vélez Agudelo y lesionaron a la esposa del primero Hercilia Agudelo.

Previamente los asaltantes se habían aproximado a la mina La Paniagua, ubicada en las cercanías de la casa de los Vélez donde se apoderaron de una escopeta calibre 16.

Actuación procesal:

Por auto del 13 de diciembre de 1988 se abrió el correspondiente proceso penal. A Germán García Cedeño se le indagó el 9 de febrero de 1989 y en su contra se dictó auto de detención el 15 del mismo mes y año, y el 10 de marzo siguiente, previa indagatoria, se adoptó la misma medida de aseguramiento contra Nelson Antonio Noreña.

Por auto del 1 de junio de 1989 se profirió resolución de acusación contra José Joaquín Grozco Molina, Germán Alberto García Cardeño y Nelson Antonio Noreña por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio agravado en concurso material.

La audiencia pública se celebró el 5 de abril de 1990 y las sentencias de primera y segunda instancia se profirieron el 24 de agosto y el 12 de diciembre de 1990, respectivamente.

Los argumentos de la demanda:

Se plantea la existencia de una violación directa de la ley, por haberse agravado la pena por parte del Tribunal Superior, vulnerándose de ésta manera la prohibición que aparece en el art. 31 de la Carta, habiendo sido el procesado Noreña apelante único. De la misma manera invoca la causal de casación establecida en el art. 226.3 del C.P.P. anterior.

Así, manifiesta el impugnante que por sentencia del 24 de agosto de 1990 el Juzgado Décimo Superior condenó a Nelson Antonio Noreña a 24 años de prisión, y que a pesar de haber sido el único apelante de tal decisión, en segunda instancia la pena principal se le había aumentado a 26 años de prisión.

Sostiene igualmente que de las dos absoluciones proferidas en primera instancia en favor de José Joaquín Orozco Molina y Germán Alberto García, se revocó la de éste último para condenarlo a la pena de 18 años de prisión.

Argumentaciones del agente del Ministerio Público.

"Atendiendo los aspectos técnicos exigidos en el recurso extraordinario de casación, se advierte sin mayor esfuerzo que la demanda no cumple con las exigencias previstas en el Art. 224 del C. de P.P. toda vez que se plantean dos causales la primera y tercera, que en caso de prosperar el recurso, resultarían incompatibles en sus efectos, por cuanto a través de la primera por falta de aplicación del Art. 31 de la Constitución Nacional se debería casar el fallo y proferir el de reemplazo, en tanto que de atender la causal de nulidad, la Corte procedería a declarar la invalidez de la actuación viciada por los errores in procedendo, ordenando remitir el proceso a la instancia para que se procediera a subsanar el yerro advertido. De otra parte se observa que, el libelista en el desarrollo de lo que denomina 'Demostración de las causales invocadas' procede a entremezclar aspectos inherentes a las dos causales, como cuando se refiere al Art. 31 de la Constitución Nacional infringido según el por 'falta de aplicación', para a renglón seguido sostener 'que la sentencia dictada en segunda instancia... se halla viciada de nulidad, toda vez que el superior no puede agravar la pena impuesta por el juez inferior', consideraciones que contravienen abiertamente los principios de autonomía de las causales.

"Así mismo, el censor hace referencia a los artículos 29 y 31 de la Constitución afirmando que esta última preceptiva es 'norma de derecho sustancial' y como tal pregona la violación de la misma a través de la causal primera. La Delegada considera que si bien tal norma consagra derechos y garantías fundamentales, también lo es que esta disposición, al igual que muchas otras consagradas en la Carta Política *no conforman una ley en sentido estricto*, que es el reclamo de legalidad que nutre el recurso de casación, visto que se establece para procurar *la aplicación de la ley sustancial* y no exactamente para velar por la aplicación de normas de derecho que no tengan el carácter de legales. Es decir, existe una categoría de normas superiores, las reglas constitucionales, que tienen primacía en el ordenamiento y constituyen normas superiores a la ley, de naturaleza, origen y fuerza distintas de la ley misma, y que por esa misma razón se imponen por fuera de todo recurso formal de procedimiento en virtud del imperio de la norma constitucional en todo tiempo y lugar. Es por ello que no cabe, en opinión de esta delegada, invocar técnicamente como motivo de casación una violación directa de la Constitución Nacional, pues esta no requiere un recurso específico para ello sino

que se impone como tal en virtud del poder derogatorio y reformatorio que tiene (Art. 9o. Ley 153 de 1887). Más aún el recurso se estableció para la vulneración de la ley sustancial como dice el Art. 226 del C. de P.P. ('cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial'), en orden a su corrección, y es la única vía, finalizadas, las instancias de hacerlo. Pero no ocurre igual con la Constitución, pues en criterio de esta Delegada, existe una competencia inmanente para hacer operante la primacía constitucional (de las normas constitucionales) derivada de la existencia en nuestro sistema del control difuso o por excepción en cada caso concreto, en virtud del cual el funcionario público *debe* aplicar los principios constitucionales por sobre cualquier texto legal, y aun puede dejar de aplicar la ley para ese mismo efecto (excepción de inconstitucionalidad). De modo que del Art. 4o. de la Carta emanan dos deberes, y en el mejor sentido una competencia general y abierta, para todo empleado público: a) -Aplicar siempre la Constitución, b)-Declarar para el caso concreto la inconstitucionalidad de la ley que se oponga a los principios de la Carta. Por esta razón, cabe afirmar que basta con invocar la Constitución para que ello surja como deber del empleado oficial que formalmente conoce de una actuación. Ahora bien en un recurso tan técnico como el de casación, será evidente que no cabe decir que se dejó de aplicar la ley sustancia en frente a la Constitución pues esta no es ley así se la denomine como 'la ley de leyes' lo que ya de por sí muestra que es otra norma que no configura ley sustancial alguna.

"Compendiando nuestro criterio, hemos de decir que si en tema de violación Constitucional se propone a través de un recurso legal (reposición o apelación) será mas que forzoso admitir que el mismo debe estimarse por vía del dicho recurso, pues amén de ser el objeto planteado del mismo, se deriva como deber de la fuente constitucional. Pero este evento no se da frente al recurso de casación, visto que este es extraordinario y en el no cabe tema diverso al planteado por el recurrente (o principio de limitación del recurso) pero fundamentalmente porque en casación se confronta *la legalidad de la sentencia*, es decir si esta se apoya en *'la ley sustancial' vigente* como prevé el Art. 226 del C. de P.P. Por eso nos atrevemos a creer que por vía de casación, fenecidas las instancias procesales, no puede parangonarse la sentencia con la Constitución pues el recurso no permite examinar cuestiones de constitucionalidad directas no contempladas en un estatuto legal. En efecto muchas de las garantías procesales contempladas en la Carta, u otros temas de derecho sustancial, devienen normas legales, caso en el cual este argumento quedaría sin piso alguno, puesto que en ese evento se estaría en el caso de ilegalidad de la sentencia en la hipótesis en que se hubiere dejado de atender la ley sustancial correspondiente. Como ocurre con el procedimiento penal que entrará a regir a partir de julio del presente año, en que la agravación de la pena en el caso del apelante, único que ha sido condenado, se contempla en el Art. 17 bajo el nombre de Reformatio in Pejus, pero en su momento se tratará de una violación directa o indirecta *de la ley sustancial* como que ya el tema estará deducido al plano de los actos legales y no propiamente constitucionales. En ello van consecuencias técnicas, puesto que, por ejemplo, no habrá una proposición jurídica completa si no se invoca la disposición que prohibe la Reformatio in Pejus que aparece en el Art. 17 ya invocado.

"Se diría que no resulta injurídico admitir que se case la sentencia por vía de dar aplicación a la Constitución pero ello aparte de desnaturalizar el recurso de casación y su técnica, desvirtúa el sentido obligante de la Constitución que debe ser reconocido por fuera y por encima del recurso de casación propiamente dicho. Este aspecto relativo a que siempre debe aplicarse la Constitución, aun cuando no haya recurso especial y ordinario, permita afirmar que la vigencia del principio constitucional no está sometido a límite temporal o de oportunidad de recurso, puesto que ello condicionaría a la imperatividad de sus normas, lo que permite por petición de principio decir que está fuera de las limitaciones de un recurso. Con mayor razón si la ley prevé que la casación proceda solo por *'violación de la ley sustancial'*, o por nulidad (de lo que no se trata) o por incongruencia (de lo que tampoco se trata) lo que muestra que no es viable atender la casación en vista del texto de la ley.

"No es atendible, en casación, la pretensión de la impugnación por las razones que se dan, y que respetuosamente sometemos al criterio de la Sala.

"Bastan las anteriores consideraciones técnicas para desechar las pretensiones del recurrente.

"*La aplicación directa de la Constitución.* Teniendo en cuenta el imperativo del Art. 85 *ibídem*, que a su turno preceptúa que los derechos consagrados en el Art. 31 entre otros, se debe aplicar de plano, una vez surja el derecho, la Delegada procederá a conceptuar sobre el incremento de pena efectuado por la sentencia de segunda instancia. En efecto:

"El Art. 31 de la Constitución Nacional preceptúa:

"'...Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagra la ley.

"'El Superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único...'.

"Pese a la aparente claridad del precepto transcrito, han surgido multiplicidad de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales en torno a su interpretación y aplicación. Nuestro criterio será:

"*En este caso no se vulnera el mandato constitucional del Art. 31 de la Carta*: De otra parte Honorables Magistrados, está claro que el condenar en segunda instancia a quien fuera absuelto en la sentencia de primer grado, no vulnera el principio constitucional de prohibición de Reformatio in Pejus para el *condenado* apelante único que recibe una agravación de la punibilidad por la alzada. En efecto, si bien se lee el texto constitucional él dice: 'El Superior no podrá *agravar la pena impuesta cuando el condenado fuere apelante único*', es claro que ello no se refiere

a un caso como el presente, en donde hay un absuelto, no recurrente en apelación, al cual se le condena por primera vez en la decisión de segundo grado. Las expresiones *'el condenado'*, *la 'pena impuesta'* y *'agravar'*, todas integradas en una oración completa de la Carta, crean una institución procesal que se ha llamado prohibición de Reformatio in Pejus, que so pretexto de interpretación de favor rei de la Constitución está llevando a desnaturalizar el principio constitucional para extenderlo a casos no comprendidos en la disposición en cita. Simplistamente tendríamos: a) -El instituto del Art. 31 se refiere *al condenado* en primera instancia, como es obvio, que es la persona procesal para la cual se consagra el beneficio constitucional. Luego no puede forzarse la interpretación del texto constitucional para extenderlo al procesado que no ha sido condenado sino absuelto, *que es todo lo contrario* del texto literal de la Constitución. b).- Lo que se prohíbe agravar es *'la pena impuesta'* y ciertamente que quien ha sido absuelto no tiene la condición de haber recibido la imposición de una pena, por lo que igualmente deberá aceptarse que la Constitución no se refiere ni siquiera de manera próxima al sujeto procesal que ha sido absuelto en primera instancia. c)- La prohibición para el juez de segundo grado se refiere a *'agravar' la punibilidad,* lo que se ciertamente corrobora los criterios anteriores, como que se requiere un presupuesto dado sobre el cual se verifique la agravación en el sentido de hacer más grave lo que ya de por sí implica un afectación en el orden punitivo. Ese plus que conceptualmente va en el término 'agravar' implica la condena en primera instancia, pero no la absolución. d)- Es evidente que la norma se refiera a una limitante para el poder del juez de segunda instancia, frente, únicamente, a las condenaciones producidas por el juez de primer grado, y no frente a situaciones de diversa índole.

"Estas consideraciones llevan a pensar en que la persona que absuelta en la primera instancia, puede legítimamente ser condenada por el juez de la apelación, y que no hay prohibición constitucional ninguna para que pudiera revocar la sentencia absolutoria de primer grado. De lo contrario resultaría inoficiosa la revisión de segunda instancia en muchos de los casos, de tal manera que la tornaría inoperante llevándose de calle otro principio constitucional: el de la doble instancia, lo que resultaría de una interpretación amplia de la Carta fundamental en su artículo 31.

"Ante estos argumentos, y para el caso específico que resuelve la Sala, es claro concluir que el recurrente no tiene ningún derecho en el ámbito del Art. 31 de la Constitución Nacional, puesto que a él no se le agravó la pena impuesta, ni tiene la condición de condenado, que es el único sujeto procesal al cual se refiere el artículo mencionado, y que ahora se invoca como pretermitido en su aplicación por el juez de la sentencia.

"A más de los argumentos ya dados, la Delegada encuentra que este otro aspecto viene a definir el punto planteado por el recurrente, como que aún admitiendo que fuera viable demandar en casación por inaplicación de la Constitución como si esta fuera ley sustancial no podrá aceptarse en cambio que el

absuelto debe quedar en esa situación por mandato constitucional que no contempla esta posibilidad no (sic) siquiera en forma remota.

"El problema eventualmente podría desarrollarse a nivel legal como carencia del interés para el recurso, con lo cual no es atendible en segunda instancia el tema específico de aquel que no ha propuesto la alzada, pero ciertamente que ello escapa al planteamiento del demandante en casación.

"Aplicación directa de la constitución frente al no recurrente:

"Como surge evidente del estudio del caso, el no recurrente en casación sí recibió un incremento de la pena impuesta en primera instancia, lo que contraría el mandato constitucional del Art. 31. Según ha venido sosteniendo la jurisprudencia, como a la Sala procesalmente sólo le corresponde casar o no la sentencia demandada, será difícil hacerlo cuando la persona condenada recibe la agravación punitiva inconstitucional no ha recurrido en casación, como sucede en este caso, visto que ni siquiera existe una demanda a nombre de la persona para la cual la situación reclama el imperio de la norma constitucional.

"No parece claro en la estructura del recurso extraordinario que se case la sentencia para quien no ha demandado, lo cual rompe todo principio de limitación y de estructura del acto procesal específico. Salvo cree la Delegada, que se admita la posibilidad -lo que respetuosamente sugerimos- de que el recurso formal de casación, propuesto por un recurrente distinto, da a la Sala una competencia especial que emana directamente de la Constitución para hacer valer la primacía de sus principios, caso en que podría readecuar la punibilidad de modo directo a la fijada en la sentencia de primer grado. Se respetaría así: La Constitución en el caso concreto, y se dejaría a salvo la estructura formal del recurso extraordinario".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es de advertir que la demanda no es precisamente un dechado de virtudes en cuanto al cumplimiento de las exigencias técnicas que gobiernan el recurso extraordinario de casación, como muy bien lo destaca el Procurador Delegado, cuando simultáneamente y con relación a un mismo aspecto de la sentencia plantea dos causales de casación, una por violación directa de la ley sustancial y la otra por nulidad; y el antitecnicismo es evidente porque de prosperar la impugnación por la causal primera por falta de aplicación de la norma constitucional, la Corte tendría que dictar el fallo de reemplazo, pero si prospera la nulidad, debería anularse el procedimiento para que se rehaga la parte viciada.

No obstante, pese a las fallas anotadas, *es evidente que se está en presencia de una clara violación a la Constitución Nacional en cuanto prohíbe la agravación en segunda instancia de lo resuelto en primera por el inferior, cuando el*

es apelante único. Debe sí advertirse que la Sala se aparta de la apreciación de su distinguido colaborador del Ministerio Público, en cuanto sostiene que los preceptos de la Carta así contemplen o contengan derechos y garantías fundamentales no son una ley en sentido estricto, y que por tanto no es viable que su violación sea alegada en casación si se tiene en cuenta que lo que se pretende con este recurso extraordinario es el reclamo de legalidad para procurar la aplicación de la ley sustancial. No se comparte tal criterio, porque es diáfano que la ley en todas sus expresiones no viene a ser más que una forma reglamentaria de los principios políticos que aparecen insertos en la Carta y para que en estricto sentido se pueda predicar la legalidad de un proceso, éste no solo debe estar de conformidad con la ley, sino también con aquella otra de superior categoría que nutre ideológicamente su contenido y que establece los límites de su aplicación en cuanto no puede sobrepasar las propias previsiones o limitaciones constitucionales.

Por ello, si en un proceso se vulneran principios constitucionales de contenido sustancial es perfectamente viable que en el recurso extraordinario se busque una solución a ese quebranto, ya que no está reservada para la violación de las previsiones legales.

Por otra parte, tomando las argumentaciones de la Procuraduría como una hipótesis de discusión, se debe concluir que ella carece de razón porque se debe recordar que la inmensa mayoría de los principios constitucionales son igualmente normas legales, consagradas en la parte introductiva del Código de Procedimiento como principios o normas rectoras y es así como el artículo 31 de la Carta corresponde al 17 de la codificación procesal, lo que permite reclamar su cumplimiento, por la vía de la violación directa.

Por ello resultan inaceptables los argumentos que hace el Procurador Delegado.

Considera igualmente el representante del Ministerio Público que al condenarse en segunda instancia al procesado que en primera fue absuelto, no se vulnera el principio constitucional, porque la prohibición de la Carta solo crea la imposibilidad de agravar la pena de quien en primera fue condenado a una penalidad inferior; así, destaca las expresiones utilizadas en el texto de mayor jerarquía como "el condenado", "la pena impuesta" y "agravar" a las cuales da una interpretación literal de la norma que no llevan a las conclusiones comentadas.

La tesis expuesta por el delegado es francamente inaceptable, porque conforme al querer político del constituyente se entiende que si un procesado apela es precisamente para buscar un mejoramiento de su situación procesal y por tanto, no es viable hacerla más nociva; de ahí la imposibilidad de que se produzca un resultado adverso en la segunda instancia, cuando el sujeto pasivo de la acción penal es apelante único.

Ahora bien, si se trata de varios apelantes que buscan finalidades diversas o dispares, la agravación sí se puede dar, y ello debe ser así, como garantía del derecho a la igualdad de las partes en el proceso penal, porque sería inequitativo y se quebrantaría este principio si la parte civil o el Ministerio Público apelan para que se condene al absuelto o se agrave la penalidad y ello no pudiera hacerse.

Ya la Sala ha hecho pronunciamientos en relación con ésta temática y es así como con ponencia del Dr. Dídimo Páez Velandia el 9 de abril de 1992 se dijo:

"La doctrina reiterada de la Corte sostiene que aún de oficio, con ocasión del recurso de casación, es deber de la corporación ajustar el fallo al mandato imperativo de la ley fundamental respecto de las sentencias emitidas con quebrantamiento del principio de no agravación punitiva cuando aún no había entrado en vigencia la Constitución que lo consagra imperativamente y con eficacia inmediata.

"Dentro de este orden de ideas, cabe destacar sí cómo la Corte ha fijado el alcance interpretativo de las expresiones 'agravar la pena impuesta' que trae el artículo 31 C.N. para significar con ello no sólo el incremento punitivo objetivamente realizado por el superior cuando la parte procesada sea la única recurrente, entendiendo por ésta no solamente el vinculado sino además su defensor y aún el Ministerio Público cuando actúa con pretensiones de defensa en el proceso, sino que procede igualmente respecto del subrogado de la condena de ejecución condicional, pues revocarlo en esas condiciones es una de las varias formas de hacer más gravosa la pena, así no tenga incremento alguno.

"Indudablemente que lo prohibido en forma expresa por el precepto en referencia es 'agravar la pena impuesta' y no solamente incrementarla. Dicho con otras palabras, el incremento punitivo es tan solo una de las posibles formas de gravación de la pena, como lo es igualmente la revocación del subrogado, ya que ello implica la reclusión en un establecimiento carcelario lo que necesariamente es más grave para los intereses del procesado.

"Es que la filosofía que inspira el precepto constitucional en referencia radica esencialmente en que quien apela a una instancia superior es con la finalidad exclusiva de mejorar su situación dentro del marco estricto de sus particulares intereses, garantizándose por el superior el principio de la sujeción a la ley con la confirmación del fallo si no existe causal alguna que lo invalide. He ahí la importancia de la intervención real y oportuna de los demás sujetos procesales y muy particularmente de quien representa los intereses de la sociedad, pues sólo en esas condiciones el superior adquiere plena competencia para examinar el fallo con todas sus consecuencias y en su integridad".

El 5 de agosto con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez se dijo al respecto:

"El Ministerio Público, para llegar a tan restrictiva interpretación, parte de la consideración de los términos empleados por el legislador sopesados de manera literal, y compone un raciocinio que por su simplicidad no deja de impactar sugestivamente. Las tres expresiones utilizadas en el art. 31 (condenado, pena impuesta y agravar) no pueden referirse sino a una hipótesis, o sea, la de que preexista una sentencia de condena, en virtud de la cual solo es dable hablar de 'condenado', de 'pena impuesta' y de 'agravación'. Esta es la relación procesal que se tiene en cuenta para establecer la prohibición. Todo lo que esté por fuera de esta previsión, se rige por contrario mandato, vale decir, que ya no incide en las determinaciones que tome el juez a quo el obstáculo constitucional para el más amplio ejercicio de las facultades implicadas en la labor de juzgamiento. Como en la sentencia absolutoria no se da condenado, ni hay pena alguna, obvio resulta que no se agrava la sanción y por tanto, refiriéndose el texto, el evento de un punitivo aumento, la situación está por fuera de esta su previsión. En el caso subjudice, apenas sería pasible de estudio lo relacionado con el hurto calificado, único fenómeno que dio lugar a una imposición de pena.

"Pero la ley, que procura alguna finalidad, debe mostrarse coherente y armónica en sus dictados, pues no es dable atribuir al legislador regulaciones contradictorias, lindantes con el absurdo. A las claras, entendida a derechas, la norma busca que cuando la única de las personas intervinientes en el proceso que protesta por la determinación tomada lo es el sentenciado, no es dable admitir que éste le concede atribuciones a su juez para que vaya más allá de la situación que advierte como insufrible, como causa de daño indebido y contrario a derecho. O sea, que no se entiende cómo se puede actuar, con esta única fuente del poder ejercitable por el superior, contra esa voluntad y entender que también otorgó facultad en aquello que ha asentido, por estimarlo favorable o menos perjudicial. La ley suprema, y no es el caso de criticar la bondad de la institución cuando se trata de aplicarla y viene con una categoría de disposición constitucional, ha uncido las prerrogativas juzgadoras, en estos casos, a lo que al respecto exprese el dueño de la impugnación, cuando se trata del procesado. Esta es la órbita en que debe analizarse el asunto, pues no es de recibo que se le otorgue a sujeto tal un poder limitante y al mismo tiempo se le desconozca. La concepción legal está montada en que si los demás participantes en el debate, con propiedades impugnatorias, como el ministerio público o la parte civil, no se alzaron contra las determinaciones benéficas para el procesado, éste se encuentra en situación de poder orientar el contenido de la segunda instancia. Entonces, lo que se alcanza a mirar en un momento determinado como supeditación que escuece y alarma, porque la justicia no alcanzó todos sus necesarios y exigibles logros, no puede radicarse en quien apeló para provecho propio y que de haberse quedado callado el procesado hubiera quedado como de única instancia, sino en quien caracterizado de representante de la sociedad no se levantó contra una decisión de rebajada condición y calidad. El

precepto analizado no puede valorarse como de una redacción tal que enclaustre al proceso en el dilema de aceptar integralmente las definiciones tomadas, pues de mostrarse opuesto a parte de ellas, validaría la actuación del funcionario de segundo grado para intervenir totalmente. Esta extralimitación solo se da cuando removido lo que fue motivo de acusación, se exhibe como imprescindible, para evitar contrasentidos o desarmonías de injusticia, mudar otros inatacados aspectos de la resolución. Pero cuando la unidad conceptual logra mantenerse, cuando la coherencia se preserva, cuando la armonía no se afecta, no hay lugar a extravasar el poder.

"Si la prohibición constitucional ha querido, manifestamente, impedir que la segunda instancia introduzca un mayor rigor a expensas de la sola solicitud del procesado que se queja de parte de la sentencia, cómo no entender dentro de la misma segmentación del recurso de darse en un fallo decisiones favorables y nocivas, condenas y absoluciones?.- Quedará satisfecha la benigna y benevolente inspiración del legislador, eco fiel del sistema penal acusatorio, contrarrestando agravaciones de días o meses, pero dejando libre de mudar la pena-cero por la pena-treinta años?. El pasaje constitucional pudo redactarse en forma mejor, para evitar dudas y cavilaciones, aunque poco suele hacer un intento de esta clase por aliviar la duda metódica a clarificar situaciones con aplicación de principios, reglas generales, contextos, unidad lógica, etc, cerrarían el paso a incomprensibles polémicas.

"A la Sala se le presenta de bulto que si no quiso auspiciar, en las circunstancias de ser único apelante el procesado, aspectos de secundaria importancia o de menor entidad en cuanto a la intensificación de una pena, menos se quiso patrocinar el que se pudiese cambiar la absolución por la condena, dándose estas mismas particularidades. Para asumir un criterio distinto, sería necesario que mediara, en cuanto al recurrente, un expreso y nítido enteramiento de lo que le puede acontecer con su apelación, cuando obran diferentes determinaciones en un único fallo, esto es, cuando el contenido es disímil pues concurren simultáneamente condenas, absoluciones y aumentos de pena. Solo ante un asentimiento, igualmente claro y completo, podría tomarse una determinación como la que se recomienda por la Delegada. Pero no dándose ésta ni como actitud del procesado ni como determinación de la ley, asumirla en tal sentido equivale a un injusto sorprendimiento.

"La cuestión puede asumir incidencias todavía mayores y menos explicables en casos no de delitos conexos, sino de acumulaciones propias, esto es, procesos independientes, autónomos, sin ninguna correlación, por fuera de la identidad del sentenciado, que logra unificarse conforme a las regulaciones de los artículos 91 y ss. del C. de P.P. Apelada la condena exclusivamente por el sentenciado en uno de esos múltiples expedientes así reunificados, daría atribución para revisar también las absoluciones impartidas en los demás.

"La unidad o integración de procesos y procedimientos, no comporta la indisoluble ligazón de la protesta introducida por el procesado, pues ésta es dable

distinguirla y fijarla en las propias lindes de su descontento. Si se quiere o busca finalidad distinta, para eso está la apelación del ministerio público, de la parte civil, o la consulta, institución esta última que, en los sistemas acusatorios suele tomarse como ajena al mismo y un tanto incompatible con su estructura.

"El endurecimiento de la pena, que contempla como algo vedado la Constitución, cuando el único recurrente es el procesado, se da tanto cuando una pena determinada se intensifica, como cuando mediante el revocatoria de la absolución se abre camino para imponer una sanción que no se dio en la primera instancia. En ambos casos debe establecerse el inmediato correctivo, en guarda de la garantía que establece la Carta para estas situaciones y para esta clase de comportamiento procesal del sentenciado".

En las condiciones anteriores y con fundamento en la violación del artículo 31 de la C. N. se casará parcialmente el fallo y como consecuencia de lo anterior se disminuirá el aumento punitivo que se hizo en segunda instancia al procesado Nelson Antonio Noreña a quien se impondrá una pena definitiva de 24 años de prisión como responsable de los delitos de doble homicidio y doble homicidio tentado, hurto calificado y agravado y cohecho por los que había sido llamado a juicio. En la misma proporción se modificarán las penas accesorias.

Por virtud de lo dispuesto en el art. 243 del C. de P.P. lo decidido para el recurrente se hará extensivo al no recurrente.

Por tanto se casará igualmente el fallo, para revocar la sentencia condenatoria dictada en segunda instancia en perjuicio de Germán Alberto García Cardeño, y en su lugar se le absolverá por los cargos de homicidio y coautoría cometido en perjuicio de Armando de Jesús Vélez Agudelo y de tentativa de homicidio cometido en perjuicio de Juan Evangelista Bedoya y Hercilia Agudelo Vélez. En consecuencia se ordenará su libertad inmediata.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que en desacuerdo con el Colaborador Fiscal, 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

CASAR EL FALLO IMPUGNADO, para revocar la sentencia condenatoria de segunda instancia dictada contra Germán Alberto García Cardeño, a quien absuelve, como se había determinado en la decisión de primera instancia, por los delitos de homicidio en coautoría y de tentativa de homicidio en el mismo grado de participación conforme a los cargos que le habían sido formulados en la resolución de acusación.

Disponer la libertad inmediata de Germán Alberto García Cardeño por cuenta de este proceso. Líbrense las comunicaciones pertinentes.

CASAR EL FALLO IMPUGNADO, para modificar la pena impuesta a Nelson Antonio Noreña a quien definitivamente se condena a veinticuatro (24) años de prisión, pena inicialmente impuesta en la primera instancia por los delitos de doble homicidio, doble tentativa de homicidio, hurto calificado y agravado y cohecho por los que había sido llamado a juicio en varias causales acumuladas.

Las penas accesorias impuestas a Nelson Antonio Noreña serán modificadas en la misma proporción que la pena principal.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

COLISION DE COMPETENCIA \ DELITOS CONTRA LA EXISTENCIA Y SEGURIDAD DEL ESTADO

Se fija a través del Decreto 1676 de 1991 trámite de procesos en el Tribunal de Orden Público, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2271 del mismo año.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7846

Contra: Guillermo de Jesús Hernández H. y otro

Aprobado acta No. 106 agosto 26/92

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintisiete de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se pronuncia la Corte, de plano, sobre la colisión de competencia negativa trabada entre el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín y un Juez Regional de la misma ciudad.

RESULTANDOS Y CONSIDERACIONES

1.- El Juez de Orden Público fundamenta la provocación del conflicto en el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal vigente (decreto 2790 de 1991) que, en lo pertinente, reza:

"Competencia de los jueces regionales.- Los jueces regionales conocen:

"En primera instancia: 1...2...3... .

"4.- De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado,.....cuando se trate del delito de extorsión y conexo, la competencia de los jueces regionales procede solo si la cuantía es o excede de CIENTO CINCUENTA SALARIOS MINIMOS MENSUALES". (Mayúsculas de la Corte)

Y como -continúa señalando el juez colisionante- los hechos denunciados por el señor Guillermo Néstor Mora no superan en cuantía los nueve millones de pesos, que resulta de multiplicar el salario mínimo legal vigente por 150 salarios, y las llamadas extorsivas, fueron un total de ocho millones de pesos (en eso las señaló el denunciante), por tanto la competencia para seguir conociendo de esta investigación, está en uno de los señores Jueces Penales del Circuito de la ciudad (Reparto)".

2.- Son razones del juez provocado para aceptar la pugna, las siguientes:

"1.- El Decreto 2790/90 (Estatuto para la Defensa de la Justicia), en su art. 9o., reglamenta los delitos de competencia de los Jueces de Orden Público (hoy Jueces Regionales, según el Decreto 2700/91, Código de Procedimiento Penal). En su numeral 2o. dice:

'De los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como el concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 6o.'

Entiéndase bien, delitos de extorsión en todas sus modalidades. En ningún momento está señalando una cuantía determinada. No la está limitando.

2.- Al entrar en vigencia el Decreto. 2700/91, se establece en su art. 71, numeral 4o., lo siguiente:

'Cuando se trate del delito de extorsión o conexos, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales'.

Ahí sí está especificando la cuantía. La está determinando. Pero el meollo del asunto estriba en que, al ser declarado el país en Estado de Conmoción Interna, mediante el Decreto 1156, se le dio carácter permanente a los decretos referentes a la jurisdicción de orden público, en la forma señalada en el artículo 1o. del Decreto 1156: 'En relación con los delitos de competencia de los jueces regionales, se aplican las normas especiales de procedimientos y sustanciales de conformidad con el artículo 5o. transitorio del Decreto 2700 de 1991 y las disposiciones del presente decreto'.

Considera este despacho, entonces, que en el presente caso, por tratarse de decretos especiales declarados permanentes, se le debe dar aplicación a las

normas que regulan la competencia jurisdiccional de los Jueces Regionales. Por lo tanto, no se debe tener en cuenta la cuantía en los delitos de extorsión. La norma es muy clara cuando dice, refiriéndose al tipo de extorsión asignada a los Jueces Regionales, que será en todas sus modalidades. Como a esta norma es que se remite el Decreto 1156 de 1992, lo lógico es que no deba tenerse en cuenta el tope de cuantías para efectos de fijar la competencia de los delitos de extorsión. ...".

3.- Así analiza las cosas la Corte:

A.- El Decreto 2271 de octubre 4 de 1991, en su artículo tercero que es donde adopta como legislación permanente algunas disposiciones del Decreto 2270 de 1990, no se refiere a su artículo 9o., sino que pasa sin mencionarlos los que corren inclusive del 4o. al 12 (éste sí), pero ya en su artículo cuarto, señala: "Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del decreto legislativo 009 de 1991:

"Artículo 1o. Para todos los efectos de ley, los artículos del decreto legislativo No. 2790 de 1990 que se incluyen a continuación quedarán así:

"Artículo 4o. ... Artículo 5o. .. Artículo 9o. A los Jueces de Orden Público corresponde conocer en primera instancia: ...2. De los procesos por los delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como del concierto para conmeterlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 7o. ...".

Y he aquí que en el artículo sexto del citado decreto 2271, se dispone:

"Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del decreto legislativo 1676 de 1991: Artículo 1o. ... . Artículo 2o. ... . Artículo 3o. Modifícanse los numerales 2 y 13 y el parágrafo del artículo 9 del Decreto 2790 de 1990, modificado por el Decreto 009 de 1991, así:

"Artículo 9o. A los Jueces de Orden Público corresponde conocer en primera instancia: ...2. De los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como del concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 7o. del decreto 2790 de 1990, y CUANDO LA CUANTIA SEA O EXCEDA DE CINCO MILLONES DE PESOS, o cuando cualquiera de las conductas anteriores busque facilitar actos terroristas sin importar su cuantía". (Mayúsculas de la Corte).

B.- Es a todas luces equivocada la equiparación que hace el juez del circuito de la palabra 'modalidad' (según el Diccionario de la Lengua Española: 'modo de ser o de manifestarse una cosa) a la voz 'cuantía' (según el mismo diccionario: "...cantidad, medida o número determinado de las cosa susceptibles de aumento o disminución. ...5. Der. Valor de la materia litigiosa") y de ahí que para él,

cuando el legislador señala determinada autoridad para conocer del delito de extorsión 'en todas sus modalidades', lo que está significando es que esa competencia no está limitada por ninguna cuantía. Y tan erróneo es su criterio que el mismo creador de la norma al tiempo que indica que la modalidad de la extorsión puede ser cualquiera, también fija el límite de los cinco millones -delimitación de la cuantía- o más para la competencia que impone.

Desatinó también el citado juez -ello es patente- en aquello de que el conocimiento del juez regional en tratándose del delito de extorsión la cuantía podía ser cualquiera, o sea, que ignoró la existencia del artículo sexto del decreto 2271 de 1991. Pero ello debió obedecer a la muy criticable falta de técnica legislativa, pues que en el mismo contexto legal se adoptan como legislación permanente normas que se contraponen. Desde luego que la que conserva cabal imperio es la que consagra el decreto legislativo 1676, pues precisamente fue la que modificó el decreto 099, en lo ya precisado y que es cuanto importa a los fines del presente proveído.

C.- Quiere la Corte reiterar lo que ordena el artículo 1o. del decreto 1156 del 1992, así:

'En relación con los delitos de competencia de los jueces regionales, se aplican las normas especiales de procedimiento y sustanciales de conformidad con el artículo 5o. transitorio del decreto 2700 de 1991 y las disposiciones del presente decreto'.

Y, a su turno, el mencionado artículo 5o. del vigente C. de P. Penal, manda:

"INTEGRACION A LA JURISDICCION ORDINARIA DE LA JURISDICCIÓN DE ORDEN PUBLICO.- *La jurisdicción de orden público se integrará a la jurisdicción ordinaria desde el momento en que comience a regir este nuevo código. Los jueces de orden público se llamarán jueces regionales y el Tribunal Superior de Orden Público se llamará Tribunal Nacional.* LA COMPETENCIA DE ESTOS DESPACHOS NO SE MODIFICA, CONTINUARAN CONOCIENDO DE LOS MISMOS HECHOS PUNIBLES QUE HAN VENIDO CONOCIENDO HASTA AHORA DE ACUERDO CON LOS DECRETOS QUE NO IMPRUEBE LA COMISION ESPECIAL PARA CONVERTIR NORMAS EXPEDIDAS EN EJERCICIO DE FACULTADES DE ESTADO DE SITIO EN LEGISLACION PERMANENTE". *(Estas mayúsculas son de la Corte)*

En muy reciente ocasión sobre la precipitada norma precisó esta corporación:

"No puede entenderse la anterior disposición como referida exclusivamente a la competencia de los Jueces Regionales y Tribunal Nacional, pues, las normas especiales además de determinar las conductas punibles que deben ser objeto de investigación y fallo por parte de los citados funcionarios, consagran el procedi-

miento aplicable en los citados eventos, y, lo relativo a la libertad, igualmente se halla regulado en las disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio, se repite, elevadas a legislación permanente en los decretos tantas veces mencionados. En otras palabras, la interpretación que debe dársele al artículo 5o. transitorio del C. de P. Penal ha de ser no solo referida a la competencia, sino también a la totalidad del procedimiento señalado en dichas normas especiales.

"Visto lo anterior, los procesos cuyo conocimiento está atribuido a los Jueces Regionales, deben regirse exclusivamente por los decretos especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente. Solamente, podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas, y lo relativo a la libertad provisional, se encuentra expresamente regulado en la legislación especial citada.

"5.- Otro motivo más para afirmar la aplicación de las disposiciones especiales aparece en el artículo 2o. transitorio del C. de P. Penal cuando determina que 'Transcurridos diez años a partir de la vigencia del presente Código, los jueces regionales y el tribunal nacional perderán la competencia para conocer de los procesos que este Código les hubiera adjudicado, y la misma será asignada a los jueces del circuito o a los que designe la ley'. En otras palabras, los jueces regionales y el tribunal nacional, por ministerio de la ley, continuarán conociendo de los asuntos de su competencia precisados en disposiciones especiales, durante diez años, a partir del 1o. de julio de 1992, con los procedimientos previstos igualmente en normas especiales.

"6o. La referencia que hace el C. de P.P. vigente a los jueces regionales y tribunal nacional obedece a que la Comisión Especial (Congresito), debía expedir normas acordes con la disposición constitucional relativa a la incorporación de la jurisdicción especial de Orden Público a la Ordinaria. Pero, los preceptos especiales dictados para regular los asuntos del conocimiento de los jueces y tribunal mencionados, mantienen su vigencia en virtud de norma posterior como lo es el artículo 5o. transitorio del decreto 2700 de 1991, comentivo del estatuto procedimental penal, según regla de hermenéutica conocida.

"Finalmente, en el decreto 1156 de fecha 10 de julio del presente año dictado en desarrollo de lo dispuesto por el decreto 1155 de la misma fecha, el Gobierno Nacional como legislador extraordinario simplemente ha interpretado de manera auténtica las normas aplicables en los casos atribuidos a los jueces regionales y tribunal nacional, pues, el cambio de legislación con ocasión de la entrada en vigencia del nuevo C. de P.P. el 1o. de julio del presente año, originó diferentes posiciones entre funcionarios, abogados litigantes y población carcelaria, entre otros.

"Como puede verse la interpretación que aquí realiza la Corte, coincide con la que hizo el legislador extraordinario en el decreto de excepción referido, por

cuanto que el nuevo estatuto procedimental penal derogó exclusivamente el decreto 050 de 1987, sus normas complementarias y las disposiciones de igual rango que le fueran contrarias. Las especiales siguen vigentes pues no otra cosa puede afirmarse cuando la Comisión Especial, encargada de aprobar o improbar los proyectos de decretos presentados por el Gobierno Nacional, simultáneamente permitió la adopción de las normas especiales como legislación permanente y del nuevo estatuto procedimental en el que por mandato constitucional, debía integrar la Jurisdicción de Orden Público a la Ordinaria. ... .". (M.P. Dídimo Páez Velandia, Auto de julio 22 de 1992).

Así las cosas, es claro que la competencia para conocer del presente proceso radica en el Juez Regional de Medellín, pues que el denunciante fijó la cuantía en ocho millones de pesos que sobrepasa con creces la que se delimitó en cinco millones por el decreto 1676 de 1991, adoptada como legislación permanente por el 2271 del mismo año, norma especial de innegable imperio, inclusive por encima de lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991), en su artículo 71 ('Competencia de los Jueces Regionales').

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

RESUELVE

Primero.- ASIGNAR la competencia para conocer de este asunto en el Juzgado Regional de Medellín que venía conociendo del mismo. Por la Secretaría de la Sala, procédase a la remisión del expediente; y,

Segundo.- Por la misma Secretaría expídase copia, a la mayor brevedad posible, del presente auto y HÁGASE LLEGAR al Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

NULIDAD \ VIOLACION AL DERECHO DE DEFENSA \ DEFENSOR

Hoy con la nueva normatividad constitucional es absolutamente claro que habría violación del derecho de defensa si el trámite del sumario se adelanta sin la asistencia de un abogado. Pero, naturalmente, también se incurre en esa vulneración cuando se cuenta con la presencia formal de un abogado que no pueda cumplir con su misión técnica, porque desconoce los cargos de los cuales debe defender al procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6440

Procesado: Dámaso Hernández Gaitán

Delito: Homicidio agravado y falsa denuncia

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 99

Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y dos.

Vistos

Por sentencia del 13 de septiembre de 1990 el Juzgado Quinto Superior de Santafé de Bogotá condenó a Dámaso Hernández Gaitán a la pena principal de dieciséis años y dos meses de prisión como responsable del delito de homicidio y falsa denuncia, cometido el primero en perjuicio de quien en vida respondiera al nombre de Harold Augusto Fajardo Amador.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta corporación. Presentada la demanda fue aceptada por reunir los requisitos exigidos en la norma procesal pertinente.

Se escuchó el concepto del Procurador Delegado en lo Penal quien solicitó que oficiosamente se casara la sentencia y se declarara la nulidad del proceso.

Procede la Sala de Casación Penal a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes:

Hechos

Tuvieron ocurrencia el 31 de diciembre de 1986 en las primeras horas de la noche, cuando Harol Augusto Fajardo en avanzado estado de embriaguez caminaba por la carrera 22 con calle 66A de esta ciudad, y al pasar junto a un automóvil estacionado trató de arrancar el espejo retrovisor. Momentos después salía Dámaso Hernández quien al advertir el daño ocasionado, armado con una pistola alcanzó a Fajardo a quien condujo hasta el carro averiado para reclamarle el perjuicio causado.

Cuando esto sucedía, salió Luis Alberto Hernández, hijo del primero, armado con una escopeta. En esos momentos Fajardo emprendió la huída, siendo perseguido por los Hernández quienes le dispararon propinándole un impacto de arma de fuego por la espalda, con orificio de salida por el tercer espacio intercostal, que le ocasionó la muerte.

El 2 de enero de 1987, Dámaso Hernández formuló denuncia por el delito de hurto contra sujetos desconocidos, entregando una escopeta calibre 38 largo marca Marlin USA con número de serie 2244 y una vainilla del mismo calibre; arma que según el denunciante su hijo había quitado a los ladrones en hechos ocurridos el 31 de diciembre anterior en horas de la noche.

Actuación procesal

Por auto sin fecha se dictó el auto cabeza de proceso.

El 28 de enero de 1987 se escuchó en indagatoria a Luis Alberto Hernández Jiménez y el 6 de febrero a Dámaso Hernández Gaitán, contra quien se dictó auto de detención el 10 de febrero de 1987. La revocatoria de esta medida se negó en proveído del 8 de abril de tal año.

El 12 de agosto de 1987 el Juzgado 73 de Instrucción Criminal dictó resolución de acusación contra los Hernández por el delito de homicidio, confirmada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en pronunciamiento del 12 de mayo de

1989, respecto de Dámaso Hernández, contra quien se adicionaron los cargos con el delito de falsas imputaciones; y revocada en relación con Luis Alberto Hernández.

Realizada la diligencia de audiencia pública el 24 de julio de 1990, se dictaron las sentencias de primera y segunda instancia el 13 de septiembre y el 19 de diciembre de dicho año, respectivamente.

LOS ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El censor impugna la sentencia por considerar que se dictó en un juicio viciado de nulidad, la que hace consistir en que se hubiera atribuido a su representado el delito de falsas imputaciones en la resolución de acusación de segunda instancia, cuando en el momento de la indagatoria no fue interrogado sobre esa actividad delictiva, sin que tampoco hubiera sido emplazado ni declarado reo ausente con relación a este delito. Por ello estima que la nulidad debe decretarse a partir del auto de cierre de investigación.

Un segundo cargo lo plantea al amparo de la causal primera por supuesta violación indirecta de la ley por la existencia de un error de hecho, originado en que la muerte investigada se produjo como consecuencia de un proyectil calibre 38 largo disparado por una escopeta Marilin USA, pero en el oficio 0028 del 2 de enero de 1987 se habla de una escopeta Veretta calibre 20 de perdigones. Lo que hace evidente el error de hecho, pues las características de la herida hubieran sido diametralmente diferentes si hubiese sido ocasionada con esa escopeta de perdigones y no con la carabina calibre 38 que portaba y fue disparada por el hijo del procesado Luis Alberto Hernández Jiménez.

El actor formula un tercer cargo al amparo de la causal primera por considerar que se presenta un error de hecho en la apreciación de la trayectoria del disparo, según el dictamen de medicina legal la trayectoria del impacto fue de atrás hacia adelante, de abajo hacia arriba y de derecha a izquierda y que si se atiende el testimonio de Jhon Francisco Prieto Moreno, el impacto no ha podido ser realizado por Dámaso pues cuando éste disparaba ambos corrían en un mismo plano y que por el contrario cuando disparó su escopeta Luis Alberto el hoy occiso iba cayendo.

En las conclusiones, de manera curiosa, el casacionista no hace petición alguna en consonancia con sus argumentaciones pues se limita a afirmar: "Los anteriores planteamientos, precisos y armónicos, permiten deducir que se han evidenciado protuberantes inconsistencias en el examen de los medios de convicción incorporados al expediente, que coadyuvan en la censura que se somete a la H. Corte Suprema de Justicia".

El concepto del Procurador Delegado

"La demanda objeto de estudio, para esta Agencia Fiscal, debe desestimarse pues exhibe graves falencias en su contenido que impiden a la Corte entrar a estudiar el fondo de los ataques allí plasmados.

"En lo que atañe a la nulidad, debe decirse en un primer momento que el delito a que ella se refiere fue excluido del recurso extraordinario por decisión de la Corte que lleva fecha del once de julio del corriente año, en el cual se consignó textualmente:

"'Se inadmite el recurso interpuesto por el aludido profesional, con relación al delito de falsa denuncia, al que igualmente se han contraído el proceso y la sentencia impugnada, pues que conforme lo señalado en el artículo 218 del C. de P.P., procede la admisibilidad de la impugnación extraordinaria sólo respecto de los ilícitos que tienen señalada pena privativa de la libertad igual o superior a cinco (5) años, con independencia del fenómeno concursal, esto es, como insistentemente lo ha expresado la Corte, que para los efectos pertinentes cada injusto debe ser estimado por aparte de otros con los que concursare, así éstos igualen o superen el linde indicado, caso en el cual no se encuentra el delito referido pues su punición no supera siquiera los dos (2) años (art. 166 C.P.). De ahí la referida inadmisión'.

"Ahora bien, se demanda la anulación del proceso a partir del auto de cierre de la investigación, porque estima el censor que su defendido fue sorprendido en la segunda instancia con un cargo que en modo alguno fue materia de interrogatorio en la diligencia de indagatoria, ni menos aún se ordenó su vinculación procesal como persona ausente por este hecho, concretado él en el sentido de falsa denuncia por el que finalmente fue condenado.

"Este cargo, fundamentado sobre el delito de falsa denuncia cuya inadmisión se decretó en la oportunidad ya señalada, a juicio de la delegada debe ser objeto de estudio, habida consideración de que si bien expresamente se excluyó del recurso y no revela una de aquellas estrechas relaciones con el delito que habilita la casación como para que pueda entenderse que su examen se impone para los efectos últimos de la revisión de la sentencia impugnada, como lo ha venido aceptando la Corte, sí involucra cuestionamientos acerca de garantías procesales fundamentales que no pueden pasar desapercibidas o ser ignoradas so pretexto de que se refieren al juzgamiento de un delito cuya sanción no alcanza el límite punitivo de la casación.

"Ello, porque aun cuando la pena por él deducida es apenas de dos meses de prisión, nada despreciable resulta este monto para los efectos concretos de la sanción, que resultaría así fundamentada sobre bases injustas e ilegales, cuya legitimación a través del no examen del cargo, acarrearía un grave desconocimiento al orden jurídico pues con una tal solución se permitiría la asignación de pena

con desconocimiento de las formas propias del juicio, lo que resulta un imposible frente a las claras regulaciones de la Constitución Nacional.

"En efecto, el artículo 29 de la Carta fundamental recientemente promulgada, prescribe que nadie podrá ser juzgado sino 'con observancia *de la plenitud de las formas propias de cada juicio*', lo que obliga a que en todo juzgamiento las autoridades correspondientes respeten las garantías procesales reconocidas en la norma de normas, una de las cuales es el derecho pleno a la defensa. Así, si en juicio -como ocurre en el presente caso- se debaten varias imputaciones por infracción a la ley penal, no debe considerarse éste como fraccionamiento respecto de cada una de las acusaciones formuladas, sino como una integridad que concluye con la sentencia que cobija a los dos ilícitos que motivaron la asignación de pena, de donde cualquier vulneración de los derechos del procesado debe ser corregida en sede de casación, última oportunidad que se tiene para realizar el control de la legalidad del juzgamiento, siempre y cuando en los cargos formulados se plantee como fundamento de la ruptura de la sentencia la tal violación de garantías o ella surja inobjetable del proceso. Si en el juicio se impidió o limitó la defensa del incriminado, es obvio que tal proceder tiene que afectar todo el juzgamiento, pues se quebranta el precepto constitucional anteriormente mencionado.

"Dicho ésto, se ocupará esta Agencia Fiscal del cargo de nulidad formulado en la demanda.

"Es un hecho incontrovertible que en la diligencia de indagatoria no se preguntó específicamente al procesado acerca del delito de falsa denuncia que posteriormente se le dedujo como cargo en la resolución de acusación, si bien es necesario anotar también que él ya se perfilaba como una de las posibles infracciones a la ley, en tanto que en tal oportunidad se encontraba ya con relatos suficientes que acreditaban la maniobra fraudulenta de que se valía el incriminado para componer su coartada, pues la misma noche de los hechos dijo a un joven que los había presenciado que rompiera una de las vidrieras de su establecimiento de comercio para preconstituir una prueba sobre un ficticio asalto a su bodega.

"Es verdad también que en el pliego de cargos elaborado en la primera instancia el juez no se ocupó de este tipo de delincuencia, lo que sí hizo posteriormente el Tribunal al conocer de la apelación pertinente.

"Todas estas condiciones, sin embargo, no entrañan el motivo de anulación alguno, a juicio de esta delegada, pues las acusaciones fueron establecidas oportunamente y con tal claridad que lejos de imposibilitar, facilitaron la defensa del encartado quien a partir de entonces contó con suficientes oportunidades para oponer a las convicciones provisionales del juzgador, sus propios mecanismos y argumentos defensivos. La imputación por el delito de falsa denuncia, concretado en la segunda instancia a la que fue sometida la resolución de acusación, no puede entenderse como sorpresiva, desligada de la realidad procesal o desconocedora del derecho de la defensa, porque resultó del análisis ponderado que de las pruebas

obrantes en el plenario hizo el Tribunal, las que revelaron la existencia de esta otra infracción a la ley que no había sido considerada por el juzgado en su oportunidad, siendo por tanto el resultado obvio del recurso de alzada.

"El hecho de que no se hubiera interrogado a Dámaso Hernández concretamente por su responsabilidad o las condiciones materiales u objetivas del delito durante la injurada, en nada desvirtúa la validez de la formulación del cargo, máxime si se tiene en cuenta que al indagado se le preguntó por circunstancias atinentes a la falsa denuncia, como lo acredita el hecho de que el instructor lo enfrentó a la versión que por entonces había vertido al proceso el declarante John Francisco Moreno, quien había narrado que el inciminado le había pedido que rompiera los vidrios de una vitrina para preconstituir la prueba del pretendido hurto, con lo cual fácil resulta afirmar que el sentenciado conocía de la existencia de versiones juradas que ponían en entredicho la veracidad de la denuncia que él mismo había formulado el dos de enero de mil novecientos ochenta y siete por el presunto delito de hurto y que fue el fundamento de la acusación.

"El cargo, por consiguiente, no debe prosperar.

"Los otros dos ataques, formulados al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, de casación, no están tampoco llamados a prosperar, en tanto que han sido formulados con errores de técnica.

"Uno de ellos, que ya es insalvable, es la falta de enunciación de la ley sustancial pretendidamente violada con la sentencia, como quiera que por parte alguna se ocupó el libelista de señalar cuál es el precepto que resultó infringido, limitándose a una enumeración de normas de carácter probatorio que en manera alguna alcanzan a tener la entidad de leyes sustanciales, punto final del ataque en casación cuando se escoge el motivo primero como fundamento de ella.

"Pero si lo anterior fuese poco, debe resaltarse además que el memorialista ni siquiera menciona cuáles son sus pretensiones, señalando la existencia de lo que a su juicio son errores probatorios del juez de segunda instancia, pero sin especificar cuál debe ser entonces el contenido de la sentencia, según su parecer.

"Igualmente constituye error de técnica que impide la prosperidad de las censuras, el que el libelista no haya comprobado la naturaleza de los errores de hecho que sirven de base a su alegación, los cuales se quedaron en la mera alegación, constituyendo así un simple alegato propio de las instancias.

"Sobre estas proposiciones, la demanda debe desestimarse.

"No obstante que el libelo impugnatorio presentado no resulta base suficiente para la ruptura del fallo de segunda instancia, la Procuraduría Tercera Delegada en

lo Penal considera que el proceso debe anularse a partir, inclusive, del auto que declaró cerrada la investigación, pues advierte una grave irregularidad en su trámite que lesiona las formas propias del juicio y por consiguiente se consolida como causal de anulación de lo actuado, según se verá a continuación.

"Sobre el tema del debido proceso, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en reciente jurisprudencia del doce de septiembre del presente año, con ponencia del Magistrado Dídimo Páez Velandia:

"'Resulta claro que la noción de debido proceso o formas propias del juicio, como era denominado este principio en el artículo 26 de la Constitución Política de 1986, no puede serle ajena la de fin u objetivo. En torno a ella, no sólo la teoría, sino también la praxis fundamentadora de la producción jurisprudencial, han definido el proceso como un conjunto de actos coordinados y sucesivos encaminados a un *fin*, el cual, si bien es cierto no concita unanimidad en torno a aquello en que ha de consistir, sí resulta esencial en la construcción del concepto, en extremo tal que hácese verdaderamente impensable el proceso sin él.

"'Concebir la actividad judicial con prescindencia de un objetivo a obtener con su desarrollo, implica asumir que el proceso puede poseer cualquier organización o utilizársele para todo tipo de propósito en desmedro de su real función.

"'Este fin del proceso, expuesto como general, el cual puede hacer referencia al momento de definir su iniciación, como el sentido que éste debe seguir, o a uno posterior, su conclusión, para verificar si la actuación cumplida y su punto de arribo se hacen coincidentes o no con lo perseguido desde su inicio, también es de la esencia de las diferentes fases o etapas que lo componen.

"'Es este sentido, en nuestra tradición legislativa, los códigos procesales de manera expresa para el sumario e implícita, pero diáfanamente deducible de los términos como se estructura la actuación, en el juicio, precisan los objetivos o finalidades correspondientes a cada una de estas etapas del proceso, sin perjuicio de la relación de consecuencia que entre ellas se produce.

"'Así, los artículos 334 a 360 de los estatutos de 1971 y 1987, respectivamente, en redacción idéntica bajo el epígrafe de *'objeto de la investigación'* disponen que 'el funcionario de instrucción ordenará y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación', de manera especial sobre la infracción de la ley penal, la autoría, los motivos determinantes, las circunstancias de realización, las condiciones personales del procesado y los perjuicios'.

"Por otra parte, el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal establece cuáles son los fines del proceso penal, al ocuparse de la interpretación de la ley, cuando señala que "la finalidad del procedimiento es la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que en él intervienen". Esta

efectividad del derecho material que alude la norma procesal, no puede en manera alguna estar desligada de los objetivos del proceso delimitados por la Corte en su jurisprudencia ya transcrita, porque justamente la idea del fin y los señalamientos que las normas del rito hacen respecto de la investigación y el juicio son los que constituyen el aspecto objeto del derecho penal.

"A la jurisdicción no le interesa, en modo alguno, proferir una sentencia de condena contra cualquier ciudadano, independientemente de que sea éste el autor del reato o no. El propósito de la actuación es, por el contrario, imponer la condigna sanción a quien, habiendo realizado efectivamente la conducta típica descrita como delito, actuó culpablemente y lesionó sin justificación atendible un bien jurídicamente protegido. Podríamos decir, en consecuencia, que el fin abstracto del proceso penal es la imposición de pena al culpable.

"Cuando estos objetivos se pierden de vista y las decisiones judiciales se fundamentan en conclusiones manifiestamente erróneas, alejadas de la realidad probatoria, forzoso es colegir que el proceso se apartó de sus finalidades y por tanto ni es debido ni es legal. Es una simple recopilación de actos que no puede tener fuerza suficiente para la imposición de una pena y por tanto debe ser anulado para que se reponga de acuerdo a derecho lo actuado. De otra forma, se terminaría por dar validez a un proceso que ha perdido de vista su principal finalidad, legitimando la actuación por haber cumplido un propósito contrario a los intereses de la justicia y del Estado: la imposición de una sanción a un ciudadano por un resultado típico, independientemente de que el penado sea o no su autor.

"Es lo que sucede en este caso. Inicialmente señaló a Dámaso Hernández Gaitán y a Luis Alberto Hernández Jiménez como los autores de los disparos que costaron la vida a Harold Augusto Fajardo Amador, y a ellos se les vinculó procesalmente como sindicados del delito de homicidio, porque no había forma de determinar cuál de ellos, con prescindencia del otro, debía responder penalmente por el delito de homicidio investigado, pues los elementos de juicio recaudados no permitían al funcionario establecer con precisión cuál de ellos fue el autor de disparo fatal, razón por la cual contra ambos se profirió auto de detención preventiva y posteriormente resolución de acusación.

"Posteriormente, basado fundamentalmente en conocimientos que llegaron al Magistrado Ponente del Tribunal de fuente desconocida, se precisó que el autor del hecho había sido Dámaso Hernández Gaitán, y contra él se elevó el pliego de cargos correspondiente, dictándose a favor del otro procesado auto de cesación de procedimiento, sin establecer realmente cuál de los dos posibles autores fue quien causó la lesión al bien jurídico de la vida, terminando el proceso con la misma falta de precisión, pese a lo cual se pronunció sentencia condenatoria contra el enjuiciado, cuando en verdad el esclarecimiento del hecho se habría podido lograr con una adecuada instrucción del sumario. Para demostrar la anterior afirmación, bástenos con repasar grosso modo la historia del expediente. Un solo impacto de

arma de fuego presentó el cadáver de la víctima, con orificio de entrada a nivel del décimo espacio intercostal, en la espalda del occiso, y con orificio de salida en la parte delantera, a la altura del tercer espacio intercostal, luego de producidas varias y serias lesiones a los órganos internos. Ello indica que solamente una persona acertó el disparo que hiciera sobre la humanidad de Fajardo Amador. La pregunta obvia que ha debido dirigir la investigación era, en consecuencia, ¿cuál de los dos autores de disparos la noche de los hechos impactó su proyectil sobre el cuerpo del occiso? Y una adicional: ¿El no haber acertado el disparo, pero haber accionado el arma hacia donde se encontraba el agredido, podría fundamentar una responsabilidad penal por tentativa de homicidio? Ninguna de estas preguntas tuvo una adecuada respuesta en el plenario.

"El Tribunal de segundo grado, al conocer de la apelación que se interpusiera contra la resolución acusatoria, descartó cualquier responsabilidad de Luis Alberto Hernández Jiménez a favor de quien cesó procedimiento y la atribuyó íntegramente a Dámaso Hernández Gaitán, contra quien mantuvo la decisión apelada. Los argumentos principalísimos de esta toma de posición -equivocada en sentir de la Delegada- frente al proceso, los dejó consignados la corporación en los siguientes términos:

"'b) *La pericia de criminalística,* sección balística, sobre la escopeta que presentó Dámaso Hernández al denunciar el hurto (cfr. f.2) y que se dice portaba el hijo de Luis Alberto Hernández. En la misma se tienen los siguientes datos de prueba: 1. La escopeta era de calibre 20, es decir de cápsula de proyectil múltiple. 2. El disparo que registró el cuerpo de la víctima "no es compatible...por cuanto en un disparo con esta clase de armas y de cartucho las heridas son múltiples y de igual forma será la lesión interna de la evidenciada". 3. Amén de que, el disparo en el cadáver es de "proyectil único" que atinan a decir que debió ser de pistola o revólver.

"'*Crítica:* Resulta ahora que desde ya la Sala rechaza las versiones acomodadas que imputan la muerte directa al joven Luis Alberto Hernández, ante la fuerza probatoria de lo transcrito: quien mató fue el portador del *arma de fuego de proyectil único*, y se descarta a quien llevaba la escopeta. Por tanto es de inducción necesaria que fue el sindicado Dámaso Hernández quien hizo el disparo mortal, pues es un hecho probado que era él quien llevaba o revólver o pistola, sin que la imprecisión en la clase de arma pueda entenderse como deficiencia probatoria, pues bastará con saber que son las armas de proyectil único que cuenta el proceso'.

"La base de la cesación de procedimiento a favor de Luis Alberto Hernández Jiménez y del enjuiciamiento de su padre Dámaso Hernández Gaitán, entonces, no es otra que la pretendida comprobación de que el arma operada por el primero era de proyectil múltiple, en tanto que el segundo accionó un revólver o pistola, de proyectil único. Esta fue la verdad que para el tribunal revelaba la actuación y con ella, se satisfacía la finalidad de la investigación sumaria.

"Sería equivocación. La verdad que ponen de resalto las pruebas recaudadas en la primera fase del proceso, que luego fue ratificada en alguna medida en la etapa del juicio, fue otra bien diversa: El arma accionada por Luis Alberto Hernández Jiménez era también de proyectil único, calibre 38, y por tanto bien ha podido ser él quien ocasionó la muerte de Fajardo Amador. El que el Tribunal haya afirmado que la escopeta era de proyectil múltiple, no obedece más que a un equivocado examen de los diversos elementos de juicio al respecto.

"Destaca la Delegada que en torno al calibre y naturaleza de la escopeta, se encuentran los siguientes medios probatorios:

"a.- Copia de la denuncia 0022 de fecha dos de enero de 1987, (folio 21 del cuaderno principal), en donde se describe una escopeta que "tiene una marca que dice Marlin USA calibre 38 No. 2244 y tiene una vainilla de revólver 38 largo".

"b.- A un requerimiento del juzgado instructor (folio 168), el señor Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, respondió textualmente en lo pertinente: "... la escopeta marca falsa 'Marilin', calibre 38 largo No. 2244, reposa en el almacén de armamento de la unidad..." (folio 172).

"c.- El almacenista de armamento a órdenes de autoridades judiciales, en oficio 0023 del 30 de enero de 1990, puso a disposición del juzgado de conocimiento una "carabina F. Marli, calibre 38 No. 2244, la cual permanecerá en estas dependencias..." (folio 294 del cuaderno de originales).

"d.- El señor Marco Alirio González Cadena, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Jefe de Turno de Unidad Judicial de San Fernando en donde el procesado Dámaso Hernández entregó el arma, al rendir declaración en la diligencia de audiencia pública (folios 301 y siguientes), aseveró que el incriminado entregó a la unidad una escopeta "que dentro de su recámara llevaba una vainilla para revólver 38 largo", la cual remitió con oficio al almacén de armamento de la Policía Metropolitana de Bogotá y recordó que se trata "de una escopeta calibre 38 largo, cañón pavonado culata en madera No. 2244, no recuerdo la marca", insistiendo en que el arma es de proyectil único y asegurando además que en su trayectoria como suboficial de la Policía Nacional, "es primer vez que encuentro una escopeta calibre 38 largo".

"e.- Al folio 309 del cuaderno de originales aparece fotocopia del oficio 0028 del 2 de enero de 1987, en donde se remite la escopeta entregada por el señor Dámaso Hernández ante la Unidad Judicial de San Fernando en la fecha antes escrita, en donde se proporcionan las características de la misma así: "Clase de arma... escopeta. Calibre...38 largo. Marca... Marlin USA. Nro....2244. Vainillas calibre 38 largo... una (1). Cañón pavonado y culata en madera".

"Todos estos medios de pruebas, entonces refrendan el hecho cierto: La escopeta disparada es de proyectil único y de calibre 38 largo. Tamaña evidencia fue poca para el Tribunal, quien con fundamento exclusivo en el dictamen del

Instituto de Medicina Legal de fecha 14 de abril de 1988, obrante al folio 215 del cuaderno de originales, decidió que la escopeta disparada por el procesado Luis Alberto Hernández Jiménez era de proyectil múltiple, sin tener en cuenta que en tal experticio se examinó otra arma, porque se identificó como marca "No original 'Vereta' y de calibre 20.

"De esta forma, simple pero evidente, se puede concluir que el sumario no cumplió con sus finalidades. Se limitó a recoger algunos medios de convicción muy discutibles frente a un hecho realmente complejo, sin esclarecer las circunstancias en que éste tuvo ocurrencia, terminando con una decisión tomada sobre fundamentos que contradecían la veracidad de lo actuado y decretando la cesación de procedimiento a favor de un procesado cuya situación frente a la responsabilidad penal se encuentra seriamente comprometida, para en su lugar llamar a responder en juicio a otro acusado que bien podría no ser el autor del crimen materia de la investigación.

"Una adecuada investigación puede aún desvelar la realidad fáctica materia del proceso, señalando sin lugar a dudas las responsabilidades de cada uno de los partícipes, máxime si se tiene en cuenta que todavía reposa en las instalaciones del almacén de armamento la escopeta que fuera disparada contra la humanidad de Fajardo Amador, evitándose de esta forma que la actuación se reduzca a la injusta función de señalar responsables, sin importar si el finalmente sentenciado fue realmente el autor del hecho.

"Y no se trata en lo anotado de un simple enfrentamiento de criterios de esa Agencia Fiscal con el Tribunal, sino que en verdad se advierte una palmaria equivocación, un descuido al analizar las pruebas, pasando por encima de lo evidente para terminar en decisiones apresuradas que no se compadecen con la naturaleza del proceso penal y que revelan que la sanción finalmente impuesta a Dámaso Hernández Gaitán resulta no de los medios de convicción arrimados al proceso, sino de una visión parcializada del expediente, esto es, es una pena que no tiene fundamento real.

"Sobre estas bases, que a juicio de la Delegada desestructuran el debido proceso penal y le hacen perder su sentido de mecanismo efectivo para la administración de justicia, se solicita a la Sala de Casación Penal que oficiosamente case la sentencia y disponga la anulación del procedimiento a partir, inclusive del auto de cierre de investigación, preservando sin embargo la validez de las diversas pruebas recaudadas con posterioridad".

Consideraciones de la Sala

La primera censura planteada por el memorialista es la de haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad por haberse imputado al procesado, en la resolución de acusación de segunda instancia, el delito de falsa denuncia, por el cual no se le interrogó en la indagatoria.

En vigencia del anterior código el Procurador Delegado consideró que a pesar de que la corporación había inadmitido el recurso en relación con éste delito, este reproche debía ser estudiado a fondo, aún cuando no estuviera tan estrechamente vinculado con la infracción que sí daba competencia en casación, como para darle aplicación a la jurisprudencia según la cual, se trataba de delitos conexos y con uno de ellos no tenía la pena exigida para que tuviera derecho al recurso extraordinario, la Sala entraba a conocer del mismo, siempre que existiera una muy estrecha relación con el ilícito que sí tuviera casación, porque, prácticamente era imposible fallar sobre uno sin hacer relación al otro.

Así, el colaborador del Ministerio Público estimó que se debía entrar al estudio de la nulidad propuesta, porque involucraba cuestionamientos acerca de las garantías procesales fundamentales y porque no proceder en tal sentido implicaría grave desconocimiento del orden jurídico del país en caso de que realmente existiese la nulidad; sobre todo teniendo en cuenta que el art. 29 de la nueva Carta reitera la necesaria preservación de la plenitud de las formas de cada juicio y el seguimiento del debido proceso.

Ya en el estudio de la causal propuesta el delegado termina por considerar que ésta no se da porque si en la indagatoria el procesado no fue interrogado sobre la falsa denuncia, tal hecho "ya se perfilaba como una de las posibles infracciones a la ley, en tanto que en tal oportunidad se contaba ya con resultados suficientes que acreditaban la maniobra fraudulenta de que se valía el incriminado para componer su coartada" y ésta circunstancia, en su sentir, no entraña motivos de nulidad porque de todas maneras las acusaciones fueron establecidas oportunamente, con total claridad y el implicado contó con tiempo suficiente para defenderse de ellas; debiendo tenerse en cuanta que fue preguntado por particularidades relacionadas con la falsa denuncia, lo que demuestra que el procesado conocía las versiones de los testigos que ponían en entredicho su coartada.

Razón le asistía al Procurador Delegado para conceptuar que a pesar de haberse inadmitido el recurso de casación en relación con el delito de falsa denuncia, es con respecto al mismo que se pone en tela de juicio la legalidad de todo el proceso, por cuanto en su adelantamiento pueden haberse vulnerado las bases fundamentales de lo que jurisprudencial y doctrinariamente se ha conocido como debido proceso o respeto a la plenitud de las formas propias de cada juicio, y en tales condiciones es evidente que la Sala debe entrar a conocer el fondo del cargo formulado para, de esta manera, garantizar la legalidad del proceso por medio del recurso extraordinario de casación.

Por otra parte, la situación anterior es aún más clara a la luz del nuevo Código de Procedimiento Penal que en el segundo inciso del art. 218 dispone: "El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos casos sea inferior a lo señalado por el inciso anterior".

No comparte la Sala, por el contrario, la afirmación del Procurador Delegado en cuanto concluye que no haber interrogado al inculpado en la diligencia de indagatoria sobre el delito de falsa denuncia, no es irregularidad constitutiva de nulidad, basado en el argumento de que la formulación del cargo en la providencia de segunda instancia, por medio de la cual se confirmó la resolución de acusación, le dio oportunidad posterior suficiente, no solo para enterarse de la totalidad de las imputaciones, sino para defenderse de ellas. Y nos apartamos de tal conceptualización porque ello significaría desconocer la importancia de la etapa sumarial, y la relevancia de la indagatoria dentro del proceso penal, lo que evidentemente sería inadmisible. Precisamente, por su transcendencia, a la declaración rendida por el sindicado se la ha denominado diligencia de descargos y, ha dicho la doctrina, que es fundamentalmente un medio de defensa, pues en realidad es el primer enfrentamiento entre la actividad represora del Estado y el individuo que recibe la imputación, mediante el cual el primero le da a conocer al segundo los hechos que son objeto de investigación y que motivan la sindicación, para que se defienda de ellos, bien sea negando su autoría, o aceptándola pero planteando causales de justificación o inculpabilidad, o esgrimiendo circunstancias de atenuación; razones éstas por las cuales se alude a ello como un medio de defensa.

Resultando imposible que alguien se pueda defender de cargos desconocidos o abstractos, es preciso entonces, concretar la imputación, y ello, necesariamente debe hacerse en la diligencia de indagatoria o en el emplazamiento como reo ausente. A partir de ese conocimiento el sindicado tiene toda la etapa investigativa para propiciar la producción de la prueba que considere indispensable como respaldo a sus pretensiones procesales de defensa, o para ejercer el derecho de contradicción, oponiendo otros medios de convicción a las pruebas que no incriminen. Por ello es indesconocible que el sumario o etapa instructiva es vertebral para efectos de evitar que se pueda concretar una formulación de cargos en la calificación del mérito del sumario, o para obtenerla atenuada, y de esa manera, en caso de que el proceso se vaya a la etapa de juzgamiento, tener los elementos de convicción que sean necesarios para la defensa final antes de que se dicte sentencia definitiva.

Es importante la defensa en el sumario o investigación porque en la nueva Carta Política se vino a dilucidar esa vieja controversia doctrinaria y jurisprudencial respecto a si el ejercicio del derecho a la defensa era trascendental en las dos etapas del proceso o si era más importante en la etapa de juzgamiento que en la de instrucción, al disponerse claramente en el art. 29 que "Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento...".

Que el procesado sea interrogado de manera clara y precisa sobre los hechos constitutivos de infracción a la ley penal y sobre las circunstancias ajenas a ellos, constituye verdadero requisito de procedibilidad para que pueda ejercer plenamente el derecho a la defensa; porque no basta cumplir formalmente la exigencia

constitucional de que el sindicado esté asistido por un abogado durante la investigación, porque si no se le han concretado los cargos por los que se procesa, es obvia la imposibilidad de que aquella pueda ser ejercida técnica o materialmente. E insistimos, nadie puede defenderse de cargos desconocidos, abstractos, gaseosos y de nada serviría la existencia formal de un defensor durante la investigación, si las imputaciones no existen para poder defenderse de ellas.

Hoy, con la nueva normatividad constitucional; es absolutamente claro que habría violación al derecho de defensa si el trámite del sumario se adelanta sin la asistencia de un abogado. Pero, naturalmente, también se incurre en esa vulneración cuando se cuenta con la presencia formal de un abogado que no puede cumplir con su misión técnica, porque desconoce los cargos de los cuales debe defender al procesado.

Es tan importante la existencia de la imputación como fundamento para poder concretar el derecho a la defensa, que uno de los derechos del capturado conforme a lo previsto en el art. 377 del C. de P.P. es el de ser informado "Sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó"; y así debe ser porque ante el desconocimiento del hecho que se imputa y de quien realiza la investigación, surge la imposibilidad material de defenderse.

El texto gramatical de la norma parcialmente transcrita no es, entonces, puramente ritual, sino que por el contrario contiene el sustrato material indispensable para que la defensa pueda formalizarse y que además tiene profunda raigambre en la normativa internacional de los derechos humanos y de manera concreta en las garantías judiciales amparadas en las convenciones sobre la protección de tales derechos. Es por ello que el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella"; norma que se repite en la Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 8.2 al establecer: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada".

La trascendencia que se da a éste detalle aparentemente sin mayor relevancia, precisamente obedece a lo advertido en precedencia, esto es, que sin una acusación es imposible concretar en la realidad la defensa como tal, hasta el punto de llegar a ser tanto o más importante que la misma presencia del defensor, porque sin éste, por lo menos es posible la defensa material que ejerce en su propio beneficio el procesado, pero sin el conocimiento de la imputación, aún con la asesoría de los más expertos abogados, y no sólo no será posible la defensa técnica, sino inclusive la defensa material.

Tampoco puede aceptarse como válida la argumentación del Delegado de que en la indagatoria al implicado se le enfrentó a la declaración del testigo Prieto Moreno, quien había hecho un relato sobre la coartada que aquél estaba preparando y que como no sabía de la existencia de la falsa denuncia, no era indispensable que se le formulara la imputación en la diligencia de indagatoria. Ello significaría tanto como sostener que en los casos de flagrancia, o en aquellos donde está establecida inequívocamente la autoría del hecho investigado, no es menester la indagatoria o que en el decurso de la misma se interrogue sobre el hecho delictivo que motiva la investigación; porque es claro que el conocimiento por parte del procesado del hecho delictivo que se investiga y que se imputa, no descarta la necesidad de la indagatoria, ni que sea interrogado al respecto, porque precisamente lo que se busca con ésta diligencia como medio de defensa es que se proteja de dicha imputación y que pueda hacerlo negando la autoría, atribuyéndosela a un tercero, o presentando una justificación o causal de inculpabilidad o cualquier circunstancia de atenuación genérica o específica, que de una y otra manera haga onerosa su presencia en el proceso penal.

Es por lo anterior que la afirmación planteada por el representante del Ministerio Público no puede tener validez, porque el conocimiento del hecho que se investiga no puede sustituir la diligencia que ha sido concebida de manera concreta como un medio por el cual el imputado descarga, por ello la denominación de diligencia de descargos.

Por lo demás, en este caso no se trata solamente de que al procesado no se le interrogó en la indagatoria sobre la falsa denuncia, sino que el sumario carece de cualquiera otra alusión a ese hecho; es así como el auto de detención fue dictado sólo por el delito de homicidio y el auto calificatorio se refiere únicamente a esta infracción; es solamente en el auto de segunda instancia donde aparece por primera vez la falsa denuncia.

Como consecuencia de lo anterior la defensa ejerció sólo con relación al homicidio y en tales circunstancias es de concluir que ese derecho garantizado por el art. 304.3 del C. de P.P. se vio gravemente afectado, lo que conduce a la Sala a afirmar que la nulidad planteada por el censor debe prosperar, en desacuerdo con la opinión del Procurador Delegado.

En las condiciones anteriores se casará la sentencia en cuanto se refiere al delito de falsa denuncia y en consecuencia se anulará el proceso con respecto a esta infracción para que sea investigado, por lo que se procederá a casar nuevamente la pena; para ello, teniendo en cuenta que por esta ilicitud se aumentó la pena de dos meses, ésta se rebajará en dicha proporción para imponer en definitiva la de dieciséis (16) años de prisión. La misma reducción se aplicará a las penas accesorias.

Tampoco comparte la Sala las apreciaciones del Agente de la Procuraduría cuando afirma que los peritos examinaron un arma diversa a la entregada por los

procesados puesto que, en su criterio, éstos tenían una escopeta Marilin, calibre 38 largo y de tiro único, mientras que los expertos en balística dictaminaron sobre un Veretta calibre 20 de tiro múltiple. En principio pareciera que los medios de convicción le dieran la razón; así, el defensor que la reclamó habla de una escopeta Marilin Usa calibre 38 Nro. *2244* (fl. 161); el juez en el auto ordenó la experticia balística (fl. 207) se refiere a una escopeta marca *falsa* Marilin calibre 38 Nro. *2244*; se remitió la escopeta (fl.209) marca *falsa* Marilin calibre 38 Nro. *2244*; y finalmente el informe se rinde sobre una escopeta *no original Veretta Nro. 2244*, calibre 20.

Vemos entonces que desde el momento de la entrega se deja la constancia de que se trata de una escopeta Marilin calibre 38 y todos los funcionarios que de cualquier manera se refieren a ella lo hacen dentro de tales características; posteriormente el juez agregó que la marca que ostenta es falsa, y los peritos concluyeron que se trata de una Veretta no original.

Es entonces factible que quienes no son expertos en balística hubieran confundido la marca, por ser falsa, y sus características, pero ha de creerse la afirmación de los expertos en balística precisamente por su calidad de tales y ha de admitirse que el examen recayó sobre la escopeta correspondiente porque el número de la entregada, el 2244, también estaba impreso en la examinada.

La discrepancia en cuanto algunas de las características del arma obedece a la falta de conocimiento técnico de quienes se expresan en relación con ella; además, recuérdese que se trata de un arma adulterada, lo que explica que se hable de escopeta falsa marca Marilin y Veretta no original.

En las condiciones anteriores no se dan los problemas advertidos por el Procurador Delegado y por ello no se accederá a lo solicitado por él ni a lo planteado por el impugnante por no darse la existencia del error de hecho alegado.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con el Procurador Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, para anular el proceso en cuanto alude al delito de falsa denuncia con el fin de que sea investigado, por lo que se compulsarán las copias de lo pertinente y se enviarán a la autoridad investigativa que corresponda.

DETERMINAR que la pena definitiva a purgar por el procesado es de dieciséis (16) años de prisión al descontarse el aumento punitivo que se había hecho por el delito por el cual ahora se anula.

MODIFÍCANSE en la misma proporción las penas accesorias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

CAUCION PRENDARIA \ CAUCION JURATORIA \ DEBIDO PROCESO \ VIOLACION AL DERECHO DE DEFENSA \ JUICIO

Si la noción sobre la insolvencia del caucionado está huérfana de respaldo probatorio para el momento en que el Juez adopta la decisión sobre esa materia, nada se opone a que se pida la práctica de pruebas o se aporten las que demuestren fehacientemente que la situación económica del incupado es distinta a la que se tomó como "fundamento de la caución escogida por el funcionario judicial para lograr el cambio de una caución prendaria por una juratoria ha de tener como único fundamento la carencia de recursos económicos".

La etapa probatoria de la causa es la concreción de la garantía del ejercicio de la defensa, puesto que si el Estado ya recaudó todos los elementos de convicción para formular cargos, aquella es la oportunidad por excelencia, en la cual el implicado puede ejercer el derecho de contradicción, no solo con relación a las pruebas, sino también con respecto a todos los elementos que estructuran el delito atribuído.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7690

Procesado: Gilberto Velásquez

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 110

Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992)

VISTOS

Gilberto Velásquez Zamora y su defensor interpusieron el recurso de apelación contra la sentencia de 27 de abril de 1992, mediante la cual el Tribunal Superior de Pereira condenó a aquél a la pena principal de doce (12) meses de prisión, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y a la suspensión de la patria potestad, como autor del delito de prevaricato, cometido en su calidad de Juez Cuarto de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal.

Escuchado el concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, quien solicita se anule parte de la actuación, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resuelve lo que en derecho corresponde, previa síntesis de los siguientes:

HECHOS

En anterior oportunidad esta Corporación refirió que:

"El 25 de abril de 1989, la Unidad de Indagación Preliminar de la Policía Judicial de Santa Rosa de Cabal remitió al Juzgado 4o. de Instrucción Criminal radicado en el mismo municipio y por haber identificado al sindicado, las diligencias penales que se iniciaron con base en la denuncia formulada el 15 de enero de 1982 por Juan Pablo Gutiérrez, por la desaparición de un campero Toyota, azul, modelo 1971, de placas LK 6757 de propiedad de su padre Rómulo Gutiérrez. Este, posteriormente dio cuenta de la recuperación del automotor a cambio de lo cual debió cancelar ochenta mil pesos, por intermedio de Humberto Marín, ecónomo de la cárcel del lugar.

"La Policía Judicial logró la identificación del eventual sindicado con la declaración que le recibió al señor Marín Buitrago quien señaló al exconvicto Marino Toro Morales como el individuo que recibió el pago exigido y devolvió el vehículo. No obstante los folios numerados que correspondían a la citación telegráfica de dicho testigo y la declaración juramentada que rindió, desaparecieron del expediente, y el 28 de junio de 1990 el Juzgado 4o. de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal dictó auto de cesación de procedimiento, por el tiempo transcurrido y no existir pruebas sobre los posibles autores de la extorsión.

"La decisión aparece suscrita por Gilberto Velásquez Zamora, quien siendo el secretario del despacho, para la fecha indicada se desempeñaba como Juez, por encargo que le hiciera el Tribunal Superior de Pereira durante las vacaciones del titular".

ACTUACIÓN PROCESAL

En la etapa preliminar de este proceso se acreditó documentalmente el encargo que se hizo a Gilberto Velásquez Zamora para desempeñarse como Juez 4o. de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal; se practicó una inspección judicial al expediente en donde se profirió el auto de cese de procedimiento que se reprocha; y se recibieron varios testimonios, todo lo cual sirvió de fundamento para que el Tribunal dispusiera la apertura del proceso, mediante auto del 30 de octubre de 1990, en virtud del cual se indagó a Gilberto Velásquez Zamora.

Recaudadas otras diligencias, se decretó medida de aseguramiento de detención preventiva contra el procesado, mediante proveído del 26 de noviembre de 1990, que fue infructuosamente impugnado en reposición y apelación.

El 7 de mayo de 1991 el Tribunal Superior de Pereira calificó el mérito del sumario profiriendo Resolución de Acusación contra Velásquez Zamora como autor de los delitos de prevaricato y falsedad en documentos y ordenando su captura por haberle negado cualquier beneficio liberatorio.

No obstante, en pronunciamiento fechado el 3 de diciembre de 1991, esta Sala modificó la anterior determinación, al revocar la acusación por delito de falsedad en documentos y en su lugar ordenó la reapertura investigativa; pero confirmó la imputación formal del delito de prevaricato por acción, y además concedió al implicado el beneficio de la libertad provisional, bajo caución equivalente a cinco salarios mínimos mensuales que habría de depositar dentro de los diez días siguientes a la fecha en que se le notificara la obligación.

Al regresar la actuación al Tribunal de origen, el defensor, invocando el inciso 2o. del artículo 419 del C. de P.P., solicitó que la caución prendaria se sustituyera por la juratoria, por cuanto Velásquez Zamora quedó privado del único medio de subsistencia, al ser separado del cargo de secretario de juzgado; que el mismo procesado se encuentra imposibilitado para ejercer cualquier ocupación a la luz pública, por cuanto en su contra pesan dos autos de detención, uno de ellos el proferido en este proceso; y que en tales condiciones no le es posible proveer al pago de la elevada suma que se le impuso como caución prendaria. Y al finalizar, el memorialista, subsidiariamente solicitó se redujera la caución al valor de un salario mínimo mensual para sufragarla de su propio peculio.

Tal pedimento fue resuelto desfavorablemente en auto del 30 de enero de 1992, en el cual, la Corporación de primera instancia argumentó:

"1. No se ha demostrado que el acusado Velásquez Zamora esté en imposibilidad económica para depositar la suma de dinero fijada por la Corte Suprema de Justicia.

"2. No se ha probado que el implicado Velásquez, desde el momento en que abandonó la Secretaría del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal, no haya laborado a pesar de encontrarse prófugo de la justicia.

"3. La caución juratoria exige la plena incapacidad económica del procesado para depositar suma alguna como garantía de la excarcelación, como lo ha manifestado la Sala de Casación Penal de la Corte, en auto del once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), situación no probada.

"4. Es contradictorio hacer la petición de sustitución por carecer de recursos y subsidiariamente pedir una reducción de la suma fijada, como sucede en este caso, cuando el abogado que actúa aquí, ofrece depositar el equivalente a un salario mínimo mensual.

Al respecto ha dicho la Corte en la providencia ya mencionada...

"5. La gravedad de la infracción, la situación de contumaz del procesado desde que se profirió en su contra la medida de aseguramiento y se solicitó la suspensión, la vigencia de otra medida precautelar similar, le impiden a la Sala acceder a la solicitud de la defensa para liberar a Velásquez Zamora de la carga procesal que le ha fijado la Sala de Casación Penal de la Corte".

La Secretaría del Tribunal dejó constancia de que el plazo para consignar la caución impuesta venció el 18 de febrero de 1992, sin que ello hubiera ocurrido.

Por auto del 25 de febrero de 1992 se abrió el proceso a pruebas; y en esa misma fecha, la Corporación recibió un memorial suscrito por el encausado, quien efectuó la presentación personal en una Notaría, en el cual formula la misma petición que su defensor, esto es, que se modifique la caución prendaria impuesta por la Corte, por la juratoria, pues en el expediente no hay constancia de que sea una persona acaudalada, o que posea bienes de fortuna, ni que haya recibido ingresos distintos al del sueldo estatal, ni que esté desarrollando cualquier labor u ocupación que le produzca el menor ingreso para el sostenimiento de su familia. Por lo demás, señala que al fijarse el monto de la caución no se examinaron sus condiciones económicas; y para demostrarlas solicitó se recibieran los testimonios de Adalberto Uribe Pérez, José Fernando Correa Trujillo, Luis Fernando Raigosa Correa, Gonzalo y Bernardo Velásquez Zamora.

El Tribunal se abstuvo de decidir en el fondo la petición anterior por tratarse del mismo pedimento formulado por el defensor y haber sido ya resuelto.

El 9 de marzo del año en curso, el acusado, mediante escrito presentado personalmente en Notaría, solicitó al Tribunal de Pereira:

A) Establecer por cualquier medio probatorio cuál fue el interés que tuvo para ordenar la cesación de procedimiento en el sumario No. 3397.

B) Ampliar las declaraciones de sus compañeros de labores Fabio Patiño Cárdenas, Camilo Ocampo Montoya y Rubén Naranjo Vallejo, para demostrar que no ha tenido vínculos de ninguna índole con Marino Toro Morales y por lo tanto no es verdad que hubiera pretendido favorecerlo.

C) Interrogar a los mismos declarantes para establecer los enfrentamientos que sostuvo con ellos, para cuyos efectos particulariza las incidencias atinentes a cada uno, pretendiendo comprobar que callaron en forma indefinida la mutilación del expediente y que pretendieron hacerlo responsable de ese hecho.

D) Ampliar la denuncia del doctor Humberto González Bonilla para demostrar que al imputarle la mutilación del expediente no tenía pruebas y solo pretendía desquitarse por algunas diferencias que habían tenido.

E) Trasladar a este proceso copia auténtica de las decisiones adoptadas por el Tribunal en procesos adelantados en su contra (inhibitorio, radicación 4174; auto que se abstiene de adoptar medida de aseguramiento, radicación 4218-74; cesación de procedimiento, radicación 4220-2937; y cesación de procedimiento en el proceso por peculado por la sustracción de un revólver).

F) Recibir las declaraciones de Adalberto Uribe Pérez, José Fernando Correa Trujillo, Luis Fernando Raigosa Correa, Gonzalo y Bernardo Velásquez Zamora, para demostrar su crítica situación económica. Y

G) Trasladar copia auténtica de la providencia por medio de la cual se sustituyó la caución prendaria por la juratoria a la doctora María Cristina Jaramillo Castaño, para demostrar la disparidad de criterios del Tribunal.

A la anterior rogativa la Corporación de primera instancia respondió en auto del 16 de marzo de 1992:

"La condición procesal de Velásquez Zamora, procesado como contumaz, como en este momento huye de la acción de la justicia, en su contra pesa una medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio liberatorio alguno, con orden de captura vigente, le impide hablar en el proceso, y por ende, ser oído en esta Sala.

"No puede ejercer derechos reconocidos por quienes comparecen al juicio. Le está vedado actuar en su nombre. La Sala no le puede escuchar. Sus pretensiones

deben ser canalizadas a través de quien judicialmente lo representa de conformidad con las normas procesales vigentes sobre la materia.

"No solo sus pretensiones no podrán ser admitidas en el proceso, sino que su solicitud de pruebas deberá ser despachada desfavorablemente, sin la necesidad de expresar la razón por la que cada prueba es rechazada, porque prima el motivo fundamental ya mencionado, en el sentido de que no puede ser oído por carecer de derecho para hacerlo debido a su ausencia procesal".

La audiencia pública se realizó el 6 de abril de 1992 y veinte días más tarde se profirió la sentencia condenatoria, en la cual se concluyó que se habían demostrado todos los aspectos que estructuran el delito de prevaricato por acción, por lo que se irrogó a Gilberto Velásquez Zamora la pena de doce meses de prisión, la interdicción de derechos y funciones públicas, la suspensión de la patria potestad y se le negó la condena de ejecución condicional, por no haber prestado la caución que se le impuso al otorgársele la libertad provisional.

La impugnación

Tanto el condenado como su defensor, en sendos escritos, interpusieron el recurso de apelación contra el fallo de primer grado. Aquél argumentó que no se han reunido los presupuestos del artículo 247 del C. de P.P. para proferir sentencia de condena en su contra, pues si bien admite que el hecho que se le atribuye puede resultar típico y antijurídico, la culpabilidad jamás se demostró, en razón de que no hubo dolo, su intención fue la descongestionar el juzgado a su cargo, de buena fe y buscando acertar, no pretendiendo violar la ley, por eso archivó no solo el proceso en el que produjo la providencia criticada, sino otros, en los cuales consideró que la investigación no arrojara resultados por el tiempo transcurrido y la imposibilidad de localizar testigos. De otra parte reclama que de nuevo se vulneraran sus derechos al no ser oído en la etapa probatoria de la causa, ni ser considerados los alegatos que hizo llegar para la audiencia pública, sin que se haya mencionado cuál es la norma que sustenta tal posición. Y por último relaciona las inexactitudes que en su criterio existen en la sentencia impugnada.

A su turno, el defensor solamente admite como demostrada la tipicidad del comportamiento atribuido a su mandante; reprocha el fallo por haber deducido de aquella, la existencia de la antijuricidad y de la culpabilidad, con argumentos apoyados en la doctrina y la jurisprudencia. Y finaliza afirmando que no encuentra óbice alguno para que se conceda al procesado la condena de ejecución condicional; beneficio que pide sea concedido por esta superioridad.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

El representante del Ministerio Público, luego del minucioso estudio de la actuación concluye que en el trámite de la causa adelantada contra Gilberto

Velásquez Zamora se borraron de un plumazo las garantías procesales establecidas en la Constitución Nacional, por lo que solicita a la Sala la anulación de lo actuado a partir del auto de treinta de enero de mil novecientos noventa y dos, fecha a partir de la cual se inició el entorpecimiento de la actividad defensiva del procesado.

El análisis que presenta la Delegada es el siguiente:

"Es principio fundamental de un procedimiento democrático el que el acusado puede, por sí mismo o a través de su defensor, decir o hacer todo cuanto a bien tenga en defensa de sus personales interese procesales, limitado únicamente por la responsabilidad penal que de una torcida actuación se le pueda derivar; a tal punto es celosa la legislación, que incluso se le permite intervenir en las diligencias que se practiquen con testigos, en las inspecciones judiciales, en las pruebas de carácter técnico, pues solamente a través de estas actividades puede garantizarse adecuadamente que el incriminado ejercite su derecho constitucional. Es el principio de defensa plena, que no admite limitaciones caprichosas y arbitrarias.

"Dentro del procedimiento penal moderno adoptado por Colombia, es también principio rector el de la libertad personal, según el cual las restricciones a tal derecho solamente deben proceder en casos extremos y con estricta sujeción a los requisitos legales. Por manera que, cuando en virtud de la aplicación de una norma, como sucedió en el caso bajo estudio, el juzgador ha dispuesto la libertad provisional del sindicado, tal decisión debe orientar la actividad procesal tratando de hacer efectiva la medida, no obstaculizándola a través de exigencias arbitrarias que no están contempladas en la ley.

"El Tribunal desconoció, sin embargo, este precepto orientador y abusivamente exigió, frente a la solicitud de sustitución de la caución prendaria por una juratoria, requisitos que no se hallan establecidos en la normatividad aplicable, tales como la demostración de la imposibilidad de depositar la suma de dinero exigida como fianza, la comprobación de que el favorecido no tiene actividad productiva alguna, la 'plena incapacidad económica del procesado' y la más absurda aún de imposibilidad de formular peticiones subsidiarias frente al punto.

"Estas exigencias, verdaderamente causan perplejidad a la Delegada, pues el texto del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, inciso segundo, es de una claridad abrumadora al señalar que la caución juratoria *'Procederá, cuando a juicio del juez, el procesado carezca de recursos económicos para constituir caución prendaria'*. No deja a su arbitrio ciertamente la decisión, sino que exige que el funcionario *forme su criterio con fundamentos en medios de convicción que previamente se le hayan suministrado o que, obvio es decirlo, obren en el expediente. No impide la elevación de peticiones subsidiarias*. Una tal postura llevaría a convertir el derecho a la libertad en una carga para quien tiene a su favor las condiciones propias de su ejercicio.

"Más valía haber considerado en su verdadera dimensión el problema que se le planteó al Tribunal y acceder, eventualmente, a la sustitución de la caución o su reducción, que ambas cosas eran objetivamente posibles y permitir por esta vía, la comparecencia personal del acusado al proceso, para que se defendiera por sí mismo -sin exclusión de su apoderado- de las acusaciones que en su contra se formularon y que estimó, en pocas ocasiones, oportuno rebatir a través de escritos que ni siquiera fueron estudiados por el sentenciador.

"Pese a que el Tribunal se apoyó en anterior decisión jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no deja de ser reprobable el rotundo y generalizante argumento de que es contradictorio, y por ello inhibe de acceder a lo pedido, el planteamiento de alternativas frente a la solicitud; porque si bien el abogado depreció principalmente la sustitución de la fianza, su reducción se incluyó como petición subsidiaria, por una parte, y por la otra, fue el propio profesional quien se ofreció a cancelar el dinero que se fijara ante la eventual rebaja del monto correspondiente. Es una alternativa que bien ha podido ser, cuando menos, estudiada por el Tribunal, para demostrar su ánimo desprevenido frente al caso y permitir, por esta vía, la comparecencia del procesado al juicio, que es lo que en últimas se pretendía garantizar con la caución. Los resultados fueron del todo contrarios. La terquedad de la Corporación no solamente privó al acusado de sus derechos, sino que impidió que éste estuviera presente a la espera de los resultados finales.

"En oportunidad subsiguiente fue el propio encausado quien solicitó la sustitución de la caución, proponiendo a la Corporación de primera instancia la evacuación de las pruebas relativas a su situación de indigencia y desempleo, las mismas que habían motivado la negativa anterior del Tribunal, mas recibió como respuesta el más rotundo rechazo, con el argumento de que los temas habían sido ya debatidos. Que mentira más grande!. La actividad probatoria que invocaba el enjuiciado no había sido tocada por la instancia y no pretendía más que dar razones al juzgador para que replanteara su decisión, no como recurso, sino como un reexamen válido de la situación con nuevos elementos de juicio. La denegación, por tanto, tuvo como efecto el coartar el derecho a la defensa plena en tanto que, por esta vía, no pudo el sindicado acreditar su imposibilidad económica de prestar la caución que le avalara su libertad y, de contera, le impidió su entrada a la actuación para el ejercicio de su defensa material lo que, aunado a la situación que adelante se analizará, comporta, en juicio de esta representación fiscal, una lesión a la garantía constitucional que amerita la invalidación de lo actuado.

"Pues bien. La anterior era la situación al momento de abrirse el juicio a pruebas. En esta ocasión el procesado solicitó, mediante memorial, la práctica de medios de convicción que consideró pertinentes frente a los hechos y su responsabilidad, sustentando cabalmente cada una de las pruebas pedidas, todo lo cual fue rechazado con el peregrino argumento de que no podía ser escuchado por haber sido declarado como contumaz. Qué desaguisado!.

"Las pruebas pedidas estaban dirigidas, ciertamente, a demostrar, fuera de toda duda razonable, la condición de culpabilidad (sic) del incriminado en el caso, tal como él lo advirtió, y aparecían como pertinentes, a juicio de esta oficina, en el caso específico dentro del cual fueron planteadas, a más de que respondían, ciertamente, al tema del debate y en alguna medida a aclarar las situaciones de duda que se podían presentar, y eran racionalmente atendibles, tal como esta Delegada lo estimó en ocasión del concepto rendido en la revisión de la resolución acusatoria. No eran pruebas que revelaran una malsana intención de dilatar la actuación, sino que pretendían, por el contrario, dar claridad y apoyo al juicio y evitar posibles decisiones injustas.

"Sin embargo no fueron atendidas. Censurable, en grado sumo, son las razones que al efecto expuso el Tribunal y que reclaman una radical contradicción de la Sala de Casación Penal, pues no puede permitirse que tales posiciones hagan carrera en el ámbito judicial, con grave detrimento a las garantías constitucionales y enorme daño a las instituciones procesales modernas que, a fuerza de lucha, se han estructurado dentro de un marco democrático y garantista. La limitación del derecho a la defensa ha sido superada en el seno del derecho procesal moderno, más aún si ella se fundamenta en la contumacia del acusado, causada esta por las equivocadas decisiones del órgano encargado de administrar justicia.

"Pero como si no fuera poco, olvidó el Tribunal entonces su función como órgano juzgador y, apoyado en la confirmación de la resolución de acusación -que solo así se explica-, entendió que el debate en torno a los diversos elementos del delito se había cerrado y no se ocupó siquiera de examinar la procedencia de practicar pruebas de oficio para comprobar, con certeza, los fundamentos del juicio de responsabilidad que posteriormente emitió, copiando casi por completo los argumentos de la Corte.

"Esta pretermisión de las pruebas condujo a limitar en grado sumo el derecho a la defensa del encartado quien, si bien fue atendido por un profesional del derecho, no pudo hacer ejercicio de su defensa material. Las pruebas solicitadas, además, eran ciertamente relevantes frente a la decisión que se avecinaba -la sentencia-, pues estaban dirigidas a comprobar lo que nunca se ha demostrado cabalmente en la actuación: su actuar doloso.

"Nótese cómo se pretendía con la solicitud establecer 'fehacientemente...cuál fue el interés que me asistió para archivar mediante cesación de procedimiento el sumario con radicación No. 3397' y para ello se solicitó la evacuación de los medios de convicción pertinentes '(testimonial, documental , etc.)' con lo cual reclamaba a voces el procesado que se despejaran las dudas sobre el punto, porque, como reiteradamente lo han sostenido doctrina y jurisprudencia, si bien en su descripción legal el delito de prevaricato no requiere que se contraríe la ley por sentimientos de simpatía o animadversión, es lo cierto que la vulneración de los preceptos sustantivos no es gratuita, algún beneficio material o espiritual persigue

y, por ende, procedente resultaba establecer, fuera de toda duda, cuál el interés que asistió a quien actuó de modo contrario a la norma.

"El hecho de que aquí el acusado no hubiera individualizado las pruebas necesarias, no puede sin embargo justificar la absurda negativa del Tribunal -que no se adentró en el análisis de estos puntos- pues sabiendo el objeto de prueba, la Corporación ha podido y debido disponer lo conducente a su demostración mediante, por ejemplo, ampliación de indagatoria, recepción de testimonios tanto a los compañeros del acusado como sus antiguos jefes, o bien, aportando a la investigación el contenido de todas las demás providencias que, dictadas por el mismo enjuiciado, se han tildado de prevaricadoras y han servido para que contra él se adelanten varias actuaciones penales. Especialmente este último medio era de vital importancia (y fue pedido específicamente en el literal F del memorial), porque a través del análisis integral de las múltiples decisiones, evidentemente se ha podido llegar a conclusiones claras acerca de la intencionalidad del acusado en el proferimiento de las providencias y analizar, desde esta óptica, su posible inculpabilidad, pues como lo ha aseverado en varias ocasiones el enjuiciado, lo que perseguía con la serie de proveídos contrarios a la ley, no era otra que la descongestión del juzgado, propósito que al parecer se había visto alimentado en Velásquez Zamora por el 'boom' oficial en ese sentido y la incorrecta comprensión de los fundamentos de las medidas legales adoptadas en tal ocasión.

"La prueba solicitada en el literal b. del memorial correspondiente, esta vez con señalamiento específico de las actividades a cumplir, apuntaba a similar comprobación de lo anterior, pero ahora individualizando la situación frente al caso controvertido en este expediente. Las versiones de los testigos, que deberían ser ampliadas, eran ciertamente importantes como medio de formación de un juicio completo acerca de la culpabilidad del enjuiciado, y era por ello procedente su evacuación, a fin de que, en su oportunidad, el Tribunal contara con argumentos -aparte de los meramente objetivos que consignó en la sentencia de primer grado- suficientes para elevar el juicio de reproche de culpabilidad.

"A más de la petición del incriminado, existía -como respaldo a la situación no suficientemente clara que se presentaba en torno a la culpabilidad- una solicitud de pruebas que había elevado esta oficina en oportunidad anterior y que si bien no fue acogida por la Sala de Casación Penal de la Corte, ello se debió a la confirmación de la resolución de acusación, no a la manifestación expresa de que tal solicitud no era atendible, y no impedía que el Tribunal, en fiel cumplimiento de sus funciones, ordenara la práctica de pruebas de oficio para que no cayera, como cayó, en el marco de la responsabilidad meramente objetiva al dictar sentencia condenatoria sobre la base de la contradicción de la providencia con la ley, la imposibilidad de alegar error -no se dijo por qué- frente a los hechos, y la presunción de que por haberse desempeñado el acusado durante muchos años como empleado judicial y ser el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal una norma añeja, era imposible errar en su interpretación, desconociendo que el dolo entrañaba consideraciones subjetivas muy importantes que se han debido establecer plenamente dentro de la actuación.

"La confirmación de la resolución acusatoria por la Sala de Casación Penal de la Corte, no exime, ni puede eximir, a los funcionarios de primera instancia de insistir en el adecuado esclarecimiento de la verdad, pues aquellas determinaciones son meramente provisionales y si bien se construyen con argumento serios y bien intencionados, ha de recordarse que son decisiones que se toman dentro de una fase intermedia de la actuación y que requieren, por deposición legal, un grado probatorio menor que el exigido por las sentencias.

"El Tribunal olvidó este importante precepto y asumió que la confirmación de la resolución de acusación se debería convertir en sentencia condenatoria -revísese si no, el contenido de la sentencia que prácticamente no tiene análisis diversos a los escritos anteriormente por la Corte- y así, rituó la etapa del juicio como un mero formalismo en donde, según se ha afirmado, dejó de lado el sagrado derecho a la defensa del procesado con grave detrimento de las garantías legales y constitucionales.

"Y fue más allá la Corporación de primera instancia. En la sentencia con la que concluyó ella, se limitó a repetir los argumentos de la resolución acusatoria, a reseñar brevemente la posición del defensor y a rebatir parcialmente sus alegaciones, pero dejando por fuera de su análisis el examen de las condiciones subjetivas de culpabilidad, pues a este respecto simplemente refirió que 'La culpabilidad a título de dolo aparece clara y expresa en la conducta que se viene analizando porque no se puede admitir, como lo busca la defensa, que hubo un simple error de parte del acusado, que eventualmente podría se imputadó (sic) a título de culpa, lo que no opera en el caso de prevaricato por acción y eximirlo de responsabilidad'.

"A renglón seguido, transcribió decisión anterior de la Corte y estudió las condiciones objetivas del delito -vigencia del artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, experiencia del incriminado en las lides judiciales, condiciones objetivas del expediente en donde se produjo la providencia prevaricadora -para concluir en la necesaria derivación de responsabilidad penal. No podía, en verdad el Tribunal examinar el aspecto subjetivo. La negativa a practicar pruebas que lo demostraran suficientemente, lo dejó sin elementos sobre los cuales fincar su juicio.

"Finalmente, sin razonamientos de ninguna naturaleza, la misma Corporación impuso al procesado una pena accesoria que no tiene relación alguna con el delito juzgado: la suspensión de la patria potestad, la cual no se tomó el trabajo de fundamentar, desconociendo con ello otro principio basilar del juzgamiento: la motivación de las sentencias, cuya infracción genera asimismo la necesidad de anular lo actuado.

"Y ya para concluir, se abstuvo de conceder al enjuiciado el beneficio de la condena condicional, argumentando que la libertad había sido concedida en anterior oportunidad y no se pagó la fianza exigida, desconociendo palmariamente que si ello no ocurrió, fue porque las peticiones en ese sentido no fueron debidamente atendidas, que ni siquiera se recibieron las pruebas tendientes a

acreditar la incapacidad económica del acusado, solicitadas en dos diversas ocasiones y que hubieran determinado, racionalmente, cuando menos el examen de la situación sobre pruebas conocidas y no con base en simples especulaciones, como había sucedido anteriormente.

"Otro fundamento de la no concesión al subrogado, es más extraño a él, aún: 'Le será negada esta garantía, además, por tratarse de un reo ausente'. Acaso la ley autoriza tal proceder?. Puede suceder que frente a casos específicos, la ausencia voluntaria del incriminado determine un juicio negativo sobre su personalidad, pero jamás esa simple condición objetiva -contumancia- puede fundamentar la negación del beneficio. Y si de la primera alternativa se tratare, se ha de motivar cabalmente el rechazo, pues es derecho del sentenciado conocer las razones por las cuales ha sido privado de la 'garantía' a que aludió el sentenciador de primera instancia.

"Por las anteriores razones, esta oficina considera que el derecho a la defensa del acusado ha sido francamente desconocido en la primera instancia, pues allí no solamente se le negó su ejercicio de defensa material, sino que también se le impidió que aportara los medios de prueba necesarios -y reclamados por el Tribunal- para demostrar su condición de estar en imposibilidad económica de satisfacer la fianza que se le había fijado y así comparecer personal y directamente al juicio".

LA SALA CONSIDERA

Es imperativo entrar a considerar si en este caso, como lo afirma el Procurador Delegado, existen vicios en la actuación que afecten su validez, para proceder de conformidad.

Sostiene el colaborador del Ministerio Público que la etapa de la causa en este proceso se encuentra afectada de nulidad, por cuanto el sentenciado se vio imposibilitado para ejercer su defensa, habiéndose violado tal derecho; afirmación que basa en dos circunstancias procesales, así: a) La negativa reiterada del Tribunal de instancia proferida frente a las solicitudes formuladas tanto por el defensor como por el procesado para lograr el cambio de la caución prendaria de cinco salarios mínimos mensuales legales que esta Sala de la Corte le impuso al procesado como presupuesto para disfrutar de la libertad provisional, concedida al revisar por apelación la resolución acusatoria, por una caución juratoria; o a reducirla. Habiéndose negado también la Corporación a decretar la práctica de las pruebas pedidas por el implicado para demostrar su estado de insolvencia económica. Y

b) No haberse pronunciado de fondo en la etapa probatoria de la causa, sobre la petición de otras pruebas que el mismo implicado presentó en tal oportunidad procesal.

Para la Sala, así como para la oficina del Ministerio Público, resulta verdaderamente sorprendente la posición que adoptó el Tribunal Superior de Pereira que conoce de este asunto, con respecto a la aplicación del instituto de la libertad provisional, y los efectos procesales sancionatorios que le atribuyó a la contumacia del procesado.

Resulta inconsistente, por decir lo menos, que el juez plural se hubiera negado a reemplazar la caución prendaria por la juratoria, argumentando ausencia de prueba de la plena incapacidad económica del implicado; que se hubiera rehusado a decretar la práctica de las pruebas pedidas para suplir la deficiencia reprochada; y que, además reclamara la demostración de que el procesado no había trabajado desde el momento en que dejó de ser subalterno judicial, cuando tal situación involucra una negación indefinida, casi imposible de comprobar y cuya prueba no es exigible (art. 177 del C. de C.).

Por otra parte, aludiendo el mismo tema, se ha de admitir que si la noción sobre la insolvencia del caucionado está huérfana de respaldo probatorio para el momento en que el juez adopta la decisión sobre esa materia, nada se opone a que se pida la práctica de pruebas o se aporten las que demuestren fehacientemente que la situación económica del inculpado es distinta a la que se tomó como fundamento de la caución escogida por el funcionario judicial, para lograr que ésta sea reemplazada; posibilidad que le fue negada al sentenciado.

Y en cuanto se refiere, en punto de la sustitución de cauciones, a la imposibilidad de formular peticiones subsidiarias, pregonada por el a-quo y criticada por el Delegado, se debe convenir que ninguna ilogicidad surge de tal planteamiento, sostenido por la Sala desde el pronunciamiento del 21 de junio de 1989, cuando se afirmó que los dos tipos de cauciones son excluyentes; ello, en razón de que el fundamento de la aplicación de cualquiera de ellas es el mismo: la situación económica del procesado, y con respecto a ella, en consecuencia, solo existen dos posibilidades, o el implicado carece de capacidad económica para afrontar la constitución de una prenda pecuniaria, o tiene la posibilidad de sufragarla, así sea en mínima cuantía. Por lo tanto, la aspiración de lograr el cambio de una caución prendaria por una juratoria ha de tener como único fundamento la carencia de recursos económicos. Y no es que se esté acudiendo a una interpretación caprichosa de la ley; se trata de la aplicación del elemental principio filosófico denominado de la no contradicción, conforme al cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo con relación a un mismo respecto.

Sin embargo, dilucidar el alcance del concepto jurisprudencial no resulta trascendente en este caso, porque, como lo observa el Delegado, quien planteó la reducción de la prenda a un salario mínimo, como fórmula subsidiaria a la de sustituirla por el juramento, fue el defensor, además aclarando que sería él mismo quien sufragaría dicho valor, lo que descarta la incompatibilidad de las peticiones y constituye un elemento adicional de juicio para concluir que la predicada insolvencia del inculpado es real.

Otra de las razones esgrimidas por el Tribunal para rechazar las peticiones formuladas por el defensor y su protegido, está fundamentada en la contumacia de éste; situación a la cual se le atribuyeron efectos procesales sancionatorios no contemplados en la ley, cuando ella, en la práctica, acarrea como única consecuencia, la limitación que se crea el propio inculpado para conocer la actuación, intervenir y defenderse apropiadamente, puesto que ninguna disposición niega derecho alguno al contumaz y si bien es obligación designarle un defensor de oficio, en caso de carecer de él, ello obedece exclusivamente al propósito de que alguien defienda sus intereses. Ahora bien, si a pesar de tener tal condición, el procesado ha estado vigilante del proceso y desea intervenir, no es posible coartarle tal derecho. Por lo demás, si las autoridades de policía no han logrado capturar al encausado, no es muy exacto afirmar que se trata de un contumaz, pues no es precisamente su ausencia o silencio lo que refulge del diligenciamiento; y precisamente lo que pretendía al pedir la sustitución de la caución prendaria por la juratoria, era someterse a las imposiciones legales y judiciales, y no huir de ellas.

Bien se puede presumir que la negativa del Tribunal a modificar la caución pudo originarse en el hecho de que hubiera sido la Sala de Casación Penal la que señaló el monto de aquella; sin embargo, corresponde dejar en claro que tal determinación no habría significado desacato alguno, pues está sobreentendido que ese aspecto de la decisión de segunda instancia es de aquellas que solo se ejecutorían formalmente, lo que permite su modificación frente a alguna petición, probatoriamente sustentada, que cambie el sustento fáctico de lo que anteriormente se hubiera resuelto.

Así las cosas, está a la vista que el Tribunal fue riguroso en demasía al resolver sobre la modificación de la caución, sin haber tomado en cuenta que si el artículo 435 del C. de P.P. anterior (411 del actual) estableció como un "deber" para el juez la sustitución de medidas de aseguramiento, con mayor razón existe la posibilidad de cambiar una caución cuando no ha sido impuesta en tal calidad sino como aval para la eventual efectividad de otra medida de aseguramiento: la detención preventiva. Tal actitud, no puede ocultarse o desconocerse, significó la vulneración de uno de los derechos esenciales del ser humano: la libertad, cuyo disfrute, en el caso de Gilberto Velásquez Zamora, ya había sido concedido por la Corte. Por lo tanto, al a quo le correspondía acudir a todas las instituciones procesales establecidas para procurar que el inculpado gozara de su derecho, mas no coartarlo, haciendo nugatorio el precedente reconocimiento judicial; de esa forma, el Tribunal terminó sancionando con prisión la insolvencia del procesado.

Antes de proseguir el análisis de los aspectos sometidos a debate en esta instancia, conviene aclarar que al concederse la libertad provisional al procesado se tenía noticia de que cursaban en su contra otros procesos, pero no había prueba de que contra él pesara otra medida de aseguramiento. Ahora por manifestación del propio defensor se sabe que hay un auto de detención, ajeno al dictado en este proceso, que afecta la libertad del implicado, citado por el Tribunal de Pereira

como uno de los motivos para negar el cambio de la caución; sin embargo es procedente resaltar que en el nuevo código procesal penal, desapareció esa eventualidad como causa para negar la libertad provisional.

Pasando al segundo tema propuesto por la Delegada Penal como vicio procesal que amerita reconocimiento, debe admitirse que desde el momento en que se omitió el estudio sobre la conducencia de las pruebas solicitadas por el procesado en la respectiva oportunidad, se produjo una irregularidad procedimental que inicialmente debe ubicarse como una violación al derecho de defensa y consecuencialmente del debido proceso.

Indiscutiblemente, es la legislación procesal anterior, al derecho del procesado solicitar la práctica de pruebas en la causa, correspondía el deber del juzgador de pronunciarse sobre su viabilidad, para lo cual debía confrontar si se reunían los presupuestos establecidos en el art. 491. En este caso, el implicado formuló una solicitud de pruebas que debía ser atendida en la forma prevista por la disposición que se cita, vale decir, que ameritaba pronunciamiento de fondo, sin que éste pudiera excusarse con el pretexto de que el peticionario es contumaz, porque en la legislación ordinaria no existen limitantes de ese orden. Por ello podría hacerse la afirmación de que prácticamente se cercenó el derecho a la defensa material porque el Tribunal profirió una decisión que aludía al pedimento de pruebas, pero en ningún momento realizó el estudio que la ley le imponía para concluir decretando o negando las pruebas solicitadas. Entonces, todo lo anterior conduce a afirmar que se violó el derecho a la defensa y por ende el debido proceso, irregularidad trascendente que debe provocar la declaratoria de nulidad de la actuación.

No obstante lo anterior, no sobra comentar que al aparecer el a quo olvidó que la etapa probatoria de la causa es la concreción de la garantía del ejercicio de la defensa, puesto que si el Estado ya recaudó todos los elementos de convicción para formular cargos, aquella es la oportunidad por excelencia, en la cual el implicado puede ejercer el derecho de contradicción, no solo con relación a las pruebas, sino también con respecto a todos los elementos que estructuran el delito atribuido; entonces, cómo negar tal derecho, cuando ha sido plasmado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Nacional, en cuanto confiere a la persona sindicada la atribución de "presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra?".

No son necesarias consideraciones de otro orden para concluir que el Delegado tiene sobrada razón al proponer que se decrete la nulidad de la causa y en tal sentido procederá la Sala invalidando la actuación, aclarando que la irregularidad afectó el debido proceso, para que se reponga a partir del auto de 30 de enero de 1992, inclusive.

Dada la anterior determinación resulta improcedente hacer cualquier pronunciamiento sobre las decisiones adoptadas en la sentencia impugnada y a las cuales

han hecho referencia tanto el Ministerio Público como el defensor, relativas a la condena de ejecución condicional y a la suspensión de la patria potestad.

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

RESUELVE

Declarar la nulidad de este proceso, a partir del auto de 30 de enero de 1992, inclusive, para que se reponga la actuación conforme quedó señalado en la motivación de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

COMPETENCIA \ JUECES REGIONALES

Los preceptos especiales dictados para regular los asuntos de conocimiento de los Jueces Regionales y Tribunal Nacional, mantienen su vigencia.

El artículo 100 del Decreto 2790 fue convertido en legislación permanente por el 3o. del Decreto 2271 de 1991, de manera que la aplicación de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal "así como la de normas" "que los adicionen o reformen" quedó restringida a "las materias no reguladas" por el Estatuto adoptado como legislación permanente, de donde resulta que si un determinado tema aparece regulado en la legislación especial convertida en permanente, es ésta y no otra la llamada a la aplicación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión competencias No. 7853

Acción: Alonso Rincón y otros

Delito: Extorsión

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 110

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dos de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se dirime la colisión negativa de competencia suscitada entre los Juzgados 56 Penal del Circuito y Regional, ambos de Santafé de Bogotá para conocer de este proceso, en que son acusados del delito de Extorsión Alonso Rincón, Raúl Sánchez, Arturo Rosas y Fernando Bustos.

ANTECEDENTES

El 13 de octubre de 1989 cuatro sujetos penetraron a la droguería de propiedad de Marco Aurelio Moreno situada en el barrio Carvajal de la capital de la República y tras llamarle la atención para que saliera del local, aduciendo pertenecer al grupo subversivo llamado F.A.R.C., le exigieron la entrega de veinte millones de pesos, que luego rebajaron a seis millones, para finalmente quedar en cinco millones de pesos, señalándole unos días de plazo para el efecto y amenazando de muerte para él o sus parientes en caso de incumplimiento.

Formulada la denuncia por la esposa del ofendido, la Policía Metropolitana por medio de su Unidad Antisecuestro y Extorsión organizó un operativo para el día en que debía efectuarse la entrega de dinero, y fue así como dio captura el 23 de octubre, en el momento que recibía el paquete que simulaba contener la cantidad acordada, al individuo que resultó identificado como Alonso Rincón y a sus compañeros de andanzas, Raúl Sánchez, Arturo Rosas y Fernando Bustos, quienes alertados al parecer por la presencia de la Policía habían emprendido la huída.

Las diligencias preliminares y la denuncia fueron repartidas el 19 y el 24 de octubre de 1989 a los Juzgados 5o. y 3o. Especializados de Bogotá y aunque éste inició la investigación, aquél -que había practicado diligencias preliminares- la avocó y la continuó por los trámites de la Ley 2a. de 1984 hasta la celebración de la audiencia pública con cuya citación había calificado el mérito sumarial para los cuatro implicados. (fls. 14, 84 cd. ppl.).

La diligencia se cumplió el 26 de noviembre de 1990, y el 15 de enero de 1991, con fundamento en el Decreto 2790 de este año, el Juzgado envió el proceso a la Dirección Seccional de Orden Público (fls. 216, 253-254 cd. ppl.2.) para reparto.

El Juzgado Regional al que le correspondió el asunto cuando ya había entrado a regir el C. de P.P. de 1991, basado en lo preceptuado en su artículo 71 se consideró carente de competencia porque la cuantía del ilícito "no es ni excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales" y además el comportamiento delictivo "del que se ocupa el proceso, no buscó facilitar actos terroristas", advirtiendo que si bien la exigencia extorsiva inicial de los delincuentes fue de veinte millones, en últimas el acuerdo a que llegaron con el ofendido fue de seis millones, y propuso colisión negativa de competencia al Juzgado Penal del Circuito, al que considera competente, en auto del 15 de julio próximo pasado (fls. 255-256 cd. ppl. 2).

Por su parte en auto de 3 de agosto corriente, el Juzgado 56 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, también declinó la competencia y trabó el conflicto del que se ocupa la Corte, basándose en el Decreto 2790 de 1990 en su artículo 9o.-2 les transfirió a los Juzgados de Orden Público la competencia para el conocimiento de los delitos de Extorsión que antes recaía en los Juzgados Especializados, ello en concordancia con el Decreto 474 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 2271 de 1991 sin sujeción a la cuantía, y que el Decreto 1676 de 1991 -modificatorio del artículo 9o. del Decreto 2790 en cuanto precisó la competencia para los Juzgados de Orden Público en cinco millones de pesos o más para la clase de delitos de que trata el proceso-, fue adoptado también como legislación permanente por el Decreto 2271 de 1991 en su artículo 6o.

Además de lo anterior añadió como razón para su declinatoria, "que a la entrada en vigencia del nuevo C. de P.P. la competencia no se alteró para los procesos en que se hubiera iniciado la audiencia pública conforme a su artículo 13, y como en este caso la audiencia había concluido, el cambio de competencia no representa favorabilidad para los acusados. que sería la única posibilidad de aplicación de la nueva normatividad procedimental"; y por otra parte, que ni aún aceptando "en gracia de discusión" la operancia del nuevo C. de P.P. en su artículo 71 para el caso concreto la competencia variaría porque esta disposición la fija para los Jueces Regionales en los delitos de que se habla en ciento cincuenta salarios mínimos legales o más, a la vez que el 73 id. establece que la competencia por razón del valor en estos delitos se deduce sobre el del salario mínimo legal mensual para el momento de la comisión del hecho, y en el presente proceso la suma definitivamente acordada entre los acusados y su víctima sobrepasó el límite mínimo aludido en la norma.

Consideraciones de la Corte

Asiste la razón al señor Juez 56 Penal del Circuito en proclamarse incompetente para conocer este proceso, y decidirá, como es obvio, declarando la competencia del señor Juez Regional de Santafé de Bogotá colisionante. En efecto:

Por virtud del artículo 8o. Transitorio de la actual Constitución Nacional, dentro del plazo de 90 días otorgado en esa disposición superior para la vigencia de los decretos que habían sido expedidos en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio de que hablaba la anterior Carta y para que operará la posibilidad de ser convertidos por el Gobierno Nacional en legislación permanente siempre y cuando no fueran improbados por la Comisión Especial, el Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991 convirtió en legislación permanente, pero conservando su naturaleza de normas especiales -que tal lo eran-, algunas de las contenidas en el Decreto legislativo 2790 de 1990, en el que se integró en una sola jurisdicción los Jueces de Orden Público y los Especializados y se adoptaron otras medidas.

Fue así como el Decreto 1676 de 1991 en su artículo 3o. que había modificado los numerales 2 y 13 y el parágrafo del artículo 9o. del Decreto 2790 de 1990 - a su vez modificado por el Decreto 99/91, se convirtió en legislación permanente y quedó atribuyendo a los Juzgados de Orden Público de entonces el conocimiento "de los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades" y de otros tipos delictivos, con la condición de que en tales casos "la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos o cuando cualquiera de las conductas anteriores busque facilitar actos terroristas sin importar su cuantía."

Pero además, también el artículo 100 del Decreto 2790 de 1990 fue convertido en legislación permanente por el 3o del Decreto 2271 de 1991, de manera que la aplicación de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal "así como la de normas" que los adicionen o reformen "quedó restringida" a "las materias no reguladas" por el estatuto adoptado como legislación permanente, de donde resulta que si un determinado tema aparece regulado en la legislación especial convertida en permanente, es ésta y no otra la llamada a la aplicación.

Así la situación, y de conformidad con el artículo 5o. transitorio del nuevo C. de P.P., deben los Juzgados Regionales, como hoy se conocen en la nomenclatura del nuevo C. de P.P. (Decreto 2700 de 1991) a los antes llamados Juzgados de Orden Público, mantener la competencia en los casos tratados en el Decreto 2790 de 1990 y su modificatorio el 1676 de 1991, convertidos, como se dijo, en legislación permanente en el 2271 de 1991. Así lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación al advertir luego de un sistemático estudio de la normatividad vigente al respecto, en providencia del 22 de julio último que "los procesos cuyo conocimiento está atribuído a los Jueces Regionales, deben regirse exclusivamente por los Decretos Especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente. Solamente podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas".

Conviene recordar como fundamento de esa aplicación prevalente, lo que esta Corte consideró en la mencionada decisión, con ponencia de quien aquí funge como tal en abundancia de razones:

"5.- Otro motivo más para afirmar la aplicación de las disposiciones especiales aparece en el artículo 2o. transitorio del Código de Procedimiento Penal cuando determina que "transcurridos 10 años a partir de la vigencia del presente Código, los jueces regionales y el tribunal nacional perderán la competencia para conocer de los procesos que este Código les hubiere adjudicado, y la misma será asignada a jueces del Circuito o a los que designe la ley". En otras palabras, los Jueces Regionales y el Tribunal Nacional, por ministerio de la ley, continuarán conociendo de los asuntos de su competencia precisados en disposiciones especiales, durante diez *años, a partir del 1o. de junio de 1992, con los procedimientos previstos igualmente en dichas normas especiales.*

"6.- La referencia que hace el Código de Procedimiento Penal vigente a los jueces regionales y tribunal nacional obedece a que la Comisión Especial (Congresito), debía expedir normas acordes con la disposición constitucional relativa a la incorporación de la jurisdicción especial de Orden Público a la Ordinaria. Pero, los preceptos especiales dictados para regular los asuntos del conocimiento de los jueces y tribunal mencionados, mantienen su vigencia en virtud de norma posterior como lo es el artículo 5o. transitorio del Decreto 2700 de 1991 contentivo del estatuto procedimental penal, según regla de hermenéutica conocida".

Visto el caso concreto, se tiene que los hechos delictivos acaecieron en 1989 y que la cuantía extorsiva se fijó entre los procesados y el ofendido en cinco millones de pesos de acuerdo a la declaración rendida por éste ante el Juzgado Investigador, esto es, que el hecho punible se ajustó a lo previsto en el artículo 3o. del Decreto 1676 de 1991, modificatorio de los numerales 2 y 13 y el parágrafo del artículo 9o. del Decreto 2790 de 1991, a la vez modificado por el Decreto legislativo 99 de 1991, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991, y por consiguiente, se hace imperativa la competencia en el Juzgado regional para continuar el proceso. La disposición se la atribuyó para los casos de extorsión "en todas sus modalidades" cuando la cuantía fuese o excediese de cinco millones de pesos; se trata de norma especial que contempla expresamente la cuestión, y está vigente por la permanencia que le otorgó su no improbación por la Comisión Especial legislativa.

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

RESUELVE

DECLARAR competente para conocer de este proceso al Juzgado Regional de Santafé de Bogotá trabado en la colisión negativa de que se ocupa esta providencia. Por consiguiente, remítase el expediente al Juzgado Regional por intermedio de la Secretaría de los Juzgados Regionales de Santafé de Bogotá, y con copia de la decisión infórmese al Juzgado 56 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Didimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

JUEZ \ INVESTIGACION

Los Jueces tienen la obligación de realizar una investigación integral, esto es, tanto sobre los aspectos que favorezcan como los que perjudiquen la situación de los procesados; lo que es lógico porque el objetivo del Estado es la realidad histórica de los hechos y en tales circunstancias no tiene particular interés ni de absolver, ni de condenar a nadie, simplemente descubrir la verdad y conforme a ella dictar sentencia.

Pero lo anterior no quiere decir que los jueces deban dejarse engañar o acceder a solicitudes cuando con ellas se pretenda desviar la investigación, so pretexto de exigir el cumplimiento del principio de la investigación integral.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6599

Procesado: Edgar Rubiano Pinzón

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobada acta No. 110

Santafé de Bogotá, D.C., dos de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Por sentencia del 4 de marzo de 1991 del Juzgado 22 Superior de Bogotá y del 21 de junio siguiente del Tribunal Superior de Bogotá, se condenó a Edgar Rubiano Pinzón como responsable del delito de homicidio en grado de tentativa.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por la Corporación. Presentada la demanda fue declarada ajustada a las exigencias de ley, por reunir los requisitos allí exigidos.

Se escuchó el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien solicitó no se casara el fallo impugnado.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

Los mismos tuvieron ocurrencia en las primeras horas de la noche del 26 de enero de 1989 cuando Luis Ernesto Bello Mogollón quien laboraba en una bomba de gasolina ubicada en la Avenida Boyacá No. 52-07, reclamó a los ocupantes de un vehículo Daihatsu porque al parecer se le había cancelado la gasolina con un billete falso, reconvención a consecuencia de la cual resultó lesionado con arma de fuego que disparó el procesado Rubiano Pinzón.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado 51 Penal Municipal de esta ciudad, por auto del 30 de enero de 1989, abrió el proceso penal y en la misma fecha indagó a Edgar Pinzón Rubiano.

El 24 de febrero del citado año, la titular del despacho decidió enviar las diligencias al reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal por considerar que se podía tratar de una tentativa de homicidio.

Por auto del 25 de abril de 1989, el Juzgado 73 de Instrucción Criminal, resolvió la situación jurídica de Rubiano Pinzón dictándole auto de detención y ordenando su captura; y el 20 de septiembre de 1990 profirió la resolución de acusación contra el citado procesado.

En la causa se practicaron en la etapa propicia para ello, algunas pruebas solicitadas; el 25 de febrero de 1991 se realizó la diligencia de audiencia pública, y las sentencias de primera y segunda instancia se profirieron el 4 de marzo y el 21 de junio de 1991, respectivamente.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera el impugnante presenta un único cargo de nulidad por considerar que el fallo se dictó en un juicio invalidado por fallas sustanciales que lo afectaban y, de manera concreta, por haberse violado el derecho de defensa, haciendo consistir el reproche en que no se hubieran adelantado las averiguaciones pertinentes para demostrar la existencia de Hernando Beltrán

Pinzón, tercera persona que viajaba en el vehículo, además del procesado y su padre, que habría sido el autor del disparo. Esa inobservancia del principio de la investigación integral, para el libelista significó, igualmente, la vulneración del derecho de defensa.

Así mismo el casacionista argumenta que el revólver decomisado fue uno de calibre 38 largo, en tanto que la herida se ocasionó con una pistola calibre 7,65 mm.; que la defensa reiteradamente solicitó se pidiera a la Registraduría información decadactilar de Hernando Beltrán Pinzón, pero siempre se pidió la correspondiente a Hernán Beltrán Pinzón; que se encuentra demostrada la existencia del primero puesto que se informó sobre el número de cédula y del pase de conducir. En consecuencia, prosigue, a partir de estas averiguaciones se hubiera podido establecer si se trataba de la misma persona, puesto que el Cabo de la Policía Oscar Fernando Velandia aportó una libreta militar que dijo haberla encontrado en el interior del vehículo poco después de ocurridos los hechos.

Finalmente, el actor solicita se anule el proceso a partir del auto de cierre de investigación, para que se practiquen las pruebas que se omitieron, según lo precisó.

Los argumentos del Procurador Delegado

Solicita no case el fallo impugnado fundamentado en las siguientes argumentaciones:

"A) Es verdad inconcusa, y así se deduce palmariamente del proceso, que Hermelindo Rubiano, secundado por el agente Oscar Fernando Velandia Otálora, maliciosamente pretendieron inducir en engaño a los juzgados de instancia, al plantear una coartada según la cual el día de los hechos no se movilizaban dos sino tres personas en el Daihatsu color verde, y entre ellas Hernando Beltrán Pinzón, a quien presentan como el verdadero autor del delito de Homicidio tentado. Así lo entendieron tanto el Juez de primer grado como el Tribunal, y en consecuencia no dieron crédito a la versión de Rubiano, compulsando copias para que se investigara la presunta ilicitud en la que pudo incurrir el agente Velandia Otálora por su mentirosa versión.

"B) Teniendo en cuenta que evidentemente la intención de estos declarantes era realizar un montaje escénico para inducir en error a la administración de justicia, y lograr de este modo una sentencia que favoreciera a Pinzón Rubiano, los jueces estaban en el deber de prevenir el agotamiento del fraude procesal (D.E. 2282/89 conc. art. 12 C. de P.P.), y por este motivo no consideraron procedente la práctica de una prueba cuyo único propósito era introducir al plenario un elemento de confusión y que no coadyuvaba al descubrimiento de la verdad real.

"C) La prueba existente en el proceso es tan contundente que elimina la posibilidad de darle crédito a la declaración de Hermelindo Rubiano, única

persona que se refirió a Hernando como responsable del delito. En consecuencia, los jueces solicitaron información a la Registraduría con base en la prueba documental que no se ha tildado de falsa y no con fundamento en una declaración que a todas luces resulta intencionalmente fraudulenta.

"D) Así las cosas, no es jurídicamente válido afirmar, como lo hace el censor, que con la omisión de esta prueba se haya violado el derecho a la defensa del sentenciado, ya que los jueces simplemente cumplieron con su deber de evitar el fraude procesal ideado por el padre del procesado, no accediendo a la práctica de pruebas surgidas de un testimonio cuya mendacidad salta a la vista.

"E) Pero ante todo, no sobra advertir que la prueba que se expone como omitida por la Sala no lograr quebrar el fallo, porque hay otra serie de elementos probatorios que fortalecen la imputación frente al procesado, y que la casacionista no atacó en el libelo. Los testimonios de Jesús David Alvarez, Edgar Orlando Castro Olarte y Edelmiro Salgado, quienes coinciden en afirmar que solo Hermelindo Rubiano y otro hombre joven se movilizaban en el automotor Daihatsu, siendo este último el que disparó, así como la propia indagatoria del imputado, en la que no hace referencia a Hernando Beltrán Pinzón, indican que la sentencia puede conservar su carácter y subsistir sin la prueba documental que se solicitaba y aún contra ella, porque así la Registraduría Nacional corroborare que Hernando Beltrán Pinzón existe, y aún aceptando que eventualmente sea el mismo Hernán Beltrán Pinzón, ello no incidiría en nada para efectos de admitir que es el autor del delito contra la vida, porque queda incólume la prueba testimonial según la cual, reiteramos, sólo 2 personas ocupaban el campero, y el más joven disparó contra Bello Mogollón.

"Es por ello que aún habiéndose practicado esta prueba ello no conduciría de manera seria y razonable a la absolución de Rubiano Pinzón, ya que el contenido que de ella podría desprenderse no tendría la fuerza necesaria para modificar favorablemente la situación judicial del inculpado.

"F) En síntesis, al no comportar la prueba ausente la virtualidad de modificar frontal y sustancialmente el fallo, y al ser la petición de esa prueba, no una manera de ejercitar el derecho a la defensa, respetando el principio de la lealtad procesal, sino un medio tendiente a inducir en error al funcionario, para esta Delegada no es jurídicamente factible decretar la nulidad que se solicita, y por ende, resulta imperativo predicar la legalidad del proceso.

"Adicionalmente es necesario señalar que el comportamiento de Hermelindo Rubiano no es penalmente irrelevante, pues evidentemente pudo originar un perjuicio a la administración de justicia; porque si bien es cierto que de acuerdo a las normas constitucionales y legales el padre del procesado no está obligado a declarar, cuando decide hacerlo debe ajustar su versión a lo que realmente conoce sobre el caso, so pena de incurrir en el delito de falso testimonio, o eventualmente

de fraude procesal. No es posible desconocer que en el plenario existen indicios que señalan a Hermelindo Rubiano como presunto responsable de alguno de estos delitos, motivo por el cual se torna imprescindible, en criterio de esta Delegada, compulsar copias ante los jueces de Instrucción Criminal para que se investigue la posible ilicitud en que pudo incurrir".

Consideraciones de la Sala

Comparte la Sala las apreciaciones del Agente del Ministerio Público cuando solicita no se case la sentencia, porque es evidente que en este caso no se ha presentado ninguna vulneración al derecho de defensa, por no haberse practicado determinadas pruebas, sino que por el contrario los juzgadores, con muy buen criterio, rechazaron el montaje que se hizo, para llevarlos al engaño y evitaron que el fraude procesal fraguado hubiera producido nefastas consecuencias para la justicia.

Es claro que el día de los hechos solo dos personas, el procesado y su padre, viajaban en el vehículo Daihatsu; ello surge con nitidez del testimonio del propio procesado, quien en el momento de la indagatoria solo menciona como único acompañante a su padre (fl. 9); versión perfectamente corroborada con el testimonio del ofendido quien claramente particulariza a los dos protagonistas de los hechos, debiendo aclarársele a la censora que si bien inicialmente habla de la presencia de dos personas jóvenes, más adelante dentro de la misma deposición, al ser preguntado por el instructor, alude a que una de las personas tenía una edad de más o menos 55 años.

De la existencia de solo dos ocupantes del vehículo también hablan los compañeros del ofendido, Jesús A. Alvarez (Fl. 22), Edelmiro Salgado (F. 24) y Edgar O. Castro (Fl. 146).

Es importante destacar cómo el testigo Alvarez refiere la presencia de una persona joven y otra de edad, agregando que quien disparó lo hizo con una pistola negra; circunstancia que pudo advertir por el conocimiento que dijo tener sobre armas. En este punto es preciso reconocer que si bien es cierto que la vainilla encontrada cerca del sitio de los acontecimientos es de pistola 7,65 y que el arma decomisada es un revólver, la confusión obedece también al interés de los implicados en engañar a la Justicia, ya que conforme al testimonio anterior el arma disparada fue una pistola.

No puede restarse importancia al hecho de que solo cuando va muy adelante la investigación, aparece el Cabo de la Policía Velandia Otálora para decir que en la requisa efectuada después de los hechos encontraron una tarjeta militar a nombre de Hernán Beltrán Pinzón y se comienza así a gestar la existencia de un tercer ocupante al que se va a imputar la autoría del delito investigado.

Con muy buen criterio los juzgadores rechazaron esta versión, negándole cualquier grado de credibilidad; y, por el contrario, convencidos de que se intentaba defraudar a la justicia, se ordenó la compulsación de copias para que dicho deponente fuera investigado.

También es importante destacar la especial "diligencia" del suboficial de la policía que luego de haber encontrado dicho documento lo entregó para que fuera guardado con los documentos perdidos, pero que al ser trasladado para hacer curso de suboficial se lo llevó porque estaba esperando ser citado a rendir esa declaración. Comportamiento excepcional que permite el surgimiento de dudas sobre su credibilidad; porque es claro que este tipo de documentos u objetos decomisados o encontrados no siguen a la persona del empleado oficial que los encontró o decomisó, sino que permanecen en la oficina en la que estaba destacado el funcionario y si éste es trasladado es obvio que no puede disponer de tales elementos y llevárselos consigo.

Después de esta providencial intervención del suboficial de la policía, el padre del procesado por primera vez se presenta a declarar para referirse a un tercer ocupante quien resulta ser el autor del hecho investigado; pero con toda razón el investigador le pregunta cuál el motivo para que inicialmente no hubiera querido declarar y en ese momento sí hubiera solicitado la recepción de su testimonio; a ese respecto el interrogado da una explicación poco creíble, en el sentido de que por ser el autor de los hechos un sobrino de su esposa no había querido hablar y de ésta manera evitar problemas. Pero se pregunta la Sala desde cuándo un padre de familia prefiere ver procesado penalmente a su hijo por un delito de homicidio tentado, para proteger al verdadero autor; simplemente por tratarse de un sobrino de su esposa?

Es claro que se trata de una versión absolutamente mendaz, que con acierto fue rechazada por las instancias.

Por otra parte, como lo sostiene la censora, es verdad que los jueces tienen la obligación de realizar una investigación integral, esto es, tanto sobre los aspectos que favorezcan como los que perjudiquen la situación de los procesados; lo que es lógico porque el objetivo del Estado es la realidad histórica de los hechos y en tales circunstancias no tiene particular interés ni de absolver, ni de condenar a nadie, simplemente descubrir la verdad y conforme a ella dictar sentencia.

Pero lo anterior no quiere decir que los Jueces deban dejarse engañar o acceder a solicitudes cuando con ellas se pretenda desviar la investigación, so pretexto de exigir el cumplimiento del principio de la investigación integral. Es bien sabido que éste debe concordarse con los principios que rigen la actividad probatoria en el proceso penal, esto es, los de legalidad y conducencia de la prueba, que conjuntamente aplicados con el ahora alegado por la censora, razonablemente deben llevar al Juez a negar tales pruebas y actuar como se hizo

en este caso, pues al parecer, se ha incurrido en una actividad ilícita, que hizo imperativa la orden de compulsar copias, para que quienes pretendieron engañar a la justicia sean debidamente investigados.

No se ha presentado entonces la nulidad alegada, por lo que en un todo de acuerdo con el Procurador Delegado se desechara el cargo propuesto.

Por lo demás, la Sala considera que le asiste razón al Procurador al solicitar se compulsen copias para que se investigue penalmente la conducta del padre del procesado, porque conforme al principio constitucional nadie está obligado a denunciar, ni a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad, ni segundo de afinidad, pero desde el mismo momento en que acepta declarar, está obligado como cualquier testigo, a decir la verdad, y en caso de que su versión riña con la realidad o de cualquier manera pretenda engañar a la justicia a través de afirmaciones, negaciones o silencios, que no correspondan a la objetividad histórica, resulta forzoso investigar la pertinente responsabilidad penal. Por las razones anteriores se compulsarán copias para que si es del caso se investigue la conducta del padre del procesado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que de acuerdo con el Procurador Delegado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

NO CASAR la sentencia recurrida.

COMPULSAR las copias a que alude la parte motiva para que, si es del caso, se investigue la conducta del señor Hermelindo Rubiano.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge E. Valencia Martínez*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

DEMANDA DE CASACION \ PRESCRIPCION
\ AUTO DE PROCEDER
\ RESOLUCION DE ACUSACION
\ CONCENTRACION INDEBIDA DE CREDITOS
\ DEBIDO PROCESO \ CASACION OFICIOSA
\ COMPLICIDAD \ TENTATIVA \ PENA
\ CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

El nuevo Código de Procedimiento Penal admite la formulación de cargos excluyentes dentro del texto de la demanda de casación, siempre y cuando el demandante los plantee separadamente y de manera subsidiaria.

Según los claros términos del artículo 84 del Código Penal, el único acto procesal capaz de interrumpir la prescripción de la acción penal es el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado y como quiera que en el anterior como en el nuevo procedimiento penal, la resolución de acusación es la única que por su forma y contenido se equipara al auto enjuiciatorio.

El delito conocido como "concentración indebida de créditos" prohíbe a los directores, administradores, representantes y funcionarios de instituciones financieras otorgar créditos o efectuar descuentos de manera directa o indirecta a los accionistas de la propia entidad, superando las autorizaciones legales que le señalan un límite o cupo de endeudamiento; es decir concentrar o reunir en un solo accionista (persona

natural o jurídica) préstamos o hacer descuentos por encima del tope legal. El delito de concentración indebida de créditos se configura en el momento en que el crédito o los créditos otorgados por la entidad prestamista a un accionista suya, sobrepasan los límites de endeudamiento.

El debido proceso es la máxima garantía procesal en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, su desconocimiento o afectación autoriza a la Corte en sede de Casación para quebrar en forma eficaz la sentencia cuando esta atenta en forma ostensible contra cualquiera de las garantías fundamentales de arraigo constitucional.

El máximo de pena a que alude el artículo 80, es el señalado para el respectivo delito "mas las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello el máximo posible de incremento en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución si se trata de atenuantes, "sin que pueda exceder de veinte años ni ser inferior a cinco años".

Como la complicidad y la tentativa son dispositivos amplificadores del tipo que inciden en la punibilidad del hecho aminorando o disminuyendo la intensidad de la pena, forzoso es considerarlos como "modalidades específicas" o circunstancias atenuantes de ella, para efectos de contabilizar el máximo de pena imponible pues no resulta lógico ni equitativo sancionar con la misma pena el comportamiento del cómplice que apenas contribuye a la realización del hecho o del que dio comienzo a su ejecución, con la correspondiente al autor o ejecutor de la conducta típica.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6114

Contra: Jaime Michelsen Uribe y otros

Delito: Concentración indebida de créditos

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 110 (sep. 2/92)

Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados Jaime Michelsen Uribe, Alcides Caicedo Roa y Armando Carbonell Ospino, contra la sentencia de 28 de enero de 1991 mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, los condenó, en procesos acumulados y en su orden, a las penas principales de 59, 44 y 30 meses de prisión así: el primero como autor de los delitos de abuso de confianza y concentración indebida de créditos de que tratan los artículos 358 del Código Penal y 19 del Decreto 2920 de 1982 y el segundo y tercero como autor y cómplice respectivamente, de esta última infracción.

Surtiéndose el trámite del recurso, la Sala por auto de cuatro de septiembre postrero declaró prescrita la acción penal adelantada contra Jaime Michelsen Uribe, Fernando Senior Calle, Manuel José Arrázola Escobar y Jaime Benito Zuleta Jaramillo por el delito de abuso de confianza, ordenó cesar procedimiento en su contra y dispuso continuar la tramitación del recurso extraordinario únicamente respecto de los sentenciados por infracción del Decreto 2920, que hubieren recurrido.

HECHOS

Los que originaron la formación del proceso por concentración indebida de créditos y a los cuales se contrae el recurso interpuesto pueden sintetizarse de la siguiente manera:

La sociedad "Grupo Grancolombiano S.A." fundada el 30 de junio de 1987, accionista del Banco de Colombia en la proporción de que dan cuenta los autos,

cambió de nombre a raíz de la crisis financiera de 1980 por el de "Inversiones y Valores S.A." y en dicho carácter recibió del mencionado banco, cuyo presidente era el señor Jaime Michelsen Uribe, un préstamo directo de quinientos doce millones de pesos el 23 de diciembre de 1982 el cual incrementó el 16 de febrero de 1983 en trescientos millones de pesos.

Como quiera que los dos créditos directos otorgados por el Banco de Colombia a su accionista, la sociedad "Inversiones y Valores S.A." rebasaban en mucho la capacidad de endeudamiento permitida por el Decreto 2920 de 1982 y disposiciones legales que lo complementan y desarrollan tornando ilícita cualquier operación posterior, se optó entonces por utilizar con dicho fin a empresas o compañías que conformaban el "Grupo Grancolombiano S.A.", tales como "Ulises Ltda.", "Urano Ltda.", "Elide Ltda.", "Mileto Ltda.", "Paris Ltda.", y otras más, a través de las cuales y en forma indirecta se otorgaron trece créditos a "Inversiones y Valores S.A.", cada uno por valor inferior a cincuenta millones de pesos eludiendo así el control o vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria.

Los préstamos recibidos del Banco de Colombia por las empresas intermediarias eran transferidos casi de inmediato a la real beneficiaria, esto es, a "Inversiones y Valores S.A.".

Esta sociedad en su condición de accionista del banco recibió de éste por concepto de créditos directos o indirectos suma superior a los mil cuatrocientos millones de pesos en el lapso comprendido del 23 de diciembre de 1982 al 12 de agosto de 1983; fecha ésta última en la que le fueron otorgados tres créditos por $ 49.990.117.00, $ 48.000.000.00 y $ 49.990.117.00 respectivamente.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por los anteriores hechos adelantó investigación penal el Juzgado 16 de Instrucción Criminal de Bogotá correspondiéndole calificar el mérito del sumario con resolución acusatoria contra Jaime Michelsen Uribe, Alcides Caicedo Roa, Armando Carbonell Ospino, Roberto Ordóñez Ibáñez, Fernando Senior Calle, Jaime Benito Zuleta Jaramillo y Rafael Padilla Andrade por infracción al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982; pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior mediante el suyo del *11 de agosto de 1989*.

Devuelto el expediente al Juzgado del conocimiento, esto es, al Tercero Penal del Circuito de Bogotá, profirió auto de control de legalidad el 22 de agosto del mismo año, medida que posteriormente revocó por haber sido dictada en vigencia del Decreto 1861 de 18 de agosto de 1989 que en su artículo 37 derogó expresamente la norma que consagraba dicha ritualidad procedimental.

El 30 de agosto del citado año el Juzgado 18 Penal del Circuito de Bogotá decretó la acumulación del anterior proceso al que ese despacho adelantaba contra

Jaime Michelsen Uribe, Manuel José Arrázola Escobar, Fernando Senior Calle y Jaime Benito Zuleta Jaramillo por el delito de abuso de confianza.

El 26 de septiembre de 1990 el Juzgado 18 Penal del Circuito puso término a la instancia con sentencia condenatoria para los enjuiciados, con excepción de Roberto Ordóñez Ibáñez a quien absolvió y de Armando Carbonell Ospino, Fernando Senior Calle, Jaime Benito Zuleta Jaramillo y Rafael Padilla Andrade a favor de quienes ordenó cesar procedimiento por prescripción de la acción penal originada en el delito descrito en el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982.

Apelado dicho fallo por los defensores de los sentenciados, el Tribunal Superior lo confirmó mediante el que es objeto del recurso de casación con las siguientes modificaciones en cuanto tienen que ver con los recurrentes: aumentó a 59 y 44 meses de prisión la pena impuesta a los procesados Jaime Michelsen Uribe y Alcides Caicedo Roa; aquél por el concurso de abuso de confianza e infracción al artículo 19 del Decreto 2920 y éste, como autor del último delito; revocó la cesación de procedimiento decretada en favor de Armando Carbonell Ospino y en su lugar lo condenó a 30 meses de prisión como cómplice del delito de concentración ilegal de créditos; declaró que ninguno de los sentenciados se hacía acreedor al subrogado de la condena condicional y ordenó su captura para hacer efectiva la condena.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Superior abundando en consideraciones de todo orden desestimó las pretensiones de la defensa que propugnaban a todo trance por la declaratoria de prescripción de la acción penal derivada del delito de concentración ilegal de créditos y, de manera especial por la atipicidad de dicho comportamiento.

Aludiendo a este último aspecto expresó:

"Ahora bien, el proceso arroja la información clara de que hasta el 23 de diciembre de 1982 las relaciones entre el Banco de Colombia y la sociedad "Inversiones y Valores S.A." se mantuvieron dentro de unos linderos lícitos, pero a partir de los créditos concedidos por la entidad financiera a su socia, en esa fecha, se infringió el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982, por cuanto la suma total era superior a los límites legales previstos por el Decreto 3663 de 1982, entonces vigente. Esta situación de exceso en el crédito otorgado por la institución bancaria a la sociedad del grupo gran colombiano, no solo se mantuvo desde entonces, sino que se acrecentó con nuevos préstamos, directos e indirectos, hasta el 12 de agosto del año 83 que se otorgaron los tres últimos por suma cercana a los cincuenta millones cada uno y utilizando como testaferros a las sociedades "Mifeto Ltda.", "Faris Ltda." y "Elide Ltda.", que habían sido constituídas previamente para esos efectos."

Y en lo que se ha criticado como incorrecto cambio de criterio sobre la naturaleza de la infracción imputada, dijo:

"El Tribunal cuando confirmó la resolución de acusación proferida por el juzgado 16 de instrucción criminal, consideró que todos los créditos concedidos a partir del 23 de diciembre de 1982 hasta agosto 12 de 1983 constituían un sólo hecho punible y con base en doctrina que corresponde a una concepción finalística de la acción penal aseveró que las diversas conductas correspondían a un mismo objetivo y con esta argumentación sostuvo la unidad delictiva para concluir que ninguna de las conductas había sido afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, que interesaba entonces a los procesados y para lo cual se observaron conductas que afortunadamente no lograron su cometido.

"A pesar de la claridad teórica del planteamiento hecho por el Tribunal en la resolución de acusación, la Sala debe volver sobre el problema jurídico planteado en razón de las múltiples alegaciones de las partes y de la decisión del señor Juez de primera instancia que declaró la prescripción de todos los créditos otorgados con anterioridad al 12 de agosto de 1983, pues el auto de segunda instancia interruptor de la causal de extinción de la acción penal se profirió y quedó ejecutoriado el 11 de agosto de 1989...Una vez que se establezca que no puede otorgarse lícitamente un nuevo crédito, por cuanto los ya existentes llenan el cupo legal de endeudamiento, de ahí en adelante cada vez que se conceda uno, cualquiera que sea el monto, por la entidad financiera se está perpetrando un hecho punible autónomo y responderán de él las personas que en una u otra forma hayan intervenido en su concesión o aprovechamiento.

"Bajo esta óptica se tiene que los créditos otorgados el 21 de diciembre de 1982 constituyen un delito y de él deben responder quienes intervinieron por el Banco de Colombia, por "Inversiones y Valores" y por las sociedades que hicieron el papel de intermediarias en los créditos indirectos; un hecho separado y ontológicamente autónomo lo constituyen los créditos otorgados el 16 de febrero de 1983 y de éllos deben responder quienes de alguna manera intervinieron en su concesión y tramitación; igual situación debe predicarse de las operaciones crediticias cumplidas en junio de 1983 y por último, las tres operaciones de crédito realizadas el 12 de agosto de 1983 constituyen hechos autónomos, delitos con todos los elementos necesarios para su estructuración y por sí solos juzgables por cuanto no dependen de los anteriores ni necesariamente intervinieron las mismas personas que en el proceso de ejecución de los diversos créditos que fueron otorgados por el Banco de Colombia a su socio "Inversiones y Valores S.A.".

Volviendo sobre el tema de la tipicidad de la conducta argumentó:

"Como conclusión de ésta primera parte, se tiene que el proceso da cuenta de una pluralidad de hechos punibles que constituyen un concurso real homogéneo, en cuanto cada uno de los créditos otorgados cuando ya se había copado la

capacidad lícita de endeudamiento, *constituye un delito*, sin que ésto implique compromiso de la validez de la resolución acusatoria, pues allí claramente se determinaron las distintas circunstancias fácticas y el reproche jurídico de las múltiples conductas cuyo juzgamiento se cumple y aún desde el comienzo de éste proceso, de tal manera que si no se hizo expresa referencia al concurso material con la fórmula sacramental y normalmente utilizada, no queda duda alguna que el cargo se formuló por todos los créditos otorgados por el Banco a "Inversiones y Valores" a partir del 23 de diciembre de 1982 con análisis de las personas que intervinieron en cada uno de ellos.

"Ahora bien, si el problema jurídico debe tener las soluciones planteadas que en criterio de la Sala corresponde a un adecuado tratamiento legal, las consecuencias son las esbozadas y aplicadas por el señor juez de primera instancia, vale decir, que los créditos que se otorgaron y perfeccionaron antes del 11 de agosto de 1983, *prescribieron* por cuanto la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 11 de agosto de 1989, siendo únicamente juzgables los otorgados el doce de agosto y que posteriormente se perfeccionaron.

"La conclusión corresponde a la presencia del concurso monotípico sucesivo y a la aplicación de lo previsto en el artículo 85 del C.P. que dispone que "Cuando fueren varios los hechos punibles juzgados en un mismo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada uno de ellos", de tal manera, que los créditos otorgados por el Banco de Colombia el 23 de diciembre de 1982, en febrero y julio de 1983, son delitos sobre los cuales operó el fenómeno prescriptivo antes de que quedara en firme la resolución acusatoria y bien hizo el juez de primera instancia en declararla en el fallo que es objeto de revisión toda vez que la providencia del Tribunal no tenía virtualidad interruptora frente a un fenómeno jurídico que se había operado y que sólo faltaba declararlo.

"Las operaciones que no fueron afectadas por el fenómeno prescriptivo son las distinguidas con los números 15707218-6, 15707219-8 y 15707220-4, mediante las cuales el Banco de Colombia otorgó créditos indirectos a la sociedad "Inversiones y Valores" por sumas de $ 49.990.117.00, $ 48.000.000.00 y $ 49.990.117.00, respectivamente, utilizando como sociedades intermediarias a "Miléto Ltda.", "Elide Ltda" y "Faride Ltda", recientemente constituídas y que aparecen como testaferro en otros créditos que lastimosamente fueron afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción. La Sala entonces, concentrará la atención en el estudio de éstos tres créditos indirectos."

Demandas de casación

Demanda a nombre del procesado Jaime Michelsen Uribe.

El demandante, luego de reseñar los hechos debatidos y transcribir apartes de la sentencia impugnada se apoya en la causal 3a. de casación del artículo 226 del

anterior C. de P.P. (hoy 220 del Código vigente) formulando como cargo contra ella el de haber sido dictada en juicio viciado de nulidad.

En desarrollo del mismo transcribe, in extenso, apartes del alegato presentado durante la audiencia pública celebrada por el Juzgado 18 Penal del Circuito destacando las argumentaciones relativas a la atipicidad de la conducta y la nulidad de la actuación lamentándose que no hubieran sido acogidos por los Juzgadores de instancia.

Respecto al cargo de nulidad expresa que de aceptarse, como lo hizo el Tribunal Superior en la sentencia acusada, que todas las operaciones crediticias anteriores al 11 de agosto de 1983 se encontraban prescritas "ninguno de sus elementos compositivos era pasible de comprobación ni podía servir de presupuesto o componente integrador de otros delitos cualesquiera, de su propia o distinta naturaleza, por sustracción de materia. La prescripción tiene efectos absolutos. No es posible así cuantificar ni cualificar un crédito prescrito, un hurto, un peculado, o lo que fuere....Tampoco se puede sumar lo heterogéneo. Ni agregar lo prescrito a lo no prescrito. Ni con estos factores integrar una acción delictiva única. Ni con ellos un concurso material homogéneo y sucesivo. Ni fundar en el cuantum de los créditos prescritos el límite de endeudamiento legalmente permitido, como lo afirma, sin acierto, el Tribunal sentenciador. Lo prescrito es jurídicamente irrelevante y carece, por tanto, de aptitud imputadora. El juzgador debe "inexcusablemente" individualizar con meridiana claridad la modalidad delictual imputada al sindicado, si no quiere incurrir en irregularidad sustancial en la resolución de acusación, con la consiguiente nulidad por violación a las formas propias del juicio. (Art. 305-2 del C.P.P.). Qué se violó directamente, por falta de aplicación".

Agrega que la revocatoria del auto de control de legalidad por parte del Juzgado 3o. Penal del Circuito afectó el derecho a la defensa del procesado puesto que los recursos procedentes contra dicho pronunciamiento (reposición y apelación) fueron cercenados impidiéndose de tal modo la anulación de la resolución de acusación y de paso, la prescripción de las operaciones crediticias ejecutadas con antelación al 11 de agosto de 1983 como los créditos otorgados el 12 de agosto del mismo año, que no rebasaban los límites de endeudamiento y cuya "atipicidad" impedía su persecución como delitos.

Critica luego el equivocado tratamiento jurídico dispensado por el Tribunal Superior a los hechos investigados apreciando los primeros (confirmación de la resolución acusatoria) como configuración de un delito "único de ejecución permanente" para clasificarlos en la sentencia definitiva como un "concurso material, homogéneo y sucesivo" de delitos; criterios contradictorios e inconciliables esbozados, según el actor, con la única finalidad de impedir a toda costa la prescripción de la acción penal, pese a haber sido reconocida para algunos delitos cuando ha debido serlo para todos, reiterando que las tres operaciones crediticias

realizadas el 12 de agosto de 1983 son manifiestamente "atípicas" pues considerándolas individualmente o aún sumándolas, no desbordan el límite legal de endeudamiento.

En el acápite denominado "Dificultades de la defensa" destaca aún más las contradicciones en que incurrieron los juzgadores de instancia respecto a la correcta adecuación de la modalidad delictuosa del hecho punible objeto de investigación, impidiendo que la acusación se formulara con claridad y precisión, lo que dificultó a la defensa conocer con exactitud sobre cuál de las variadas hipótesis debía enderezar el ataque.

Volviendo sobre el auto de control de legalidad, cuya revocación considera injusta, arguye que la tramitación de dicha formalidad procedimental debió cumplirse en su totalidad pues no obstante que el Decreto 1861 de 1989 derogó expresamente la norma que consagraba el control de legalidad del proceso la providencia ya había sido emitida y los términos habían iniciado su curso, por lo que, interrumpida bruscamente la actuación se desconoció el principio de favorabilidad de la ley "la diligencia iniciada, había recibido el impulso procesal pertinente que le venía imperativo de la resolución de acusación declarada en firme, y debía continuar su trámite por la ley vigente al tiempo de su iniciación (art. 40 de la ley 153 de 1887)".

Enfatiza una vez más, que la etapa del juicio en la anterior legislación procedimental penal "no comenzaba sino *con la ejecutoria material del auto de control de legalidad*. Vale decir, cuando ya no era pasible de ningún recurso. Por ello he afirmado en otros escritos que la *resolución de acusación y el auto de control de legalidad configuraban una actuación compleja en los procedimientos "mixtos" de conocimiento de los jueces superiores y penales del circuito"*. (Subrayas del texto).

Y retomando el tema de la atipicidad de la conducta endilgada dice sobre el particular:

"Reconocida por el Honorable Tribunal, en sentencia, la prescripción de la acción penal con respecto a todas las operaciones crediticias acaecidas con antelación al 11 de agosto de 1983 (véase la página 93), y créditos otorgados el 12 de agosto del mismo año, es argumentable que éstos, separadamente ni en su conjunto, una vez desligados completamente de los anteriores (y tal desligamiento bien puede reputarse como algo natural e incontrastable a la declaratoria de prescripción), entrañan desbordamiento de la capacidad lícita de endeudamiento del Banco de Colombia, y que, por tal motivo, no se está en presencia de créditos otorgados *"por encima de las autorizaciones legales"* condición ésta que dada su calidad de *elemento normativo del tipo*, desvertebra con su ausencia la tipicidad misma. Con fundamento en la argumentación precedente, se abre paso, entonces, la formulación de un segundo cargo contra la sentencia, consistente en haber *violado directamente*, por *falta de aplicación*, los artículos 2o. y 3o. del Código

Penal, en cuanto consagratorio de la tipicidad como elemento estructural del hecho punible, lo cual condujo también al sentenciador a la *violación directa*, esta vez por indebida aplicación de los artículos 19 del Decreto 2920 de 1982 y 1o. del Decreto 3663 de 1982. Este cargo lo formulo al amparo de la causal 1a. cuerpo 1o. del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989".

Para abundar en sus argumentaciones formula un "tercer cargo" a la sentencia por error de derecho en la apreciación de las pruebas que llevó al sentenciador a violar de modo indirecto los artículos 19 del Decreto 2920 de 1982 y 1o. del Decreto 3663 del mismo año, por aplicación indebida.

Consiste el error en haber apreciado como pruebas los documentos acompañados "por el Banco de Colombia a su denuncia, a título de *anexos*", pese a no haber sido legalizadas mediante auto en el que se indicara su conducencia, como lo ordenaba el artículo 252 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Aludiendo al alcance de la impugnación solicita casar la sentencia recurrida y en su lugar absolver a su representado "y a todos los que con él se encuentran en similares condiciones".

DEMANDA A NOMBRE DEL PROCESADO ALCIDES CAICEDO ROA

Presentada por el mismo profesional del derecho que defiende al procesado Jaime Michelsen Uribe, contiene varios cargos contra la sentencia acusada así:

Primero: Nulidad del proceso a partir inclusive, de la resolución acusatoria dictada por infracción al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, reparo que el demandante fundamenta en los siguientes razonamientos:

"Según hubo de admitirlo expresamente el propio Tribunal en la sentencia impugnada (véase las páginas 92 y 93), para el momento en que acometió la tarea de calificar el mérito del sumario, ya había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal con respecto a la mayoría de las operaciones crediticias objeto de la investigación, circunstancia esta que hacía jurídicamente inadmisible cualquier pronunciamiento judicial distinto a la declaratoria de la consolidación del fenómeno prescriptivo en cuestión. No obstante lo anterior, y acudiendo a una argumentación insostenible (la del delito continuado) que hubo luego de ser recogida por el Tribunal sentenciador, los calificadores optaron por dictar resolución de acusación, indiscriminadamente, por todos los créditos, a pesar de que en estricto derecho, se reitera, la mayoría de ellos ya no era susceptible de persecución penal. Y como es obvio que no puede válidamente formularse acusación por hechos punibles cuya posibilidad de averiguación se encuentra fenecida merced al factor enervante (sic)

de la prescripción, resulta imperativo admitir que la resolución de acusación dictada en este caso, es nula, al tenor del ordinal segundo del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, que se violó directamente, por falta de aplicación, pues la pretensión de perseguir y juzgar lo imperseguible y no juzgable comporta inequívocamente *"irregularidad substancial"* (sic) desquiciadora del *"debido proceso"*. Naturalmente, habiéndose generado y consolidado el prealudido vicio anulatorio en momento anterior a la vigencia del Decreto 1861 de 1989, que abrió, en su artículo quinto, la posibilidad de decretar nulidades parciales, y romper, por esa vía, la unidad del proceso, inexorablemente ha de concluírse que la resolución de acusación dictada en este caso se encuentra afectada de nulidad, en su totalidad, es decir, lo mismo en lo que respecta a los hechos punibles prescritos, como en lo que atañe a los no prescritos. Y así la nulidad cuya declaración demando aparece inobjetable. Como su natural consecuencia, el Tribunal sentenciador violó, igualmente en forma directa y por aplicación indebida el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982".

Segundo. Violación directa de la ley por falta de aplicación de los artículos 2o. y 3o. del Código Penal consagratorios de la tipicidad como elemento estructural del hecho punible y consiguiente aplicación indebida del artículo 19 del Decreto 2920 de 1982; reproche sustentado en los mismos razonamientos del cargo de "atipicidad" contenidos en la demanda anterior.

Tercero. Violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de los documentos acompañados por el Banco de Colombia a su denuncia, la que se plantea y fundamenta con idénticos argumentos a los esbozados en la primera demanda.

Cuarto. Inaplicabilidad de normas sustanciales atinentes a la punibilidad del hecho; cargo que el censor enfoca por diferentes aspectos al amparo de la causal 1a. de casación, así: a) No haberse hecho efectiva en la parte resolutiva de la sentencia la rebaja de la sexta parte de la pena conforme a la Ley 48 de 1987 (Ley Papal) pese a que en la parte considerativa se le reconoció al procesado ese derecho; b) Haberse tenido en cuenta como circunstancias genéricas de agravación punitiva las contempladas en los ordinales 3o. y 4o. del artículo 66 del Código Penal, no obstante que ninguna era aplicable al caso juzgado pues la tercera (ejecución del delito dificultando los controles oportunos del Estado) "se halla completamente fuera de lugar cuando se trata de hechos punibles que afectan el orden económico y social" y la cuarta (preparación ponderada del delito) comporta abierto desacato a la prohibición del "nom bis in idem" pues ya había sido tenido en cuenta para agravarle la pena al procesado con atención al grado de culpabilidad; reparos que comportan interpretación errónea de la causal tercera y aplicación indebida de la causal cuarta de agravación punitiva y, c) violación indirecta, por falta de aplicación de las circunstancias genéricas de atenuación punitiva previstas en los ordinales 1o., 6o. y 7o. del artículo 64 ibídem porque no fueron apreciadas para dosificar la pena, a pesar de encontrarse demostradas.

DEMANDA A NOMBRE DEL PROCESADO ARMANDO CARBONELL OSPINO

El defensor de este procesado acogiéndose a las causales tercera y primera de casación formula sendos cargos a la sentencia recurrida, a saber:

Primero. Nulidad del juicio por quebranto del principio de la doble instancia puesto que habiendo sido favorecido el procesado Carbonell Ospino con cesación de procedimiento por haberse operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal con anterioridad a la resolución acusatoria, no podía el Tribunal Superior como juez de segunda instancia revocar esa decisión para condenarlo como cómplice del delito de concentración indebida de créditos, sino infirmarla si consideraba que no había prescrito la acción penal instaurada, absteniéndose de proferir sentencia porque tal pronunciamiento correspondía hacerlo al juez de primera instancia; pero como quiera que lo condenó "salta a la vista que se pretermitió la primera instancia, con quebranto de su derecho de defensa plena y de los principios constitucionales y legales que consagran esos derechos".

Segundo. Violación directa por interpretación errónea de los artículos 24, 25, 80 y 83 del C.P. en concordancia con el 19 del Decreto 2920 de 1982 que llevó al Tribunal Superior a desconocer que el término de prescripción de la acción penal para el cómplice de un delito es en todo caso inferior al señalado por la ley para su autor.

Siendo incuestionable que la calidad de cómplice y no de autor pregonada de Armando Carbonell Ospino, lo hacía acreedor a una pena máxima que no podía exceder de cinco años, según los claros términos del artículo 24 del Código Sustantivo, lapso que ya había discurrido cuando se profirió el auto calificatorio, sin embargo el Tribunal negó la consumación del fenómeno prescriptivo "por considerar que la acción penal es indivisible; que la investigación es del hecho y no de la conducta de cada posible copartícipe en él; que para los efectos de establecer el término de prescripción, el tiempo de pena se contabiliza por igual para todos los que hayan participado en el hecho punible, cualquiera que hubiera sido su contribución, eso sí, incrementando al máximo correspondiente a cualquiera agravación por la calidad de alguno de ellos; de todo lo cual infiere para este caso un lapso máximo común y absoluto, no cumplido aún en oportunidad".

"La doctrina de la Corte -expresa el actor-, muy a la inversa de lo que sostiene el Tribunal en la sentencia impugnada, lejos de excluir la aplicación del art. 24 C.P. en materia de prescripción de la acción penal, lo tiene presente y, así como por mayoría optó por la extensión del aumento del máximo del art. 80 a todos los partícipes, al propio tiempo dejó en claro que, para el cómputo del término máximo de la pena y, por ende, de la prescripción, habría de aplicarse el descuento del art. 24 C.P. por la mera complicidad individualmente a quien haya sido calificado como cómplice y no como autor del hecho delictuoso".

Luego agrega:

"El Tribunal sostiene que "cuando se adelanta una investigación para la determinación de si ese hecho es punible, no puede distinguirse entre autores y cómplices, para hacerlo con respecto a los primeros y enervarla con relación a los segundos", sin tener en cuenta que, aún en el supuesto de que ello fuera cierto, en el caso presente *no estaba adelantándose ninguna investigación*, pues la etapa instructiva ya había concluído y el juez se encontraba ante una situación definida y consolidada en cuanto a la calidad de la participación de Armando Carbonell, en términos que inclusive el Tribunal fortificó con su propia argumentación. Es decir, que en el evento de que a dicho sindicado le incumbiera alguna responsabilidad penal por los hechos investigados, sería como cómplice y no como autor, y, por lo mismo, al juzgador le era forzoso darle ese trato uniforme en todas las circunstancias y para todos los menesteres, incluída la del cómputo del término de pena y, por ende, de prescripción de la acción penal.

"Empero, lo más grave es que el Tribunal perdió de vista que el art. 24 C.P., relativo a la complicidad, no se puede tomar y analizar haciendo abstracción del precepto correspondiente de la parte especial del mismo código. Cuando éste, en el art. 80 se refiere al *máximo de la pena fijada por la ley*, es obvio que se refiere al tipo que regula la autoría en la parte especial y al amplificador del mismo que es la complicidad. Ciertamente la complicidad no es "circunstancia", sino una forma de conducta típica que se encuentra en la parte general del Código, que la contempla para evitar la impunidad de quien no realiza el hecho, pero sí contribuye a su realización.

"En lógica, nadie puede negar que el máximo de la pena para el cómplice se encuentra regulado principalmente en el art. 24, norma que debe aplicarse en armonía con el precepto correspondiente de la parte especial. Pero eso no implica prescindir de la disminución de la pena en razón de la complicidad, para fijar y mantener un término máximo de prescripción superior al propio de la condición de cómplice, que es el aplicable jurídicamente".

Complementa su argumentación apoyado en abundante jurisprudencia de la Corte cuyos apartes más sobresalientes reproduce, concluyendo que el Tribunal Superior erró en la interpretación de los artículos 80 y 24 del C.P., en armonía con el 19 del Decreto 2920, porque para negar la prescripción de la acción tuvo en cuenta como máximo término el contemplado en la norma violada (6 años) "sin la relación indispensable con el tipo penal amplificado del artículo 24 que trata de la complicidad".

ALEGACIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES NO RECURRENTES

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se opone a las pretensiones de los recurrentes Jaime Michelsen Uribe

y Alcides Caicedo Roa y en cambio se muestra partidario de la infirmación parcial del fallo acusado respecto al procesado Armando Carbonell Espino a fin de que sea favorecido con cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal.

Examinando en conjunto las demandas presentadas a nombre de los dos primeros en virtud de la comunidad de argumentos exhibidos y la utilización del mismo método y estilo y ajustándose rigurosamente a las reglas de orden técnico del recurso extraordinario de casación frente a la normatividad jurídica que perdió vigencia el 30 de junio postrero (Decreto 050 de 1987), aduce que ninguna de ellas está llamada a prosperar por falta de claridad y precisión en sus planteamientos y la presentación de argumentos excluyentes y contradictorios entre sí.

Expresa que en desarrollo de los diferentes cargos se incurre en manifiestas e inconciliables contradicciones tanto en el interior de cada causal como en el contexto de las demandas vistas en conjunto; se desconoce la autonomía e independencia de las causales de casación invocadas y se pregona de un lado la nulidad del fallo por violación del debido proceso (causal tercera) y a renglón seguido se acepta su validez pidiéndose su reemplazo por un fallo de carácter absolutorio (causal primera).

Pese a que el cargo principal es la nulidad del proceso por vicios en su formación, como se advierte claramente del texto de la demanda a nombre de Michelsen Uribe, sin embargo el ataque se dirige a demostrar "la atipicidad" del comportamiento por el que finalmente fue declarado responsable como infractor al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982, planteamiento que a su juicio resulta equivocado "pues si en el fondo la censura de nulidad se hace consistir en la indebida aplicación del citado precepto, con el argumento central de que los tres créditos ni individualmente ni sumados entre sí superaban el límite de endeudamiento permitido por la ley, lo debido hubiése sido que el recurrente desechara la causal tercera y enrumbara el ataque exclusivamente por la vía de la primera".

"La demanda a nombre de Caicedo Roa no escapa a los desaciertos técnicos ya reseñados evidenciando por el contrario, una mayor contradicción entre los diferentes reparos formulados puesto que a través del "segundo cargo" se cuestiona la tipicidad de los tres últimos créditos porque ni separadamente ni sumados desbordan la capacidad lícita de endeudamiento; mediante el "tercer cargo" se aduce quebranto indirecto de las normas sustanciales tipificadoras de la conducta imputada y en el "cuarto cargo" se acepta la configuración del hecho delictuoso pero se discute su punibilidad propiciándose una disminución de la misma con base en apreciaciones irreales y carentes de sustentación".

"Una falencia más notoria presentan los libelos en examen y es la falta de correspondencia entre el petitum y la causa petendi pues "el censor lejos de atender este presupuesto legal cuando intenta mostrar el alcance de la acusación se queda corto en la petición. Apenas se limita en uno y otro libelo, a impetrar la absolución

de sus patrocinados, inclusive, de quienes no lo son, olvidándose de sus alegaciones de nulidad y que como resulta lógico, en el supuesto de prosperar ésta, no podría adoptarse aquél pedimento, pues, insístese, un juicio de nulidad no soporta fallo de ninguna índole".

Refiriéndose a la demanda presentada a nombre del procesado Armando Carbonell Ospino, afirma el Procurador Delegado que también debe desestimarse por adolecer de las mismas fallas técnicas de las anteriores, es decir, por contener cargos contradictorios y excluyentes entre sí; pero como quiera que el demandante alude al error del Tribunal Superior por no haber considerado la aminorante punitiva del "cómplice" para efectos de la contabilización del término prescriptivo de la acción penal conforme a los términos de los artículos 80 y 24 del C.P., el que indudablemente es inferior al correspondiente al autor o determinador del delito, propugna por la declaratoria de prescripción de la misma y la consiguiente cesación de procedimiento en su favor apoyándose en doctrina de la Corte cuyos fallos menciona, sugiriendo casar parcialmente la sentencia porque "habiéndose definido que la participación y responsabilidad de *Carbonell Ospino* en los tres ilícitos créditos otorgados el 12 de agosto de 1983, lo es únicamente a título de *cómplice*, la acción penal en su contra habría prescrito el 12 de agosto de 1988, ante lo cual se impone declarar en su favor la cesación de procedimiento que hasta ahora se le viene adelantando".

Del mismo parecer es el apoderado de la parte civil que se opone a las pretensiones de los recurrentes resaltando, aún más, las deficiencias y vacíos de que adolecen los escritos advirtiendo que no obstante las flexibles innovaciones introducidas por el nuevo Código de Procedimiento Penal en materia de técnica del recurso, las demandas riñen con los parámetros metodológicos establecidos en la anterior como en la nueva legislación.

Como fallas técnicas en el planteamiento y fundamentación de los cargos señala la falta de claridad y precisión en su formulación y el desconocimiento del principio de no contradicción, las que ilustra con abundantes transcripciones jurisprudenciales de la Corte para luego examinar en particular cada una de las demandas formulándoles las siguientes objeciones:

La presentada a nombre de Jaime Michelsen Uribe se desarrolla en un confuso discurrir sobre la nulidad del juicio, aserto apoyado en diversos argumentos entre los cuales, la atipicidad de la conducta que dio lugar a la condena, el no reconocimiento de la prescripción de otros comportamientos incluidos en el auto calificatorio y la violación del derecho de defensa por la imprecisión de los cargos por los cuales debieron responder los procesados "debido a una supuesta alteración de criterios relacionados con la consumación de un delito único o un concurso de hechos punibles por lo que salta a la vista la antitécnica aglutinación o concurrencia de argumentos.

Además, acumula diversos cargos de nulidad dentro de un mismo capítulo haciéndola consistir en vicios in indicando y no en vicios in procedendo y a pesar de alegarse entre otros, la nulidad del calificatorio se sostiene de manera contradictoria que ha debido reconocerse en la sentencia la atipicidad de los hechos investigados.

Refiriéndose a la presentada a nombre de Alcides Caicedo Roa expresa que adolece de los mismos errores técnicos de la anterior y si bien separa en capítulos los cargos primero y segundo por nulidad del auto calificatorio y atipicidad del hecho punible no adujo este último "como subsidiario de nulidad, consideración que por sí misma lo hace antagónico con las exigencias metodológicas de los Códigos de Procedimiento Penal vigente al momento de la presentación de la demanda y el que estará vigente al momento de decidirse el recurso".

De idéntico defecto se resienten los otros cargos formulados apareciendo sustentados en simples enunciados y no en cabales y precisas comprobaciones.

Consideraciones de la Corte

Cuestión previa

El inciso final del artículo 225 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) permite, por primera vez, la formulación de cargos excluyentes dentro del texto de la demanda de casación, siempre y cuando el demandante los plantee separadamente y de manera subsidiaria; con lo que se produce un viraje radical en esta materia frente a la normatividad del anterior Estatuto Procedimental Penal (artículo 224 del Decreto 050 de 1987) que expresamente prohibía el planteamiento de cargos incompatibles entre sí y la reiterada jurisprudencia de la Corte que propugnaba por la plena observancia del principio de no contradicción conforme al cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo un mismo respecto, enfatizando que dentro de un mismo cargo ni en cargos separados podían hacerse afirmaciones en las cuales se fundara la remoción del fallo, que resultaran mutuamente excluyentes.

Entendiendo la Sala que la razón del legislador de excepción para entronizar en el ámbito de la casación penal la formulación de cargos inconciliables entre sí no fue otra que el respeto al principio de autonomía de los mismos, permitiendo su examen en forma independiente; dicha permisión claramente morigeradora del rigorismo técnico característico de este extraordinario medio de impugnación solamente operará cuando las argumentaciones encontradas, recíprocamente excluyentes, emerjan de la confrontación o cotejo de cargos separadamente presentados mas no cuando la contradicción surge dentro o al interior del mismo cargo es decir, que de acuerdo a la norma en comento (artículo 225, in fine, del C.P.P. vigente) la concurrencia de planteamientos inconciliables o excluyentes entre sí se tolera unicamente respecto de cargos separados, pero no dentro de un mismo cargo.

A pesar de la laxitud o flexibilidad con que se ha tratado el tema permitiéndose la formulación de cargos incompatibles, con las limitaciones ya indicadas, el recurrente tiene el deber de hacerlo indicando en forma clara y precisa los fundamentos de cada uno, separándolos en diferentes capítulos, si fueren varias las causales invocadas y, precisando cuál o cuáles de ellos deben ser tenidos como principales y cuál o cuáles como subsidiarios en el evento de ser aquellos desestimados.

Bajo esta óptica serán examinados los reparos formulados a la sentencia acusada advirtiendo de antemano la desactualización de gran parte de las críticas hechas por el Ministerio Público y el representante de la parte civil.

Solicitud previa de prescripción de la acción penal.

Como quiera que la solicitud sobre prescripción de la acción penal por el delito de concentración indebida de créditos presentada durante el trámite de este recurso por el señor defensor del procesado recurrente Jaime Michelsen Uribe es por su contenido y fundamentación idéntica a uno de los cargos formulados por él en la demanda propuesta a su nombre, se analizará y resolverá conjuntamente en esta providencia.

Demandas a nombre de Jaime Michelsen Uribe y Alcides Caicedo Roa

Apreciadas en conjunto las dos demandas por la identidad de pretensiones y la comunidad de intereses, derivados de la autoría en el hecho punible predicable de ambos procesados, la Sala advierte prima facie que la presentada a nombre de Jaime Michelsen Uribe adolece de las fallas de orden técnico puntualizadas por el Procurador Delegado y el representante de la parte civil pues de su contexto resulta la formulación de un cargo de nulidad al amparo de la causal tercera de casación en razón de encontrarse prescrita la acción penal surgida del delito de concentración indebida de créditos por el cual fue juzgado y condenado; tesis que la defensa esgrimió a lo largo del proceso aunque con resultados negativos y luego se anticipó a plantear durante el trámite del recurso extraordinario.

Este cargo que pudiera considerarse como principal y único, se entremezcla, sin embargo, con argumentaciones propias de otras causales como las relativas a la atipicidad del comportamiento endilgado al procesado recurrente, propias de la causal primera por violación directa, y se desenvuelve a través de la contemplación de supuestos vicios en la formación del proceso que comprometen su validez, tales como no haberse declarado la prescripción de otras conductas punibles incluidas en el auto enjuiciatorio (las concernientes a los créditos otorgados con antelación al 11 de agosto de 1983); la violación del derecho a la defensa del procesado por la imprecisión de los cargos formulados debido al equivocado criterio con que fue

tratada la modalidad del delito imputado (primero como delito único y luego como concurso de hechos punibles) y el desconocimiento del principio de favorabilidad de la ley procedimental penal por no habérsele reconocido efectos ultraactivos al artículo 486 del anterior Código de Procedimiento Penal que consagraba como formalidad procesal el auto de control de legalidad y posibilitaba la interposición de recursos ordinarios contra el mismo; es decir, que aglutina sin la debida separación diferentes argumentaciones inconciliables entre sí impidiendo conocer el sentido y alcance de la impugnación.

No obstante lo dicho, de suyo suficiente para desestimar la censura, la Corte se permite hacer las siguientes observaciones sobre los diferentes cargos contenidos en las demandas comenzando por aquellos de mayor cobertura en la órbita de la nulidad del proceso.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

Tesis reiterativa de la defensa ha sido la de considerar prescrita la acción penal surgida del delito de concentración indebida de créditos por haber discurrido más de seis años contados desde el 12 de agosto de 1983, en que fueron otorgados los tres últimos créditos indirectos por parte del Banco de Colombia a la sociedad "Inversiones y Valores S.A." a la misma fecha de 1989, sin haberse interrumpido el término extintivo por la interposición de resolución acusatoria ejecutoriada; esto es, que la acción penal instaurada habría prescrito antes de adquirir firmeza el pliego de cargos proferido en este asunto.

Aduce el impugnador que en los procesos mixtos sólo la ejecutoria del auto de control de legalidad tiene la virtud de interrumpir el fenómeno prescriptivo de la acción penal pues en el procedimiento vigente hasta el 18 de agosto de 1989 (fecha en que fue derogado el artículo 486 del anterior Código de Procedimiento Penal que consagraba el auto de control de legalidad del proceso) la resolución acusatoria y dicho auto conformaban "un todo inescindible, de no incumplimiento" o un "fenómeno jurídico complejo" el que no fue entendido así por los juzgadores de instancia negándose a cesar procedimiento contra sus representados por dicho motivo.

Este planteamiento es inconcebible puesto que según los claros términos del artículo 84 del C.P., el único acto procesal capaz de interrumpir la prescripción de la acción penal es el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado y como quiera que en el anterior como el nuevo procedimiento penal, la resolución de acusación es la única que por su forma y contenido se equipara al auto enjuiciatorio no se remite a dudas que solamente ella, una vez ejecutoriada, puede interrumpir el lapso extintivo de la acción penal.

El término de prescripción únicamente se ve alterado cuando el Estado-jurisdicción hace un pronunciamiento serio sobre el hecho investigado y la

eventual responsabilidad de sus actores y cómplices y esa decisión no es otra que la resolución de acusación. De ahí por qué el auto de control de legalidad previsto en la anterior codificación procedimental penal (artículo 486 del Decreto 050 de 1987) como un simple mecanismo de control de saneamiento de nulidades procesales, emitible por el juez del conocimiento una vez ejecutoriada la resolución de acusación no puede asimilarse a esta ni servirle de complemento o adición.

De manera que si el Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá, revocó el auto de control de legalidad que él mismo había dictado días antes porque para entonces se encontraba en vigor el Decreto 1861 de 1989 que en su artículo 37 eliminó expresamente esa formalidad no se ve cómo podría alegarse desconocimiento del principio de favorabilidad de algo que a la postre ningún favor o beneficio les significaba a los acusados porque tal requisito puramente formal jamás podría tomarse como parte integrante o complemento de la acusación.

Por las mismas razones sobra aludir a un supuesto quebranto del mismo principio por no habérsele imprimido completa tramitación al auto de control de legalidad bruscamente interrumpido.

Por lo demás, si las tres últimas operaciones crediticias fueron efectivamente aprobadas por el Banco de Colombia a nivel de Junta Directiva el 31 de agosto de 1983 con la decisiva participación de su Presidente Jaime Michelsen Uribe y el Vicepresidente Ejecutivo Alcides Caicedo Roa, sólo a partir de esa fecha puede afirmarse que se otorgaron dichos créditos, lo que aumentaría en varios días (19) el término de prescripción, dando toda razón al Tribunal que se negó a reconocerla.

El artículo 1400 del Código de Comercio clarifica lo que debe entenderse por otorgamiento del crédito al señalar: "Se entiende por apertura de crédito el acuerdo en virtud del cual un establecimiento bancario se obliga a tener a disposición de una persona sumas de dinero, dentro del límite pactado y por un tiempo fijo o indeterminado. Si no se expresa la duración del contrato, se tendrá por celebrado a término indefinido".

Siendo palmar que el *11 de agosto de 1989* el Tribunal Superior confirmó, en vía de apelación, la providencia mediante la cual el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de esta ciudad profirió resolución de acusación contra Jaime Michelsen Uribe, Alcides Caicedo Roa y otros, por infracción al artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 consistente en haber otorgado créditos en forma directa e indirecta a una empresa socia del Banco de Colombia "por encima de las autorizaciones legales", a través de operaciones crediticias realizadas en el lapso comprendido del 23 de diciembre de 1982 al *12 de agosto de 1983*; decisión que cobró firmeza el mismo día de emitida, colígese sin mayor esfuerzo que la ejecutoria de dicho acto interrumpió la prescripción de la acción penal derivada del

delito de concentración ilegal de créditos y siendo ello así, la acción penal no prescribió ni ha prescrito.

No prospera el cargo formulado.

IRREGULARIDADES QUE AFECTAN EL DEBIDO PROCESO

Como una de tales menciona el recurrente el equivocado tratamiento jurídico dado por el Tribunal a los hechos investigados por haberlos apreciado en la resolución acusatoria como estructurantes de un delito "único de ejecución permanente" para luego considerarlos en la sentencia definitiva como "un concurso material, homogéneo y sucesivo"; con la única finalidad de impedir a todo trance la prescripción de la acción penal; proceder que a su juicio dificultó a la defensa conocer con exactitud sobre cuál de las dos hipótesis debía enderezar el ataque.

El error predicable del fallador de segunda instancia respecto a la modalidad del delito por el cual se adelantó investigación y profirió sentencia de condena no constituye irregularidad sustancial que afecte el debido proceso ni conculque el derecho a la defensa porque se trataría de una equivocación sobre la selección del tipo objetivo dentro de un procedimiento caracterizado por la provisionalidad de la calificación jurídica hecha en la resolución de acusación, susceptible de ser modificada en la sentencia.

Trataríase de una disparidad de criterios de los juzgadores de instancia en cuanto a la modalidad del delito imputado la que no rompe la necesaria congruencia y armonía que debe existir entre resolución de acusación y sentencia por cuanto los procesados recurrentes fueron condenados por el mismo comportamiento por el cual habían sido convocados a juicio, es decir, que la identidad de hecho punible se mantuvo intocable.

El conflicto conceptual surgido entre ellos fue finalmente superado en la sentencia reconociendo el Tribunal Superior que se trataba de un concurso homogéneo y sucesivo de hechos punibles conformado por actos autónomos y no de un delito único y permanente, con lo que ratificó el criterio que en tal sentido había prohijado el juzgado del conocimiento al pregonar la existencia de dicho concurso y declarar prescrita la acción penal de los hechos perpetrados con antelación al 11 de agosto de 1983, fecha de ejecutoria de la resolución de acusación.

La defensa no fue sorprendida con este cambio de pareceres ni limitada en el ejercicio de sus atribuciones pues siempre estuvo atenta al desarrollo del proceso, detectó perfectamente el verdadero alcance de tales posturas jurídicas e impetró en varias oportunidades la cesación de procedimiento en favor de sus patrocinados por encontrarse prescrita la acción penal instaurada, así se tratara de un delito único y permanente o de un concurso de hechos punibles.

Cuando la irregularidad denunciada no compromete la estructura y las bases fundamentales del proceso y ha sido oportunamente enmendada o corregida en las instancias, debe prescindirse de decretar la nulidad de la actuación pues ésta es el último remedio al que debe acudirse para corregir protuberantes errores en la formación del proceso.

No prospera la nulidad incoada.

ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA

Como el cargo de atipicidad de la conducta imputada a los procesados recurrentes se hace consistir en la ausencia de elemento normativo del tipo penal del artículo 19 del Decreto 2920 de 1982, esto es, porque las tres operaciones crediticias realizadas el 12 de agosto de 1983 individualmente consideradas o sumadas una a otras no rebasan las autorizaciones legales, es preciso transcribir el texto de la norma en cuestión que dice:

"A la misma pena (de 2 a 6 años de prisión) estarán sujetos los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las instituciones financieras, que otorguen créditos o efectúen descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales.

"Incurrirán en la conducta establecida en éste artículo y en las sanciones aplicables, los accionistas beneficiarios de la operación respectiva".

Este delito conocido como "concentración indebida de créditos" prohibe a los directores, administradores, representantes y funcionarios de instituciones financieras otorgar créditos o efectuar descuentos, de manera directa o indirecta a los accionistas de la propia entidad, superando las autorizaciones legales que le señalan un límite o cupo de endeudamiento; es decir, concentrar o reunir en un solo accionista (persona natural o jurídica) préstamos o hacer descuentos por encima del tope legal.

Y como lo que prohibe la norma es la concentración de créditos en una sola persona rebasando las autorizaciones legales, a dicha prohibición se llega mediante el otorgamiento de uno o varios de ellos, que separada o conjuntamente considerados superen el límite legal. Así lo entendió el ad-quem al expresar que "copada la capacidad lícita de endeudamiento, cualquier otro crédito por ínfimo que sea" tipificaría el hecho punible descrito en el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982.

Argumenta el recurrente que el Tribunal Superior dio por estructurado el delito en mención sobre el equívoco de contabilizar operaciones crediticias que como las anteriores al 12 de agosto de 1983 habían sido declaradas prescritas por

la misma Corporación; pero olvida que lo que prescribe en cada caso concreto es la acción del Estado para perseguir el hecho punible y no el hecho objetivamente considerado.

Con sobrada razón dijo el representante de la parte civil que "Tal planteamiento desconoce a todas luces el alcance de los tipos penales infringidos y la filosofía en la que está inmerso nuestro estatuto punitivo, pues una cosa son los efectos jurídicos de la prescripción de la acción penal, que pone fin a la potestad punitiva del Estado respecto de hechos concretos y otra cosa bien distinta es otorgarle a dicha figura jurídica la facultad sobrenatural de hacer desaparecer hechos naturalísticamente incontrovertibles.

"Ciertamente el hecho de que los créditos amparados por la declaratoria de prescripción no sean perseguibles punitivamente, no significa que el límite legal previsto en el Decreto 2920 de 1982 no haya sido quebrantado con la concesión de los que motivaron la sentencia condenatoria, pues el punto de referencia naturalístico con base en el cual se sabe cuando comienza a excederse el límite legal de crédito, no se altera en absoluto con la declaratoria de prescripción de la acción penal de algunos créditos, legitima la subsiguiente comisión de hechos punibles que tienen en común con las anteriores circunstancias nutaralísticas que en manera alguna se afectan por el fenómeno de la prescripción. Como se anotó anteriormente, el punto de referencia para determinar cuando se excede el límite legal de crédito, no se altera en ninguna forma porque algunas de sus transgresiones posteriores pierdan relevancia penal en virtud de la operancia del fenómeno prescriptivo".

Para la Sala es incuestionable que el delito de concentración indebida de créditos de que trata el artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 (reproducido como tal en el Decreto 1730 de 1991) se configura en el momento en que el crédito o los créditos otorgados por la entidad prestamista a un accionista suyo, sobrepasan los límites de endeudamiento, los que para el caso subyúdice equivalía al 7% de su capital pagado y reservas patrimoniales, o el 15% de los mismos, cuando el exceso de las obligaciones del deudor para con las instituciones financieras estuviere amparado en garantías reales, conforme el artículo 1o. del Decreto 3663 de 1982. Es por eso que el crédito que desborde el cupo de endeudamiento ya señalado torna ilícito el que se otorgue después cualquiera que seo su cuantía, como lo entendieron los falladores de instancia y el Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Siendo evidente, como resulta de autos, que los créditos directos concedidos por el Banco de Colombia a la sociedad "Inversiones y Valores S.A." el 23 de diciembre de 1982 y el 16 de febrero de 1983 por quinientos doce y trescientos millones de pesos respectivamente, sobrepasaron en mucho el límite de endeudamiento del capital pagado más reservas patrimoniales de la entidad bancaria (10% a 25% según el Decreto 990 de 1983) que sumaban

$3.711.863.792.00; los restantes créditos indirectos por varios millones de pesos, entre los cuales, los concedidos el 12 de agosto de 1983 por cantidades inferiores a los cincuenta millones de pesos cada uno, están impregnados de ilicitud por haber desbordado el cupo individual de endeudamiento y puesto en peligro la solvencia y liquidez del banco permitiendo la concentración, en pocas manos, de ingentes recursos captados del público.

De manera que las operaciones crediticias indirectas realizadas el 12 de agosto de 1983, cada una por suma inferior a los cincuenta millones de pesos, se subsumen en el tipo penal del artículo 19 del Decreto 2920 de 1982 (Hoy reproducido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) toda vez que para entonces se había sobrepasado el cupo legal de endeudamiento de la institución financiera.

No prospera el cargo de atipicidad.

OTROS CARGOS A LA SENTENCIA

El error de derecho atribuido al sentenciador por haber apreciado como pruebas los "documento anexos" presentados por el Banco de Colombia con la denuncia, a pesar de no haber sido legalizados mediante auto indicativo de su conducencia con los hechos investigados, como lo ordenaba el artículo 252 del anterior C. de P.P., no tiene razón de ser porque el censor faltando al deber insoslayable de individualizar o señalar en concreto la clase y naturaleza de los documentos sobre los cuales hace recaer el yerro endilgado impidió que éste fuera detectado.

Desconociéndose de tal modo los documentos no legalizados mediante auto calificador de su conducencia como pruebas e ignorándose cual o cuáles de ellos pudieron ser apreciados en la sentencia no obstante carecer de dicha formalidad concerniente a su legitimación resulta francamente imposible probar el error mismo y su incidencia en las conclusiones de la sentencia de condena.

Y suponiendo que el demandante hubiera aludido a los documentos demostrativos de la existencia de los créditos directos e indirectos otorgados por el Banco de Colombia a su socia "Inversiones y Valores S.A."; tenidos por el juzgado 16 de Instrucción Criminal como soporte fáctico del auto cabeza de proceso dictado el 26 de marzo de 1988 y sobre los cuales giró la investigación; su indiscutible y reconocida conducencia no admiten dubitaciones.

No prospera la impugnación.

Ahora bien, respecto a los cargos contenidos en la demanda presentada a nombre del procesado Alcides Caicedo Roa, atinentes a la inaplicabilidad de

normas sustanciales relativas a la punabilidad del hecho, caben las siguientes reflexiones:

a) La omisión del Tribunal Superior por no haber ordenado en la parte resolutiva de la sentencia impugnada la rebaja de pena a que se hacía acreedor conforme a la ley 48 de 1987 (Ley Papal) fue llenada por esa misma Corporación mediante providencia complementaria dictada el 20 de febrero de 1991 en la que decretó para todos los condenados la rebaja de la sexta parte de la pena impuesta (fs. 323 del C. del T.S.).

b) El ataque a la dosificación de la pena impuesta al mencionado procesado porque se tuvieron en cuenta, para incrementarle el mínimo de pena, determinadas circunstancias genéricas de agravación punitivas que no eran aplicables al caso, con lo que se quebrantó en forma directa el artículo 66 del C.P. en sus numerales 3o. y 4o. y por que, se dejaron de apreciar circunstancias genéricas de atenuación punitiva como las previstas en los numerales 1o. y 7o. del artículo 64 ibídem, con lo que se violó en forma indirecta dicha disposición, simplemente aparece planteado en esos términos, sin que por parte del demandante se hubiera ensayado una seria demostración al respecto olvidando que la casación no es recurso de meros enunciados o simples planteamientos sino de plenas comprobaciones.

Es así como a las argumentaciones del Tribunal Superior para incrementar en veinte meses el mínimo de pena señalado en la norma infringida, opone el recurrente sus personales y subjetivos puntos de vista sobre el particular sin poder demostrar el error endilgado al sentenciador por interpretación errónea o inaplicación de preceptos sustanciales reguladores de la dosificación de la pena, como tampoco la incidencia de tales yerros en la graduación de la sanción.

No prospera ninguno de los reproches formulados a la sentencia en el marco de la causal primera de casación.

DEMANDA A NOMBRE DEL PROCESADO ARMANDO CARBONELL OSPINO

Un examen global de esta demanda evidencia el quebranto de los artículos 80 y 24 del Código Penal por parte del Tribunal Superior en razón de haber dictado sentencia en un proceso que no podía continuarse, respecto a él se aclara, por haberse operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal; yerro que será enmendado por la Corte no por la vía de la causal primera de casación insinuada por el demandante que supone la sustitución del fallo impugnado por el que deba reemplazarlo, sino a través de la causal tercera como lo sugiere la Procuraduría Delegada porque adelantar la actuación sin poder ejercitar la pretensión punitiva del Estado, constituye un claro atentado al debido proceso pues "vale lo mismo condenar a una persona sin ley preexistente que hacerlo cuando la acción penal se ha extinguido en su caso" como dijo la Sala en casación de 19 de agosto de 1982.

Y como quiera que el debido proceso es la máxima garantía procesal en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, a los términos del artículo 29 de la nueva Carta Política; su desconocimiento o afectación autoriza a la Corte en sede de casación para quebrar en forma oficiosa la sentencia cuando ésta atenta en forma ostensible contra cualquiera de las garantías fundamentales de arraigo constitucional (artículo 228 del nuevo C. de P.P.).

En el presente caso no se remite a dudas que el procesado Armando Carbonell Ospino fue convocado a juicio y condenado no como autor del hecho punible sino como cómplice del mismo, esto es, no por haber otorgado los créditos del 12 de agosto de 1983, sino por haber contribuido en su concesión; sin embargo, el Tribunal Superior interpretando equivocadamente el sentido y alcance de los artículos 80 y 24 del Código Sustantivo consideró que para efectos de prescripción de la acción el máximo de pena era el mismo para el autor como para el cómplice.

La Corte, por el contrario, ha venido sosteniendo con reiteración que para tales efectos, el máximo de pena a que alude el artículo 80, es el señalado para el respectivo delito "más las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello, el máximo posible de incremento en caso de agravantes, o el mínimo posible de disminución, si se trata de atenuantes" (Cas. de 22 de mayo de 1982), sin que pueda exceder de veinte años ni ser inferior a cinco años, enfatizando que ese máximo debe estar relacionado con los aumentos o disminuciones que la misma ley establece para las "modalidades específicas" que agraven o atenúen el hecho criminoso.

Como la complicidad y la tentativa son dispositivos amplificadores del tipo que inciden en la punibilidad del hecho aminorando o disminuyendo la intensidad de la pena, forzoso es considerarlos como "modalidades específicas" o circunstancias atenuantes de ella, para efectos de contabilizar el máximo de pena imponible pues no resulta lógico ni equitativo sancionar con la misma pena el comportamiento del cómplice que apenas contribuye a la realización del hecho o del que dio comienzo a su ejecución, con la correspondiente al autor o ejecutor de la conducta típica.

De modo que partiendo del máximo de pena previsto en la norma infringida que es la de seis años de prisión, debe disminuirse en la sexta parte (un año) a las voces del artículo 24 del C.P., para un máximo de pena imponible de cinco (5) años; término que discurrió en exceso antes de haber cobrado ejecutoria material la resolución de acusación (11 de agosto de 1989) por lo que la acción penal prescribió antes de dicho pronunciamiento, debiéndose hacer dicha declaración en lo que respecta al recurrente Armando Carbonell Ospino para cesar procedimiento en su favor por el delito que fue condenado; decisión que se apoya en las previsiones del artículo 229-1 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Reconocido este fenómeno huelga cualquiera otra consideración en cuanto a los demás cargos formulados a su nombre.

CONSECUENCIAS DE LA PRESCRIPCIÓN DECLARADA

La declaratoria de prescripción de la acción penal por el delito de abuso de confianza seguido contra Jaime Michelsen Uribe, Fernando Senior Calle, Manuel José Arrázola Escobar y Jaime Benito Zuleta Jaramillo y la consecuente cesación de procedimiento en su favor, hecha por la Corte durante el trámite del recurso de casación, significó para el primero de los nombrados la ruptura del fenómeno concursal surgido de las causas acumuladas y la extinción, para los demás, de la acción represora del Estado.

De manera que respecto a Fernando Senior Calle, Manuel José Arrázola Escobar y Jaime Benito Jaramillo debe entenderse que no surten ningún efecto las órdenes de captura impartidas por el Tribunal Superior en la sentencia recurrida, lo mismo que en cuanto hace a Armando Carbonell Ospino por haberse igualmente ordenado cesar procedimiento en su favor y no haberse materializado dichas órdenes.

En lo concerniente a Jaime Michelsen Uribe no se tendrá en cuenta el incremento punitivo derivado del concurso de hechos punibles, que en este caso fue tasado coincidencialmente por los juzgadores de instancia en quince (15) meses de prisión, debiendo reducírsele la pena en dicho monto y en cuanto a la indemnización de perjuicios causados solamente se considerarán los parámetros trazados en la parte motiva de la sentencia de primera instancia para el delito de concentración de créditos (páginas 173 y ss. del fallo del juzgado).

Igualmente, respecto al mismo sentenciado y a Alcides Caicedo Roa se les tendrá en cuenta la rebaja de la sexta parte de la pena decretada por el Tribunal Superior mediante sentencia complementaria de 20 de febrero de 1991, conforme a la ley 48 de 1987.

CRITERIOS DE FAVORABILIDAD

No obstante que la sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por los defensores de los condenados Michelsen Uribe y Caicedo Roa, lo mismo que por el apoderado de una de las personas naturales constituidas en parte civil dentro del proceso por abuso de confianza, circunstancia que a primera vista lleva a pensar en la concurrencia de apelantes, es lo cierto que dicho sujeto procesal carecería de interés jurídico para reclamar la concreción de los perjuicios causados por ese delito en razón de haberse declarado prescrita la correspondiente acción penal.

Tratándose entonces de un caso en el que los únicos inconformes con la sentencia de condena dictada por el Juzgado Penal del Circuito fueron los

mencionados sentenciados quienes recurrieron en apelación ante el superior, a éste le estaba vedado agravarles la pena impuesta como fluye del claro texto del artículo 31 de la nueva Carta Política; precepto constitucional que si bien no se encontraba vigente para la época de proferirse la sentencia impugnada es aplicable al evento sub-judice por ser la Constitución ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente.

De modo que el juez de segunda instancia no podía hacer mas gravosa u onerosa la situación de los condenados que en su carácter de recurrentes únicos tenían derecho a que se les mantuviera inmodificable la pena impuesta en primera instancia.

En ese orden de ideas, los procesados Jaime Michelsen Uribe y Alcides Caicedo Roa tienen derecho a que se les deduzca el incremento punitivo hecho por el Tribunal Superior debiendo responder únicamente por la pena impuesta por el Juzgado Penal del Circuito, esto es, de 51 meses de prisión para el primero de los nombrados y 32 meses de la misma pena para el segundo de ellos.

Pero como a Michelsen Uribe debe descontársele el incremento de 15 meses por razón del concurso con el abuso de confianza y ambos (Michelsen Uribe y Caicedo Roa) la sexta parte de la pena por concepto de la ley 48 de 1987 (6 meses para aquél y 5 meses, 10 días para éste), la sanción a imponer en definitiva es la de treinta (30) meses de prisión a Jaime Michelsen Uribe y veintiséis (26) meses, veinte (20) días de prisión a Alcides Caicedo Roa.

Y como a este último sentenciado el juez de segunda instancia le desmejoró su situación negándole el derecho a la condena de ejecución condicional que le había sido reconocido por el a-quo; le será restablecida dicha prerrogativa oficiosamente; beneficio que no puede hacerse extensivo a Jaime Michelsen Uribe a quien le fue negado en ambas instancias por razones atinentes a su personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible que ameritan tratamiento penitenciario, las que la Sala comparte.

En el sentido indicado será infirmada parcialmente la sentencia impugnada.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oída la opinión de las partes no recurrentes y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: Casar parcialmente la sentencia recurrida a nombre del procesado Armando Carbonell Ospino, esto es, la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá

el 28 de enero de 1991 y declarar la nulidad de lo actuado por encontrarse prescrita la acción penal instaurada por el delito de concentración ilegal de créditos (artículo 19 del Decreto 2920 de 1982).

En consecuencia, ordenar CESAR TODO PROCEDIMIENTO en su favor.

Segundo: CASAR PARCIALMENTE la misma sentencia en lo que respecta a los procesados Jaime Michelsen Uribe y Alcides Caicedo Roa, de anotaciones personales conocidas en autos, y en su lugar CONDENARLOS a la pena principal de treinta (30) meses y veintiséis (26) meses, veinte (20) días de prisión respectivamente, como coautores del delito de concentración ilegal de créditos cometido en las circunstancias de lugar, tiempo y modo de que da cuenta el proceso.

La pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas será por el mismo término de la pena principal.

CONDENAR en forma solidaria a Jaime Michelsen Uribe y Alcides Caicedo Roa al pago de los perjuicios causados con dicho delito, de conformidad con los parámetros trazados en la parte motiva de la sentencia de primera instancia.

Tercero: CONFIRMAR en favor del procesado Alcides Caicedo Roa el subrogado de la condena de ejecución condicional otorgado por el Juzgado del conocimiento de acuerdo a las pautas allí fijadas (artículo 69 del C.P.P.)

En su oportunidad, cancelar la orden de captura librada en contra suya.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

SOBRESEIMIENTO TEMPORAL \ PREVARICATO

Después del primero o del segundo sobreseimiento temporal y ante la subsiguiente averiguación si arroja fundamentos suficientes, deberá dictarse la Resolución de Acusación.

El hecho de ser manifiestamente contraria a la ley una determinada decisión, no es suficiente para imputar al procesado conducta prevaricadora, ya que para la viabilidad jurídica de tal conducta es esencial que la decisión sea obra de la voluntad o intención del funcionario de contrariar el ordenamiento legal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda Instancia No. 7458

Contra: Manlio Aristio Barrios

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 106, agosto 26 de 1992

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cuatro de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

El Tribunal Superior de Cartagena profirió sentencia condenatoria contra el doctor Manlio Aristio Barrios Buelvas por el delito de Prevaricato por Acción en el que incurrió cuando se desempeñaba interinamente como Juez Octavo de Instrucción Criminal ambulante de esa misma ciudad.

Surtido el trámite de instancia, rindió concepto el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien impetra la confirmación de la sentencia apelada.

Hechos

Fueron resumidos así por el señor Procurador Delegado:

"El día 12 de noviembre de 1983, siendo más o menos las cuatro de la mañana el Guardacostas AN-201- Olaya Herrera, por medio de los equipos de radar, detectó la motonave extranjera de nombre Aquaria, desplazándose en aguas colombianas, frente a las Costas del Magdalena, dicha motonave se desplazaba a gran velocidad y sin ninguna iluminación. Los Guardacostas por los medios usuales, le ordenaron a la tripulación de la motonave que se detuviera a lo cual no prestaron atención, el requerimiento para que se detuvieran se les hizo en los idiomas español e inglés, sin que se les prestara ninguna atención, igualmente que se utilizaron las sirenas de los Guardacostas sin resultado positivo. Los Guardacostas hicieron uso de las ametralladoras, disparando ráfagas contra la proa de la embarcación, logrando de esta forma que la motonave se detuviera. En el abordaje de la motonave, se encontró en su interior 359 bultos de marihuana de aproximadamente 70 libras cada uno para un total de 25.130 libras."

"Hacían parte de la tripulación, el capitán de la motonave señor Douglas J. Rusell, John Franklin Grews, contramaestre y David John Hedrich, cocinero, todos ellos de nacionalidad norteamericana. Verificada la aprehensión de la embarcación, fue entregada por la tripulación del Guardacosta Olaya Herrera a la del Guardacostas Carlos E. Restrepo, conjuntamente con los que transportaban la marihuana."

"Abierta la investigación el conocimiento lo asumió el Juez Octavo de Instrucción Criminal ambulante, Dr. Manlio Aristio Barrios Buelvas, quien una vez oídos los sindicados en indagatoria, decretó la detención preventiva mediante auto de fecha noviembre 28 de 1983. La defensa interpuso recurso de reposición contra este auto, y sin que la situación hubiese cambiado en virtud de otras pruebas, el Juez Barrios Buelvas profiere un auto de fecha 30 de diciembre de 1983 por medio del cual acepta la causal de inculpabilidad alegada por la defensa por "insuperable coacción ajena" y revoca la medida asegurativa, resolviendo además la devolución de la nave Aquaria contrariando lo dispuesto por el Estatuto Nacional de Estupefacientes vigente para ese momento."

Actuación procesal

La abogada asesora de la Procuraduría Regional de Cartagena presentó las conclusiones de la visita especial practicada al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa misma ciudad, con la observación de que se debía informar al Tribunal para que investigara la conducta del Juez Octavo de Instrucción Criminal Ambulante.

El Tribunal de Cartagena abrió investigación el 23 de abril de 1984 vinculando al proceso al doctor Malio Aristio Barros Buelvas, quien en la indagatoria manifiesta que bajo ninguna circunstancia trató de proferir una resolución contraria a la ley; aduce falta de experiencia y desconocimiento de algunas normas, ya que hasta el momento de ser elegido Juez no ejercía la profesión de abogado sino de comerciante.

Clausurada la etapa instructiva, se calificó el mérito del sumario por auto de abril 8 de 1986 en el que se resolvió sobreseer temporalmente al procesado y reabrir la investigación por el término de seis meses.

Cerrada nuevamente la investigación, se hizo segunda calificación el 4 de marzo de 1987 con nuevo sobreseimiento temporal, ordenándose la práctica de las pruebas decretadas en el primer calificatorio y que no habían sido practicadas.

El 27 de julio de 1987 se cerró nuevamente la investigación y se calificó el mérito del sumario el 4 de noviembre de 1987 con auto enjuiciatorio contra el procesado por el delito de prevaricato.

Contra la anterior decisión se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos desfavorablemente, el segundo por auto de esta Corporación de esa fecha agosto 11 de 1988.

En el curso de la audiencia pública el Fiscal solicitó la nulidad de lo actuado y la cesación de procedimiento en favor del procesado, ya que el tercer auto de cierre se profirió cuando ya estaba vigente el Código de Procedimiento Penal de 1987 y por ello era el que debía aplicarse, según el artículo 677. Que el artículo 473 no da margen para una tercera calificación, luego se imponía la cesación de procedimiento prevista en la parte final de esa misma norma, porque aun en el evento de que fuera aplicable el Código de 1971, entrado en vigencia el estatuto de 1987, en los casos en que se hubiera dictado un segundo sobreseimiento temporal debía proferirse cesación de todo procedimiento, por aplicación retroactiva de las normas vigentes en razón del principio de favorabilidad.

La defensa se adhirió a la solicitud del Fiscal y además pidió la absolución del procesado, argumentando que aunque materialmente pudiera darse el tipo penal del prevaricato, ello no es suficiente para declararlo culpable, porque sería deducirle responsabilidad objetiva proscrita en el Código Penal. Alega que el inculpado a pesar de ser abogado, no estaba dedicado al derecho sino al comercio; tenía muy poco tiempo de haber egresado de la universidad, por lo que llegó sin ninguna experiencia a la judicatura, de allí su ignorancia en el manejo de la situación, tanto que concurrió a la Dirección de Instrucción Criminal a reconocer su impreparación para conocer un caso de tal envergadura.

Con fecha 26 de noviembre de 1991 el Tribunal profirió sentencia condenatoria, imponiendo al procesado la pena de un (1) año de prisión, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, en razón del delito de prevaricato por acción.

Contra esta providencia, el defensor del procesado interpuso recurso de apelación conjuntamente con la acción de tutela. El Tribunal por auto de febrero 12 de 1992, resuelve compulsar copias de lo pertinente y remitirlas a la Sala Civil de esa Corporación, para efectos del trámite de la acción de tutela, y concede recurso de apelación.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal considera que no es viable el decreto de nulidad y consiguiente casación de procedimiento conforme lo solicita la Fiscalía y coadyuva la defensa, por las siguientes razones:

"Cuando se produjo en este asunto el tercer auto de clausura investigativa, existía base para enjuiciar al inculpado, tal como expresamente fue reconocido en el correspondiente auto calificatorio, luego entonces, era improcedente decretar en su favor, cesación de procedimiento o pretexto de favorecerlo, no manteniéndolo indefinidamente sub-judice, pues, precisamente, el nuevo calificatorio definiría a fondo su situación, aunque no con un corte procedimental porque la objetividad probatoria ameritaba su convocación a juicio".

"En conclusión, si al momento de proferirse el tercer calificatorio, no era procedente decretar la cesación de procedimiento, en el actual momento procesal no tiene cabida retrotraer el proceso hasta esa etapa para proceder en ese sentido".

Desestima el criterio de la Fiscalía, en cuanto a la aplicabilidad del Código de 1987, con base en que el cierre que había de tenerse en cuenta para efectos de aplicar el artículo 677 del mismo estatuto procesal, era el primero que se había dictado en el proceso con fecha 29 de junio de 1985 y no el último.

En cuanto al cargo de prevaricato formulado contra el inculpado en el proveído enjuiciatorio, el Tribunal considera lo siguiente:

"...la decisión de Barrios Buelvas de revocar esta medida de prisión, a pesar de la abundante y definitiva prueba que la sustentaba, se muestra como un acto consciente y voluntario dirigido a contrariar las normas legales reguladas de la materia probatoria".

"En el mismo sentido debe apreciarse su decisión de ordenar la devolución de la nave 'Acuaria' al apoderado de los procesados".

"Ni el texto del auto detentivo que inicialmente profirió el Dr. Barrios Buelvas, ni del proveído que lo revocó, mucho menos de su versión de indagatoria se proyecta la crasa ignorancia en materia de procedimiento penal que la defensa aduce en favor de éste. En efecto, da claras muestras de entender fenómenos como

el de confesión calificada, la prueba indiciaria, la prueba testimonial y hasta un complejo tema como el de las causales de inculpabilidad (insuperable coacción ajena) y sin embargo reclama su ignorancia en una cosa más simple como lo era la consideración de la pruebas de cargos".

"En tales circunstancias es de deducir perfectamente su comprensión de los aspectos elementales de la materia probatoria y su propósito de apartarse de sus principios más sencillos, no otra cosa puede extraerse de la extraña forma como resolvió la revocación del auto detentivo, contra toda lógica que intelectualmente lo guió en su proferimiento".

"No es atendible el error de buena fe, motivado por la ignorancia...ya que las circunstancias anotadas indican en éste el ánimo de violar la ley y desconocer una realidad probatoria fácilmente perceptible".

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del procesado solicita el reconocimiento del derecho fundamental del debido proceso, decretando la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó cerrar la investigación por tercera vez, en su defecto ordenar cese de procedimiento. En el supuesto de que lo anterior no sea reconocido, revocar la sentencia condenatoria, y absolver por inculpabilidad, proveniente de error, producto de ignorancia.

Afirma el recurrente que el Tribunal desconoció el debido proceso en los siguientes aspectos: a) El auto que cerró la investigación por tercera vez, no estaba ejecutoriado cuando entró en vigencia el estatuto adjetivo de 1987; b) Aplicó en contravía las normas sobre reapertura de investigación, nuevo sobreseimiento temporal y archivo de este, que señala el Decreto 409 de 1971. c) Para fundamentar su decisión el Tribunal cita un fallo de la Corte (mayo 30/88) que apunta a que después de un segundo sobreseimiento temporal se presentan dos situaciones según exista o no mérito para enjuiciamiento y que si existe base para acusación, esta debe proferirse. Según el recurrente, "en honor a la verdad ello es exacto, en la medida en que se tenga de presente la situación fáctica que se examina, y obviamente el fundamento de derecho que sirve de asidero para llegar a conclusiones que sean el reflejo de las garantías procesales. No debe olvidarse además que el artículo 230 de la Constitución Nacional, ordena que 'los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial...' ".

De lo anterior concluye el libelista que al aplicar el C. de P.P. anterior se violó el debido proceso, por cuanto si la ley no distingue, al intérprete no le es dado hacerlo. Y en el art. 677 no establece excepciones.

Añade que del art. 473 del C. de P.P. de 1987 se desprende claramente la favorabilidad del procesado, porque puede decirse que es una conquista como garantía procesal, la circunstancia de que al sujeto pasivo de la acción penal debe resolvérsele en un tiempo cierto su situación, y no como sucedía antes que había que esperar el término prescriptivo de la acción penal. Luego es preciso concluir que "si bien no procedía el cese de procedimiento al haberse efectuado la segunda calificación, pues aún no estaba en vigencia el decreto 050 de 1987, una vez que este estatuto empezó a regir era un imperativo que surgiera la favorabilidad y se dictara un cese de procedimiento".

De otro lado, aduce el impugnante que "Barrios Buelvas ignoraba muchísimas cosas procesales y sustantivas, y si bien es cierto que objetivamente se puede llegar a la conclusión de que hubo prevaricato, tampoco es menos cierto que resulta harto difícil hacer emerger la culpabilidad a través de esa objetividad, pues afortunadamente se encuentra proscrita, para deducir responsabilidad. Ahora bien, es la misma ley la que establece parámetros de excepción y no remite a los errores como forma negativa de culpabilidad, de allí que el error y la ignorancia generalmente anden de la mano para que se diga a prima facie que se incurre en prevaricato. Es mi propósito llamar la atención sobre este particular, que no busca otra cosa, sino el que se reconozca que los hechos que se plasmen en una decisión judicial, cuando están desprovistos de malicia, y por el contrario sea ostensible el resquebrajamiento de normas, debemos estarnos más a esa ignorancia o a ese error, porque es apenas obvio que quien delinque no quiere dejar huellas. En síntesis, Manlio Barrios Buelvas, actuó sin culpabilidad..., ya que durante el plenario y en acto de audiencia pública, se demostró sobre el estado de ignorancia en que se encontraba...cuando el Tribunal de Cartagena lo llevó, sin tener calidades para ello al cargo de Juez de Instrucción Criminal".

Concepto del Ministerio Público

Respecto a la nulidad, el Colaborador Fiscal acota que el texto mismo del artículo 473 del C.P.P. claramente indica que se puede proferir una resolución de acusación, visto que la expresión "decretará la cesación de procedimiento, si no hubiere mérito para formular resolución de acusación" implica que los juicios conclusivos pueden darse lógicamente: si existe mérito para enjuiciar tal será la decisión, pero si no, en ese evento con cualquier clase de prueba aún la que permite dudas sobre la existencia del delito y la responsabilidad, debe forzosamente cesar procedimiento.

Señala que en este caso, desde el momento mismo de iniciarse la investigación, las pruebas eran tan contundentes que en forma clara demostraban que el auto proferido por el implicado, por medio del cual desató el recurso de reposición interpuesto por la defensa contra el auto que decretó la medida cetentiva, no se profirió con argumentos sólidos y de derecho, reponiendo una decisión que surgía prima facie como absolutamente legal ceñida a las pruebas existentes en autos.

Estima que tal determinación no encuentra explicación lógico-jurídica, porque si el conjunto de pruebas que disponía el juez, que lo condujeron a decretar la medida de aseguramiento es el mismo que examina al momento de decidir la reposición, ciertamente resulta de un contenido que repugna al sentido de la ley. El hallazgo de la marihuana en el barco, es de por sí suficiente para mantener la medida cautelar, por lo que se ve que la reposición contrarió la ley que regula la materia dicha.

Para la delegada no es admisible la excusa de ignorancia del procesado, pues la decisión que se debía tomar no implicaba complejidad alguna.

La referida ignorancia o inexperiencia aparece como "un supuesto irreal, dado que ya se había procedido conforme a la ley en la decisión que posteriormente se revoca, lo que revela la claridad temática y probatoria de la situación, y la comprensión cabal de la misma para el procesado". Agrega que frente al principio de contradicción racional, surge la convicción de que comprendió perfectamente el caso y su solución, y la que tomó en la reposición no correspondía a la ley y a las pruebas.

Consideraciones de la Corte

1o. Iniciará la Sala el estudio de los diversos aspectos de la sentencia recurrida, ocupándose en primer lugar de la afirmación de la defensa en el sentido de que después de proferidos dos sobreseimientos temporales, no se podía calificar nuevamente el mérito del sumario, sino que se imponía forzosamente la cesación de procedimiento y como así no se hizo, ello conllevaría a la nulidad de la actuación por violación del debido proceso.

En primer término se observa que en verdad el sumario recibió una tercera calificación (llamamiento a juicio) en actuación ajustada no solo a las normas procedimentales vigentes, sino además a la situación probatoria establecida en el sumario en el momento de su calificación.

De acuerdo con la norma expresa del Código de Procedimiento Penal de 1987, artículo 677, el Código anterior se seguirá aplicando en todos aquellos procesos en los cuales estuviere ejecutoriado auto de cierre de investigación, lo cual significa la aplicación ultractiva de la ley, sin que pueda desconocerse por ello el principio de favorabilidad.

El artículo 473 ibídem, ordena:

"Reapertura. Cuando no exista prueba para ordenar cesación de procedimiento o para formular resolución de acusación, el juez ordenará reapertura de la investigación por término que no podrá exceder de sesenta (60) días y señalará las pruebas que deben practicarse".

"Vencido este término, cerrará la investigación, correrá traslado a las partes, luego del cual, decretará la cesación de procedimiento si no hubiere mérito para formular resolución de acusación".

En relación con este tema ha dicho la Corte:

"...en eventos en los cuales se ha proferido segundo sobreseimiento temporal y la investigación se encuentra paralizada, bien porque está archivado el proceso o porque las pruebas ordenadas no se han practicado o porque no se advierte la existencia de elementos de incriminación aptos para formular una resolución de acusación, es innegable que, por razones de favorabilidad, debe cesarse el procedimiento, determinación esta que tiene el carácter de cosa juzgada".

"Conviene reiterar, como así lo hizo la Corte...(auto de mayo 30/88 M.P. Dr. Guillermo Dávila Muñoz), que bien distinta es la situación de quien sobreseído temporalmente, en primera o en segunda ocasión, adelantada la subsiguiente averiguación, ésta arroja fundamentos suficientes como para resolución de acusación" (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, junio 28 de 1988).

En el caso que se examina, el sumario en dos oportunidades fue calificado con sobreseimiento temporal, de acuerdo con lo autorizado por el estatuto procesal entonces vigente. Pero reabierta la investigación, y al allegarse al proceso nuevos y valiosos elementos de convicción que permitían vincular al sindicado con un llamamiento a juicio, la situación de duda que hubiese hecho imperiosa la cesación de procedimiento desapareció y estaba en consecuencia el Tribunal facultado para proferir -tanto por el anterior como por el nuevo procedimiento- la resolución de acusación.

Al respecto la Corte en pronunciamiento mayoritario reiterado ha sostenido:

"...si bien cabe entender que se estableció tácitamente en el artículo 677 (inciso 2o) del Código de Procedimiento Penal, una nueva causal de cesación de procedimiento, cuando en la reapertura de la investigación no se ha logrado obtener pruebas para acusación, de esto no puede deducirse que se pretendiera por el legislador imponer la cesación en los casos referidos cuando exista prueba para acusación, lo cual llevaría a la impunidad. El trámite, de otro aspecto, debe examinarse en su actual estado por ser plenamente válido como se dijo y por lo tanto no es posible entrar a examinar, en vista de las nuevas normas y en atención a posible favorabilidad, la validez de actuaciones anteriores en cuanto resultarían opuestas a los preceptos posteriormente vigentes como sería el caso del segundo sobreseimiento temporal, oportunamente dictado. Y así la posible favorabilidad del nuevo estatuto sólo procede examinarla para el trámite siguiente" (M.P. Dr. Guillermo Dávila Muñoz. Mayo 30 de 1988. Reiterado en sentencia de febrero 1o de 1989 M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Como en el caso que se examina, las pruebas fueron decretadas y practicadas oportunamente, el Tribunal al entrar en vigencia el Código de Procedimiento de 1987 tenía presente la situación fáctica que examinó para hallar méritos suficientes para llamar a juicio al acusado, tal decisión se imponía en aras de la recta y adecuada administración de justicia sin que con ello se quebrantara el debido proceso, el principio de favorabilidad, ni derecho alguno adquirido con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

2o. Aclarado este aspecto, la Sala examinará la existencia del delito de prevaricato por acción imputado al ex-juez Barrios Buelvas y la responsabilidad que pueda corresponderle.

a) Está plenamente demostrado en autos que el acusado en su condición de Juez Octavo de Instrucción Criminal de Cartagena conoció del proceso seguido contra los norteamericanos Douglas Rusell, John Franklin Crewis y David Hedrich, por violación al Estatuto Nacional de Estupefacientes, a quienes de haber sido aprehendidos en situación de flagrancia los oyó en indagatoria y resolvió su situación jurídica con auto de detención calendado el 28 de noviembre de 1983.

Sobre idénticos elementos de persuasión y no obstante la consistencia e inmodificabilidad del acervo probatorio recaudado desde el principio de la investigación que el juez Barrios Buelvas había utilizado como soporte de su acto detentivo, con fecha diciembre 30 del mismo año profiere decisión manifiestamente contraria a la ley, aceptando sin reservas la tesis de la insuperable coacción ajena planteada por el defensor de los extranjeros infractores, disponiendo su liberación inmediata y la entrega de la nave marítima en que se transportaba la gran cantidad de marihuana que les fue incautada.

El funcionario acusado, en el auto de detención fue enfático en sostener que las versiones de los capturados eran acomodadas, no estaban enmarcadas dentro del plano de la realidad procesal, eran contradictorias, llenas de vacíos, no existía relación ni coherencia en sus dichos, por lo que no resultaban creíbles, además de que en el proceso existía gran cantidad de material indiciario probado a plenitud que daba base sólida a la participación de los sindicados en la consumación del delito de tráfico de marihuana. Sin embargo, en el auto de diciembre 30 de 1983, en forma ilógica afirma todo lo contrario y para apoyar su decisión ostensiblemente contraria a la realidad procesal y a la misma ley, se limita a decir que en la providencia recurrida se "incurre en acriminaciones que están lejos de tener la fuerza probatoria indiciaria...Los señores tripulantes de la motonave Acuaria coinciden en sus versiones, que la tripulación fue sometida y obligada a transportar en la motonave bultos de marihuana", y que ellos posteriormente fueron capturados, pero los fascinerosos al percatarse de la presencia de la autoridad, emprendieron la huida en una embarcación con motor fuera de borda, versiones que no han sido infirmadas por otras personas.

Surge con claridad que la providencia en virtud de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la defensa contra el auto que decretó la medida detentiva, además de que carece de argumentos sólidos y de derecho, para reponer una decisión que surgía absolutamente legal y ceñida a las pruebas aportadas a los autos, violó el inciso 2o del artículo 52 del Decreto 1188 de 1974 (Estatuto de Estupefacientes vigente para la época de los hechos), pues como lo dijo la Corte en pretérita ocasión, tal norma, "no permite al funcionario que se ocupe de uno de los eventos de tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas, hacer entrega de los medios de transporte a persona distinta a aquellos que acreditan su condición de terceros (ajenos a la comisión del delito), y que además demuestren que 'a pesar de la suma diligencia y cuidado por ellos puesto, no pudieron conocer el destino ilícito dado a sus bienes' ".

b) Como bien lo tuvo en cuenta el Tribunal, hay que conceder razón al recurrente cuando señala que el solo hecho de ser manifiestamente contrario a la ley una determinada decisión, no es suficiente para imputar al procesado conducta prevaricadora, ya que para la viabilidad jurídica de tal conducta es esencial que la decisión sea obra de la voluntad o intención del funcionario de contrariar el ordenamiento legal.

En el caso que nos ocupa, dicha exigencia aparece demostrada, pues es evidente que no se trataba de resolver un punto complejo, no se requerían grandes conocimientos jurídicos para su entendimiento, ni la determinación que correspondía tomar ofrecía duda alguna. Por esta razón son inaceptables los argumentos del procesado y su defensor sobre el error de buena fe, motivado por la ignorancia.

En cuanto a este aspecto, la Sala comparte íntegramente las consideraciones del Tribunal, en el sentido de que "Ni del texto del auto detentivo que inicialmente profirió el doctor Barrios Buelvas, ni el proveído que lo revocó, mucho menos de su versión de indagatoria se proyecta la crasa ignorancia en materia de procedimiento penal que la defensa aduce en favor de este. En efecto da claras muestras de entender fenómenos como el de confesión calificada, la prueba indiciaria, la prueba testimonial y hasta un complejo tema como el de las causales de inculpabilidad (insuperable coacción ajena) y sin embargo reclama su ignorancia en una cosa más simple como lo era la consideración de la prueba de cargos."

Igualmente resulta atinado el concepto del señor Procurador Delegado cuando señala, "que la referida ignorancia o inexperiencia aparece como un supuesto irreal, dado que ya se había procedido conforme la ley en la decisión que posteriormente se revoca, lo que revela la claridad temática y probatoria de la situación, y la comprensión cabal de la misma por el procesado...que tomó dos posturas diversas frente a un mismo problema, lo que ciertamente fuerza la convicción de que comprendió perfectamente el caso y su solución, y que tomó en la reposición la que no correspondía a la ley y a las pruebas".

Como es fácil ver, ninguna incidencia reviste para el cargo concreto por el cual viene condenado el doctor Barrios Buelvas, las alegaciones sustentatorias de la apelación, de "ignorancia", "error" e "inexperiencia", porque como ya se dijo, analizó acertadamente la prueba en el proveído detentivo, la cual ya no le sirvió para mantener una decisión que frente a la realidad procesal, resultaba inmodificable.

3o. A pesar de que la Sala disiente de la pena impuesta al procesado como de la condena de ejecución condicional que se le otorgó, pues por la gravedad y trascendencia de hecho, no era de esperarse el mínimo de un (1) año, ni el otorgamiento de tal subrogado penal, frente al artículo 31 de la nueva Carta, tal discentimiento de la segunda instancia no puede acompañarse de decisión alguna al respecto:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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

CONFIRMAR la sentencia recurrida.

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

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*
Con salvamento de voto

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

FAVORABILIDAD \ CALIFICACION
(SALVAMENTO DE VOTO)

Sostener que cuando existe mérito para una Resolución de Acusación debe calificarse la investigación por tercera vez, constituye el desconocimiento del principio constitucional de la favorabilidad, cuando además, el legislador quiso reducir a dos el número de pronunciamientos calificatorios.

Radicación: 7458 Segunda Instancia

SALVAMENTO DE VOTO

Como en oportunidades anteriores y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987, de manera concisa dejo constancias de los motivos que me llevan a no compartir el criterio de la mayoría, no en lo que se refiere a la decisión finalmente adoptada, sino con respecto a las consideraciones que aluden a la aplicación del principio de favorabilidad, a propósito de la expedición del Código de Procedimiento Penal, contenido en el referido decreto.

Reiterando la tesis mayoritaria de la Sala, y aún predicando que no puede desconocerse el principio de favorabilidad, en la decisión se afirma la posibilidad de calificar por tercera vez un sumario cuando se han recaudado elementos de convicción que permiten sustentar un llamamiento a juicio.

No es esa la comprensión que el suscrito Magistrado tiene del principio de favorabilidad, pues la simple comparación de las dos legislaciones, el Decreto 409 de 1971 y el Decreto 050 de 1987, informa que aquel preveía tres calificaciones, cuando después del segundo sobreseimiento temporal y el consiguiente archivo, se recaudaba la prueba necesaria para cesar el procedimiento o para proferir auto de proceder; en tanto que en el último, después de una primera calificación de reapertura de la investigación por sesenta (60) días, necesariamente debía efectuarse la segunda en uno de los dos sentidos, con una resolución de acusación o cesando el procedimiento, quedando así descartada la posibilidad de una tercera

calificación. Con ello se hace evidente la intención del legislador de 1987 de evitar que el procesado continuara vinculado legalmente a un proceso por tiempo indefinido o, al menos, muy prolongado. De ahí que, en mi modesto concepto, sostener que cuando existe mérito para una resolución de acusación debe calificarse la investigación por tercera vez, constituye el desconocimiento del principio constitucional de la favorabilidad, cuando, además, el legislador quiso reducir a dos el número de pronunciamientos calificatorios.

Sin tener en cuenta si la situación procesal se presentó bajo la vigencia del Decreto 409 de 1971 o estando en vigor el Decreto 050 de 1987, ante la eventualidad de una segunda calificación, ésta solo podía efectuarse dentro de una alternativa limitada: o la resolución de acusación, o el cese del procedimiento; y existiendo dos calificaciones previas, necesariamente debió adoptarse la última de tales determinaciones, pero no en forma de una tercera calificación, sino simplemente por haber surgido una de las hipótesis del artículo 34 del Decreto 050 de 1987, aplicable en cualquier estado del proceso, por no ser posible continuar el ejercicio de la acción penal.

Fecha ut supra.

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

EXTORSION \ JUECES REGIONALES \ COMPETENCIA

Los delitos de extorsión son de conocimiento de los Jueces de Orden Público - ahora Jueces Regionales y Tribunal Nacional cuando la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7854. Colisión de competencia

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 113

Santafé de Bogotá, D.C., catorce de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Conforme a lo dispuesto por el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia procede a resolver la colisión negativa de competencia que se suscitó entre un Juzgado Regional de Medellín y el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, a propósito del conocimiento de la causa adelantada contra Juan Guillermo Cárdenas Arciza, Nelson de Jesús Tobón, León de Jesús Tobón Muñetón y Jairo de Jesús Restrepo Tobón, acusados de los delitos de extorsión en grado de tentativa y empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.

ANTECEDENTES

Por los meses de agosto de 1990 los señores Agustín Gaviria Arango y su hijo Luis Fernando Gaviria Gaviria fueron objeto de amenazas contra sus vidas y sus bienes si no entregaban la suma de cinco millones de pesos. Las eventuales

víctimas acudieron al Das, cuyos agentes montaron un operativo que culminó el 5 de septiembre del citado año con la captura de Nelson de Jesús Tobón y Juan Guillermo Cárdenas Areiza, quienes fueron vinculados al proceso mediante indagatoria. Los otros sindicados, León de Jesús Tobón Muñetón y Jairo de Jesús Restrepo Tobón, fueron declarados reos ausentes.

Concluida la investigación, uno de los Juzgados denominados por ese entonces de Instrucción de Orden Público de Medellín, en pronunciamiento fechado el primero de abril de 1992, profirió resolución acusatoria contra los cuatro procesados, como coautores del delito de extorsión en su modalidad tentada, en concurso con el delito de Lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.

En firme la determinación anterior, el expediente quedó a disposición de uno de los juzgados de conocimiento de la desaparecida jurisdicción de Orden Público, y cuando estaba a punto de concluirse la etapa probatoria de la causa, la apoderada de Nelson de Jesús Tobón solicitó que las diligencias fueran remitidas a los Jueces Penales del Circuito, por competencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1o. y 5o. transitorios del nuevo Código de Procedimiento Penal y en el 71.4 ibídem, conforme a los cuales los jueces regionales conocen de los delitos de extorsión y conexos, sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales, que representan nueve millones setecientos setenta y ocho mil quinientos pesos, ocurriendo que en este caso la cuantía se estimó en cinco millones de pesos.

En efecto, el Juzgado de conocimiento, ahora denominado Regional, en auto de 6 de julio pasado, acogió el planteamiento de la defensora, tomando como base para liquidar el monto económico de la infracción, el valor del salario mínimo legal en el año de 1990, conforme a la previsión del inciso del art. 73.3 del estatuto procesal. En consecuencia, proponiendo de antemano la colisión negativa de competencia, remitió el expediente al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Medellín.

El Juzgado Quinto Penal del Circuito de la mencionada ciudad también se estimó incompetente para conocer del asunto; conclusión a la que llegó partiendo principalmente del artículo 9o.2 del Decreto 099 de 1991, acogido como legislación permanente, conforme al cual, a los jueces de orden público corresponde conocer en primera instancia "De los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como del concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 7o. del Decreto 2790 de 1990, y cuando la cuantía sea o exceda de cinco millones...".

El funcionario colisionado refuerza su argumentación aduciendo que de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 3o. del Decreto 2271 de 1991 y 100 del Decreto Legislativo 2790 de 1990, las normas de los códigos penal y de procedimiento penal está subordinada a aquellas materias que no haya regulado la legislación especial.

Finalmente, el Juez Penal del Circuito aduce que según los artículos 2o. y 5o. transitorios del Decreto 2700 de 1991, la competencia de la que se denominó jurisdicción de orden público no fue modificada.

En las condiciones anteriores la Corte recibió el expediente para que resuelva la colisión de competencia.

LA SALA CONSIDERA

La diversificación normativa que en materia penal se ha producido a consecuencia de la incorporación de la legislación permanente de los decretos de estado de sitio expedidos antes de la promulgación de la nueva Carta Política, y la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal ha dado lugar a conflictos jurisdiccionales, como el que ahora es materia de este pronunciamiento, con respecto a la delimitación de la competencia de los funcionarios que integraban la denominada jurisdicción de orden público y que ahora pertenecen a la ordinaria con el nombre de jueces regionales y Tribunal Nacional, en especial en lo que al delito de extorsión se refiere. Al respecto la Sala ya ha tomado decisiones en las cuales se dilucida el tema en los siguientes términos:

"Por virtud del artículo 8o. transitorio de la actual Constitución Nacional, dentro del plazo de 90 días otorgado en esa disposición superior para la vigencia de los decretos que habían sido expedidos en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio de que hablaba la anterior Carta y para que operara la posibilidad de ser convertidos por el Gobierno Nacional en legislación permanente siempre y cuando no fueran improbados por la Comisión Especial, el Decreto 2271 del 4 de octubre de 1991 convirtió en legislación permanente, pero conservando su naturaleza de normas especiales -que tal lo eran-, algunas de las contenidas en el Decreto legislativo 2790 de 1990, en el que se integró en una sola jurisdicción los Jueces de Orden Público y los Especializados y se adoptaron otras medidas.

"Fue así como el Decreto 1676 de 1991 en su artículo 3o. que había modificado los numerales 2 y 13 y el parágrafo del artículo 9o. del Decreto 2790 de 1990 -a su vez modificado por el Decreto 99/91, se convirtió en legislación permanente y quedó atribuyendo a los juzgados de Orden Público de entonces el conocimiento 'de los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades' y de otros tipos delictivos, con la condición de que en tales casos 'la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos o cuando cualquiera de las conductas anteriores busque facilitar actos terroristas sin importar su cuantía'.

"Pero además, también el artículo 100 del Decreto 2790 de 1990 fue convertido en legislación permanente por el 3o. del Decreto 2271 de 1991, de manera que la aplicación de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal así como la de normas 'que los adicionen o reformen' quedó restringida a 'las materias no

reguladas' por el estatuto adoptado como legislación permanente, de donde resulta que si un determinado tema aparece regulado en la legislación especial convertida en permanente, es ésta y no otra la llamada a la aplicación.

"Así la situación, y de conformidad con el artículo 5o. transitorio del nuevo C. de P.P., deben los Juzgados Regionales, como hoy se conocen en la nomenclatura del nuevo C. de P.P. (Decreto 2700 de 1991) a los antes llamados Juzgados de Orden Público, mantener la competencia en los casos tratados en el Decreto 2790 de 1990 y su modificatorio el 1676 de 1991, convertidos, como se dijo, en legislación permanente en el 2271 de 1991. Así lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación al advertir luego de un sistemático estudio de la normatividad vigente al respecto, en providencia del 22 de julio último que 'los procesos cuyo conocimiento está atribuído a los Jueces Regionales, deben regirse exclusivamente por los Decretos Especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente. Solamente podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas'". (Auto, sep. 292.M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

En las anteriores condiciones, en este asunto ha de atenderse a lo dispuesto por el artículo 3o. del Decreto 1676 de 1991, incorporado a la normatividad nacional mediante el Decreto 2271 del mismo año, conforme al cual, los delitos de extorsión son de conocimiento de los jueces de orden público -ahora jueces regionales y tribunal nacional- cuando la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos. Por ello, habida cuenta de que la suma exigida por los procesados alcanza exactamente la cifra señalada, no cabe duda de que el Juez Regional de Medellín trabado en el conflicto, es el competente para conocer de esta causa, y evidentemente, no solo con respecto al delito de extorsión, sino también al conexo de lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos, por el cual también se formuló acusación.

Bastan las precedentes consideraciones para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

ASIGNAR al Juzgado Regional de Medellín proponente de la colisión, la competencia para proseguir y concluir la causa adelantada contra Juan Guillermo Cárdenas Areiza, Jairo Restrepo Tobón, León Tobón Muñetón y Nelson Tobón.

REMÍTASE el expediente al mencionado despacho judicial.

COMUNÍQUESE esta determinación al Juzgado 5o. Penal del Circuito de Medellín.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Paez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*
Con aclaración de voto

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

ACLARACION DE VOTO

Radicación No. 7854. Colisión de Competencia

ACLARACIÓN DE VOTO

No obstante compartir la decisión final adoptada por la Sala al resolver el conflicto de competencia, pues en verdad he llegado a la conclusión de que la competencia para conocer de este proceso radica en los Juzgados Regionales y no en los penales del circuito, debo dejar constancia de mi disentimiento con respecto a la motivación que respalda el pronunciamiento de la Sala.

No puede desconocerse que existe un aparente paralelismo de normas aplicables a la definición de la competencia para conocer de los delitos de extorsión, pues, como ya lo dedujo la mayoría, se encuentra vigente el artículo 3o. del decreto 1676 de 1991, incorporado a la legislación nacional por el Decreto 2271 expedido el 4 de octubre del mismo año.

La primera de tales disposiciones establece que a los jueces de orden público les corresponde conocer en primera instancia "De los procesos por los delitos de extorsión en todas sus modalidades, así como del concierto para cometerlo, su encubrimiento y la omisión de su denuncia o del informe de que trata el artículo 7o. del Decreto 2790 de 1990, y cuando la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos, o cuando cualquiera de las conductas anteriores busque facilitar actos terroristas sin importar la cuantía".

Pero por otra parte, el 30 de noviembre de 1991, se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, que entró a regir el 1o. de julio del año en curso, cuyo artículo 71 delimita la competencia de los Jueces regionales, a quienes, entre otras infracciones, atribuye, en primera instancia, el conocimiento:

"De los delitos contra la existencia y seguridad del Estado, de los delitos contra el régimen constitucional y de los delitos a los que se refiere el decreto 2266 de 1991, con la excepción del simple porte de armas de fuego de defensa personal, de la interceptación de correspondencia oficial y delitos contra el sufragio. Cuando se trate del delito de extorsión y conexos, la competencia de los jueces regionales procede sólo si la cuantía es o excede de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales".

De existir solamente estas dos disposiciones, la conclusión habría sido distinta, es decir, que debía aplicarse la disposición del estatuto procesal, por el principio de la sucesión de leyes en el tiempo. Sin embargo, la codificación comentada contiene una serie de disposiciones transitorias que reglamentaron el tránsito de legislación y entre ellas, el artículo 5o., al cual, en mi criterio, la Sala le ha dado un alcance del cual carece.

Dice la preceptiva citada: "La jurisdicción de orden público se integrará a la jurisdicción ordinaria desde el momento en que comience a regir este nuevo Código. Los jueces de orden público se llamarán jueces regionales y el Tribunal Superior de Orden Público se llamará Tribunal Nacional. La competencia de estos despachos no se modifica; continuarán conociendo de los mismos hechos punibles que han venido conociendo hasta ahora, de acuerdo con los decretos que no impruebe la comisión especial para convertir normas expedidas en ejercicio de facultades de estado de sitio en legislación permanente".

Se apoya la Sala en la anterior disposición, uniéndola a otra incorporada como legislación permanente, el artículo 100 del Decreto 2790 de 1990, que ordena que "En las materias no reguladas por este decreto, se aplicarán las normas del Código Penal y las del Código de Procedimiento Penal, así como las que lo adicionen o reformen", para concluir que la legislación adoptada como permanente, prevalece sobre el propio estatuto procesal, a pesar de que se expidió con posterioridad y que regula íntegramente la materia.

Considero que en los anteriores términos se ha establecido jurisprudencialmente una jerarquía legal carente de apoyo en el ordenamiento jurídico, pues si bien los decretos de estado de sitio de la anterior constitución fueron incorporados a la legalidad hoy vigente, no existe fundamento alguno para sostener que se trata de normas privilegiadas y de superior rango, para que deban aplicarse con prioridad a las del código de procedimiento penal.

Por otra parte, que el art. 5o. transitorio hubiera dispuesto que "La competencia de estos despachos no se modifica; continuarán conociendo de los mismos hechos punibles que han venido conociendo hasta ahora, de acuerdo con los decretos que no impruebe la comisión especial...", no significa y de ninguna manera puede entenderse así, que esa competencia es inmodificable hacia el futuro; porque, de hecho, el propio código, al cual está integrada la disposición que se analiza, había modificado la competencia de los funcionarios que pertenecían a orden público, en el citado artículo 71.

Entiendo que el art. 5o. transitorio, regula el cambio legislativo, señalando cómo se debe proceder con aquellos procesos ya iniciados, para evitar que con la nueva disposición de competencia iniciaran el consabido recorrido por múltiples despachos judiciales; y de esa manera, el precepto solo aludía a esos concretos hechos punibles que ya estaban al conocimiento de los jueces de la llamada

entonces jurisdicción de orden público, cuando entra regir la nueva normatividad; por lo que el único alcance que ha debido dársele a tal precepto era el de haber retenido en aquellos funcionarios la competencia de los procesos que se adelantaban conforme a la legislación anterior, pero no darle un rango superior y estimarla como precepto determinante de competencia.

Una interpretación como la que ha dado la Sala lleva a conclusiones sin lógica, porque si la competencia de los jueces regionales ya estaba señalada en la legislación adoptada como permanente, no tenía sentido que el nuevo código la reglamentara en su artículo 71, el cual nunca podrá ser aplicado, porque supuestamente la competencia de los jueces regionales y del Tribunal Nacional no podrá ser modificada; y dentro de diez años, cuando tales oficinas y funcionarios desaparezcan, con ellos también se extinguirá la posibilidad de darle cumplimiento.

Conforme a los precedentes razonamientos, concluyo que el art. 3o. del decreto 1676 de 1991 se debe aplicar en este asunto, por el hecho de que el proceso ya se estaba tramitando al ocurrir el cambio legislativo; y que el art. 71 del C. de P.P. es aplicable a los trámites que se hayan iniciado a partir del primero de julio pasado.

Con la habitual consideración por los distinguidos colegas, dejo sentado el criterio que me aparta de la motivación del proveído procedente.

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

Fecha ut Supra.

AUTOR \ COMPLICE \ TRANSPORTE DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE

Si el imputado no ha "contribuido" a la realización del hecho o "prestado ayuda posterior" al mismo, sino que inequívocamente lo ha "realizado", su intervención como protagonista de la conducta típica lo ubica en el plano del autor, situación que no varía por la sola presencia de un número plural de personas, pues si todas ellas toman parte en la ejecución del hecho típico responderán a título de coautoras, y si tan solo prestan colaboración o ayuda para que el autor lo realice, serán tenidas como cómplices.

La infracción "transporte" de sustancia estupefaciente (artículo 33, ley 30 de 1986), se ubica dentro de aquellas conocidas como de simple conducta, cuya consumación no exige la producción de un determinado resultado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6449

Contra: María D. Ruíz U.

Infr. Ley 30/86

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 115

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la acusada María Dolores Ruiz Usuga en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 14 de mayo de 1991, confirmatoria de la de condena que emitiera el Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad, afectando a la impugnante como infractora al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- María Dolores Ruiz Usuga figuraba como pasajera del vuelo 010 de la empresa Avianca programado para las horas de la tarde del 4 de junio de 1990 con destino a Madrid, cumpliendo, para abordarlo, todas las exigencias requeridas.

Sin embargo y mientras la viajera esperaba el anuncio de partida, su actitud de extremo nerviosismo alertó a uno de los agentes de migración del Das que al requerirla por su identificación le halló un segundo pasaporte donde aparecía su fotografía pero el nombre de Carolina de la Motta Fernández de Arauguiz, de nacionalidad española. El hecho ameritó la revisión de la maleta que la retenida había logrado introducir ya al avión, hallándose en ella y oculta en un doble fondo la cantidad neta de un mil cuatrocientos doce gramos con quinientos miligramos de cocaína.

2.- Las primeras diligencias contaron con la participación del Juzgado 18 de Instrucción Criminal permanente de Bogotá, pasando luego por competencia al Juzgado Primero Especializado de la misma ciudad, a cuyo cargo estuvo la iniciación y perfeccionamiento del sumario, cuya calificación se realizó mediante citación a audiencia de la sindicada fechada el 9 de agosto de 1990 como infractora de la Ley 30 de 1986 y en calidad de "presunta autora", separando la suerte de los cargos que por el delito de falsedad en el segundo pasaporte pudieran recaer en María Dolores, pues ninguna vinculación halló entre ese hecho y la conducta descrita en el inciso primero del artículo 33 del Estatuto Nacional de Estupefacientes, frente a la cual se realizo el análisis del tipo.

Variada la competencia para el conocimiento del asunto mediante Decreto 2790 de 1990, debió el Juzgado 17 Penal del Circuito asumir el conocimiento del asunto, verificando la diligencia de audiencia pública y emitiendo en oportunidad el fallo de primera instancia, dentro del cual dedujo como alcance de las pruebas la responsabilidad penal de la acusada como transportadora de la sustancia estupefaciente decomisada, imponiéndole como principal la pena de 4 años de prisión y 10 salarios mínimos de multa, y como accesoria interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, declarando que la enjuiciada no se hacía acreedora a la suspensión condicional de la condena.

Apeló la defensa del comentado fallo, dando lugar con la alzada a su confirmación íntegra por parte del Tribunal, cuya providencia resulta ahora objeto del recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Concreta el actor dos cargos en contra del fallo de segunda instancia, a través de los cuales se impetra que una vez se case esa decisión, proceda la Corte a imponer a la Ruiz Usuga "la pena que le corresponda en calidad de *cómplice* con las diminuentes del artículo 24 del C.P., para partícipes como autores y en la modalidad de *tentativa*, también con las diminuentes del artículo 22 de la misma obra."

La doble acusación se atiene a la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, anunciando en uno y otro cargo la violación indirecta de la ley sustancial penal por aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, transgrediendo en el primer caso el artículo 24 del Código Penal, y en el segundo el artículo 22 ibídem mediante manifiestos errores de hecho.

Ocupado de la sustentación del primer cargo sostiene el censor que la versión de la acusada mencionó invariablemente la participación de un tercero que la indujo a sacar del país con destino a España las maletas con la droga, sin que en el proceso aparezca probada la actuación "personal y directa" de la Ruiz Usuga, así que no podría decirse que fue ésta quien compró la droga ni luego los pasajes, surgiendo de "las pruebas practicadas" que se trata de una mujer humilde, pobre, huérfana y de exiguos ingresos.

Como no existe prueba que contradiga en ello a la acusada, pues su versión fue igual en el proceso y ante la agente de Policía Judicial que primero la entrevistó, "es necesario concluir -remata- que María Dolores Ruiz Usuga, participó en los hechos como *cómplice* y no como *autora*", haciéndose acreedora a la reducción de su sanción equivocadamente impuesta en las dos instancias.

En el cargo segundo y recordando las varias conductas alternativas descritas en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 se precisa que "el único verbo en el cual se podría encasillar la conducta de María Dolores Ruiz Usuga, sería el segundo, esto es *sacar del país* la droga a que se refieren los autos." porque "*Sacar* tiene un repertorio de acepciones de interés siempre y en lo más conexo con el Derecho, se incluye (con arreglo a su sistemática en el diccionario de *Derecho usual*): "*...Extraer algo del lugar en que se encontraba. Trasladar algo...*".

Siéndole al censor indudable que el propósito de la enjuiciada "*Era el de sacar de Colombia, con destino a España*, la droga incautada".

"Esta conducta no se pudo consumar en el caso que ocupa el recurso extraordinario, por cuanto que se produjeron actos idóneos e inequívocamente dirigidos a tal fin, pero ésto no se produjo, es decir, la ejecución del hecho, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, por cuanto que los miembros de la Policía Judicial "Das" le dieron captura a *María Dolores Ruiz Usuga, decomisaron la maleta de ésta y dentro de ella encontraron las sustancias o droga y la incautaron, dentro del avión que debía viajar a España.*

"Es decir que los miembros de la Policía Judicial impidieron consumar el verbo rector de *Sacar del país*, la droga prohibida.

"Con tal acto de los de Policía Judicial y así lo voy a suponer, *María Dolores Ruiz Uxuga, no pudo cumplir el cometido inicial de sacar del país* tal droga para llevarla a *España* (no quiere decir lo anterior, que esté aceptando la culpabilidad de ésta, sino que la acción a que ella se vio sometida, bien porque lo hubiese querido o porque realmente fue engañada por terceras personas, no se consumó). Viendo frustrada tal acción punitiva y, por lo tanto, quedando ésta en la modalidad de la Tentativa." (sic)

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Observando el Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal la incursión del libelista en confusión y falta de requisitos técnicos dentro de la formulación de su demanda, pormenorizadamente se refiere a ellos al ocuparse por aparte de los cargos, comenzando en el primero por exhibir la contradicción que su enunciado encierra, al sostenerse a un solo tiempo que el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 fue violado por aplicación indebida, pero a la vez partir de su acertada escogencia para impetrar que de él surja la pena, solo que disminuyéndola en la proporción del artículo 24 del Código Penal.

A esa contradicción insalvable se le agrega la falta de precisión sobre la modalidad del error que se acusa a fin de intentar la adecuada demostración del reproche, pues el esfuerzo se limitó a "hacer una serie de formulaciones genéricas en materia probatoria, tendientes a sustentar que su defendida no actuó en forma personal y directa, según se desprende de su dicho", sin llegar a demostrar ninguno de los supuestos de la censura pues todo cuanto hace es plasmar sus personales criterios para llegar a abstractas afirmaciones y negaciones indefinidas, planteamientos inadmisibles en casación, donde el desquiciamiento del fallo demanda formulaciones serias y demostradas.

Y como los mismos defectos acusa el cargo segundo, tampoco en su consideración de fondo podría ingresarse, concluye la Delegada, pues una vez más se acusó de indebida aplicación el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 para terminar por aceptar que es esa disposición la que debe servir de base a la tasación de la pena, solo que con aplicación del artículo 22 del Código Penal alusivo a la tentativa.

Pero para mayor desacierto del censor, ni siquiera el punto de partida de esta segunda acusación se muestra acertado, pues mientras los juzgadores afirmaron que la conducta imputable era la de haber transportado la sustancia según se desprendía de la prueba, sin acomodo alguno a esos medios se conforma el actor con afirmar, sin apoyo alguno en el proceso, que el cargo consistía en sacar la cocaína del país, situación irreal frente a la cual cualquier discusión llega al

fracaso. Si cuanto quería controvertir el censor era la ley y no la prueba, su equivocación se hace más palpable, pues en ese evento el defecto consistió en recurrir a la violación indirecta y no a la directa, fallas todas insuperables que dejan la proposición del cargo en una por incompleta, incontestable acusación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Siendo notorias, insubsanables y enervantes de una respuesta adecuada las fallas que presenta el escrito de demanda según pasa a verse, bastaría con apoyar las juiciosas reflexiones que el Señor Procurador Delegado trae en su concepto para desestimar íntegramente la impugnación formulada por el señor defensor de la acusada en cada uno de los cargos en que devela su pensamiento crítico frente a la sentencia de segunda instancia.

En verdad y como fácil se prueba de la vista del escrito impugnatorio, olvidó el censor que cuando se alega la violación indirecta de la ley, son exigencias que surgen de la propia preceptiva legal como de la lógica que gobierna el recurso extraordinario, la necesidad de concretar de manera clara y precisa cuales son los vicios que la sentencia acusa, expresando cuales provienen de errores de hecho y cuales de errores de derecho, sin que sea permisible su confusión dentro de un único cargo ni suficiente la escueta y general afirmación de su existencia.

Tratándose de errores de hecho, lo ha dicho invariablemente la doctrina, necesario resulta tanto su puntualización como su prueba, acreditando además que se trata de yerros ostensibles o protuberantes, como también que pese a esa entidad de manifiestos, sirvieron para que el juzgador le diera sustentación al fallo recurrido.

En contravía de esta preceptiva, encaminó el censor su alegación tratando vanamente de sustituir la demostración del error protuberante con la exhibición de sus personales discrepancias frente a las pruebas que sirvieron para sentar las conclusiones del ad-quem, cuando a ella hizo alusión, pues sin siquiera concretar en esos medios sus reparos, en el cargo segundo mejor parece que hubiera equivocado la vía de la impugnación, criticando la escogencia de la norma a manera de presentación de una violación directa.

Concretamente y cuando en el cargo primero sostiene el libelista que según la versión de la acusada medió la participación de un tercer sujeto quien proveyó a la Ruiz de la sustancia y del pasaje, pues carecía ésta de los medios suficientes para auto-financiar su viaje, su esfuerzo se restringió a la emisión de su opinión, pues se olvidó que ante todo debía desquiciar los presupuestos de la conclusión distinta a que había llegado el juzgador, omitiendo toda alusión que no fuese al dicho de la procesada, que tampoco probó desconocido o deformado en la sentencia.

Peor aún. Al sostener que dentro del proceso no se había demostrado que fue María Dolores Ruiz quien adquirió la sustancia y los pasajes, desconoció que el

juzgador nunca dio por probada como comportamiento objetivo la compra del alcaloide ni atribuyó como cargo su pretendida exportación, centrando el reproche en la conducta alternativa del "transporte", adecuación que para nada enervó el censor, como no fuera, y así lo destaca con acierto el Ministerio Público, para incurrir en una nueva inconsecuencia: la de acusar por indebida aplicación el artículo 33 de la ley 30 de 1986, para terminar solicitando que sea dentro de sus propios márgenes que se le fije la pena definitiva a su representada.

Tampoco en el segundo cargo se precisa en qué consistió el error del juzgador, si fue éste de hecho o de derecho, y en cada caso, si se trató de falsos juicios de identidad o de existencia; y si de un error de derecho se trataba, si a él se había llegado por falsos juicios de legalidad o convicción.

Se omite señalar además en éste evento cuales fueron las pruebas en las cuales recayó el falso juicio; mucho menos se citan las disposiciones medio por cuyo desconocimiento se llegó a la violación de la ley sustancial, y si ésta segunda exigencia se deduce en alguna medida contingente, lo que no resulta excusable es que ante el anuncio de que los hechos apuntan a una tentativa y no a un delito consumado, se vuelva a omitir toda crítica a la adecuación que hizo el Tribunal de la acción de la acusada frente a las varias conductas alternativas que contiene el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, de manera que si la sentencia se sostiene que María Dolores Ruiz responde por el transporte de cocaína, no se llega a saber si el censor apunta a la desestimación de este cargo, o a la adición de la tentativa de exportación sobre la cual insiste.

2.- Al lado de los anteriores defectos insubsanables por la Corte dentro del principio de limitación que rige el recurso extraordinario, descubre la Sala notorias inconsistencias en la argumentación de la demanda que no se puede dejar de reseñar y responder así sea con la brevedad de los términos que siguen:

2.a- Cuando el censor sostiene que a la acusada se le debió tener como cómplice y no como autora de infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, parte de presupuestos contrarios a la realidad que encierra el expediente, pues para sustentar su tesis deforma notoriamente el dicho de María Dolores aceptando que en su versión atribuyó la entrega de la maleta a un tercero que no identificó de modo suficiente, pero desconociendo que fue la acusada quien reconoció haberla llevado desde Medellín hasta el aeropuerto Eldorado donde la entregó como su equipaje de viajera. Cuidadosamente elude además el censor que con el alcaloide oculto en las tapas de la maleta, otra porción fue hallada en las plantillas de unos zapatos deportivos que había acomodado la Ruiz en el interior de la valija, lo que hace de la alegación un escrito parcializado e incompleto, pues lo menos que debía guardar el demandante frente al proceso era el deber de lealtad que le imponía el artículo 6o. del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 18), sin que le fuera dable desconocer que "Toda decisión judicial debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso: (art. 246 C.P.P.), ni pretender que los funcionarios lo ignoren.

Tampoco comprensible que con distanciamiento de los artículos 23 y 24 del Código Penal se diga que participa como cómplice en el delito quien tiene simplemente el ánimo de colaborarle a otro, pues ni siquiera dentro de la más extrema teoría subjetiva podría admitirse que por consultar la sola voluntad del agente se autorice desconocer la realidad de la conducta asumida por el sujeto agente frente al delito, pues si el imputado no ha "contribuido" a la realización del hecho o "prestado ayuda posterior" al mismo, sino que inequívocamente lo ha "realizado", su intervención como protagonista de la conducta típica lo ubica en el plano del autor, situación que en casos como el presente no varía por la sola presencia de un número plural de personas, pues si todas ellas toman parte en la ejecución del hecho típico, responderán a título de coautoras, y si tan solo prestan colaboración o ayuda para que el autor lo realice, serán tenidas como cómplices.

De regreso al caso debatido, la ubicación de la señora **Ruiz Usuga** *como autora de la infracción no da lugar para cavilaciones, si por su propia confesión se sabe que fue ella con exclusividad quien desplazó en el doble fondo de su maleta y las plantillas de su calzado el vedado alijo de Medellín a Bogotá, y en ésta ciudad hasta el aeropuerto, comportamiento descrito típicamente en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 como "transporte" de sustancia estupefaciente, y rectamente calificado así en las instancias.*

2.b.- La infracción atribuida a la acusada se ubica como de modo reiterado lo sostiene esta Sala, dentro de aquellas conocidas como de *simple conducta*, cuya consumación no exige la producción de un determinado resultado. Siendo además *delito de peligro*, su realización ofende el bien jurídicamente tutelado de la salubridad pública sin que para su represión se demande la causación efectiva de un detrimento en ese ámbito de tutela, y tratándose, de añadido, de uno de aquellos denominados delitos compuestos alternativos cuya tipicidad integran una serie de conductas que en cadena dan la cobertura íntegra al bien que se protege, bastará la ejecución de una sola de ellas para tener por realizada íntegramente la infracción, en cuyo caso resultará inaceptable exigir que se realicen varios de aquellos comportamientos para que el delito se consume (v.gr.: conservación y venta), como excesivo al castigar con las penas del concurso de delitos de ejecución conjunta de más de uno de tales eventos típicos (almacenamiento y transporte, por vía de ejemplo).

Estas mismas características toman del todo ajena la posibilidad de la tentativa que en la demanda se plantea, *cuando una segunda conducta alternativa* (exportar, en este caso) *no llega a ejecutarse, siendo ya para entonces superada otra de aquellas que en la acudida norma se contiene* (elaboración, almacenamiento, transporte o simple tenencia, siquiera), de donde se comprende que la pretensión del actor inaceptablemente llevaría tanto como a dejar impunes, contra toda autorización legal, y en aras de sancionar tan solo como tentativa la conducta alternativa que no se llegó a ejecutar, otros comportamientos que ya para entonces habían dejado perfeccionada la agresión al bien jurídico tutelado, por darse en ellos todos y cada uno de los elementos que el tipo penal del artículo 33 de la ley 30 de 1986 les demandaba.

El cargo, por lo expuesto, 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 la sentencia motivo de este recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*
Aclaración de voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

NARCOTRAFICO \ DELITOS COMPUESTOS ALTERNATIVOS (ACLARACION DE VOTO)

Puede ocurrir un comienzo de ejecución, en un crimen in itínere y no un delito consumado.

Referencia: Proceso de Casación No. 6449

Delito: Infracción a la ley 30 de 1986

ACLARACIÓN DE VOTO

1.- En el acto sub examen -según las probanzas recaudadas- la sentenciada tenía el propósito teleológico de *sacar del país* la sustancia prohibida para lo cual se aprestaba a burlar los controles oficiales y a colocar el espécimen en territorio extranjero. Fue sorprendida en el aeropuerto "El Dorado" -bajo las premisas históricas conocidas- sin que el resultado final apetecido se alcanzara. La acción disvaliosa que queda reseñada permite predicar un comienzo de ejecución sólo interferido por circunstancias ajenas al desarrollo de la voluntad criminal. Fuerza es hablar, entonces, en el supuesto de hecho, de un crimen *in itínere* y no de un delito consumado. Tal mi criterio -en ésta y otra hipótesis similares- que la Sala definitivamente considera erróneo y equivocado pues reconociendo la discutible exactitud de la tesis mantenida en las instancias, considera rectamente calificado el comportamiento de la acusada al ubicarse su delincuencia dentro del entendimiento del verbo "transportar", cuando probatoriamente -al menos para mí- se ha demostrado que es otro el núcleo rector que aprisiona la conducta: "sacar del país".

2.- De nuevo, pues, se agita ante la Corte el tema de los llamados delitos compuestos alternativos en la estructura típica de la Ley 30 de 1986 y otra vez la mayoría, con respetable técnica jurista, insiste en sus conocidos argumentos plasmados en la sentencia de casación de diciembre once (11) de mil novecientos noventa (1990). Frente a ese dictamen mantuve y mantengo una cerrada oposición, con su correspondiente criterio disidente.

3.- Siempre he creído que la conducta humana debe tener un riguroso ajuste de tipicidad y una subsunción exacta entre el hecho de la vida real (premisa histórica) y el tipo de la ley (premisa legal) al cual accede. Y es de ver que este principio se quebranta, con un divorcio de dimensiones considerables, cuando en

tratándose de tipos mixtos alternativos se sostiene que basta el cumplimiento de una de las conductas alternativamente descritas por el texto legal -así su descripción no encaje, *stricto sensu*, con la realidad del hecho y sus circunstancias- para tener por realizada la infracción.

4.- Lamento infinito tener que contrariar la afirmación de la Sala mayoritaria. En ceñida obediencia a lo que considero es legal y jurídico me veo precisado a apartarme de tal jurisprudencia y a sostener, como en su momento lo dije, las siguientes proposiciones, predicables en el caso de la especie:

"...c) No puedo aceptar -dogmáticamente hablando- que ante la concreción de una hipótesis específica, los aspectos intelectivo, material y externos de la conducta, debidamente calificados, varíen, con condicionamientos que desvirtúan su propia realidad y desconocen la dirección volitiva de esa conducta. En el actuar del sujeto hay una actividad consciente acerca de un objetivo que penalmente debe reprimirse como tal, esto es, como comportamiento dirigido a lograr un fin relevante. Pero esto no presupone que porque las diversas modalidades que integran el actuar punible ofendan un mismo interés jurídicamente protegido y evidencien idéntico correctivo punitivo, pueda producirse una transmutación de la voluntad para que cualquiera de las conductas alternativamente descritas suplante la que describe con exactitud el hecho y sus circunstancias. Por eso, hasta ahora, no he logrado entender la afirmación de la mayoría de que si hay un ánimo de enajenar la sustancia prohibida y la operación se frustra no es dable pregonar la tentativa de venta y sí la elaboración (!). O esta otra de que quien traslada fármacos para su almacenamiento ha consumado el evento típico de transportar (!). Debo confesar -sin infringir los buenos modales- que mi lucidez y mis intentos dialécticos han sido inútiles para alcanzar a averiguar la virtud que se esconde en esos párrafos. Sospecho que mi desacuerdo es total en la materia.

"d).- Ninguna excelencia conceptual advierto, pues, en lo sostenido por la mayoría. Lo sé a punto fijo por dos consecuencias de inocultable trascendencia: la aplicación de un criterio extensivo que el de recho penal no posee y la eliminación de la tentativa en los supuestos del artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Juzgue cada cual lo particular de estas ideas jurisprudenciales. De pronto y de verdad el asunto es de cavilar. Con buena meditación, obviamente...". Nada más.

5.- Finalmente:

Tiene toda la razón la Corte al desechar por falta de técnica la demanda de casación. Brillan al ojo los errores y los desaciertos del escrito. En este sentido sus argumentos resultan de impresionante volumen y deben compartirse.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.
Magistrado

Fecha ut supra.

CASACION \ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Fue voluntad del legislador unificar las normas aplicables en materia del recurso de casación, comprendiendo en esa reglamentación las sentencias del Tribunal Penal Militar, respecto de los cuales por ejemplo, no hay duda de que rige el inciso segundo de la norma transcrita, el cual es una innovación, que de manera expresa modifica el tenor literal del artículo 435 del Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar).

Es evidente que todo lo relacionado con el recurso de casación aún respecto de fallos de la justicia militar, está regulado por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 7851

Contra: Luis Marín

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 115

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dieciseis de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

El Tribunal Superior Militar remitió a la Corte el proceso seguido contra Luis Alfonso Marín Morales y otros, en el cual el Fiscal Cuarto de esa Corporación interpuso el recurso de casación contra la sentencia absolutoria de Segunda Instancia.

En el auto admisorio de la impugnación extraordinaria dice textualmente el Magistrado sentenciador: "Conforme a lo que dispone el artículo 438 del Estatuto Penal Militar, en armonía con lo que norma el 224 del Código de Procedimiento Penal, se concede el recurso para ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa citación de las partes".

Se procede a resolver sobre la competencia para adelantar el trámite previo a la decisión del recurso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o.- El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal dice:

"El recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias proferidas por el Tribunal Nacional, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, en segunda instancia, por los delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años aún cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

"El recurso se extiende a los delitos conexos, aunque la pena prevista para éstos, sea inferior a la señalada en el inciso anterior.

"De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede aceptar un recurso de casación en casos distintos a los arriba mencionados, a solicitud del Procurador, su delegado, o el defensor, cuando considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" (subrayado fuera de texto).

De la lectura de los anteriores incisos se desprende con toda claridad, que fue voluntad del legislador unificar las normas aplicables en materia del recurso de casación, comprendiendo en esa reglamentación las sentencias del Tribunal Penal Militar, respecto de las cuales, por ejemplo, no hay duda de que rige el inciso segundo de la norma transcrita, el cual es una innovación, que de manera expresa modifica el tenor literal del artículo 435 del Decreto 2550 de 1988.

También constituye una modificación al Código Penal Militar lo consagrado en el inciso tercero, en cuanto este es aplicable a las sentencias de esa jurisdicción.

Y precisamente teniendo como punto de partida las sentencias respecto de las cuales es procedente el recurso de casación, es que en los artículos siguientes se establecen las causales, el trámite del recurso, los requisitos de la demanda, las limitaciones que impone a la Corte, el procedimiento a seguir cuando prospera la censura, etc., luego es evidente que todo lo relacionado con el recurso de casación aún respecto de fallos de la Justicia Militar, está regulado por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

2o.- Así las cosas, el trámite del presente recurso debe surtirse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 del actual estatuto procesal, razón por la cual la Sala no tiene competencia para ello y en consecuencia dispondrá que se regrese el expediente al Tribunal Superior Militar.

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

RESUELVE

DEVOLVER el expediente al Tribunal Superior Militar para los fines expuestos en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*
Salvó voto

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia*
Con salvamento de voto

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 7851

Delito: Homicidio

SALVAMENTO DE VOTO

Cúmpliendo con el deber de expresar las razones que me mueven a discrepar frente al criterio de la mayoría de la Sala, tanto en cuanto a las consideraciones como en la conclusión a que arriba de extender a la justicia Penal Militar y contra sus propias disposiciones especiales, normas exclusivas del procedimiento ordinario, sucintamente consigno a continuación mi pensamiento:

1.- La jurisdicción Penal Militar tiene origen constitucional en el canon 221 de la Carta Política vigente, que al repetir de manera sustancial los términos del artículo 170 anterior precisa:

"De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código penal militar".

2.- Siguiendo estos derroteros, el Decreto 2550 de 1988, por medio del cual se expidió el Código Penal Militar, no solamente fijó las normas rectoras de esa jurisdicción especializada, clasificó y describió los tipos penales que le incumben, señaló las competencias para su conocimiento y fijó los ritos dentro de los cuales debe operar el debido proceso, sino que de modo expreso reguló lo atinente en el recurso extraordinario de casación.

Dentro de ésta específica materia, la ley penal militar fija en concreto la competencia que en el ámbito de esta impugnación le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -art. 319-, determina la procedencia del recurso -art. 435-, concreta sus titulares -art. 436-, la oportunidad para interposición y concesión, la decisión sobre su aceptación, los requisitos que debe ofrecer la demanda y las previsiones sobre su admisibilidad o rechazo, señalando

las causales para su procedencia, la operancia del principio de limitación, los términos dentro de los cuales debe adoptarse la decisión y las consecuencias de los fallos estimatorio y desestimatorio (arts. 437 a 446).

3.- Consagrado en el artículo 302 del Código Penal Militar el principio de "integración" según el cual

"Son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este Código o en leyes especiales, las disposiciones contenidas en los Códigos de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil." fácil resulta comprender que la aplicación del Decreto 050 de 1987 tenía que supeditarse a cubrir vacíos o aspectos que no se hallasen expresamente regulados dentro de ese procedimiento penal castrense, pues de existir en él expresa y especial regulación, debía operar con preferencia. Este precepto no tuvo, sin embargo, dificultad para su aplicación en materia del recurso extraordinario de casación, porque en las dos compilaciones la regulación era integral, pero además coincidía.

Sustituido el Código de Procedimiento Penal de 1987 por el ahora vigente Decreto 2700 de 1991, ninguno de los anteriores principios sufrió modificación distinta a la comprensión de que esa "integración" debería proseguir como fácil se entiende, frente a esa nueva codificación, pero siempre con el fin de cubrir vacíos o en general aspectos que no se hallasen expresamente regulados dentro del rito penal militar.

De esta manera, si como ha ocurrido, el Decreto 2700 vino a introducir cambios dentro del trámite y estructura del recurso extraordinario de casación, ellos quedaron reducidos en su origen y contenido exclusivamente para el proceso ordinario, pues, bien merece repetirlo, no se mudó la norma constitucional que hacía exclusiva la ley de procesamiento penal del personal militar, pero además, ni las facultades otorgadas al Presidente para que con la aprobación de la Comisión Especial introdujera modificaciones hacia el interior de la jurisdicción penal militar, ni el texto aprobado del decreto 2700 de 1991 extendieron en la práctica esos efectos hacia el ámbito de esa jurisdicción especializada, de modo que ante el surgimiento de contradicciones entre los ritos de uno y otro código sobre interposición, trámite y regulación en general del recurso extraordinario de casación, las innovaciones solamente podrían comprometer a la jurisdicción ordinaria, pues nada autoriza, contra el criterio que sienta la mayoría de la Sala, para que pueda el intérprete hacer graciosamente extensivas esas novedades hacia el Código Penal Militar, que ni ha sido total o parcialmente derogado, y mas bien por el contrario, al tener regulada expresamente la materia en cuanto a la impugnación extraordinaria, debe obligar su preferencia, sin que tenga cabida alguna el acudido principio de integración.

Pienso, entonces, y así respetuosamente lo enfatizo, que para desconocer el trámite que contempla el Decreto 2550 de 1988 sobre esta materia, debe mediar

una modificación legislativa expresa; pues, entre tanto, el rito para impulso y decisión del recurso extraordinario debe continuar dentro de las guías que le fija detalladamente el Código Penal Militar, ya que esa ha sido la voluntad invariable del constituyente.

Respetuosamente,

Juan Manuel Torres Fresneda
Magistrado

Adhiero:
Didimo Páez Velandia

LIBERTAD PROVISIONAL \ ANTECEDENTE PENAL

Si al procesado se le imputa alguno de los delitos previstos en el numeral 4o. del artículo 417 del C. de P.P., sólo podrá negársele el beneficio de excarcelación si el funcionario de acuerdo a los requisitos subjetivos a que se refiere el numeral 2o. del artículo 68 del Código Penal, considera que el imputado requiere de tratamiento penitenciario. Pero si la infracción o infracciones a que se contrae el proceso no aparece en la lista allí consignada y, además se cumple el requisito objetivo a que se refiere el artículo 68 del Código de la Penas, se impone el beneficio de la libertad provisional, sin que le sea permitido al funcionario denegarlo so pretexto del necesario tratamiento penitenciario.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 28 de la Carta Política no pueden existir "penas y medidas de seguridad imprescriptibles" pero a su vez el artículo 248 de la misma codificación superior se tiene que las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva "tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales".

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 7877

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 116

Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Surtido el trámite previsto en el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Eduardo Alfonso Trujillo Niño y sustentado por su apoderado contra la providencia de fecha 26 de agosto último, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva le negó el beneficio de libertad provisional que con apoyo en el numeral 1o. del artículo 415 ibídem demandara ante el giro jurisprudencial dado por esta Sala frente al artículo 441 del Estado Procesal Penal derogado.

ANTECEDENTES

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en providencia de fecha 1o. de abril de 1991 dictó resolución de acusación contra el doctor Orlando Ramírez Bahamón y Luis Eduardo Trujillo Niño, en su condición de Juez Tercero Civil del Circuito de la misma ciudad y Secretario respectivamente, como presuntos responsables del delito de prevaricato por acción; se les decretó medida de aseguramiento de detención preventiva y se les negó el beneficio de libertad provisional por expresa prohibición del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte en providencia de fecha 11 de septiembre siguiente confirmó la decisión adoptada por el Tribunal de Instancia que fuera recurrida por los defensores de los procesados y, respecto del beneficio de libertad provisional puntualizó:

"La Sala en providencia de treinta y uno de julio pasado, a instancias del Ministerio Público varió su doctrina al respecto haciendo viable la libertad provisional al sindicado de cualquiera de los delitos enlistados en el numeral 4o., art. 441 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales, el de Prevaricato por Acción solamente cuando su personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible permitan al Juez suponer fundadamente que no requiere de tratamiento penitenciario, conclusión a la que llegó luego de una interpretación sistemática de la ley, en aras de una mejor administración de justicia y en coincidencia con el pensamiento del legislador que hizo de la excarcelación la norma general y no la excepción."

"Consecuente con dicho giro jurisprudencial, estima la Corporación que en el presente caso, no se puede acceder al otorgamiento de la libertad provisional de los procesados Ramírez Bahamón y Trujillo Niño por cuanto su personalidad, la gravedad del hecho punible y las circunstancias en que se perpetró aconsejan hacer efectiva la medida de detención preventiva."

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Dice el procesado que "...Ahora bien, en el presente caso se me dictó Resolución de Acusación por el delito de Prevaricato por Acción, el cual trae como pena de uno a cinco años de prisión, art. 149 del C.P.; en el hipotético caso de resultar responsable y culpable de los hechos que se imputan me haría merecedor a una pena que en ninguno de los casos sería superior a los tres años de prisión, condición única exigida por la ley penal hoy para suspender condicionalmente la pena y consecuencialmente conceder la libertad provisional anticipada. La pena máxima que se me impusiera no llegaría a los tres años de prisión por las siguientes razones: El art. 61 del C.P. trae los criterios para fijar las penas, como son la gravedad y modalidad del hecho punible, así como el grado de culpabilidad del sindicado, factores que si se deben tener en cuenta por el fallador para medir la pena. Si los hechos sucedieron con la gravedad y modalidad que plantea el H. Tribunal en su Resolución de Acusación, nunca se me puede dar el mismo grado de culpabilidad en la ejecución de los mismos al que le pueda caber al señor Juez -no quiero con esta afirmación decir que él es responsable o culpable, solamente afirmo lo anterior para efectos de una posible graduación de pena-. Como Secretario del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Neiva -Huila-, me ajusté a los parámetros legales y mis funciones las cumplí como subordinado y ellas eran de carácter estrictamente administrativas dentro del Juzgado y nunca administré justicia, porque esa función le correspondía al Juez, jamás se me puede colocar en la misma balanza al momento de medir responsabilidades y culpabilidades frente a los hechos. El Secretario de un juzgado civil solo puede cometer Prevaricato en ejercicio de sus funciones administrativas en el Juzgado, pero nunca con las providencias de fondo que profiere el despacho, en los procesos su actuación se limita a dejar constancias procesales que sirvan para aligerar u orientar el proceso, a contabilizar términos y en una actuación de estas puede aparecer un prevaricato por acción, pero no ocurrió una sola irregularidad en las actuaciones secretariales para que se me indilgue el delito de prevaricato por acción."

"Lo anterior es tan evidente y claro, que el propio Procurador Delegado ante la Corte, en su concepto de rigor en el trámite del recurso de Apelación de la Resolución de Acusación, luego de un estudio pormenorizado de mi situación como Secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva (H), solicito ante la Corporación la Cesación de Procedimiento en mi favor por concurrir en mi accionar la causal excluyente de antijuridicidad consistente en haber obrado en estricto cumplimiento de un deber."

"No existen circunstancias de agravación punitiva en contra mía y contempladas en el art. 66 del C.P., por el contrario invoco a mi favor circunstancias de atenuación punitiva -art. 64 de la misma obra- como son mi buena conducta anterior como funcionario público (numeral 1o.), durante mis largos años al servicio de la Rama Jurisdiccional del Poder Público jamás fui sancionado disciplinariamente ni condenado por sentencia alguna durante el ejercicio de mis

cargos. Valga la ocasión para hacer referencia a la condena que contra mí y otros, profirió el Juzgado Segundo Penal Municipal de Pitalito -Huila- a nueve meses de prisión por el delito de hurto hace más de (22) veintidós años como quiera que tiene fecha de 9 de junio de 1969, lo cual no puede tenerse como antecedente que manche mi buena conducta anterior, para efectos de la atenuación de la pena; la misma está prescrita, es decir, no existe para ningún efecto, más aún, cuando la Constitución en su Art. 28 inciso final habla de que no puede haber penas imprescriptibles. Igualmente, invoco como causal de atenuación para efectos de graduación de la pena, la circunstancia personal y de trabajo de haber actuado bajo la orden dada por el superior a través de un auto para que el secretario del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva (H), y me presenté porque considero que no he cometido ningún delito, que soy inocente del cargo que se atribuye, inocencia que demostraré en el debate público."

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal de Instancia para denegar el beneficio de libertad provisional demandada por Trujillo Niño se apoyó inicialmente en lo resuelto por esta Sala cuando confirmó la resolución de acusación y agregó: "...la legislación penal, ni la procedimental derogada como tampoco la vigente han desconocido el factor subjetivo -personalidad-, ni las modalidades y gravedades del hecho ilícito como factores preponderantes a considerar, a la par con el objetivo, para la viabilidad de algunos beneficios. Los exige el art. 68 del C. Penal cuando de condena de ejecución condicional se trata y los recaba respecto a la primera el 72 ibídem con relación a la libertad condicional. También a ellos hace referencia al Art. 415-1 del nuevo C.P. Penal para reconocer el derecho del sindicado a la excarcelación, cuando en cualquier estado del proceso se den los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia; y su concurrencia impide denegar aquel beneficio en los eventos y para los ilícitos que definen y enlista el art. 417 ibídem, entre los que se cuenta el punible que se le endilga al procesado."

"Se destaca entonces como requisito sine qua nom para la concesión de la libertad provisional a la luz de la causal invocada, la presencia de los requisitos tanto objetivos como subjetivos a que alude el art. 68 del C. Penal, referido el primero a la imposición de pena de arresto o de prisión inferior a tres años y el segundo a que la personalidad del procesado, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juzgador la suposición de que aquel no requiere de la efectividad del tratamiento penitenciario."

"Y no es esta precisamente la creencia que *se permite* en el caso sub-lite, entratándose como se ha dicho en ocasiones anteriores, de un ilícito lesivo a la Administración de Justicia, con repercusiones innegables en el entorno laboral y social, cometido por uno de sus servidores, contra quien obra sentencia condenatoria cuya antigüedad no demerita su efecto como antecedente a considerar al tenor

del art. 12 del C.P. Penal vigente, cuestionador sin duda de su buena conducta anterior, todo lo cual conjuntamente evaluado, lleva a la conclusión de la necesidad de la ejecución de aquella medida."

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El doctor Josué Rodríguez Díaz *quien recibiera poder del procesado para sustentar el recurso de apelación ante esta Corporación en el escrito correspondiente que presentara dentro del término de traslado pertinente de instancia hace suyos los planteamientos de su representado y agrega que las consideraciones del a-quo resultan contrarias a la normatividad vigente (Artículo 415, numeral 1o. parte final) y a la realidad procesal, pues no se puede negar al procesado el beneficio de libertad allí previsto so pretexto del necesario tratamiento penitenciario por la personalidad del agente y la gravedad del hecho, así como tampoco en atención a las circunstancias de atenuación y agravación, pues todas ellas deben ser tenidas en cuenta al momento de la graduación de pena, es decir, en la sentencia, para determinar la procedencia o no del subrogado penal de la condena de ejecución condicional. Afirma, que en el presente caso la pena no sería superior en ningún caso a los tres (3) años de prisión, requisito objetivo único para negar o conceder la libertad provisional al tenor de lo preceptuado en la norma antes citada.*

Agrega que el Tribunal, al afirmar que el delito de prevaricato por acción por constituir una conducta grave contra la Administración de Justicia y estar encasillado dentro de las prohibiciones del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, impide el otorgamiento del beneficio que se reclama, es tanto como admitir que tampoco procede la excarcelación provisional con relación al punible de homicidio que constituye hecho grave contra el derecho fundamental a la vida.

Considera que las circunstancias de atenuación, de agravación, justificación del hecho, causales de inculpabilidad, personalidad, conducta anterior del agente, etc., permiten el otorgamiento de beneficios consagrados en la ley de forzoso cumplimiento, argumentos que fueron expuestos por su poderdante y que el Tribunal desatendió pues la negativa la sustenta esencialmente en un presunto antecedente de más de 22 años en que se le condenó a nueve (9) meses de prisión para deducir que la conducta anterior de Trujillo Niño no fue buena y por tanto merecedor de tratamiento penitenciario. Tal consideración, agrega, contraviene el precepto constitucional previsto en el artículo 28 de la Carta Política que consagra la imposibilidad de que en Colombia existan penas imprescriptibles.

Dice así mismo, que el delito de prevaricato solo puede ser cometido por empleado oficial y para juzgar su conducta anterior se debe tener exclusivamente en cuenta su comportamiento como empleado y como tal, su representado no registra investigación disciplinaria o por delito alguno de responsabilidad. Concluye remitiéndose al concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal

emitido cuando la Corte tuvo oportunidad de revisar la resolución de acusación proferida contra Trujillo Niño, impartiéndole aprobación integral, es decir, rechazando la petición del defensor y del Ministerio Público con relación a su representado.

Enseña el artículo 415, numeral 1o. del Código de Procedimiento Penal que el procesado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria "Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. Salvo lo dispuesto en el artículo 417 de este Código, la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario."

De la norma antes transcrita se tiene:

a.- En primer término el funcionario debe verificar que en el caso concreto "estén demostrados los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia", es decir, los consagrados en el artículo 68 del Código Penal, esto es, que la pena que le corresponda por el delito que se le imputa sea de arresto o que no exceda de tres (3) años de prisión, en el evento de un fallo condenatorio y, que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible permitan al juez suponer que el procesado no requiere de tratamiento penitenciario.

b.- Si al procesado se le imputa uno cualquiera de los delitos previstos en el numeral 4o. del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, podrá negársele el beneficio de excarcelación si el funcionario de acuerdo a los requisitos subjetivos a que se refiere el numeral 2o. del artículo 68 ya citado, considera que el imputado requiere de tratamiento penitenciario. Pero si la infracción o infracciones a que se contrae el proceso no aparece en la lista allí consignada y, además, se cumple el requisito objetivo a que se refiere el ya mencionado artículo 68 del Código de las Penas, se impone el beneficio de libertad provisional, sin que le sea permitido al funcionario denegarlo so pretexto del necesario tratamiento penitenciario.

Es cierto que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 28 de la Carta Política no pueden existir "penas y medidas de seguridad imprescriptibles", pero, a su vez el artículo 248 de la misma codificación superior se tiene que las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva "tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales."

No importa ni la cantidad ni la calidad de pena que se le imponga a un procesado en el fallo condenatorio para predicar si constituye o no antecedente judicial o contravencional. Tampoco la menor o mayor antigüedad del mismo, ni si se ejecutó o se concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Solamente deja de tener tal categoría cuando exista decisión judicial, igualmente ejecutoriada, que declare su extinción, bien sea por prescripción, ora por amnistía o indulto, en cuyo caso por mandato legal no podrá tenerse en cuenta para ningún efecto.

Visto lo anterior, se tiene que el delito de prevaricato por acción (artículo 149 del Código Penal), que se le imputa a Trujillo Niño el legislador lo ubicó dentro del numeral 4o. del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, es decir, contrariamente a lo afirmado por el procesado y su apoderado, el requisito objetivo previsto en el artículo 68, numeral 1o. del Código Penal no constituye el único factor para determinar la procedibilidad o no del beneficio reclamado. Recuérdese que el artículo 415 inciso 1o. establece el beneficio de libertad provisional cuando estén demostrados los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia, es decir, que de acuerdo con las reiteradas decisiones de esta Sala, el juez podrá, negar la excarcelación mediante caución prendaria o juratoria si de los datos existentes en el plenario aparece que por su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, le permiten suponer fundadamente el necesario tratamiento penitenciario del procesado.

El Tribunal de Instancia al momento de calificar el mérito del sumario en verdad negó la libertad de los acusados Ramírez Bahamón y Trujillo Niño por consideraria improcedente de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal anterior, pero esta Sala, al revisar por vía de apelación la resolución de acusación, expresamente negó el reconocimiento anticipado del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, precisamente por encontrar que los factores subjetivos previstos en el artículo 68 del Código Penal hacían impertinente tal medida, no obstante la nueva interpretación que diera la Corte al contenido del numeral 4o. de la norma ya citada.

Resulta entonces, necio pretender que sin elemento de juicio alguno distinto a los ya considerados por la Corte en su oportunidad, pueda entrar a otorgar el beneficio que le fuera denegado, aceptando la afirmación de que solo el juzgador debe atender el requisito objetivo de la pena y así mismo, desconocer un fallo condenatorio, por antiguo que sea, sobre la equivocada interpretación del defensor de que la conducta anterior del procesado, debe ser mirada exclusivamente respecto de su comportamiento durante el tiempo en que estuvo vinculado a la Administración Justicia, es decir, sobre antecedentes disciplinarios o penales por delitos de responsabilidad.

Finalmente los motivos que expone el procesado para desvirtuar la afirmación del Tribunal sobre su responsabilidad penal, es asunto ajeno a este incidente de libertad pues, como él mismo lo advierte, en el debate público tendrá la oportunidad de referirse a ellos y eventualmente obtener decisión favorable a sus pretensiones. De ser atendidos en esta oportunidad sería tanto como entrar a modificar el pliego de cargos con violación del debido proceso lo que resulta a todas luces inadmisible.

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

RESUELVE

1.- RECONOCER al doctor Josué Rodríguez Díaz como defensor del procesado Eduardo Alfonso Trujillo Niño de acuerdo con el poder que aparece a folio 3 de la actuación de la Corte.

2.- CONFIRMAR la providencia de fecha 26 de agosto de 1992, mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva, NEGÓ el beneficio de libertad provisional a Eduardo Alfonso Trujillo Niño.

Cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

NULIDAD \ COLISION DE COMPETENCIA

Tanto el Código de Procedimiento Penal anterior como el actualmente vigente, señalan con absoluta claridad que las nulidades sólo serán decretadas por el funcionario competente.

Si el funcionario luego de que se plantea el conflicto resuelve mediante auto avocar el conocimiento y disponer continuar con el trámite que corresponde, tales decisiones implican que admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Colisión de Competencia No. 7868

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 115

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dieciseis de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

De plano procede la Corte a pronunciarse sobre el conflicto negativo de competencia surgido entre los Juzgados Penales del Circuito, Quinto de Santafé de Bogotá y Segundo de Cúcuta, quienes se han declarado incompetentes para conocer de este proceso.

ANTECEDENTES

a) El Juzgado Cincuenta y Nueve de Instrucción Criminal de Santafé de Bogotá, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Carlos Martínez por el punible de falsedad material de particular en documento público.

b) Repartido el proceso correspondió su conocimiento al Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta ciudad, despacho judicial que dispuso abrir el juicio a pruebas por el término de tres (3) días, y una vez agotado el trámite correspondiente, fijó fecha para la audiencia pública.

En el curso de la vista pública, la Representante de la Sociedad pidió la remisión del expediente a la ciudad de Málaga (Santander del Sur), donde se afirma se desarrollaron los hechos materia del juzgamiento, por ser allí donde se debe continuar con el conocimiento del proceso. Solicitó además, que se declarara la nulidad de lo actuado desde el auto que ordenó cerrar la investigación.

El Juzgado, atendiendo la solicitud de la Representante del Ministerio Público, ordenó la suspensión de la diligencia de audiencia. Posteriormente, mediante auto de junio 10 del año en curso decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que ordenó la apertura del juicio a pruebas y simultáneamente se declaró sin competencia para seguir conociendo del proceso, disponiendo su remisión al Juzgado Penal del Circuito de Cúcuta -Reparto-, proponiéndole a su vez al juez que le corresponda el asunto, colisión negativa de competencia en caso de no aceptar sus argumentaciones, que son del siguiente tenor:

Luego de referirse a lo preceptuado en los artículos 13 del C.P. y 74 del C. de P.P., sostiene que el procesado Carlos Martínez en diligencia de indagatoria indicó que la confección del documento que le encargó a Gustavo Monguí, le fue entregado por este mismo en la ciudad de Cúcuta. Con el dictamen pericial se constata que el documento es apócrifo y la firma de su signatario no corresponde a la utilizada en sus actos públicos. Concluye que con la base probatoria allegada, es dable afirmar que el hecho delictivo tuvo su gestación total o parcial en Cúcuta, puesto que del dictamen antes mencionado no se puede colegir la confección de la licencia provisional de tránsito en Málaga, y tampoco en Bogotá, sino en Cúcuta como lo dijo el sindicado en sus intervenciones procesales, pues se dirigió a esta ciudad para facilitar su salida del país, obteniendo un pasaporte en el Consulado de Colombia en Táchira. Igualmente no puede decirse que se presentó un uso de licencia de tránsito en Bogotá, porque llegó deportado de Alemania, obviamente con toda su documentación retenida.

c) El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, mediante auto de junio 30 del presente año, avocó el conocimiento. En proveído de julio 1o dispuso que el expediente permaneciera en la Secretaría por el término de treinta (30) días hábiles a disposición de los sujetos procesales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 446 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

Durante el término del traslado, en auto de julio 8 ordena anexar al proceso las comunicaciones procedentes de la Jefatura de Fiscalías Especializadas de esa Seccional y en consecuencia reconoció al profesional designado como Fiscal.

Vencido el término del traslado, en auto de agosto 20 del corriente año resuelve: "No aceptar la competencia atribuida en forma negativa por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá..." y en consecuencia ordena enviar el proceso a la Corte, a fin de que dirima el conflicto.

La anterior decisión la fundamenta en las siguientes consideraciones:

Sostiene que es un contrasentido la posición asumida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, "al admitir en un mismo auto su falta de competencia en el presente proceso y al mismo tiempo pronunciarse respecto de una causal de nulidad por incompetencia territorial.

Señala que el instructor calificó los hechos como falsedad material de particular en documento público, calificación que no ha sufrido ninguna modificación, encontrándose en firme, "y mal actuaría este juzgado si entrara a pronunciarse de fondo respecto de esa decisión al observar que se deja por fuera el agravante por el uso del documento público falso o el no haberse tenido en cuenta la autoría del procesado como determinador de la falsedad ideológica del pasaporte y luego de ello declararse sin competencia territorial para seguir conociendo del proceso, porque esos aspectos no son los que actualmente son el motivo de controversia y su pronunciamiento de fondo presupone la competencia en el subexamine".

Agrega que de la calificación de los hechos debe partirse para determinar la competencia para conocer y fallar el proceso, teniendo en cuenta el artículo 13 del Código Penal. De la lectura del proceso se deduce, contrario a lo sostenido por su homóloga, que no está demostrado de manera seria y fehaciente por prueba digna de crédito, que el documento calificado de falso, se hubiera elaborado materialmente en Cúcuta, situación que se hace más ostensible con las contradicciones en que incurre el procesado en sus diferentes intervenciones procesales. No aparece con claridad el sitio donde el documento fue alterado materialmente. El imputado dice que en Bogotá convino la tramitación de los documentos tachados de falsos y en dicha capital entregó determinada suma de dinero para su obtención. Que en Cúcuta facilitó sus fotografías y allí recibió la licencia de conducir que resultó alterada. Que en San Antonio del Táchira, República de Venezuela, recibió el pasaporte calificado de expúreo, "pero la referencia a estos lugares no puede equipararse a aceptar que fue en la ciudad de Cúcuta donde se produjo la alteración material en estricto, aunque se vinculen con ella".

Considera, que al no estar demostrado el lugar de alteración de los documentos, acorde a reiteradas decisiones de la Corte, la adjudicación debe hacerse conforme a las normas de competencia a prevención, deduciéndose que como en Bogotá se inició y tramitó la etapa instructiva, es a un juzgado con sede en dicha ciudad, esto es al Quinto del Circuito a quien le correspondió por reparto, el que debe aprehender el conocimiento. Cita jurisprudencia de esta Corporación.

Finalmente aduce que el hecho de haber corrido el traslado conforme a lo ordenado en el artículo 446, no presupone decisión o pronunciamiento de fondo y "precisamente es dentro de dicho término donde se debe tomar decisiones como estas...".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ante todo llama la atención el error en que incurrió la Juez Quinta Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por haber decretado la nulidad del proceso a partir del auto que ordenó abrir el juicio a prueba, a pesar de negarse a conocer del mismo por considerar que carece de competencia para ello.

Tanto el Código de Procedimiento Penal anterior -artículo 99- como el actualmente vigente -artículo 101-, señalan con absoluta claridad que las nulidades a que hubiere lugar solo podrán ser decretadas por el funcionario en quien queda radicada la competencia.

"...es jurisprudencia reiterada de esta Corte que en casos de presentar incompetencias no se debe proceder a decretar la nulidad, hasta que la competencia no se haya establecido con precisión y esté el proceso asignado a quien corresponde, ésto con el propósito de evitar tener que repetir la actuación cuando la competencia finalmente se señale en quien la provocó y anuló parte del proceso por considerar no ser de su competencia. (Auto de agosto 26 de 1991. M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

Igualmente resulta equivocada la actuación del Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, al remitir el proceso a esta Corporación para que dirima el conflicto de competencia negativa que le había planteado la Juez Quinta Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, por cuanto éste desapareció cuando el funcionario avocó el conocimiento y ordenó correr traslado a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Reiteradamente la Corte ha insistido en el cumplimiento de los requisitos o presupuestos legales necesarios para predicar la existencia del conflicto de competencia, los que resume así:

"a) Cuando se trata de la llamada colisión negativa es preciso que el funcionario que está adelantando el proceso al estimar que no es competente para continuar conociendo de él, lo remita a aquel que considere que es el competente, explicando mediante auto, los motivos que fundamentan su posición".

"b) El funcionario a quien se remite lo recibe y analiza los motivos expuestos por quien se declaró incompetente; si no los acepta remite el proceso con el auto explicatorio al superior para que este decida. Si admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente, dispone mediante auto continuar con el conocimiento del proceso".

"c) Que uno y otro funcionario observen el procedimiento señalado por la ley para tramitar en debida forma el impedimento; y"

"ó) Que la disparidad de criterios en torno a la competencia, se presente respecto de unos mismos hechos y en relación con una misma situación o estado procesal" (autos de marzo 11/87; octubre 14 y diciembre 7/88; abril 14 y 20/89 y junio 24/92).

Es apenas natural entender, que si el funcionario, luego de que se le plantea el conflicto, resuelve mediante auto avocar el conocimiento y disponer continuar con el trámite que corresponde, tales decisiones implican que admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente.

Si el Juez de Cúcuta no analizó oportunamente los motivos expuestos por la juez de Santafé de Bogotá que declinaba la competencia, o dicho en otras palabras, si no expuso en el momento debido su rechazo a las razones expuestas por su homóloga y adelantó, como en efecto lo hizo la etapa del juicio, ha debido provocar la colisión de competencia y esperar el nuevo pronunciamiento de la funcionaria, a quien le correspondía, de no admitir el pronunciamiento del Juez de Cúcuta, trabar el conflicto y remitir el proceso a esta Corporación para que se decidiera de conformidad.

Por manera que el Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, equivocó la vía procesal en consideración a que en este momento no se ha trabado debidamente el conflicto, por lo que la Corte se abstendrá de dirimirlo, disponiendo la devolución del expediente a la oficina de origen, para que si a bien lo tuviere, proponga la colisión y a ésta se le dé el trámite procesal correcto.

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

RESUELVE

ABSTENERSE de conocer el presente asunto; y

Devolver el proceso al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta para los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

TRANSITO DE LEGISLACION \ COMPETENCIA

El artículo 13 transitorio del Código de Procedimiento Penal, establece que "los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior Código...", lo cual significa que en los demás casos se aplicarán las nuevas disposiciones, teniendo en cuenta el trámite que falta para agotarse. El nuevo Código rige el proceso desde el momento en que se encuentra hacia adelante, sin necesidad de invalidar nada de lo actuado ni repetir pasos ya superados.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Segunda Instancia No. 7840

Contra: Carlos Julio Mejía C.

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 115

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dieciseis de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver la petición formulada por el defensor del procesado Carlos Julio Mejía Clavijo, consistente en que devuelva el expediente al Tribunal de origen con el fin de que se le dé el trámite contemplado en el artículo 446 del C. de P.P.

ANTECEDENTES

El defensor del procesado en escrito que antecede manifiesta.

"En calidad de defensor del sindicado respetuosamente le solicito que antes de entrar a resolver el recurso de apelación que interpuse, se ordene devolver el proceso a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá D.C., a efecto de que se dé cumplimiento a lo ordenado por el artículo 446 del C.P.P.

Hago esta respetuosa petición por cuanto en el presente proceso no se ha iniciado audiencia pública".

2.- Las presentes diligencias se iniciaron en el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987). Se advierten los siguientes actos procesales:

a.- El proceso se inició el seis de noviembre de 1990 y una vez cumplidas las diligencias pertinentes se dispuso el cierre de investigación mediante auto de fecha febrero tres del año en curso.

b.- Corridos los traslados respectivos, se calificó el mérito del sumario el 25 de marzo de la anualidad que avanza, con resolución de acusación.

c.- Ejecutoriada la anterior decisión se abrió el juicio a prueba, oportunidad aprovechada por el procesado para solicitar la práctica de diversas diligencias las cuales fueron negadas, pronunciamiento contra el que se interpuso el recurso de apelación, siendo enviado el proceso a esta Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o.- El artículo 13 transitorio del Código de Procedimiento Penal establece que "Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior Código...", lo cual significa que en los demás casos se aplicarán las nuevas disposiciones, teniendo en cuenta el trámite que falta por agotarse. El Código nuevo rige el proceso desde el momento en que se encuentra hacia adelante, sin necesidad de invalidar nada de lo actuado ni repetir pasos ya superados.

En este orden de ideas, algunas situaciones que se pueden presentar son las siguientes:

a.- Si lo único que falta para terminar las diligencias en la etapa del juicio es la audiencia pública, se debe proceder a su realización con participación del Fiscal correspondiente.

b.- Si el traslado para pedir pruebas ya se surtió, se debe continuar con el trámite del juicio decretándolas o negándolas según sea el caso. Su práctica será en la audiencia o fuera de ella si esto no es posible tal como lo señala el artículo 448 del Código ahora vigente.

c.- En los casos en que el 1o de julio pasado estaba corriendo el término para solicitar pruebas, éste podía ampliarse a treinta (30) días tal como lo dispuso el artículo 446.

d.- Si el expediente llegó al Juez de conocimiento cuando ya estaba rigiendo el nuevo Código de Procedimiento Penal, es forzoso que la tramitación del juicio se adelante según sus preceptos.

2o.- En el caso que nos ocupa, el término para solicitar pruebas en la etapa del juicio se cumplió durante los días 18, 19 y 20 de mayo del presente año, del cual hizo uso el procesado.

Mediante providencia de junio 20 siguiente, el Tribunal negó las pruebas pedidas y contra esa decisión el defensor interpuso el recurso de apelación, ya en vigencia del nuevo Código (julio 17/92).

En estas condiciones, el trámite que corresponde adelantar en la Corte es definir el recurso interpuesto dando aplicación al artículo 213 del procedimiento penal ahora vigente. A su vez, en el Tribunal, atendiendo al efecto diferido en que se concedió la apelación, la actuación seguirá dentro de las limitaciones que le son propias de acuerdo con los artículos 203 y 455 ibídem.

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

RESUELVE

Primero: NO ACCEDER a la solicitud formulada por el defensor del procesado Carlos Julio Mejía Clavijo.

Segundo: CONTINUAR la tramitación del recurso de apelación interpuesto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel	*Jorge Carreño Luengas*
Guillermo Duque Ruiz	*Gustavo Gómez Velásquez*
Dídimo Páez Velandia	*Edgar Saavedra Rojas*
Juan Manuel Torres Fresneda	*Jorge Enrique Valencia*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

PENA ACCESORIA \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS \ CASACION OFICIOSA

Si el juzgador al imponer la pena de prisión no aplica la interdicción de derechos y funciones públicas está desobedeciendo una preceptiva obligatoria, lo cual presupone que está ignorando el texto explícito de la ley o lo que es lo mismo pero en términos del recurso de casación, excluyendo el canon en forma evidente.

Las penas accesorias fueron instituídas por el legislador para limitar algunos derechos del sentenciado, a parte de su libertad de locomoción, dadas las modalidades del hecho punible por el que fue condenado y las circunstancias que rodearon su comisión.

La expulsión del territorio Nacional, debe guardar una estrecha relación entre la conducta reprochable y ésta sería sanción accesoria, demostrando el juzgador que la una es la consecuencia lógica de la otra.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6729

Contra: Lesbia Brenes Peters

Delito: Homicidio culposo.

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

el Juzgado 2o. Superior de Ocaña y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta a 14 años de prisión como autor material de un doble delito de homicidio, según sentencia definitiva de junio 18 de 1991.

Antecedentes inmediatos:

Como a eso de las seis de la mañana del 18 de febrero de 1988, en la Vereda 'La María' del municipio de Abrego, cuando Pedro Julio Sánchez Pallares y sus hijos Enrique, Moisés y Wilmar Sánchez Rodríguez se dirigían a sus labores del campo fueron sorprendidos por varios sujetos que les dispararon a consecuencia de lo cual Pedro Julio y su hijo Enrique dejaron de existir, el primero en el teatro mismo de los acontecimientos y el segundo en un centro de asistencia médica donde fue trasladado.

Como Luis Eduardo López García fuese señalado como la persona que accionó la pistola que portaba contra la humanidad de las víctimas, se le procesó y condenó en la forma indicada en precedencia.

La demanda de revisión

Mediante apoderado, el procesado referido interpone acción de revisión ante el Tribunal Superior de Cúcuta, con invocación expresa de la causal 5a. del artículo 232 del C. de P.P. 'por haberse fundamentado el fallo en pruebas falsas'.

El Tribunal remitió la actuación a la Corte, por competencia, pues siendo el objeto de la acción una sentencia del Tribunal Superior, la revisión corresponde a la Corte Suprema de Justicia según lo dispone el numeral 2o. del artículo 68 del C. de P.P. vigente.

El actor, sin allegar prueba alguna en que apoye el reproche a la sentencia, exhibe como fundamentos de hecho la 'falsedad' de los testimonios de William Sánchez Rodríguez, Moisés Sánchez Rodríguez y José Uriel Rodríguez Rodríguez, así como la de las autopsias o los cadáveres de los occisos.

Deduce la falsedad en la particular apreciación que hace de las pruebas mencionadas pues, así por ejemplo, refiriéndose al primero de los testigos, rechaza la imputación que éste le hace al sentenciado porque: "si salió corriendo para su casa a avisar, y eran las 05:30 horas aproximadamente no había aún la suficiente claridad como para reconocer a Luis López García con su barba y bigote, color del vestido y disparando con una pistola blanca; la sorpresa y el miedo, su corta edad y el instinto de conservación, son circunstancias que le impedían fijar de manera inequívoca, individualizar al homicida dentro de una pluralidad de autores que se encontraban mimetizados dentro del follaje de un pequeño bosque desde donde les dispararon a los hoy occisos, por estas razones, y por la carencia de un detenido e

inteligente interrogatorio por parte del juez instructor, no es de recibo este testimonio, por ser contrario a la verdad verdadera, es decir mentiroso".

En cuanto a las necropsias, su inconformidad la hace consistir en no haber el perito extraído los proyectiles que debían estar en el cuerpo de las víctimas para saber si pertenecían a una sola arma o a varias y si en verdad eran de pistola o no. Esa circunstancia impidió desechar los testimonios por mentirosos y obviamente absolver al procesado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La acción de revisión, como técnicamente la denomina el Código actual, es un derecho que surge para cambiar una situación que es considerada como verdad indiscutible por haber sido declarada por quien a nombre del Estado ejerció la potestad de administrar justicia. Con ella no hay una continuidad del proceso finiquitado, pues pretende la iniciación de uno nuevo en donde el objeto del cuestionamiento es nada menos que la sentencia o decisión judicial definitiva tenida como justa por virtud del principio de lo cosa juzgada.

La demanda que en desarrollo de este derecho se presente no debe ser, en consecuencia, un simple alegato de instancia que busque revivir un debate probatorio ya precluido o para contraponer el particular criterio frente al del autorizado fallador, como si se tratara de una tercera instancia.

Es pues, una acción exigente no sólo respecto de la selección de la causal, sino frente a su demostración. Ello explica todas y cada una de las formalidades esenciales que debe reunir el escrito atinente a su instauración (art. 234 C.P.P.), pero muy particularmente la referida en su numeral 4o. en donde no basta con relacionar las pruebas para demostrar los hechos básicos de la demanda, sino que es indispensable 'aportarlas'; no de otra manera puede la Corporación juzgar si la pretensión es seria y tiene viabilidad la iniciación del nuevo proceso.

Ninguna prueba adjuntó el actor encaminada a demostrar los hechos enunciados y menos la exigida por la causal invocada; 'sentencia en firme' que demuestre haber sido el fallo objeto de la pretensión fundamentado en prueba falsa.

"Una prueba es falsa -ha dicho la Corte- cuando no corresponde a la realidad del hecho que con ella se pretende demostrar, cuando la verdad se muta, inita, supone, calla, oculta o suprime; si lo que ocurre es que de su examen no surge ostensible la certeza de lo que en verdad sucedió en el mundo de la naturaleza, no ya de falsedad puede hablarse sino, tal vez, de falta de consistencia y, por ende, de credibilidad" (sent. febrero 6/80 M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).

Así las cosas, ha de ser considerada la demanda presentada como completamente inepta para los fines señalados en su pretensión y, en consecuencia, se impone su rechazo in limine.

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

RESUELVE

Primero.- RECONOCER personería al doctor José C. Ramírez Ramírez en los términos del poder a él conferido por el sentenciado Luis Eduardo López García.

Segundo.- RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada contra la sentencia de junio 1991 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta por medio de la cual se condenó a Luis Eduardo López García a la pena principal de 14 años de prisión como autor material de un doble delito de homicidio.

Líbrese despacho comisorio para la notificación correspondiente. En FIRME, archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruíz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

INEXISTENCIA \ NULIDAD \ COMPETENCIA \ INSTRUCCION \ REPARTO

La sanción de inexistencia solo está prevista para todas aquellas actuaciones en que participe el procesado sin estar debidamente acompañado de su defensor.

No todas las irregularidades procesales constituyen nulidad, para que se de una de ellas es indispensable que se afecte de manera grave la estructura fundamental del procedimiento o se vulneren derechos sustanciales de las partes.

La competencia para conocer de un determinado delito en su fase instructiva o de juzgamiento es determinada por la Constitución o por la ley para cada categoría jurisdiccional.

El reparto es un acto simplemente administrativo que tiene como finalidades fundamentales, la equitativa distribución el trabajo entre los funcionarios que obstenten una misma competencia y evitar que los procesos puedan ser asignados conforme a las preferencias de los funcionarios potencialmente competentes.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6821. Casación

Procesado: Lázaro González L.

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobada acta No. 118

Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

En pronunciamiento del 31 de mayo de 1991, el Comandante de la Policía del Valle condenó al agente de Policía Nacional Lázaro González López como responsable del delito de homicidio; decisión que el Tribunal Superior Militar confirmó íntegramente mediante sentencia del 29 de julio de 1991.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. La demanda respectiva se declaró ajustada a las exigencias legales y se le corrió traslado al Procurador Delegado, quien solicitó no se casara el fallo recurrido.

Procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

Tuvieron ocurrencia el 8 de marzo de 1987 en la cantina "Luces de la Pampa" de la ciudad de Sevilla, cuando los agentes González López y Luis Ernesto Betancourth, cumpliendo el primer turno de vigilancia, se dedicaron a ingerir bebidas embriagantes en el mencionado establecimiento; habiéndose presentado una pelea porque la mujer Francia Elena Posso abandonó la mesa donde se encontraba con Samuel F. Botero y se fue hacia el mostrador en donde estaban los agentes para ponerse a tomar con ellos; razón por la cual Botero se levantó para decirle que regresara a la mesa y ante la manifestación del Agente Betancourth al decirle "Ya va para allá marica", Botero lo empujó y a renglón seguido se presentó un intercambio de golpes, que generó la intervención del hoy procesado quien disparó su revólver, contra Botero López, cuyo fallecimiento se produciría siete meses más tarde, es decir el 27 octubre de 1987.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Juzgado Primero Penal Municipal de Sevilla (Valle) dictó auto de cabeza de proceso el 16 de marzo de 1987, indagó a Luis González López el 7 de abril siguiente y a Luis Ernesto Betancourth el 8 del mismo mes y año, habiendo decretado la detención preventiva del primero el 24 de marzo de 1988.

El Comando de Policía Valle, como Juez de Primera Instancia, en providencia del 19 de febrero de 1991, decretó el cese de procedimiento en favor del agente Betancourth y por decisión del 25 de febrero de 1991 dispuso la convocatoria de González López a Consejo de Guerra; el cual se realizó el 28 de mayo del mismo año y concluyó con un veredicto mayoritario de responsabilidad.

Las sentencias de primera y segunda instancia se profirieron el 31 de mayo y el 29 de julio de 1991, respectivamente.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Presentó la impugnante un cargo por considerar que se había dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, con el argumento de que se había instruido por un Juez que no era competente y por haberse incurrido en la actuación en irregularidades procesales que afectan el debido proceso.

Hace consistir la nulidad alegada en el hecho de que el Juez de primera instancia hubiera comisionado al Juzgado de Instrucción (reparto), para adelantar la investigación, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 87 de Instrucción Penal Militar, pero habiendo enfermado la titular del mismo, el secretario ordenó la devolución del proceso al Juzgado comitente, determinándose por éste que la investigación fuera adelantada por el Juzgado 76 de Instrucción Penal Militar, despacho en el que el secretario dejó constancia de protesta por el desconocimiento de la norma que dispone que cuando existan juzgados de la misma categoría los procesos deben ser sometidos a reparto entre todos; pero pese a tal apreciación y a la grave anomalía tal despacho conoció de la instrucción del proceso.

De lo anterior concluye la impugnante que el funcionario competente para conocer de dicho proceso era el Juzgado 87 de Instrucción Penal Militar y que el hecho de haberse enfermado la titular no era causal de terminación de la competencia.

Luego, de manera inexplicable, dice que en el Código de Justicia Penal Militar, en el tema de impedimentos y recusaciones, no existe la enfermedad como una de las causales y que en el caso concreto tampoco se daba una colisión de competencias, ni un cambio de radicación. Como consecuencia de tales reflexiones vuelve a concluir que la competencia estaba radicada en el Juzgado 87 y que de ésta manera se vulneró el art. 1o. del anterior código procesal. Prosigue argumentando que si en gracia de discusión había de quitársele la competencia al Juez a quien primero fue repartido el proceso, éste ha debido regresar al Juzgado de reparto y que al no hacerlo se incurrió en irregularidad procesal que afecta el debido proceso.

Finalmente, la recurrente además de solicitar se decrete la nulidad del proceso, habla de la inexistencia del acta del Consejo de Guerra por no haber sido firmada por el defensor.

CONSIDERACIONES DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO

Solicita no se case la sentencia con base en las siguientes argumentaciones:

"Esta delegada considera que la causal de nulidad que se alega por la defensa no existe en el caso de autos teniéndose en cuenta que si bien es cierto al Juzgado 87 de Instrucción Penal Militar por reparto le había correspondido la comisión correspondiente para practicar las pruebas, también lo es que el reparto como tal no constituye factor de competencia alguno que la determine específicamente, porque la competencia como tal la fija la ley.

"El mecanismo del reparto, que funciona cuando hay varios jueces de la misma competencia en el mismo lugar, no es elemento que atribuya competencia visto que solo constituye un acto administrativo de distribución de trabajo entre Jueces de igual ámbito de competencia, precisamente para repartir equitativamente el trabajo que a todos corresponde o compete. Por ello suena extraño que al acto de reparto se le quiera atribuir tanto significado como para que anule la sentencia que ha sido correctamente dictada, por Juez competente, y en donde además el Juez Instructor igualmente era competente según la ley para recoger el material probatorio correspondiente.

"En el caso en estudio tanto el Juez 87 de Instrucción Penal Militar como el 76 de Instrucción Penal Militar son de la misma jerarquía y a cualquiera de los dos perfectamente podía el Juez de Primera instancia comisionar para la práctica de pruebas.

"Dentro del proceso penal, cualquier Juez está facultado para practicar pruebas dentro de los diferentes procesos penales, porque todos tienen la calidad de instructores, pudiendo ser comisionados para ellos por Juez de igual o Superior jerarquía.

"Dentro de la estructura de la Justicia Penal Militar, la función específica de los Jueces de Instrucción Penal Militar radica precisamente en la práctica de pruebas y por esto tanto uno como otro perfectamente estaban facultados para practicarlas. Aunque por reparto las diligencias le habían correspondido al Juez 87 de Instrucción Penal Militar, sobrevino una circunstancia como fue la enfermedad de la titular del Despacho según constancia secretarial obrante dentro del expediente, razón por la cual en forma directa el Juzgado de primera instancia comisionó directamente al Juzgado 76 de Instrucción Penal Militar.

"Es más, mayor sentido procesal tiene el auto comisorio para atribuir competencia funcional a un Juez, puesto que es el ejercicio directo de la facultad de comisionar que la ley ha establecido para los Jueces de conocimiento en las instancias, caso en el cual es natural que el comisionado directo deba cumplir con la orden legal que se le da para acopiar diligencias o pruebas. De donde se viene

a decir que carece de razón la demanda en cuanto aduce que el reparto es elemento determinante de una nulidad procesal. Menos ahora frente a la nueva codificación procesal en donde los conflictos por reparto vienen a constituir un simple incidente administrativo que debe resolver el propio funcionario de reparto, o el Magistrado Presidente de la Sala correspondiente (Art. 102 del C.P.P.), como acto de administración judicial simple, que en modo alguno puede fijar la competencia que está señalada en la ley y no depende de un acto como el señalado en el texto que se invoca.

"No se puede alegar falta de competencia, porque la tiene tanto uno como otro por ser jueces de igual jerarquía, sin que ninguno de los factores que la determinan y limitan impidan que en el caso en estudio pudiese el Juez 76 de Instrucción Penal Militar practicar las pruebas.

"Por otra parte la comisión fue exclusivamente para realizar las diligencias tendientes a recoger el material probatorio y no para tomar determinación que correspondiera exclusivamente al Juzgado de Primera Instancia.

"Tampoco se puede hablar (sic) la existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso teniéndose en cuenta que no se pretermitió ninguna de las etapas fundamentales ni se vulneraron garantías fundamentales para ninguna de las partes".

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al Procurador Delegado para solicitar no se case la sentencia por considerar que la alegada nulidad no existe, porque es una realidad que la competencia para conocer de un determinado delito en su fase instructiva o de juzgamiento, es determinado por la Constitución y por la ley para cada categoría jurisdiccional, y por tanto es perfectamente equivocado el criterio de la impugnante conforme al cual, el acto de reparto constituye un elemento válido de atribución de competencia penal.

Bien se sabe que el reparto es un acto simplemente administrativo que tiene como finalidades fundamentales, la equitativa distribución del trabajo entre los funcionarios que ostenten una misma competencia y evitar que los procesos puedan ser asignados conforme a las preferencias de los funcionarios potencialmente competentes, lo que iría en perjuicio de una correcta administración de justicia, particularmente por que se vería afectada su imparcialidad, porque de no existir el reparto a los jueces o los fiscales, podrían querer, por los más diversos motivos, asumir el conocimiento de un determinado proceso o estar alejados de la instrucción o fallo de otros.

Por ello, la norma que dispone el reparto como norma general es adecuada y de ésta manera se cumplen las dos finalidades que básicamente se le atribuyen;

pero el hecho de que en principio un proceso le haya correspondido por reparto a un juez o fiscal, no impide que por circunstancias como en éste caso de enfermedad del titular, exceso de trabajo, impedimento o recusación, cambio de radicación, acumulación de causas o cualquier otro motivo, aquel proceso pueda pasar a conocimiento de otro funcionario.

Dentro de las anteriores circunstancias el comitente tiene la facultad de comisionar bien sea al juez elegido por reparto, o en un momento determinado escoger uno entre los varios de la misma categoría, sin que por ello se pueda llegar a hablar de la existencia de una irregularidad, porque es bien sabido que no todos los jueces tienen la misma capacidad de trabajo, ni la misma celeridad en el mismo, o porque algunos se han destacado especialmente en la investigación exitosa de determinadas formas de delincuencia o una más reconocida personalidad y carácter, circunstancias que pueden llevar con sano criterio al comisionante para hacerlo de manera determinada y precisar a un funcionario, sin que por ello pudiera hablarse siquiera de la existencia de una irregularidad.

En el caso concreto que se analiza, la situación del cambio de juez para que continuara la instrucción era más que justificado si se tiene en cuenta la enfermedad del titular a quien inicialmente le fue repartido el proceso, porque bien se sabe que los actos de instrucción exigen una absoluta inmediatez a la realizacion del hecho que motiva la investigación, por cuanto el paso del tiempo es el peor enemigo para el perfeccionamiento de un proceso, y con el transcurso del mismo las pruebas se pierden, se deterioran, o cuando se trata de testimonios, por defectos naturales de la inteligencia, las experiencias se olvidan o se confunden entre la multitud de los recuerdos.

Tan cierto será que no es un factor de atribución de competencia sino un simple problema de carácter administrativo, que la nueva codificación procesal establece en el art. 102 que el conflicto que se produzca por razón de reparto, debe ser resuelto por el juez encargado de éste o por el Presidente de la Sala en donde aquel hubiese surgido.

Luego de haber concluido con la correspondiente solicitud de nulidad, la impugnante consecuente con argumentos ya considerados, plantea la inexistencia del acta del Consejo de Guerra por no haber sido firmada por el defensor del procesado; la verdad, ello es cierto, pues evidentemente el acta sí aparece firmada por todos los intervinientes en la diligencia excepto por el defensor, pero tal omisión no implica que se acepte la pretensión del recurrente.

Con respecto a la inexistencia se debe recordar que es la mayor sanción procesal prevista por el legislador; sin embargo ahora, conforme a las previsiones del artículo 161 de la nueva codificación procesal, ella solo se dará cuando se realice una actividad judicial con la intervención del procesado y sin la de su defensor.

Por otra parte, ha de tenerse presente que las firmas en las actas que contienen el relato de lo sucedido en una determinada actividad jurisdiccional tiene como finalidad que los funcionarios den fe de lo ocurrido, que los otros intervinientes patenticen su conformidad o inconformidad con lo descrito en relación con la realidad histórica, dejando las respectivas constancias, en caso de que ésta no coincida total o parcialmente con el texto; o si se trata de aspectos más trascendentes, buscar otro tipo de soluciones legales; tal sucedería con las verdaderas falsedades, como cuando el acta refleja hechos o circunstancias relevantes de situaciones que no existieron, o deformaciones de la realidad. Pero es claro que la ausencia de firma de uno de los intervinientes no constituye, ni puede constituir inexistencia, tal como ella está prevista en el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente.

Por lo demás, el Código de Justicia Penal Militar, Decreto 250 de 1958, no preveía la sanción de inexistencia y solo la de nulidad en el art. 413 cuando se omitían algunos de los requisitos formales de la actuación y a pesar de que el Código Penal Militar actualmente vigente, Decreto 2550 de 1988, en varias de sus normas prevé la necesidad de firmas en las actas y diligencias judiciales, como ocurre en los artículos 387 que exige la firma del acta por todas aquellas personas que participaron en la actuación; o el 388 que estipula que toda actuación deberá ir firmada por el juez o su secretario; y el 389 que regula que todos los actos procesales se extenderán en un acta que deberá ser leída y firmada por, o para las personas que en ella intervinieron, lo cierto es que la sanción de inexistencia solo está prevista en el 398 ibídem para todas aquellas actuaciones en que participe el procesado sin estar debidamente acompañado de su defensor.

Por su parte el C. de P. Civil estipula en su artículo 102 que todos los funcionarios judiciales deben usar en sus actos la firma completa y en el 303, reformado por el numeral 133 del art. 1o. del decreto 2282/89 que dispone que toda providencia debe terminar con la firma de los jueces o magistrados y del secretario y el art. 109 ibídem, reformado por el numeral 58 del artículo 1o. del decreto ya citado, que dispone que las actas y audiencias deberán ser autorizadas por el juez y firmadas por quienes en ellas intervinieron. Por lo demás el mentado Estatuto no contempla entre las causales de nulidad (art. 152) el aspecto que como tal aquí se argumenta.

La Corte ha tenido variados pronunciamientos a este respecto y es así como con ponencia del H.M. Pedro Elías Serrano Abadía el 25 de octubre de 1983 consideró que la ausencia de firma del secretario en el auto cabeza de proceso era una simple irregularidad no constitutiva de nulidad; y el 24 de junio de 1980, con ponencia del H.M. Luna Gómez sostuvo, que la falta de las firmas de los intervinientes en el resumen de la primera sesión de la audiencia no constituía nulidad.

Posteriormente, en septiembre de 1985, con ponencia del H.M. Reyes Echandía, la Sala reiteró que la firma del secretario de un despacho, en las actas de

diligencias judiciales no es presupuesto formal y esencial de éstas y por lo tanto su ausencia no convierte el documento en inexistente.

Por último recuérdese que en casación resuelta el 18 de noviembre de 1987, de cuya sentencia fue ponente el H.M. Dávila Muñoz, la Corte afirmó que el acta de una audiencia pública firmada únicamente por el funcionario que la presidió no puede considerarse inexistente o inválida por cuanto está autorizada por el Juez, quien en esas condiciones da fe del cumplimiento del acto y de la presencia e intervención de las personas que se citan.

En el caso concreto que se analiza es obvio que la ausencia de la firma del defensor se debió a una omisión involuntaria que no genera invalidez o inexistencia de la actuación puesto que al estar firmada por los funcionarios que en ella intervinieron es un documento público que se presume auténtico y su contenido se ajusta a lo que realmente sucedió en dicha actuación.

No debe olvidarse la siempre reiterada tesis de esta Corporación, en la que se ha sostenido invariablemente que no todas las irregularidades procesales constituyen nulidad y que para que se dé una de ellas es indispensable que se afecte de manera grave la estructura fundamental del procedimiento o se vulneren derechos sustanciales de las partes.

Como ni lo uno ni lo otro sucedió, no es del caso pensar en la nulidad de la diligencia y menos su inexistencia.

En las condiciones anteriores y conforme al criterio del Procurador Primero Delegado en lo Penal, se rechazará la demanda analizada.

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

RESUELVE

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

CASACION \ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

La voluntad del legislador en lo concerniente a la procedencia, concesión y tramitación del recurso extraordinario, lo mismo que en cuanto a las innovaciones introducidas, no fue otra que la de unificar la normatividad aplicable sobre el particular, comprendiendo en esa reglamentación las sentencias dictadas por el Tribunal Superior Militar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7863

Contra: Alvaro Ospina

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 118 sep. 23/92

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinticinco de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Procedente del Tribunal Superior Militar ha llegado a la Corte el proceso adelantado al ex-Sargento Primero del Ejercito Nacional Alvaro Ospina por peculado, tráfico de municiones y hurto a fin de que se surta el trámite del recurso de casación interpuesto por su defensor contra la sentencia de segunda instancia dictada por esa Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Tribunal Superior Militar mediante fallo de veintitrés de junio postrero, confirmó el dictado por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra que condenó, entre otros, al ex-Sargento del Ejercito Nacional Alvaro Ospina a la pena

principal de 42 meses de prisión y multa de cien mil pesos como responsable de los delitos de peculado, tráfico de municiones y hurto; decisión recurrida en casación por su defensor.

El magistrado ponente por auto de sustanciación de veinticuatro de julio pasado, concedió el recurso propuesto conforme al procedimiento previsto en el Código Penal Militar (decreto 2550 de 1988) por cuanto, según la Corte, no existían en dicha materia vacíos legales que fueran colmados con el Código de Procedimiento Penal ordinario, disponiendo el envío del proceso a esta Corporación, previa citación de las partes (Artículo 438 del C.P.M.).

Avocada la Sala a un caso similar, se vio precisada a interpretar el sentido y alcance del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal vigente (Decreto 2700 de 1991) y normas subsiguientes concluyendo, por mayoría de votos. que la voluntad del legislador en lo concerniente a la procedencia, concesión y tramitación del recurso extraordinario, lo mismo que en cuanto a las innovaciones introducidas, no fue otra que la de unificar la normatividad aplicable sobre el particular, comprendiendo en esa reglamentacion las sentencias dictadas por el Tribunal Superior Militar siendo "evidente que todo lo relacionado con el recurso de casación aún respecto de fallos de la Justicia Militar, está regulado por el nuevo Código de Procedimiento Penal" (Auto de 16 de septiembre de 1992 M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

De acuerdo con éste cambio que introduce el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, la Corte resulta incompetente para tramitar el recurso de casación interpuesto por lo que el expediente debe regresar al Tribunal Superior Militar a fin de que se le imprima el trámite previsto en el artículo 224 del actual Código de Procedimiento Penal.

Sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE

DEVOLVER el expediente al Tribunal Superior Militar para los fines expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Didimo Páez Velandia — *Juan Manuel Torres Feresneda*
Con aclaración de voto — Con aclaración de voto

Edgar Saavedra Rojas — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

CASACION (ACLARACION DE VOTO)

Para desconocer el trámite que contempla el decreto 2550 de 1988 sobre casación, debe mediar una modificación legislativa expresa; pues, entre tanto, el rito para impulso y decisión del recurso extraordinario debe continuar dentro de las guías que le fija detalladamente el Código Penal Militar, ya que esa ha sido la voluntad invariable del constituyente.

Radicación No. 7863

Delito: Peculado y otros.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el respeto de siempre hacia los criterios divergentes, me permito aclarar sobre el contenido en la presente providencia y pese a su reiteración por la mayoría de la Sala, que de él he disentido y discrepo como de la solución a que conduce, pues cuando del Código Penal Militar trae una regulación expresa, completa y diferente a la del procedimiento ordinario sobre una materia, por mandato constitucional (art. 221 superior) debe llevar una aplicación irrenunciable y prevalente.

Si en esta ocasión modifico mi postura para aclarar el voto en lugar de continuar salvándolo, a ello me lleva no la variación de mi pensamiento que sigue siendo el mismo y en su honor seguidamente lo evoco, sino porque concluida la controversia intelectual en una definición de mayoría y sobre cuestión que atañe al trámite, hallo nocivo entrar a generar solo por terquedad o tozudez causales de nulidad en que más temprano que tarde terminarían las actuaciones impulsadas bajo un criterio derrotado por la respetable fuerza democrática del número de votos.

Esto es, pues, mi persistente, aunque minoritario entendimiento del problema:

1.- La jurisdicción Penal Militar tiene origen constitucional en el canon 221 de la Carta Política vigente, que al repetir de manera sustancial los términos del artículo 170 anterior precisa:

"De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, *con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar*".

2.- Siguiendo estos derroteros, el decreto 2550 de 1988, por medio del cual se expidió el Código Penal Militar, no solamente fijó las normas rectoras de esa jurisdicción especializada, clasificó y describió los tipos penales que le incumben, señaló las competencias para su conocimiento y fijó los ritos dentro de los cuales debe operar el debido proceso, sino que de modo expreso reguló lo atinente con el recurso extraordinario de casación.

Dentro de ésta específica materia, la ley penal militar fija en concreto la competencia que en el ámbito de esta impugnación le corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia -art. 319-, determina la procedencia del recurso -art. 435-, concreta sus titulares -art. 436-, la oportunidad para la interposición y concesión, la decisión sobre su aceptación, los requisitos que debe ofrecer la demanda y las previsiones sobre su admisibilidad o rechazo, señalando las causales para su procedencia, la operancia del principio de limitación, los términos dentro de los cuales debe adoptarse la decisión y las consecuencias de los fallos estimatorio y desestimatorio (arts. 437 a 446).

3.- Consagrado en el artículo 302 del Código Penal Militar el principio de *"integración"* según el cual "Son aplicables al procedimiento penal militar, en cuanto no se opongan a lo establecido en este código o en leyes especiales, las disposiciones contenidas en los Códigos de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil".

Fácil resulta comprender que la aplicación del decreto 050 de 1987 tenía que supeditarse a cubrir vacíos o aspectos que no se hallasen expresamente regulados dentro de ese procedimiento penal castrense, pues de existir en él expresa y especial regulación, debía operar con preferencia. Este precepto no tuvo, sin embargo, dificultad para su aplicación en materia del recurso extraordinario de casación, porque en las dos compilaciones la regulación era integral, pero además coincidía.

Sustituido el Código de Procedimiento Penal de 1987 por el ahora vigente decreto 2700 de 1991, ninguno de los anteriores principios sufrió modificación distinta a la comprensión de que esa "integración" debería proseguir como fácil se entiende, frente a esa nueva codificación, pero siempre con el fin de cubrir vacíos o en general aspectos que no se hallasen expresamente regulados dentro del rito penal militar.

De esta manera, si como ha ocurrido, el decreto 2700 vino a introducir cambios dentro del trámite y estructura del recurso extraordinario de casación, ellos quedaron reducidos en su origen y contenido exclusivamente para el proceso ordinario, pues, bien merece repetirlo, no se mudó la norma constitucional que hacía exclusiva la ley de procedimiento penal del personal militar, pero además, ni las facultades otorgadas al presidente para que con la aprobación de la Comisión Especial introdujera modificaciones hacia el interior de la jurisdicción penal militar, ni el texto aprobado del decreto 2700 de 1991 extendieron en la práctica esos efectos hacia el ámbito de esa jurisdicción especializada, de modo que ante el surgimiento de contradicciones entre los ritos de uno y otro código sobre interposición, trámite y regulación en general del recurso extraordinario de casación, las innovaciones solamente podrían comprometer a la jurisdicción ordinaria, pues nada autoriza, contra el criterio que sienta la mayoría de la Sala, para que pueda el intérprete hacer graciosamente extensivas esas novedades hacia el Código Penal Militar, que ni ha sido total o parcialmente derogado, y mas bien por el contrario, al tener regulada expresamente la materia en cuanto a la impugnación extraordinaria, debe obligar su preferencia, sin que tenga cabida alguna el acudido principio de integración.

Pienso, entonces, y así respetuosamente lo enfatizo, que para desconocer el trámite que contempla el decreto 2550 de 1988 sobre esta materia, debe mediar una modificación legislativa expresa; pues, entre tanto, el rito para impulso y decisión del recurso extraordinario debe continuar dentro de las guías que le fija detalladamente el Código Penal Militar, ya que esa ha sido la voluntad invariable del constituyente.

Respetuosamente,

Juan Manuel Torres Fresneda
Magistrado

Adhiero:
Dídimo Páez Velandia

IMPEDIMENTO \ HABER DICTADO PROVIDENCIA

Las varias hipótesis de impedimento consignadas en el artículo 103 No. 6 del C.P.P., están referidas en forma exclusiva para el juez de segunda instancia y en relación con actuaciones suyas como juez a quo, funcionario o auxiliar de la justicia en dicho proceso, o tenga nexos de parentesco consanguíneo, afín o civil en los grados allí señalados; jamás se refiere a actuaciones suyas precedentes como juez de segunda instancia porque se llegaría a un verdadero caos en la tramitación judicial de los procesos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Impedimento No. 7881

Contra: José J. Rivera V. - Otros

Ley 30 de 1986

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 118-IX-23/92

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintiocho de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

De plano decide la Corte el impedimento manifestado por una Sala de Decisión del Tribunal Nacional, con base en lo dispuesto por los artículos 106 y 107 del C. de P.P.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

En las primeras horas de la noche del 16 de agosto de 1990 en el peaje del sitio "Pipiral" de la vía que de Villavicencio conduce a Santafé de Bogotá, una patrulla de la Policía Vial procedió a requisar el automóvil de placas FS-5135, marca Subaru, modelo 1980, conducido por José Joaquín Rivera Vargas en cuyo interior se hallaron 23 paquetes con peso de 1.000 gramos cada uno de una sustancia que sometida a examen correspondiente resultó ser cocaína.

Iniciada la respectiva investigación, el juez 3o. especializado de Villavicencio profirió la calificación de rigor citando a audiencia pública al mencionado Rivera Vargas y a Pedro Arturo Gómez Corredor, determinación impugnada y confirmada respecto de Rivera Vargas por el Tribunal Superior de Orden Público -hoy Tribunal Nacional- mediante auto de julio 22 de 1991.

Tramitada la etapa probatoria ya en vigencia de los decretos legislativos 2790 de 1990 y 099 de 1991, un juez de orden público profirió sentencia condenatoria el 12 de junio de 1992 la cual fue impugnada ante el Tribunal correspondiente.

La misma Sala que había conocido anteriormente del proceso, con base en lo preceptuado en el artículo 103 numeral 6o. del C. de P.P., se declara impedida por haber conocido de ese proceso en la etapa sumarial y según las orientaciones del actual sistema acusatorio que deslinda plenamente la etapa investigativa de la del juicio ello no es posible así ya no exista el artículo 535 del C. de P.P. anterior que expresamente lo impedía. Concluye, pues, en que "en la actualidad, no puede una misma sala de decisión, conocer en la etapa del juicio, de diligencias dentro de las cuales ya actuó estando ellas en la fase sumarial, no solo porque con ello se quebrantaría el esquema acusatorio vigente, sino además por impedirlo expresamente el numeral sexto del artículo 103 del Código Procesal vigente, porque ya participó dentro del proceso".

La Sala de Decisión siguiente no aceptó el impedimento, toda vez que "Hoy el procedimiento acuñado en los artículos 213 y 214 ha cambiado notablemente, por dos razones: una, son comunes los términos para que los sujetos procesales presenten alegatos, otra, desapareció la causal de impedimento que consagraba para la sala el inciso segundo.

"Como se trata entonces, de formalidades diseñadas para impulsar el trámite propio de instancia, que conforme a la teoría del proceso, apuntan al cumplimiento de requisitos de procedibilidad para viabilizar el examen de la providencia impugnada o consultada, más no a la temática sustantiva, se torna improcedente cualquier grado de interpretación, habida cuenta que por su carácter público el acatamiento surge obligatorio". Y remite la actuación a la Corte para que se decida el incidente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Las causales de impedimento, lo ha dicho insistentemente la jurisprudencia, están señaladas taxativamente en la ley de procedimiento como garantía de imparcialidad en la delicada misión de administrar justicia, sin que le sea permitido al intérprete natural de la ley -el juez- crear o revivir causales pues, como bien lo destaca la Sala que rechaza el impedimento, las normas procesales son de aplicación inmediata.

No hay duda que la causal en la cual se apoya el impedimento ha sido interpretada con desbordamiento claro de su preceptiva. En efecto, las varias hipótesis allí consignadas están referidas en forma exclusiva para el juez de segunda instancia y en relación con actuaciones suyas como juez a quo, funcionario o auxiliar de la justicia en dicho proceso, o tenga nexos de parentesco consanguíneo, afín o civil en los grados allí señalados; jamás se refiere, por supuesto, a actuaciones suyas precedentes como juez de segunda instancia porque se llegaría a un verdadero caos en la tramitación judicial de los procesos.

Obsérvese cómo la norma se refiere, en las dos hipótesis -actuaciones y parentesco-, a 'la providencia que se va a revisar', siendo la "O" de la primera disyuntiva para comprender aquellos casos en que se haya actuado en esa primera instancia como Ministerio público, Fiscal, perito, secuestre, etc. y al ser promovido o designado juez de segunda instancia tenga el conocimiento de ese proceso donde intervino en una cualquiera de esas condiciones o calidades.

De otra parte, tampoco sería de recibo la asimilación que la Sala impediente hace de este precepto al 535 del C. de P.P. derogado, -aplicable exclusivamente al procedimiento ordinario- pues el calificatorio fue proferido por un Juez Especializado dentro del trámite procesal que no separaba funcionalmente la instrucción y el juzgamiento, y si conoció la jurisdicción de orden público en segunda instancia, lo fue por los cambios de competencia que el nuevo ordenamiento de excepción señaló. Ello explica el por qué a pesar de haberse hecho 'citación a audiencia', no hubo tal audiencia sino período probatorio y fallo, por ser éste el nuevo rito.

Así las cosas, no se da el impedimento propuesto ni menos hay quebrantamiento del sistema acusatorio porque no se ha juzgado al procesado bajo dicho imperio ni procede por favorabilidad su invocación para fundar en ella causales de incompetencia inexistentes.

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

RESUELVE

DECLARAR INFUNDADO el impedimento presentado por una Sala de Decisión del Tribunal Nacional. En consecuencia, regrese inmediatamente la actuación a dicho Tribunal para que dicha Sala conozca del proceso.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Dídimo Páez Velandia*

Edgar Saavedra Rojas
Con salvamento de voto

Juan Manuel Torres Fresneda
Con aclaración de voto

Jorge Enrique Valencia M.
Aclaro mi voto

Rafael E. Cortés Garnica
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 7881. Impedimento

SALVAMENTO DE VOTO

Conforme lo he manifestado con anterioridad en otros asuntos, es mi opinión que en el art. 103.6 del Código de Procedimiento Penal existe una causal que impide a jueces y magistrados intervenir en la etapa de juzgamiento en procesos en cuya investigación participaron comprometiendo la imparcialidad de sus ulteriores decisiones. Por ello me aparto del proveído mayoritario que declaró infundado el impedimento manifestado por una Sala de Decisión del Tribunal Nacional, dejando constancia de las razones de mi disentimiento, como sigue.

Fue manifiesta decisión política de la Asamblea Nacional Constituyente adoptar un sistema de juzgamiento diverso al que tradicionalmente habíamos tenido en los diversos sistemas procesales que antecedieron la Carta de 1991.

El sistema acogido en la Constitución Política fue el acusatorio que se caracteriza por una serie de particularidades entre las que se destaca de manera primordial la garantía de la imparcialidad, en búsqueda de la cual se implementa un sistema en el que la investigación y acusación es realizada por los funcionarios de una institución, generalmente la Fiscalía, y el juzgamiento es realizado por los jueces, que en el momento en que avocan el conocimiento del proceso, para tramitar la causa o juicio, no tienen ninguna vinculación con la prueba producida en la investigación, ni con las decisiones que hasta el momento se han tomado en el curso del proceso.

En verdad este sistema es una de las formas más efectivas para garantizar esa importantísima virtud de la administración de justicia que es la imparcialidad, porque los jueces antes que funcionarios son hombres y como tales están siempre inclinados a favorecer sus propias obras, porque la admiración que dice la historia manifestara Miguel Angel en su Moisés, no es insular sentimiento de los artistas de su propia producción, sino que en el diario quehacer de todos los hombres, cada uno quiere lo que produce con la actividad de su intelecto o su esfuerzo físico; es por ello que el campesino ama sus cultivos y sus animales que son la expresión de su esfuerzo y de su actividad; el artesano aprende a querer sus realizaciones materiales; el ingeniero la audacia de sus diseños y el arquitecto la belleza de los mismos.

El Juez como hombre que es no puede escapar a ese sino, y es por ello que se aferra a la prueba que él mismo ha producido, convencido del resultado de sus investigaciones y difícilmente podría admitir que aquella no tiene capacidad de demostración o que fue recaudada con vicios que la hacen nula o inexistente; y de manera regular cuando ha producido una resolución de acusación, excepcionalmente se le podría convencer de la inocencia de la persona contra quien formuló acusación.

Es por lo anterior que en vigencia del sistema anterior de manera regular las sentencias se convirtieron en un auto de proceder con comillas a las que se le agregaba una breve síntesis de las alegaciones de las partes y la correspondiente tasación de la pena; porque difícilmente el Juez admitiría que se había equivocado en la apreciación de la prueba, o que el proceso adelantado bajo su paciente dirección está afectado de vicios que lo hacen inútil.

Por las circunstancias anteriores, desde su remoto origen en las repúblicas griegas y romana, se ha sostenido casi que sin discusión que el sistema acusatorio es la expresión del instrumento de juzgamiento más democrático que ha inventado el ingenio del hombre, porque por encima de todas sus virtudes se destaca la imparcialidad, que está mejor garantizada por el fallo que debe dictar un juez que no tiene compromisos probatorios, ni ideológicos con los antecedentes de la formación del sumario.

Consideramos que el haber participado en el sumario, y más aún en este caso en el que los funcionarios que se declaran impedidos confirmaron la calificación dictada por el juez de primera instancia por medio del cual se citó a audiencia pública, que bien se sabe en el procedimiento de orden público, hoy de jueces regionales y tribunal nacional, se asimila a la resolución de acusación, han adquirido compromisos ideológicos con los criterios que expresaron y las argumentaciones que hicieron para mostrar su conformidad en el auto apelado. Estos funcionarios, en su carácter de seres humanos, en el momento de tomar decisión definitiva sobre la responsabilidad de los procesados, podrían estar más inclinados a perseverar en el criterio expuesto con antelación en dicho proceso, lo que evidentemente no constituye una garantía a la imparcialidad que el constituyente quiso garantizar al crear este nuevo instrumento de juzgamiento.

La Constitución Nacional en su art. 250 consagra el monopolio de la investigación y de la acusación en el proceso penal, para la Fiscalía General, y en tales circunstancias surge con toda nitidez que para efectos de garantizar a plenitud el principio de la imparcialidad judicial es imposible pensar que quien de una u otra manera intervino en la investigación o acusación pueda llegar a convertirse en Juez en el momento de deducir responsabilidades.

Nuestro concepto encuentra respaldo en los comentarios que Luis Enrique Cuervo Pontón hace en la edición oficial del Código de Procedimiento Penal, con

relación a la ponencia que sobre la Fiscalía General redactó Carlos Daniel Abello Roca, en los cuales se lee:

"Por esto, y pensando en despolitizar a la fiscalía, concebirla libre de cualquier tipo de presiones y arbitrariedad e independiente del poder Ejecutivo, se integró al poder judicial con 'autonomía funcional', lo que se denominó una 'fiscalía a la colombiana'. Explicó así sus funciones: 'El monopolio de funciones en cabeza de la Fiscalía entrañan la separación total de las etapas de acusación y juzgamiento. Según Hernando Londoño Jiménez esto significa que el juez no tenga injerencia en las etapas previas de acusación e investigación y por ello en la ponencia que nos ocupa se otorga al Fiscal plena autonomía para adoptar medidas de aseguramiento, incluyendo la captura y la detención preventiva, proferir medidas para garantizar el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito, así como para precluir las investigaciones realizadas (con fuerza de cosa juzgada) sin control ni consulta alguna con el juez de la causa'...". (Páginas 176 y 177).

Es claro para nosotros que el numeral 6 del artículo 103 contempla tres clases diferentes de impedimento a saber:

1) Cuando el funcionario dictó en primera instancia la providencia que debe revisar en segunda.

2) Cuando el funcionario intervino antecedentemente en el proceso en el que debe realizar un pronunciamiento y tal intervención hace relación a la que hubiera podido tener en el período sumarial o de investigación.

3) Cuando el funcionario que debe tomar la decisión sea consanguíneo, afín o pariente civil del juez de primera instancia que dictó la providencia que es motivo de revisión.

Dentro de la filosofía política que orienta el nuevo instrumento de juzgamiento vemos la imposibilidad de intervención de los jueces en la etapa de investigación, o de los fiscales en la de juzgamiento, excepto la acusación en audiencia pública, porque sus competencias fueron señaladas clara y expresamente en la Constitución, precisamente con el propósito de delimitar sus campos de acción y así poderse garantizar de manera plena la imparcialidad.

Por lo anterior no compartimos la interpretación que hace la mayoría de la Sala cuando afirma que se ha interpretado con desbordamiento la causal de impedimento y que ella solo se estructura con las actuaciones del funcionario como juez de primera instancia o como auxiliar de la justicia en dicho proceso y que por tanto: "...jamás se refiere, por supuesto, a actuaciones suyas precedentes como Juez de segunda instancia porque se llegaría a un verdadero caos en la tramitación judicial

de los procesos"; porque consideramos que no es función de los aplicadores de justicia interpretar la ley considerando las consecuencias que la aplicación de una nueva institución pudiera generar. Su labor es de aplicación de la ley vigente de conformidad con la finalidad perseguida por el legislador y respetando el pensamiento político que la generó y justificó.

La Carta no menciona de una manera precisa la imparcialidad de los jueces, como una de las garantías procesales que se instituyeron en ella, pero es evidente que es un principio de carácter constitucional, porque dicha virtud de la justicia es consustancial al concepto del debido proceso, pues sería absolutamente imposible pensar en la existencia del mismo, si previamente no se ha garantizado la imparcialidad de quien va a tomar una determinada decisión.

No obstante, tal principio sí aparece expresamente consagrado en el Pacto Universal de los Derechos Humanos, en el art. 14.1 que establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, *independiente e imparcial*, establecido por la ley,...."; y en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8.1 al disponer: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente *e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley.....".

Ahora bien, si el artículo 93 de la Constitución Nacional se interpreta de conformidad con los Tratados Internacionales, de los cuales Colombia es parte firmante, es importante destacar cómo el Tribunal de Estrasburgo, que administra justicia para la Comunidad Europea, ha resuelto demandas afirmando la imposibilidad de que intervenga en el juzgamiento quien ha participado en la investigación como miembro del Ministerio Público. A ese respecto resulta de singular importancia citar la sentencia que profirió ese Tribunal el 1o. de octubre de 1982, en la que afirma:

"28. El Magistrado que presidió la audiencia de Brabant en el presente caso, señor Van de Walle, había ejercido previamente las funciones de adjunto primero de Procurador del Rey en Bruselas; hasta su designación en el Tribunal de Apelación fue el jefe de la sección B del departamento de acusación pública de Bruselas, sección encargada de la investigación de los crímenes y delitos contra las personas y, en consecuencia, la que conoció el caso del señor Piersack (ver parágrafos 9-12, 14 y 19 más arriba).

"29. Por este hecho el demandante ha alegado que su caso no fue conocido por un 'tribunal imparcial': desde su punto de vista, 'cuando una persona ha tratado un asunto como Ministerio Público durante año y medio no puede sino prejuzgar el caso'.

"....

"....

"31. Esto fue lo que ocurrió en el presente caso. En noviembre de 1978 el señor Van de Walle presidió la Audiencia de Brabant, a la que la correspondiente Sala del Tribunal de Apelación de Bruselas había trasladado al demandante para juicio. En su virtud dispuso de amplios poderes, a los que, por otra parte, debía recurrir en ocasiones, por ejemplo el poder discrecional conferido por el art. 268 del Código Judicial y el poder de decidir con los otros jueces acerca de la culpabilidad del acusado cuando el jurado decidiera el veredicto de culpable únicamente por mayoría simple (ver parágrafos 13-14 y 20-21 más arriba).

"Sin embargo, previamente y hasta noviembre de 1967 (sic) el señor Van de Walle había dirigido la sección B del departamento del Ministerio Público en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor Piersack. Como superior jerárquico de los adjuntos encargados del caso, señora Del Carril y después señor de Nauw, podía haber revisado cualquier escrito que debiera presentarse a los tribunales, discutido con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesorarles sobre cuestiones jurídicas (ver parágrafo 19 más arriba).

"De otra parte, la información obtenida por la Comisión y por el Tribunal (ver parágrafos 9-11 más arriba) tiende a confirmar que el señor Van de Walle jugó efectivamente un cierto papel en el procedimiento.

"En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el Gobierno el señor Piersack ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor Van de Walle, realizando otras investigaciones en orden a determinar, por ejemplo, si recibió o no la nota de 4 de febrero de 1977 o si discutió el caso particular con la señora Del Carril y del señor Nauw. Es suficiente constatar que la imparcialidad del Tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda.

"32. En consecuencia, el Tribunal concluye que ha habido una violación del artículo 6.1".

Partiendo del cambio de sistema de juzgamiento, y de los aspectos que lo caracterizan, desde el punto de vista de las finalidades políticas que busca garantizar, hemos llegado a la convicción de que la expresión del artículo 103.6 "....o hubiere participado dentro del proceso,.....", hace relación a la imposibilidad de los jueces de intervenir en un proceso en la etapa del juzgamiento cuando hubiesen actuado en la investigación. Interpretarla de otra manera es desnaturalizar la estructura del sistema acusatorio, circunstancia consagrada como especial causal de nulidad que afecta el debido proceso y que justifica su declaratoria cuando se afecten los derechos de las partes o se desconozcan "....las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

Son las anteriores las razones que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

Fecha ut supra.

ACLARACION DE VOTO

Radicación No. 7881

Inf. Ley 30 de 1986

ACLARACIÓN DE VOTO

Siguiendo la secuencia de la actuación procesal que con claridad resume la providencia de la Sala, no puedo menos que compartir la decisión que en ella se adopta, pues claro queda que si el impedimento se intenta luego de agotado el trámite de primera instancia, ninguna relevancia tiene el nuevo artículo 103-6 del Código de Procedimiento Penal, dado que a mi juicio esa excusación sería viable pero a condición de que hubiese entrado a intervenir la Fiscalía General de la Nación, pues pienso que ya dentro de ese nuevo esquema no podría confundirse en mismo funcionario la condición de juez con la de autor de la acusación o de vinculado con ella.

Del mismo modo coincido en que si la ley procesal aplicable a este asunto -salvo las disposiciones especiales que lo rigen- es la del Decreto 050 de 1987, el impedimento del artículo 535 solamente puede operar en la medida en que difieran dentro del esquema de juzgamiento el funcionario instructor que califica, y el juzgador que falla, situación ajena a este caso en el cual no operó esa situación luego prevista en el Decreto 2790 de 1990 -arts. 36 y 40-, convertida en legislación permanente por mandato del Decreto 2271 de 1991.

Sin embargo, y como en la motivación se afirma que el numeral 6o., artículo 103 del Decreto 2700 de 1991 opera exclusivamente frente a eventos de "revisión" (se entiende que en instancia o casación) de una providencia, muy respetuosamente me aparto de tan restrictivo criterio, con asidero en las siguientes razones:

1.- Aún partiendo de una interpretación meramente literal del artículo 103, numeral 6o, del nuevo Código de Procedimiento Penal, a diferencia de cuanto concluye la mayoría de la Sala, encuentro que resultan bien definidas y distintas las hipótesis que allí se indican, pues si bien es cierto la primera remite directamen-

te a la imposibilidad de que quien ha proferido la decisión llegue a revisarla en instancia o casación (la revisión tiene su impedimento expreso en el artículo 236), y la tercera involucra el vínculo de parentesco dentro del mismo ascendiente jerárquico, cuando la segunda alude al hecho de "haber participado dentro del proceso", inequívocamente amplía o extiende el ámbito de esa intervención a otros estadios distintos de la sola providencia que se va a revisar, y de la interposición de recursos (ordinarios o extraordinario), dando perfecta cabida dentro del sistema acusatorio al evento de la intervención en la instrucción, cuando luego se afronta la etapa posterior del juzgamiento.

2.- Como, por lo visto, no resulta suficiente la sola interpretación literal, si de ella se originan las discrepancias que aviso, imperiosa se hace la convocación de otros factores que en busca de una sana hermenéutica, terminan por confirmar que ha de ser otro y muy distinto el sentido que amerita la dilemática expresión, de aquel que le da la posición mayoritaria.

a) Teleológicamente considerada la causal de excusa, no podrá desconocerse que hallando su razón de ser en la necesidad de garantizar la imparcialidad del juez, hay situaciones procesales distintas a la sola expedición de la providencia de cuya revisión se trata, en las cuales confluye la necesidad de separar al funcionario de su conocimiento, si se trata de antecedentes que redundan en la persistencia de su vinculación con la etapa superada, como ocurriría dentro del actual esquema acusatorio con un Fiscal que luego de tener toda la iniciativa instructiva y tras de pronunciarse sobre la situación del procesado redactando en su contra la resolución acusatoria, se ve avocado circunstancialmente a adelantar como juzgador la causa, pues sin tener en este caso que "revisar" su propia providencia, no cabe duda que su actividad anterior se constituye luego en función de "parte" que acusa, quebrantaría el principio de imparcialidad del juez que debe ser característica de un debido proceso.

b) Si además se mira el problema desde el punto de vista de la interpretación *sistemática*, tendrá que recordarse en armonía con los renglones inmediatamente precedentes, que caracterizado ahora el proceso penal por su ingreso al sistema acusatorio, siendo en él dominantes los principios de independencia y autonomía que marcan una notoria diferencia entre la tarea investigativa y la de juzgamiento (artículos 250 de la Constitución Nacional y 24 del Código de Procedimiento Penal), ellos deberán hallar garantía de efectividad marginando de la segunda gestión a los funcionarios que tuvieron injerencia dentro de la primera etapa, ya que de otro modo no solamente la unidad de criterio de quien actúa desnaturaliza esa dicotomía estructural querida, sino que aún el equilibrio entre las partes se llegaría a romper dentro del juzgamiento, pues cuando menos el compromiso intelectual del juez que profirió la acusación o aportó su esfuerzo con el fin de lograrla, se prestaría para generar fundada sospecha acerca de su imparcialidad, así se trate como en la mayoría de los casos ocurre, de un funcionario ecuánime, justo, de amplio criterio y recia personalidad, pues no puede olvidarse que, como lo ha sostenido repetidamente esta Sala, en tema de impedimentos no es suficiente con

que el juzgador tenga conciencia sobre su equilibrado juicio, sino que se hace necesario además aparentarlo, porque la comunidad tiene derecho a depositar toda su confianza en los administradores de justicia.

c) Por último y si a un criterio histórico se recurre, tampoco puede gratuitamente olvidarse que como garantía de independencia entre la gestión de instrucción y la de juzgamiento, ante el surgimiento del primer esbozo del sistema acusatorio dentro de la codificación procesal de 1987 creó el artículo 535 el impedimento conjunto para la Sala que había conocido en segunda instancia de apelaciones suscitadas dentro del sumario, a fin de que no fuesen sus mismos integrantes quienes intervinieran una vez más en la etapa de la causa, principio que válidamente logra ver su efectividad en la causal de excusación que ahora se menciona, porque así el legislador nacional, a diferencia de otras codificaciones foráneas, no haya consagrado expresamente el impedimento del "Fiscal" para su intervención posterior y como juez dentro de la causa, esa situación en todo caso se prevé y soluciona mediante la aplicación del invocado artículo 103-6 del Código de Procedimiento Penal.

Juan Manuel Torres Fresneda
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Impedimento No. 7881

Delito: Violación a la Ley 30 de 1986

SALVAMENTO DE VOTO

Plasmé en otra ocasión mi criterio disidente sobre un supuesto similar al actual. Sigo creyendo en la bondad de la causal de impedimento pergueñada en el artículo 103, ordinal 3o. del C. de P.P., cuya exégesis no permite a los Magistrados y Jueces intervenir en la etapa de juzgamiento cuando previamente han participado en la investigación o acusación. Llanas y simples mis ideas, las reproduzco sin mayores comentarios, en contra del criterio restrictivo de la mayoría:

"...Con mi simpatía intelectual hacia el reconocimiento del impedimento manifestado por el Dr. Torres Fresneda -criterio que en esencia recoge y fortifica la postura disidente adoptada en otra ocasión por el Dr. Saavedra Rojas- concreto aquí, brevemente, las razones que justifican mi discrepancia con la decisión de la mayoría:

a.- Una de las características propias y peculiares del sistema acusatorio -esquema que responde a una orientación democrática del proceso penal- es la división del mismo en dos fases. Este desdoblamiento presupone que las tareas propias de acusación y decisión deban conferirse a órganos estatales distintos y excluyentes. En otros términos, las competencias de acusación y decisión deben ejercitarse por funcionarios diferentes y, desde luego, facultados para el efecto.

b.- La génesis de la filosofía del proceso acusatorio es simple: La separación de funciones entre el poder de acusación y el poder de decisión pretende garantizar la imparcialidad judicial y evitar, en todo caso, compromisos ideológicos o posibles o probables prejuzgamientos del juzgador al momento de proferir sentencia. Quien falla no puede estar condicionado al contenido de la resolución de cargos, ni al carácter vinculante de una petición de juicio, ni a los criterios jurídicos adoptados en desarrollo de la instrucción.

c.- Difícilmente puede admitirse un equilibrio o una igualdad procesal de las partes si el poder de acusación y el de decisión confluyen en una misma persona. Acaso una mayor garantía de rectitud y de justicia se consigue con un doble juicio lógico-jurídico sobre bases distintas y una absoluta separación de funciones de modo y manera que quien instruye no juzga. La ausencia de relación jerárquica entre dos órdenes de funcionarios y la desvinculación del Juez a la pretensión formal de acusación, comportan las mejores garantías de neutralidad e imparcialidad para el propio imputado.

d.- Por todos estos argumentos y por los expuestos con sugestivos razonamientos por el Magistrado Dr. Saavedra Rojas -con los cuales, sobra advertir, nos identificamos plenamente- débome apartar, con sentido de escisión, del criterio de la Sala. Nada más he de añadir...".

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra

RECUSACION \ IMPEDIMENTO \ PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La recusación y el impedimento no pueden resolverse de manera general e indefinida, tanto en el tiempo como en el espacio, sino que su decisión obliga en cada caso en particular, produciendo entonces exclusivamente sus efectos frente al asunto en que se ha debatido y definido.

El Código de Procedimiento Penal al contemplar en sus artículos 481 y 482 la "conservación del procedimiento" y el "cambio de procedimiento" da prevalencia al procedimiento ordinario sobre el abreviado, impidiendo, pues, que recaiga en vicio de nulidad por haberse escogido equivocadamente aquel en vez de éste.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 5950 Casación

Contra: Luis Manuel Martínez Yánez

Aprobado acta No. 120

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruíz*

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 13 de diciembre de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo condenó a Luis Manuel Martínez Yanez a 36 meses de prisión por el delito de hurto.

ANTECEDENTES

1.- En la noche del 15 de noviembre de 1989 varias personas penetraron a la finca Santa Rita, ubicada en el corregimiento de Santa Lucía, jurisdicción municipal de Tolú (Sucre) y se apoderaron de 11 novillos y un toro. Para entrar al predio, la cerca de alambre que lo protegía fue cortada.

El 17 subsiguiente, la señora Hortensia González, heredera de dicha finca, que se encontraba en sucesión, formuló la correspondiente denuncia, avaluando los semovientes en $ 1'100.000.00.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Tolú, teniendo en cuenta esa cuantía, dispuso el envío de las diligencias a reparto de los Juzgados de Instrucción Criminal de Sincelejo, pero el mismo día la policía puso a su disposición a Alberto Enrique Puerta Quintero, Luis Manuel Martínez Yanez, Rafael Adolfo Gómez Tuirán, Sergio Manuel Ortega Díaz, Celso Elías Tapias Aguas y Eduardo Enrique Guevara Vásquez. Según el informe policial, en el Corregimiento de Puerto Viejo fue capturado Ortega Díaz, que había alquilado el embarcadero para tener el ganado mientras se disponía su transporte y quien señaló a Puerta Quintero como otro de los participantes, siendo éste aprehendido en Tolú, y quien a su vez dijo que Martínez Yánez -hijo del administrador de la finca- era quien había colaborado en la sacada de las reses, persona esta última que fue asimismo capturada y que condujo a la aprehensión de los demás individuos, dos de los cuales, Tapias Aguas y Gómez Tuirán, estaban con la carne correspondiente a 6 reses que ya habían sido sacrificadas. Otras cuatro reses habían sido sacrificadas el día anterior (16 de noviembre) y las restantes fueron recuperadas. También se puso a disposición "el abono de la venta del ganado".

2.- El Juzgado 10 de Instrucción Criminal radicado en Sincelejo, que se encontraba de reparto, recibió el expediente y dictó auto del siguiente tenor, respondiendo a las solicitudes de los imputados en el sentido de que se les había capturado "Contrariando flagrantemente claras disposiciones de orden constitucional y legal":

"Se observa que los presuntos sindicados del delito de hurto de ganado mayor o calificado, no fueron cogidos en flagrancia ni mucho menos fue ordenada la captura de los mismos por autoridad competente o de Juez de la República.

"Por lo tanto, se han violado las garantías constitucionales y legales. Así mismo, se ordena que los imputados firmen un acta de compromiso en la cual conste sus nombres, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y la obligación de concurrir ante la autoridad correspondiente cuando le fuere citado" (fls.21-1).

Repartidas las diligencias, correspondieron al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de la misma localidad, que abrió investigación, escuchó a los acusados

en indagatoria, practicó otras pruebas y resolvió la situación jurídica con auto de detención por el delito de hurto calificado y agravado, respecto de Gómez Tuirán, Puerta Quintero, Tapias Aguas y Martínez Yanez, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento en relación con Ortega Díaz y Guevara Vásquez.

Luego, el defensor de Martínez Yanez solicitó que se realizara un nuevo avalúo de los semovientes, "porque no comparto el avalúo inflado que hizo la denunciante" (fls. 80). Se nombró entonces al efecto perito, arrojando el avalúo una cuantía de $ 1'080.000.00 (fls. 196).

Clausurada la investigación, se la calificó con resolución acusatoria respecto de Puerta Quintero, Martínez Yanez, Gómez Tuirán, Tapias Aguas, por el delito de hurto, calificado por la violencia conforme al numeral 1o. del artículo 350 del Código Penal, agravado por tener por objeto ganado y ser realizado ese hurto en la noche (art. 351-8 y 9). En relación con Ortega Díaz y Guevara Vásquez, se cesó procedimiento (fls. 228 y ss). Al confirmar dicho proveído, el Tribunal dijo que se estaba en presencia de una situación de flagrancia, ya que a dos de los procesados se les había sorprendido con parte de la carne de las reses (fls. 9 y ss-2).

Ya el proceso en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, se celebró audiencia y profirió sentencia de 3 de octubre de 1990 (fls. 318 y ss-1), por medio de la cual se condenó a los enjuiciados en armonía con la resolución acusatoria. A Puerta Quintero, Gómez Tuirán y Tapias Aguas, se les impuso, a cada uno, una pena principal de 4 años y 6 meses de prisión, y a Martínez Yanez, 36 meses de prisión, debido a que se le otorgó la rebaja correspondiente a la confesión. Se les condenó igualmente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de perjuicios, negándose para todos la condena de ejecución condicional. Al ser apelado el fallo, el Tribunal lo confirmó, pero revocó la condena en perjuicios, mediante sentencia de 31 de diciembre de 1990, que recurrieron en casación los procesados Tapias Aguas y Puerta Quintero y el defensor de Martínez Yanez.

La demanda a nombre de Martínez Yanez fue declarada ajustada a las prescripciones de ley, y por no haberse presentado libelo con respecto a los otros recurrentes, el recurso extraordinario en relación con ellos se declaró desierto.

La demanda

1.- Un primer cargo hace el actor con fundamento en la causal primera de casación, por "violación indirecta del artículo 350 del C.P., que es consecuencia de la interpretación errónea del numeral 1o. de la norma citada, por lo cual incurrió el sentenciador en error de derecho que aparece manifiesto en los autos, lo cual condujo a proferir sentencia condenatoria contra Luis Manuel Martínez Yanez por encima del quantum de la pena como autor del delito de hurto calificado" (fls. 17).

"...aquí se incurrió en la aplicación indebida del numeral 1o. del artículo 350 del C.P. -dice el casacionista-, porque este requisito únicamente es para el delito que se considere calificado. El fallador sólo debió manifestar que el delito era calificado por haberse incurrido en el numeral 1o. cuya sanción es de dos a ocho años de prisión. En el caso concreto de Luis Manuel Martínez Yánez quien no tiene antecedentes de ninguna naturaleza y ha gozado de buena conducta, la pena a imponer sería de dos años por haber incurrido en el delito de hurto calificado".

Afirma en seguida que el sentenciador aplicó indebidamente el numeral 9o. del artículo 351 del Código Penal, con base en el cual agravó el hurto, "porque ya el delito había sido considerado como agravado en virtud de las circunstancias (sic) de agravación del numeral 8o. de la norma en cita, luego no era justa la aplicación del numeral 9o. de la misma norma...Esto nos indica que la pena a imponer a Luis Manuel Martínez Yanez debió ser en total 36 meses menos la tercera parte..." (fls. 18).

2.- Luego, con base en la causal tercera de casación, hace los siguientes reparos de nulidad:

a) Falta de competencia del Juzgado Penal del Circuito que falló en primera instancia el proceso, ya que la cuantía era de $ 820.000.00, "cantidad muy por debajo de la cuantía fijada por la lesión patrimonial"; agrega que el Tribunal desconoció "los alcances que ordena el artículo 674 del C. de P.P. que ordenó que los salarios para efectos de las cuantías que tratan los artículos 71 y 72 del C. de P.P., serían reajustados a partir del 1o. de enero de 1988 en un 20%", reajuste que el impugnante estima no se tuvo en cuenta "en la sentencia acusada" (fls. 19).

b) Es nulo el proceso porque el procedimiento a seguir era el abreviado, como lo ordena el artículo 474 del Código de Procedimiento Penal, puesto que los procesados Rafael Gómez Tuirán y Celso Elías Tapias Aguas fueron capturados en flagrancia, "expendiendo la carne de los semovientes y pieles de los mismos con el hierro marcador" (fls. 20), violándose de este modo el derecho de defensa. El señor Juez 10 de Instrucción Criminal de Sincelejo, Ambulante, a quien correspondió la investigación se le ocurrió que los señores Agentes de la Sijin habían incurrido en captura ilegal y de inmediato sin ninguna prevención o caución o vigilancia dejó a todos en libertad, esta insólita actuación del señor Juez permitió que el cabecilla de los sindicados y único solvente, Rafael Gómez Tuirán, levantara con toda su familia y se residenciara en la hermana República de Venezuela", precisando que si dicho sindicado no hubiera quedado en libertad, "se hubiese sabido la certeza del hecho investigado y en segundo término se hubiese producido la indemnización de perjuicios y daños, ya que Rafael Gómez Tuirán es una persona solvente económicamente".

c) El Juez tenía enemistad grave con él (con el defensor-casacionista) y no se declaró impedido, no obstante haber sido recusado repetidamente y también haber sido objeto de denuncia penal. Dice que "guardó silencio" al respecto y siguió

conociendo el proceso para perjudicar a su cliente. "Todo lo anterior prueba - dice- que Luis Manuel Martínez Yanez no ha tenido defensa porque el suscrito no pudo por razones de impedimento ejercitar una adecuada e imparcial defensa, por la sola culpa del señor Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo" (fls. 23).

d) El proceso es también nulo a partir del auto que resolvió situación jurídica, porque habiendo confesado su representado Martínez Yanez, se siguió el procedimiento ordinario, en vez del abreviado.

Pide, así, que "se case la sentencia de la Sala Penal del H. Tribunal del Distrito Judicial de Sucre (Sincelejo) de fecha 13 de diciembre de 1990...,y asumiendo el papel de Tribunal de Instancia la H. Sala de Casación Penal debe dictar sentencia infirmando la sentencia acusada por nulidad, y dictar en derecho la que corresponda" (fls. 25).

Concepto de la Delegada

Dice en primer lugar el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que el demandante "desconoce los principios de no contradicción y subsidiariedad", al proponer nulidad y también la causal primera, que presupone la validez del proceso.

También incurre en relación con la causal primera -dice en seguida- "en evidentes desaciertos técnicos que imposibilitan la prosperidad de la demanda, ya que "si considera la no aplicación del numeral 1o. del artículo 350 del C.P., mal puede a la vez afirmar la inadecuada interpretación de este numeral...Resulta igualmente contradictorio que en consideración del demandante sólo debió ser condenado su defendido por el delito de hurto calificado, sin tener en cuenta ninguna de las modalidades consagradas en el artículo 350 del C.P., porque sólo admite como acertado en su aplicación el numeral 8o. del artículo 351 ibídem, lo que aparte de hacer variar la calificación de la denominación del nomen iures de hurto calificado y agravado también incrementaría el aspecto punitivo en una sexta parte, arribando de todas formas a idéntica tipificación de los hechos hurto calificado y agravado y que ahora se pretende sea casado" (fls. 126).

1.- En relación con el primer cargo de nulidad, dice la Delegada que como el peritaje sobre la cuantía del hurto fue de $ 1'080.000.00, la competencia por este factor sí era el Juez Penal del Circuito, porque para la fecha de la comisión de los hechos, la cuantía para esos Juzgados estaba fijada en $ 650.000.00, o sea "los 20 salarios mínimos exigidos por el artículo 71 del C. de P.P.".

2.- Con respecto al segundo reparo, opina que son "completamente absurdos los argumentos de la demanda", ya que, por un lado, la libertad "de un tercero" (Gómez Tuirán), "no puede tener incidencia en modo alguno en el trámite procesal

que le corresponde a su poderdante". Y en segundo lugar, dice que son "puras conjeturas" las que realiza el actor sobre la situación jurídica de su representado, en el caso de que el procesado Gómez Tuirán hubiera sido capturado con motivo del auto de detención.

En cuanto al procedimiento que se siguió, es del parecer que tampoco tiene relevancia, ya que "el variar el procedimiento penal del abreviado al ordinario o corriente, no configura restricción alguna al derecho de defensa".

3.- Que revisado el proceso "por parte alguna se observa prueba de la causal de impedimento aludido por el censor"; añade que los documentos aportados por el actor con la demanda, encaminados a probar ese reproche, no pueden ser considerados, "en razón a que como es bien sabido la casación no es una nueva instancia sino una fase extraordinaria del juicio en la que se debate en in iure la legalidad de la sentencia y donde por consiguiente, no existen términos probatorios, ni es posible presentar prueba alguna", advirtiendo la Delegada que el censor únicamente aparece haciendo alusión a la causal de impedimento en el memorial sustentatorio de la apelación contra el fallo de primer grado", sin que expresamente lo haya recusado.

4.- En cuanto a este último cargo de nulidad, opina el señor Procurador Delegado que tampoco se estructura, puesto que, como se dijo al contestar la segunda censura, el haber seguido el procedimiento ordinario en lugar del abreviado no genera nulidad, aparte de que la confesión de Martínez Yanez fue calificada, al sostener que fue obligado a sacar el ganado de la finca.

"Es más -concluye-, en sentir de esta Delegada el haber rituado el proceso bajo la vía ordinaria, le fue más favorable al enjuiciado, si tenemos en cuenta que este procedimiento comporta términos y oportunidades procesales más amplias para él y su defensor en aras de su defensa, además se pudo debatir conjuntamente la responsabilidad compartida en la empresa delincuencial empleada en el hurto..." (fls. 132).

En estos términos, pues, solicita no casar la sentencia.

SE CONSIDERA

El principio de prioridad obliga a examinar los cargos no en el orden en que aparecen en la demanda, sino empezando por los concernientes a la causal tercera (nulidad).

En primer lugar, cabe disentir de la opinión de la Delegada cuando ésta asevera que el actor incurre en contradicción al alegar causal primera y nulidad. No; debe reiterar la Sala que desde hace ya buen tiempo la jurisprudencia tiene dicho que si bien es cierto que la nulidad supone la invalidez del proceso (salvo cuando afecta

exclusivamente la sentencia), eso no obsta para que, si ella no sale avante, pueda el casacionista adentrarse en la proposición de otros cargos y otras causales, ya que en este evento esa contradicción "general", por así decirlo, no traduce la contradicción sustancial y excluyente a la cual refiérese la impugnación extraordinaria. Estas premisas, que se sentaron en vigencia del anterior Código de Procedimiento Penal (con base en el cual se dictó aquí el fallo y se elaboró el libelo acusador) hoy cobran mayor fuerza, pues el nuevo estatuto procedimental (Decreto 2700 de 1991), permite la formulación de cargos excluyentes, siempre y cuando se hagan en capítulos separados. Es decir, que lo que le está vedado hoy día al demandante, por lo que a ello toca, es incurrir en contradicción dentro del mismo cargo.

Hecho este preámbulo, pasa la Sala entonces a estudiar el libelo.

CAUSAL DE NULIDAD

Cargo primero: Falta de competencia por razón de la cuantía.

Según el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal (las normas que se citen de ahora en adelante son del Código anterior), los Jueces Penales del Circuito conocen de los procesos por delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía sea superior a 20 salarios mínimos legales mensuales.

Para el año de 1989 en que se cometió el delito de hurto objeto de este proceso, el salario mínimo era de $ 32.559.60, de acuerdo al Decreto 2662 de diciembre de 1988.

Los peritos determinaron la cuantía del punible en $ 1.080.000.00, la que, a simple vista, rebasa en considerable cantidad el visto tope, que sería de $ 751.192.00. No obra recordar que para efectos de la examinada competencia, la cuantía no se reajusta, debiéndose tener en cuenta la vigente para el momento de los hechos.

Sí tenía entonces competencia el Juez Segundo Penal del Circuito que falló en primera instancia este asunto.

Cargos segundo y cuarto: Hay nulidad porque se siguió el procedimiento ordinario en vez del abreviado.

En términos generales puede decirse que sí existió flagrancia en relación con dos de los procesados (Tapias Aguas y Gómez Tuirán) y que el acusado Martínez Yanez confesó: una y otra se reconocieron en la sentencia impugnada, hasta el punto que al último de los mencionados se le otorgó por ese concepto la rebaja de pena correspondiente.

De ahí que por esos dos motivos procedía el procedimiento abreviado, conforme al artículo 26 del Decreto 1861 de 1989, modificatorio del 474 del Código de Procedimiento Penal.

Según esa disposición, el Juzgado ha debido adelantar ese procedimiento con respecto a los tres mencionados justiciables, y expedir las copias de rigor a fin de investigar, por separado y por el procedimiento ordinario, la conducta del resto de implicados en el hurto.

El haberse omitido ese mandato no engendra nulidad, ya que por el cauce del procedimiento ordinario dispone el procesado de más garantías, debido a la amplitud de los términos y a la misma estructura del proceso, que, en el fondo, le proporciona más oportunidad de aportación de pruebas y de contradicción de las mismas, encarando, de otro lado, una acusación más precisa, delimitada y rigurosa que en el procedimiento abreviado, en el que los cargos se hacen en el mismo auto que resuelve la situación jurídica.

De otra parte, el Código de Procedimiento Penal, al contemplar en sus artículos 481 y 482 la "conservación del procedimiento" y el "cambio de procedimiento", da prevalencia al procedimiento ordinario sobre el abreviado, impidiendo, pues, que se caiga en vicio de nulidad por haberse escogido equivocadamente aquél en vez de éste.

No prosperan entonces esos cargos.

Cargo tercero: El proceso es nulo porque el Juez de primera instancia no se declaró impedido.

Como advirtió la Delegada, revisando el proceso no se ve por parte alguna el motivo por el cual el Juez Segundo Penal del Circuito, doctor Julio García Castillo, ha debido declararse impedido: el casacionista argumenta "enemistad grave" hacia él, pero ello no se encuentra probado en el proceso, y ni siquiera lo cuestionó o hizo aflorar el libelista por la vía y en la oportunidad de ley, mediante la recusación respectiva.

Con la demanda acompañó una constancia del Tribunal de Sincelejo sobre dos denuncias penales formuladas por él al susodicho Juez, y copias al carbón referentes a una recusación que "por tercera vez le formulo, por venir actuando en los procesos donde el suscrito Fausto Ledesma Copeta es parte, por existir enemistad grave" (fls. 27 y ss.).

Consta allí que el Juzgado, atinadamente, se abstuvo "de resolver el anterior memorial por no referirse a actuación en proceso determinado, sino una invitación a que el Juez se declare impedido" (fls. 35).

La recusación y el impedimento no pueden resolverse de manera general e indefinida, tanto en el tiempo como en el espacio, sino que su decisión obliga en cada caso en particular, produciendo entonces exclusivamente sus efectos frente al asunto en que se ha debatido y definido.

Pero, en fin, para el cargo en examen, lo cardinal, repítese, es que el Juez no fue recusado, y, de otro lado, el casacionista dista mucho de probar que estuviera obligado a declararse impedido, o que haya impedido o dificultado el derecho de defensa, como lo sostiene en el libelo.

Este reproche también debe rechazarse.

CAUSAL PRIMERA

La queja del censor, en rigor, se dirige a que de conformidad con el hurto calificado por la violencia (art. 350-1 C.P.), el Tribunal ha debido imponer a su defendido la pena mínima de dos años, aumentados en un año más con fundamento en la causal de agravación prevista en el numeral 8o. del artículo 351 ibídem. Reclama, de otra parte, que, no obstante haberse deducido esa agravante, también se haya computado la del numeral 9o. de dicho artículo 351: "Ya el delito había sido considerado como agravado", dice (fls. 18).

En verdad el cargo es sumamente confuso, impreciso y equivocado, ya que no discutió para nada los artículos 61 y siguientes del Código Penal, con base en los cuales el sentenciador graduó la pena dentro de los límites del caso, y tampoco demostró por qué no se podían cargar las dos causales de agravación del artículo 351. Es una censura, entonces, carente de sustentación, y, por ende, inestudiable.

Empero, conviene referir el criterio, acertado, que siguió el fallador para tasar la sanción (fls. 329 y 330): teniendo en cuenta que concurrían tanto circunstancias de agravación punitiva como de atenuación punitiva, y atenido al mandato contenido en el artículo 67 del Código Penal, dispuso que no podía partir el mínimo que trae el hurto calificado, sino de 3 años, más seis (6) meses por las dos causales de agravación del artículo 351 (8a y 9a: hurto en cabeza de ganado y de noche), y un año más atinente a la cuantía, de acuerdo con el artículo 372 del mencionado estatuto, para un total de 4 años y 6 meses, quantum del cual descontó la rebaja por confesión para el procesado Martínez Yanez, a nombre de quien se presenta el recurso extraordinario.

El fallo, pues, se mantendrá.

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

NO CASAR la sentencia impugnada.

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

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

PENA \ LEX TERTIA

Es imposible aplicar dos normas (la derogada y la vigente) en forma simultánea. El Juez debe determinar que disposición de uno y otro ordenamiento legal le es más favorable al procesado y aplicarla en su integridad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 7476 Concede libertad a Luis E. Fajardo Sanabria

Magistrado ponente: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado acta No. 120

Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Con apoyo en lo preceptuado en el artículo 72 del Código Penal, el procesado Luis Eduardo Fajardo Sanabria, quien se halla recluido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, solicita el beneficio de libertad provisional por estimar que con el tiempo efectivo en detención, redención de pena por trabajo y estudio y la rebaja prevista en la ley 48 de 1987, ha cumplido las dos terceras partes de la sanción que se le impuso en este asunto. Acompañó nuevos certificados de trabajo y demanda que por favorabilidad las horas certificadas como estudio en biblioteca, le sean liquidadas de conformidad con lo previsto en la ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario 2119 de 1977, es decir, que se dividan por seis (6) para determinar el número de días y luego por dos (2) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 530 del actual Código de Procedimiento Penal vigente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado 29 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia de fecha 18 de noviembre de 1991, condenó a Luis Eduardo Fajardo Sanabria a la pena privativa de la libertad de 42 meses de prisión como autor responsable del delito de enriquecimiento ilícito de que trata el artículo 148 del Código Penal, sanción que le fuera confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo de fecha 21 de febrero del corriente año.

El peticionario se halla detenido desde el 11 de febrero de 1991, o sea, ha descontado efectivamente de la sanción impuesta diecinueve (19) meses y dieciocho (18) días. Por trabajo acredita 2.720 horas y por estudio 414 horas (certificado No. 8085) para un total de 3.134 horas, que le representan una redención de pena de seis (6) meses y quince (15) días de conformidad con lo preceptuado en el artículo 530 del Código de Procedimiento Penal. Esta Sala en providencia de fecha 26 de agosto del presente año, le reconoció un (1) mes y veinticuatro (24) días como rebaja de pena por aplicación de la ley 48 de 1987, con relación a las conductas punibles realizadas con anterioridad al 1o. de julio de 1986, para un acumulado total de veintisiete (27) meses y veintisiete (27) días, inferiores en tan solo tres (3) días de las dos terceras partes de la sanción que se le impuso en los fallos de instancia.

No puede la Corte acceder a la petición del procesado, consistente en que se liquide el tiempo dedicado a biblioteca (estudio) de conformidad con lo preceptuado en la ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario 2119 de 1977 ya que de dividirse por seis (6) las horas acreditadas para establecer los días empleados en esta actividad, tendría igualmente que computar tres (3) días de actividad por uno (1) de rebaja de pena lo que, a no dudarlo le resultaría desfavorable frente a las previsiones del artículo 530 del Código de Procedimiento Penal actual, pues en forma reiterada ha sostenido esta Sala la imposibilidad de aplicar dos normas (la derogada y la vigente) en forma simultánea. El juez debe determinar qué disposición de uno u otro ordenamiento legal le es más favorable al procesado y aplicarla en su integridad.

Como quiera que a Fajardo Sanabria le faltan tan solo tres (3) días para satisfacer el requisito cuantitativo de la pena a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, considera la Sala pertinente entrar en el estudio de los demás factores que exige la mencionada disposición para la procedibilidad del subrogado allí previsto y con fundamento en él, decidir si tiene o no derecho al beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 2o. del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

El peticionario no registra antecedentes penales ni contravencionales, su conducta dentro del establecimiento carcelario ha sido calificada como ejemplar según las varias actas de Consejos de Disciplina aportados al proceso y las labores realizadas por él satisfactorias en cuanto a su regularidad, todo lo cual, permite a

la Sala realizar un pronóstico favorable sobre su rehabilitación social, razón por la cual, se le otorgará el beneficio de libertad provisional a partir del día tres (3) de octubre del presente año (sábado), fecha en la cual satisface el requisito cuantitativo de la pena, es decir, las dos terceras partes de la sanción que le impusiera en los fallos de instancia, previa caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) dada la naturaleza y modalidad del hecho, que consignará a favor del juzgado de primera instancia y la suscripción de la diligencia de buena conducta y compromiso al tenor de lo preceptuado en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE

1.- CONCEDER al procesado Luis Eduardo Fajardo Sanabria el beneficio de libertad provisional, a partir del próximo sábado tres (3) de octubre del presente año, previa caución prendaria por la suma de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) que consignará a favor del Juzgado 29 Penal del Circuito de esta ciudad y la suscripción de diligencia de buena conducta y compromiso conforme a lo preceptuado en el artículo 419 del C. de P.P.

2.- Satisfechos los anteriores requisitos, se librará la correspondiente boleta de libertad a favor de Luis Eduardo Fajardo Sanabria al Director de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, con la advertencia de que solo producirá efectos en el evento de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Dídimo Páez Velandia*

Yesid Ramírez Bastidas *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

VIOLACION INDIRECTA \ CASACION

El estatuto actualmente vigente no exige que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero debe indicarse en qué consiste la inconformidad, para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación. La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, la conclusión no puede ser otra que su desestimación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6668

Contra: Héctor Castro

Mágistrado ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 120

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintinueve de mil novecientos noventa y dos.

Vistos

El Tribunal Superior de Cundinamarca, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Héctor Arnulfo Castro Alvarado, revocó la sentencia condenatoria que en su contra había dictado el Juzgado Veintidós Superior de Santafé de Bogotá por el delito de homicidio.

Inconforme con esa determinación, el apoderado de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora se resuelve.

I. Hechos y actuación procesal

En las primeras horas de la noche del 27 de abril de 1990, en la vereda "Resguardo Bajo" del municipio de Machetá (Cundinamarca), el ciudadano Gerardino Alvarado Muñoz recibió un disparo de arma de fuego que obligó su traslado al hospital de Chocontá, donde se produjo su deceso.

De este hecho fue sindicado un sobrino de la víctima de nombre Héctor Arnulfo Castro Alvarado, quien fue capturado y puesto a disposición del Juzgado Promiscuo Municipal de Machetá, despachó que lo oyó en indagatoria y le resolvió la situación jurídica con auto de detención.

El Juzgado Noventa de Instrucción Criminal en Chocontá continuó con la instrucción del sumario y llegado el momento lo calificó con resolución de acusación en contra de Castro Alvarado por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

La etapa del juicio correspondió tramitarla al Juzgado Veintidós Superior de esta ciudad. Surtida la audiencia pública el funcionario a cargo dictó sentencia condenatoria por el delito de homicidio simple y absolutoria por el porte de armas. El defensor interpuso el recurso de apelación, y al resolverlo el Tribunal Superior de Cundinamarca revocó la condena impugnada y absolvió al acusado.

II. La demanda

Al amparo de la causal primera -cuerpo segundo-, violación indirecta de la ley sustancial, el libelista plantea dos reproches así:

Primer cargo: "... apreciación errónea de la prueba testimonial, es decir, de una deficiente y torcida apreciación de algunos testimonios practicados en su momento por el Juez Instructor, en especial, los testimonios correspondientes a Angel Honorio Alvarado Muñoz, Juan Bernardo Alvarado Zona, Patrocinia Castillo vda. de Bohórquez, Juan de Jesús Alvarado Muñoz y José Ulises Castro Alvarado".

La sustentación consiste en afirmar que la sentencia de primera instancia es diáfana y contundente al concluir en la condena. Además el agente del Ministerio Público ante el Tribunal, luego de un profundo análisis de algunas declaraciones conceptúa que se debe confirmar el fallo apelado. Y agrega el demandante: "Lamentablemente y con una apreciación deficiente y torcida de la prueba testimonial, el Tribunal Superior de Cundinamarca se aparta del criterio científico, profundamente jurídico y seriamente expuesto por la Fiscalía del Tribunal Superior, sin haber hecho mención alguna de sus tesis y planteamientos, para en tal forma violar la ley sustancial por infracción indirecta de ella, proveniente de

apreciación errónea de la prueba testimonial, tal como lo hemos invocado al señalar esta primera causal o motivo de casación".

A continuación relaciona los nombres de los testigos a los cuales los fiscales de primera y segunda instancia les reconocieron credibilidad para solicitar la sentencia condenatoria.

Como normas infringidas están los artículos 1, 2, 4, 35, 36, 41, 42, 44, 45, 52, 103, 104, 105, 106, 323 y 324 del Código Penal. También los artículos 37, 38, 285 y 295 del Procedimiento Penal.

Segundo cargo: "... Esta violación proviene de la falta de apreciar la prueba documental obrante a folio 8, 47 y 84 del cuaderno de originales, prueba documental que no fue valorada por el sentenciador haciendo caso omiso de ella, en especial el documento del folio 8 expedido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Machetá Cundinamarca el 30 de abril de 1990".

En la fundamentación el impugnante se limita a decir que esa prueba documental corrobora los antecedentes del sindicado y tiene relación con el homicidio cometido. También, que ayuda a consolidar la prueba testimonial.

Aduce que el Tribunal violó "normas sustanciales" del procedimiento penal, como los artículos 279, 280 y 284.

Concluye con la siguiente afirmación: "Hay nexo de causalidad entre el vicio y la parte resolutiva de la sentencia impugnada que demuestra la violación de la ley sustancial y del agravio causado con la sentencia a la parte civil".

La petición es que se case la sentencia y se dicte una de reemplazo condenatorio.

III. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no se case la sentencia recurrida, como conclusión de las siguientes observaciones:

a.- El impugnante no precisa si ataca el fallo por error de hecho o de derecho, limitándose a decir que la sentencia del Tribunal estructura un "error in iudicando".

b.- Aunque al sostener que la prueba testimonial fue objeto de una deficiente y torcida apreciación "parecería que se refiere al error de hecho, sin embargo los argumentos orientan el ataque hacia el error de derecho, pues la inconformidad es por haberse apartado el Tribunal de la valoración probatoria y conclusiones a que llegaron el a quo y los fiscales que conceptuaron en primera y segunda instancia.

c.- El libelista tampoco concreta de qué manera el sentenciador, "torció" el contenido de la prueba testimonial, ya que ni siquiera eligió uno de los testigos para demostrar en qué puntos específicos se alteró o distorsionó el alcance objetivo de su versión.

d.- En cuanto al segundo cargo, se queda en un simple enunciado, pues no se entra a especificar de qué manera los antecedentes del procesado pudieron desencadenar los hechos investigados, y cuál la incidencia de los documentos referidos en la decisión del Tribunal.

IV. Alegato del defensor

Dentro del término de traslado a los no recurrentes, el defensor presentó un escrito en el cual coayuva el concepto del Ministerio Público y solicita que no se case la sentencia.

Estima el memorialista que el análisis probatorio del Tribunal es correcto, pues ciertamente la evidencia recaudada no genera la certeza necesaria para condenar.

V. Consideraciones de la Sala

La Sala encuentra que los criterios formulados por el Procurador Delegado a la demanda se ajustan a la realidad procesal, y que le asiste razón cuando afirma que en esas condiciones los cargos deben ser desestimados.

Ahondando en esas observaciones, encontramos que en el primer cargo el demandante se conforma con sostener, que hubo una "deficiente y torcida apreciación de algunos testimonios", en especial los de Angel Horacio Alvarado Muñoz, Juan Bernardo Alvarado Zona, Patrocinia Castillo viuda de Bohórquez, Juan de Jesús Alvarado Muñoz y José Ulises Castro Alvarado, pero respecto de ninguno de ellos concreta en qué consistió esa presunta errada apreciación, como era su deber si lo que pretendía era demostrar un falso juicio de identidad.

De acuerdo con la exigencia normativa del código vigente cuando se elaboró la demanda y conceptuó el Ministerio Público, el cargo debía precisar si el error alegado era de hecho o de derecho, pues en el primer caso éste debía aparecer manifiesto en los autos. El nuevo estatuto procesal simplemente dice, 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". Lo cual indica que ahora no es esencial que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero esto no significa que no se exija que con total claridad se determine en qué consiste la inconformidad, para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación.

El demandante que alega violación indirecta está obligado a concretar si el error cometido por el fallador consistió en no tener en cuenta una prueba, o en no haber apreciado una inexistente, o en tergiversar su contenido fáctico; o desde otro punto de vista, el haber valorado una prueba ilegalmente aducida al proceso, o haberle dado un valor mayor o menor del que la ley le tenga señalado. Estas alternativas no son una imposición de la Corte sino de la lógica, pues en la labor apreciativa de las pruebas ellas presentan todas las posibles fallas que puede cometer el juzgador.

Así las cosas, cuando el censor sostiene que hubo deficiente y torcida apreciación de los testimonios, el cargo no surge con la claridad requerida, y al tratar de precisarlo acudiendo a la fundamentación, allí lo que se encuentra es que en opinión del recurrente la sentencia de primera instancia y el concepto del fiscal del Tribunal son más acertados que la decisión, pero sin demostrar por qué.

La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencia se omite, como ocurre en el caso en estudio, la conclusión no puede ser otra que su desestimación.

Respecto al segundo cargo, su formulación es muy precaria, pues como lo señala el Procurador Delegado, consiste en un simple enunciado.

Los documentos que el actor dice que no fueron tenidos en cuenta se refieren a lo siguiente: el del folio 8 es una constancia de que Héctor Arnulfo Castro está vinculado a un proceso que por delito contra la salubridad pública adelanta el Juzgado Promiscuo Municipal de Machetá, en donde se le resolvió la situación jurídica sin medida de aseguramiento; el del folio 47 es el acta de levantamiento del cadáver, y el del folio 84 es un telegrama enviado por el Juzgado de Instrucción al DAS solicitando antecedentes del implicado. De ninguno de ellos explicó el impugnante por qué podrían ser importantes para la decisión sobre la responsabilidad del procesado, lo cual significa que el cargo se quedó simplemente en una aseveración sin demostración ni desarrollo.

De los tres documentos supuestamente no valorados, el demandante dice que en especial el del folio 8, esto es la constancia expedida por el Juzgado de Machetá, es fundamental para ayudar a evidenciar la responsabilidad de Castro Alvarado, pero francamente no se ve cómo esa certificación que ni siquiera constituye prueba de un antecedente penal, pudiera incidir para cambiar una sentencia absolutoria por una condenatoria.

Si esto se tiene que predicar del más importante, de los dos restantes no encuentra la Sala explicación alguna que justifique hacer descansar sobre su presunta no consideración un cargo en casación. Este reproche tampoco puede ser aceptado.

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, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruíz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

ARMA \ PRUEBA PERICIAL \ DICTAMEN MEDICO

Si al experto se recurre en demanda de un dictamen consultando sus conocimientos especializados y útiles para el esclarecimiento de un determinado y esencial aspecto que trasciende a los hechos debatidos, la finalidad de esa prueba no se satisface con criterios o pareceres subjetivos propios de una opinión, sino mediante la invocación de los principios que rigen la cientificidad o las reglas técnicas debidamente comprobadas y racionalmente aceptadas, que cotejados frente al caso de duda, sustentan una satisfactoria, objetiva y comprobada respuesta que se individualiza como solución.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6187

Contra: Efraín Herrera Moreno

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 118 (23 de septiembre de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Efraín Herrera Moreno contra la sentencia condenatoria proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Villavicencio, que revocando el fallo absolutorio emitido por el Juzgado Primero Superior de la

misma ciudad, impuso al acusado la pena principal de 10 años de prisión por el delito de homicidio cometido en la persona de Fidel Porras Buitrago, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas y la obligación de satisfacer los perjuicios morales y materiales ocasionados con la infracción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- En la ciudad de Villavicencio en las horas de la madrugada del día 3 de mayo de 1977 el señor Carlos Arturo Niño, conductor del vehículo de servicio público con número de orden 139, dio cuenta a las autoridades que al salir de su taller, observó a varias personas sospechosas y entre ellas a un individuo delgado de aproximadamente 1.75 de estatura, con chivera despoblada, patillas y ojos pardos, que identificándose como miembro del F-2 y dando muestras de extremado nerviosismo lo encañonó con un revólver.

El agente de guardia que recibió el reporte destinó a otros uniformados para que acompañaran al transportador y adelantaran la respectiva averiguación, hallando a su regreso, a la altura de la carrera 27 y frente al No. 26-48 del barrio El Porvenir, el cadáver del individuo Fidel Porras Buitrago, a quien el enterante identificó como uno de los acompañantes del sujeto que lo amenazara.

La misma noche y como el anterior víctima de disparos de arma de fuego, apareció ultimado en la "carretera del amor" el señor César H. Segura, quien al decir del mismo taxista, también acompañaba horas antes a la primera víctima hallada.

2.- Por el delito de homicidio cometido en Fidel Porras inició investigación el Juzgado 7o. de Instrucción Criminal con sede en Villavicencio, despacho que vinculó al proceso a los agentes de policía Efraín Herrera Moreno, Julio César y Efraín Olaya Moreno y Jaime Antonio Bejarano, más adelante al civil Alfonso Aponte, mientras que por la muerte de César Segura el sumario corrió a cargo del Juzgado Segundo Superior de la misma capital.

Sometidas a cotejo balístico las armas asignadas oficialmente a los agentes indagados, frente a los proyectiles extraídos de las víctimas, y hallados en inmediaciones de los lugares de deceso, el dictamen rendido por el experto del Instituto de Medicina Legal (fl. 280), acreditó que el revólver identificado con los números D52050-56907 y que se probó asignado a la dotación del agente Efraín Herrera Moreno, había sido el arma utilizada para producir la lesión mortal de Porras Buitrago, dictamen sobre el cual se demandó y obtuvo aclaración que figura en el cuaderno de trámite incidental.

El Juzgado Primero Superior de Villavicencio calificó el mérito del sumario mediante providencia de noviembre 22 de 1978, llamando a responder en juicio criminal a Efraín Herrera Moreno por el delito de homicidio, en tanto sobreseyó

definitivamente a Efraín Olaya Moreno y a Jaime Antonio Bejarano, y temporalmente a Julio César Olaya y Alfonso Aponte. Anulada sin embargo esta providencia por auto de agosto 29 del año siguiente, bajo el entendido de radicar la competencia en el Comando del Departamento de Policía del Meta, la intervención del Tribunal Disciplinario dirimió el conflicto suscitado fijando definitivamente el conocimiento del asunto en el Juzgado Superior, que al reponer la valoración de fondo sostuvo los sobreseimientos definitivos ya indicados, pero decretó en favor de los restantes sindicados un sobreseimiento temporal -decisión de mayo 6 de 1980-.

Cerrada de nuevo la investigación, en segunda calificación de abril 15 de 1985 insistió el juzgado en el sobreseimiento temporal de los procesados, decisión que impugnó la Fiscalía y que el Tribunal Superior de Villavicencio revocó parcialmente con la suya de enero 20 de 1989, radicando en juicio criminal a Efraín Herrera Moreno y Julio César Olaya, y variando a definitivo el sobreseimiento del vinculado Aponte.

La etapa de juzgamiento culminó con sentencia absolutoria, que una vez más apelada por la Fiscalía, revocó el Tribunal para en su lugar imponerle al acusado Herrera Moreno las penas y obligaciones antes referidas.

La demanda

Acusa el casacionista la sentencia por haber violado de manera indirecta y por error de derecho la ley sustancial, violación a la cual se llegó con vulneración del artículo 272 del Código de Procedimiento Penal al otorgarle a una diligencia el valor de prueba que no tenía. Con este error de derecho, añade, se aplicaron indebidamente los artículos 323 del Código Penal descriptivo del homicidio simple, el artículo 50 sobre interdicción de derechos y funciones públicas y el 106 alusivo a la condena al pago de daños y perjuicios, dejando en su lugar de aplicar el artículo 247 del Código Procesal Penal, agravio que a juicio del demandante debe corregir la Corte mediante la casación de la sentencia proferida, para que en su lugar emita el fallo absolutorio que se impone.

En fundamento del cargo sostiene el censor que el fallo se estructuró en un "mal llamado dictamen pericial" en que el experto sostiene que:

"El proyectil extraído al occiso Fidel Porras Buitrago, presenta identidad con *el rayado microscópico de las estrías*, con el proyectil de prueba disparado con el revólver 38 largo marca Smith & Wesson No. D56907-52050-Ponal identidad que prueba que el proyectil incriminado fue disparado con mencionado revólver (sic)", respuesta que constituye una simple opinión o presunción sin valor técnico, pues omitió narrar y describir las averiguaciones efectuadas, los métodos empleados y los resultados obtenidos, dejando de dar respuesta a los cuestionamientos formu-

lados al consignar el parecer definitivo, incumpliendo las exigencias del artículo 272.1 del Código de Procedimiento Penal.

Apoyándose en tratadistas foráneos para mostrar que el experto no realizó en debida forma sus análisis, añadió que mientras "el estudio del rayado se efectúa por 3 clases de procedimientos: "el fotográfico, el gráfico y el microscópico, comparando las estrías que presenta una bala de prueba disparada por el arma sospechosa y la que se encontró en la víctima", el rendido en este asunto falla porque "la motivación y justificación del dictamen no existe, que no puede aseverarse que a través de un simple examen macroscópico -único al que hace referencia ese informe- se puede constatar científicamente la procedencia del disparo, por lo que, no existiendo la debida motivación no estamos frente a un dictamen pericial y consecuencialmente la única prueba de incriminación no es prueba".

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal critica por indebida la formulación del cargo por error de derecho, pues aunque el libelista no indicó cuál fue la clase de ese error, del contexto de la demanda se infiere la alusión a dos falsos juicios (uno de convicción y otro de legalidad) que no pueden resultar coetáneamente compatibles sobre el idéntico medio probatorio, ya que la aducción ilegal de la prueba, por lógica excluye su valoración jurídica.

En sede de casación -continúa-, el error de derecho está referido a la ilegalidad condicionante de la aducción de la prueba, ya que el falso juicio de convicción queda excluido ante el sistema de sana crítica de las pruebas allegadas al proceso. Así, el error al cual se refiere el recurrente, "no se presenta en la sentencia acusada, toda vez que para el Tribunal de instancia en el estudio balístico efectuado en las 3 armas incautadas y los 5 proyectiles extraídos a los occisos, el perito forense cumplió con los requisitos que exigía el art. 269 del decreto 409 de 1971 (hoy art. 272.1 del C. de P.P.) en el cual expresó claramente las razones y el fundamento de sus conclusiones; así mismo, que en el segundo concepto (oficio No. 463-DC-1.B) signado por diferente perito, se explica que la placa fotomicrográfica sirve para mostrar objetivamente la identificación microscópica, pero que cuando carece de material fotográfico solo se expresa por escrito lo observado; lo cual viene a descartar el error grave que adujo el casacionista con respecto al dictamen.

Tampoco es cierto -añade el Ministerio Público-, que el juzgador hubiese contado con la prueba pericial como único medio de incriminación y de condena, pues del proceso hizo parte la aseveración del testigo Carlos Arturo Niño sobre la presencia del incriminado en los alrededores del sitio donde ocurrieron los hechos de sangre, acompañado de la víctima: Fidel Porras Buitrago, prueba que no se controvierte.

De otra parte, la intimidación en forma exaltada que Herrera Moreno le hizo al testigo al tiempo que se identificaba como agente del F-2, y la inspección judicial al proceso seguido por la muerte de César Hernán Segura, fueron elementos complementarios que reafirmaron la credibilidad del deponente y la prueba pericial e indiciaria de que da cuenta el proceso. En condiciones tales, la solicitud que la delegada dirige a la Sala es la de que se abstenga de casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- De manera parcial discrepa la Sala de la críticas que hace la delgada a la presentación formal de la demanda, pues no amerita ésta el reproche de incorrección técnica que se le hace por haber desviado la atención hacia el planteamiento de posibles errores de derecho por falso juicio de convicción. Como fácilmente puede observase, el cargo único de principio a fin descansa en la formulación de concretos reparos sobre la aducción de la prueba técnica balística acusando la labor del perito por omisión de los requisitos legales que imponía el artículo 272 del Código de Procedimiento Penal, y dentro de ese razonamiento, de manera coherente se termina por impetrar que sí su ilegalidad impide tener como medio de prueba esa experticia en el plenario, la casación del fallo procede por constituir esa probanza el elemento vertebral de la condena.

2.- No significa, sin embargo, que la sola presentación lógica y técnica de un reparo en casación sea la exclusiva razón de su prosperidad, pues hacia el interior de esa censura deben además probarse ciertos los hechos que le sirven de asidero al planteamiento y determinantes como suficientes para conducir al resultado que se impetra.

En este orden y *concretando el reproche que endereza el casacionista, con él concuerda la Sala al precisar que si al experto se recurre en demanda de un dictamen, consultando sus conocimientos especializados y útiles para el esclarecimiento de un determinado y esencial aspecto que transciende a los hechos debatidos, la finalidad de esa prueba no se satisface con criterios o pareceres subjetivos propios de una opinión, sino mediante la invocación de los principios que rigen la cientificidad o las reglas técnicas debidamente comprobadas y racionalmente aceptadas, que cotejados frente al caso de duda, sustentan una satisfactoria, objetiva y comprobada respuesta, que se individualiza como solución.*

Tal la razón para que el Código de Procedimiento Penal que regía el presente caso (decreto 409 de 1971, artículo 269) exigiera que el perito fincara su respuesta en el examen de las personas, los hechos o las cosas sobre las cuales debía emitir concepto, realizando las mesuras y apreciaciones necesarias, y presentando fundadamente su dictamen por escrito, requisitos de estudio, investigación y fundamentación clara y precisa que reitera la disposición del artículo 272 del decreto 050 de 1987 al cual se remite el demandante.

Para el caso de análisis, esa comprobación científica surgía de la necesidad de comparar los elementos de certeza (proyectil extraído del cuerpo de la víctima) con los de duda y sospecha (armas de dotación oficial de los incriminados), con miras a saber hasta donde esas evidencias lo permitieran, si alguno de los revólveres a examinar había sido utilizado en el disparo del proyectil que ocasionó la muerte al ofendido.

Y como la duda que promueve el actor no descansa ni en la naturaleza o el origen del proyectil extraído del cadáver según información sumistrada en la necropsia (folio 6), tampoco en la procedencia del arma sospechosa porque el documento del folio 175 que las deja a disposición del proceso no fue cuestionado ahora ni en las instancias, centrada la discusión sobre la naturaleza de la prueba y el resultado del examen, hácese oportuno recordar que los presupuestos técnicos de esa pericia descansan basilarmente en lo siguiente:

a.- "El fundamento de la identificación de un arma de fuego de ánima estriada a través de un proyectil o de una vainilla, está determinado por el hecho de no existir dos armas que produzcan las mismas huellas en los elementos de su munición.

"Puede afirmarse que cada arma de fuego posee una personalidad bien definida, la que permite distinguirla y diferenciarla de todas y cada una de las armas de la misma marca y calibre, aunque sean de serie y numeración sucesiva. Y esta personalidad radica como veremos más adelante en el estriado que presente el "ánima del cañón y en las características que imprimen el percutor y el espaldón en el revólver y en la pistola; sumándose para ésta última, las del extractor, botador y recámara.

b) "El proceso de fabricación de los cañones de las armas estriadas se cumple por el proceso de conversión de una varilla en tubo, utilizando un machuelo, que simultáneamente produce las estrías y los macizos o a través de estampados en frío, a grandes presiones, en ambos procesos las ánimas son sometidas a pulimento, resaltándose que la dureza de las aleaciones utilizadas no es uniforme, lo que determina mayor o menor resistencia a estos procesos generando características microscópicas diferentes en los cañones, aún desde el momento de su fabricación.

"Las armas de puño actuales poseen todas el cañon estriado, variando el número de estrías y su inclinación de acuerdo a su procedencia...

c) "El estriado que originalmente se constituyó para dar dirección y alcance a los proyectiles, porque al pasar éstos por el interior del cañón adquieren un movimiento helicoidal que les permite vencer la gravedad y aumentar la velocidad y disminuir la resistencia del aire, sirvió indirectamente para comunicarle personalidad al arma de fuego.

d) "Los proyectiles para armas estriadas reciben a su paso por el cañón las estrías y macizos que sufren un proceso de inversión, es decir, que lo que en el ánima es macizo en el proyectil es estría, recibiendo con ello la personalidad del arma, permitiendo el estudio microscópico comparativo.

e) "Con el fin de poder identificar el arma que ha sido utilizada en la comisión de un delito es necesario encontrar una relación o nexo entre un objeto hallado en la escena del delito y el arma sospechosa. Existe la posibilidad de que alguna parte del cartucho empleado, proyectil o vainilla, para la realización del ilícito sea asociado a través de posteriores estudios de laboratorio, y

f) "Las estrías de los proyectiles producidas por las irregularidades de sus homólogos en el ánima son únicas. Si un alto grado de correspondencia es hallado entre las estrías de dos proyectiles, se puede decir inequívocamente que fueron ambos disparados por una misma arma; el estudio deberá continuarse rodando los dos elementos simultáneamente, estría por estría, debiendo encontrar características iguales en cada una de ellas.

"Para este estudio se utiliza el microscopio de comparación para balística, el que por intermedio de un prisma permite la observación simultánea de los dos elementos sometidos a cotejo. la correcta disposición de los elementos, empleo de luces, etc., facilitará el trabajo". (Cfr. Manual de Criminalística de Miguel Maza Márquez, fs. 21 a 40, y en el mismo sentido: Investigación de Homicidios de LeMoyne Snyder, pg. 121 y ss. y 184; Criminalística General de Angel Vélez A. pg. 267; Balística Forense de Pedro Thelmo Echeverry G., pg. 82 y ss y Balística Fundamental de J. Guillermo Hincapié, entre otros).

Regresando al caso de controversia, es de destacar que la prueba discutida aparece legal y oportunamente decretada mediante auto de octubre 27 de 1977 -folio 264-, como acusó claramente recibidos el experto los elementos materia de examen, procediendo a su descripción e identificación, las armas -folio 276 y ss.- por su clase, tipo, marca, calibre, estrías, numeración, fabricación, longitud del cañón, capacidad, cachas, acabado, estado de mantenimiento, estado de funcionamiento y características, de modo que no quedó el menor asomo de duda sobre la clase de elementos examinados; y el proyectil extraído al cadáver de Fidel Porras por su constitución, calibre, estrías, peso, forma y deformaciones externas. Frente a éste afirmó el perito que se trataba de elemento correspondiente a un cartucho calibre 38 largo, disparado por ánima estriada de rotación derecha, característica de las marcas Smith & Wesson, Ruger, Ruby y Astra, pero además, haber realizado "con las armas enviadas" varios disparos de prueba y verificado un examen comparativo de los proyectiles así obtenidos, frente al proyectil incriminado, utilizándose para ello el "microscopio de comparación balística", observaciones y análisis todos que le permitieron concluir que "El proyectil extraído al occiso Fidel Porras Buitrago, presenta identidad con el rayado macroscópico de las estrías, con el proyectil de prueba disparado con el revólver

38 largo marca Smith & Wesson No. D-56907-52050, identidad que prueba que el proyectil incriminado fue disparado con mencionado revólver".

Sin que los reparos surgidos contra ese resultado pericial sean privativos del casacionista, ya en la instancia se había objetado la experticia aduciendo un error grave que nunca se probó, pero que dando lugar a aclaración por parte de distinto perito del mismo Instituto de Medicina Legal, suscitó la siguiente respuesta agregada al cuaderno de incidente: "...el técnico en balística que realizó los estudios a los elementos enviados, aplicó las técnicas adecuadas y requeridas para emitir esta clase de dictámenes...". La placa fotomicrográfica tiene "el propósito de mostrar objetivamente la identificación microscópica, pero cuando se adolece de material fotográfico solo se expresa por escrito lo observado, caso similiar al dictamen No. 463-DC-LB".

Para esta ocasión ofreció el perito que si las microfotografías se consideraban necesarias, aún podían ser tomadas sobre la nueva remisión de los elementos de examen, requerimiento sobre el cual no insistieron los intervinientes procesales.

Por el contrario, y como fácilmente puede verse, lejos queda la ahora controvertida experticia de ameritar los reproches que por falso juicio de legalidad le endilga el demandante, pues oportuna y legalmente ordenada, fue realizada en tiempo por el experto y laboratorio oficiales; para su realización se contó con los elementos indubitados que hacían parte ya del expediente y los de origen conocido que se trataba de identificar, y cumplidos sobre unos y otros los exámenes que ésta clase de prueba exigía, entregó el perito su respuesta con claridad y fundamento, quedando oportunamente publicitada y a disposición de las inquietudes de las partes, que nuevamente satisfechas, dejaron la situación en la forma predescrita.

Y si de este detenido análisis inequívocamente se desprende que toda la inconformidad del impugnante se concreta en la ausencia de las microfotografías y en su errada interpretación del término "rayado macroscópico de las estrías", no otra respuesta diferente a la improsperidad de la demanda asoma en esta sede, cuando ha quedado visto que las placas microfotográficas eran apenas un elemento complementario y visual de la objetividad del resultado, no un sustituto y ni siquiera ayuda de las técnicas de comparación microscópica; y que "la identidad en el rayado macroscópico" era, no la comparación descuidada o tosca que interpreta el recurrente, sino el conjunto de características gemelas observadas en el microscopio sobre las estrías de los proyectiles generadas por la fricción en el disparo con una misma arma de fuego, y que justamente comprueba su uniprocedencia.

Un motivo de más ratifica, sin embargo, la improsperidad de la censura. Como lo tiene dicho con reiteración la Sala, cuando el ataque en casación se endereza por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, debe el actor

desquiciar los elementos todos en los cuales se funda la sentencia, pues restringido a uno u algunos de ellos solamente, podría subsistir el fallo afianzado en otros medios diferentes.

Para el caso que se analiza, limitado el casacionista en sus críticas al dictamen del perito, dejó en el olvido que para el juzgador fue contundente el dicho del taxista Carlos Arturo Niño en el señalamiento del acusado como la persona que en un estado de exitación y armado acompañó por última ocasión a los occisos, sumándose a esa información otros indicios de oportunidad, medios y motivos que para nada se exploraron dentro de la demanda, motivos que como queda dicho, se agregan para la desestimación de lo pedido.

El cargo 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 la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

ESTAFA \ COMPETENCIA TERRITORIAL \ CONSUMACION

Es suficiente leer el artículo que describe el punible de estafa (art. 356 C.P.), para rápidamente captar que ese comportamiento se perfecciona donde y cuando el agente obtiene, para sí o para otro, el provecho ilícito con provecho ajeno. El verbo, obtiene, es el que sirve de núcleo orientador y rige la conducta en mención.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7888. Colisión

Contra: Paulino Pineda Martínez y otro

Aprobado acta No. 121

Magistrado ponente: Dr. *Guillermo Duque Ruiz*

Santafé de Bogotá, D.C., treinta de septiembre de mil novecientos noventa y dos.

Resuelve la Sala la colisión de competencias negativa surgida entre los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, en el proceso que se adelanta respecto de Paulino Pineda Martínez y Margarita Pineda de Linares, por el delito de estafa.

ANTECEDENTES

1.- En la ciudad de Villavicencio (Departamento del Meta), el 17 de mayo de 1986, Margarita Pineda de Linares y su hermano Paulino Pineda Martínez celebraron con Garven Thornley (representante legal de la sociedad "Plantaciones Indupalma de los Llanos S.A.") un contrato de promesa de compraventa, según el cual los

primeros prometían vender a la referida sociedad los predios "La Gloria" y "El Paraíso", ubicados en el municipio cundinamarqués de Paratebueno, aquél por la suma de $ 20'880.000.00 y éste por $ 5'222.754.00 dando como arras el prometiente comprador $ 2'088.000.00 y $ 522.275.00 respectivamente (fls.9 y ss-1).

En orden al perfeccionamiento de dicho contrato, se otorgó el 8 de septiembre del mismo año, en la Notaría 4a. del Círculo de Santafé de Bogotá, la escritura No. 5066, dejándose allí expresa constancia de que se cancelaba enteramente el precio de la negociación (fls. 16 y ss.). Esta escritura fue registrada 4 días después en la población cundinamarquesa de Gachetá (fls. 22 vto.).

Resulta que el mencionado predio "La Gloria" obraba en el registro con "doble titulación", ya que con el nombre de "La Realidad" había sido adjudicado por el Incora, el 17 de septiembre de 1962, a Eusebio Gutiérrez Camelo, quien lo vendió a Antonio Rodríguez Buitrago, y éste a su vez a Ismael Buitrago Buitrago. Respecto a dicho predio "La Realidad" se había iniciado un proceso de ejecución singular, siendo rematado en julio de 1987 a favor de José Vicente Alvarez Alvarez.

2.- El ser perturbado, pues, en el terreno "La Gloria" que había comprado en las circunstancias vistas, "Indupalma" procedió a formular la denuncia penal correspondiente, iniciándose entonces el respectivo proceso, que calificó el Juzgado 111 de Instrucción Criminal con resolución acusatoria contra los dos nombrados hermanos Pineda Martínez, por el delito de estafa (fls. 385 y ss.).

El proceso pasó al Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma capital, que mediante sentencia de 30 de abril de 1992 (fls 491 y ss.), absolvió a los acusados. Apelado este fallo por el apoderado de la parte civil, el expediente llegó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, en donde el respectivo fiscal conceptuó que esa corporación no era la competente, sino el Tribunal Superior de Cundinamarca, ya que el delito de estafa se habría consumado en Gachetá, donde se registró la escritura (fls. 4 cuaderno del Tribunal).

Mediante auto del 25 de julio último, la Sala de Decisión respectiva acogió ese criterio del Ministerio Público y dispuso el envío del expediente al referido Tribunal de Cundinamarca, que por auto de septiembre 3 (fls. 12 y ss), rechazó esos planteamientos, admitió la colisión y ordenó el envío de las diligencias a esta Sala, donde compete decidir de plano la cuestión.

En resumen, estimó el Tribunal de Cundinamarca que aunque es cierto que "la tradición del dominio de bienes inmuebles se efectúa mediante el registro del correspondiente título traslaticio en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (art. 756 C.C.), no es menos cierto que los actos que le precedieron, como

la suscripción de una promesa de compraventa y el otorgamiento de la escritura pública respectiva, a los cuales el Tribunal de Bogotá les da la connotación de solemnidades propias al contrato realizado, son relevantes en materia penal, entre otros efectos, fijar la competencia" (fls. 14).

Cita en seguida parte de una jurisprudencia, según la cual del delito de estafa "se consuma con la obtención del provecho ilícito de connotación patrimonial" (auto de 15 de mayo/91 M. Pte. Dr. Saavedra Rojas), y pone de presente que aquí parte del precio se pagó desde la celebración del contrato de promesa en Villavicencio, precio que se canceló en su totalidad en Bogotá, "y de este modo los procesados terminaron de obtener el provecho económico indebido", de donde resulta claro que el delito se habría consumado en esta capital, sin que se deje de tener también en cuenta -acota el Tribunal- la competencia a prevención prevista en el artículo 75 del anterior Código de Procedimiento Penal.

Tilda, pues, de "inaceptables" los argumentos del Tribunal de Bogotá y reitera que no es de su competencia el conocimiento del presente asunto.

SE CONSIDERA

En verdad, como lo ha repetido esta Sala, es suficiente leer el artículo que describe el punible de estafa (art. 356 C.P.), para rápidamente captar que ese comportamiento se perfecciona donde y cuando el agente obtiene, para sí o para otro, el provecho ilícito con perjuicio ajeno. El verbo subrayado es el que sirve de núcleo orientador y rige la conducta en mención.

Para estos efectos de competencia "penal" por el factor territorial, no es correcto, pues, tener como norte el sitio donde "se perfeccionó" la negociación civil (en este caso en Gachetá), sino -repítese- el lugar donde los sujetos pasivos del hecho punible se desprendieron de su patrimonio, en este caso de varios millones de pesos, cosa que ocurrió en Santafé de Bogotá, simultáneamente con la firma de la respectiva escritura, hecho que nadie discute.

Con la curiosa tesis del Tribunal de esta capital, si la escritura referida no se registra, el delito de estafa no se habría entonces consumado, hipótesis inadmisible, pues ya se aseveró atrás que en estas cuestiones, dichas materias civil y penal transitan por sendas separadas y autónomas, con consecuencias igualmente independientes, sin que las resultas de una condicionen fatalmente las de la otra, y viceversa.

Esas son las breves pero suficientes razones para afirmar que la competencia para este proceso pertenece a Santafé de Bogotá, sentido en el cual se resolverá el conflicto.

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

RESUELVE

DECLARAR que la competencia para conocer del presente asunto corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, a donde se remitirá el mismo, dando el aviso de rigor, con copia de este proveído, al Tribunal Superior de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ TRANSITO DE LEGISLACION

Si la única actuación restante la constituye el pronunciamiento de segunda instancia, toda actividad subsiguiente debe proseguir bajo las disposiciones del decreto 050 de 1987 Código de Procedimiento Penal, independientemente de auscultar si ese precepto y las finalidades que cubría son o no recogidos por el artículo 103, numeral 6o., dentro del nuevo estatuto de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7891

Contra: Arnoldo J. Téllez I.

Impedimento Sala Tribunal Nacional

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 121

Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Vistos

De plano resolverá la Sala el impedimento manifestado por los integrantes de una de las Salas del Tribunal Nacional, que atenidos a los artículos 535 del derogado Código de Procedimiento Penal y 107 del vigente, se niegan a conocer de la sentencia proferida dentro del presente asunto en contra del acusado Arnoldo José Téllez, por haber revisado con precedencia respecto de la cesación de procedimiento que en el auto calificatorio se profirió en favor de los co-sumariados Evelyn María y Octavio Villarreal García.

ANTECEDENTES

En cumplimiento de la orden de allanamiento proferida por el Juzgado 85 de Instrucción Penal Militar de Barranquilla de fecha marzo 22 de 1991; dentro del inmueble ubicado en la calle 84 # 80-20 de la misma ciudad, fueron incautados seis paquetes con un peso neto de 5.534 gramos de una sustancia que analizada pericialmente resultó identificada como cocaína. La apertura de la investigación le correspondió adelantarla al Juzgado de Orden Público de la citada ciudad; vinculando mediante diligencia de indagatoria a: Evelyn María Villarreal García, Octavio Enrique Villarreal García, y Arnoldo José Téllez Issa.

Al resolver sobre la situación jurídica provisional de los implicados, el mencionado despacho mediante auto de abril 11 de 1991 profirió en contra de Téllez Issa medida de aseguramiento de detención preventiva y en favor de los otros procesados decretó su libertad inmediata.

La calificación del mérito del sumario se produjo mediante resolución acusatoria de noviembre 6 de 1991 en contra de Arnoldo José Téllez Issa, favoreciéndose en cambio a Evelyn María y Octavio Villarreal García con cesación de procedimiento, pronunciamiento que fuera consultado con el Tribunal Superior de Orden Público que mediante auto de febrero 10 de 1992 le impartió confirmación integral.

A su vez y de acuerdo al pronunciamiento especial que rige los punibles de conocimiento de los Jueces de Orden Público, (hoy regionales) según auto de mayo 4 de 1992 se dio traslado por el término común de ocho días a los sujetos procesales para que presentaran sus alegatos de conclusión.

Vencido el término antes señalado, se profirió con fecha junio 23 de 1992 fallo de condena imponiéndole al procesado Téllez Issa una vez deducida la rebaja que consagra el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, la pena principal de cinco años y cuatro meses de prisión por infractor a la ley 30 de 1986, artículos 33, inciso 1o. y 38, numeral 3o., al pago de multa de 10 salarios mínimos mensuales, adicionando las penas accesorias de ley y la orden de devolver definitiva el inmueble en el que se incautara la sustancia, así como la consulta de la providencia con el Tribunal de Orden Público (ahora Nacional).

MOTIVOS DEL IMPEDIMENTO

A partir del 1o. de julio del presente año entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal con tendencia acusatoria, según el cual los funcionarios encargados de adelantar la etapa de instrucción, deben ser diferentes a aquellos que actúan en la etapa del juicio, no siendo ajenas esas disposiciones a la Justicial de Orden Público (hoy Tribunal Nacional); de acuerdo a lo dispuesto en el decreto

2790 y su modificatorio 099 de 1991 y al derogado artículo 535 ibídem, que consagraba como causal de impedimento para las Salas del Tribunal el conocer en segunda instancia, respecto de cualquiera de las providencias que en la etapa de instrucción hubiera revisado por vía de apelación o del grado jurisdiccional de la consulta.

Al consagrarse en la presente codificación el acusatorio, con separación radical de la etapa de instrucción y juzgamiento, se establecieron Fiscales Delegados ante los Tribunales y la Corte, quedando las citadas corporaciones impedidas para instruir los procesos; a excepción de lo consagrado en el artículo 235 de la Constitución que le atribuyó a la Corte la instrucción y juzgamiento de los congresistas. Sin embargo de que en esa nueva codificación desapareció un equivalente del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal anterior, en sentir de los magistrados ese impedimento se mantuvo en la disposición del artículo 103.6 decreto 2700 de 1991, que contempla tres situaciones diferentes:

a) "Que el funcionario haya dictado la providencia cuya revisión se trata.

b) Haber participado dentro del proceso y

c) Ser pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar".

La segunda forma "...hubiere participado dentro del proceso..." por la única referencia específica a la segunda instancia -agregan-, recogió y amplió la derogada causal del artículo 535 citado, a fin de impedir que el funcionario en segunda instancia conozca de las diligencias en las cuales haya intervenido con anterioridad, eliminando la restricción que aparecía en la citada disposición relacionada con las providencias apeladas, para abarcar incluso los autos de sustanciación como serían el que se refiere a la práctica de pruebas, los dictámenes, o cualquiera otra actividad que llegue a comprometer su criterio o imparcialidad.

De lo anterior concluyen que en la actualidad no puede una misma sala de decisión, como ocurriría en el presente caso, entrar a conocer en la etapa del juicio de aquellas diligencias sobre las cuales actuó en la fase sumarial, no sólo porque con ello se quebrantaría el esquema acusatorio vigente, sino porque además lo impide de manera expresa el numeral sexto del art. 103 del Código Procesal vigente.

Argumentos de la Sala que inadmitió la excusa

La Sala disidente del Tribunal Nacional encuentra inaceptable el impedimento propuesto, estimando que la filosofía propia del sistema acusatorio en modo alguno señala que el Juez Plural de Segunda Instancia por haber expedido en la fase sumarial una providencia de fondo, automáticamente quede inhabilitado para

desempeñar una labor congnoscitiva del juicio, ya que ese hecho en manera alguna afecta la independencia del criterio del Juzgador en Segundo Grado, ni lo ata para proferir un fallo desfavorable a los intereses de la parte vinculada.

Para esta Sala del Tribunal la derogatoria del artículo 535 del C. de P.P. decreto 050 de 1987, obedeció a su inoperancia procesal y tratamiento injustificadamente discriminatorio, lo cual se demuestra por que tratándose de Jueces Superiores y Penales del Circuito, el impedimento no operaba, pudiendo resolver indiscriminadamente en segunda instancia sobre las providencias de los Jueces Penales Municipales.

Respecto al término "hubiere participado dentro del proceso", considera que etimológicamente corresponde a "tener uno parte en una cosa", lo cual se presentaría en aquellos eventos en que el funcionario que actúe en la etapa de instrucción -Fiscal- o agente del Ministerio Público, pase a desempeñarse como administrador de justicia encargado de resolver un recurso vertical dentro del sumario, o le corresponda decidir como Juez del Conocimiento, o de Segunda Instancia; por que aunque no se trate de revisar su propia providencia, su concurso sí fue influyente en la instrucción o formulación del cargo.

Agrega que a contrario sensu, el juzgador de segundo grado dentro de su función judicial, puede expedir pluralidad de pronunciamientos, ya que de lo contrario se entorpecería el normal desarrollo de la administración de justicia generando inseguridad jurídica y un atentado contra la estabilidad del debido proceso.

Consideraciones de la Corte

Interesa ante todo a la solución del evento propuesto ubicar la génesis del conflicto frente al estadio dentro del cual había avanzado la presente actuación procesal, pues como de manera expresa se avisó en el seguimiento de sus hitos cronológicos, la iniciación, perfeccionamiento y calificación del sumario ocurrieron en vigencia del decreto 2790 de 1990, al igual que el impulso de la causa, y aún se produjo la sentencia de primera instancia bajo el decreto 2271 de 1991, que en su artículo 3o. adoptó como legislación permanente las disposiciones del primer estatuto que regían el trámite procesal.

Cierto es, como se ocupan de resaltarlo las dos Salas opuestas sobre la causal de excusa, que al llegar el expediente al Tribunal Nacional, había operado ya el tránsito de normas suscitado por la vigencia del decreto 2700 de 1991. Mas, de esa sola circunstancia no deviene necesariamente el conflicto que en la interpretación de las disposiciones del nuevo estatuto les distancia, pues de modo expreso se ocupó la nueva ley de procedimiento en regular los eventos derivados de ese cambio de rito frente a los procesos que iniciados dentro de la normatividad

anterior, no habían logrado culminar definitivamente para el primero de julio de 1992, disposiciones que permiten avisar la solución al tema planteado dentro de un razonamiento diferente:

1.- El decreto 2790 de 1990, que, como viene de verse, rigió primero este proceso durante la vigencia del estado de sitio, y luego como norma permanente a partir del decreto 2271 de 1991, extendió al trámite de los procesos adelantados por la jurisdicción de orden público el sistema de instrucción y juzgamiento que había introducido el decreto 050 de 1987 para los procesos a cargo de los jueces superiores y penales del circuito, dejando a cargo de distintos funcionarios de una parte la tarea investigativa y de calificación, y de la otra la labor de juzgamiento, lo que lleva a concluir en la consiguiente extensión al Tribunal de Orden Público de la causal especial de impedimento prevista en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, pues no se trataba simplemente de llegar a ella por interpretación analógica o extensiva, sino de garantizar dentro de un análisis sistemático y teleológico del artículo 100 del mismo decreto 2790 que el principio de integración hiciera realidad aquella aproximación a un sistema acusatorio, sin que quedara éste desvertebrado por la intervención de una segunda instancia que proyectara un mismo criterio sobre las dos definidas etapas procesales.

2.- Sobre este presupuesto que con diafanidad indica la procedencia de la causal de impedimento a la postre invocada por la Sala que se excusa, de no haberse presentado el tránsito de normas, se impone analizar si los preceptos del decreto 2700 de 1991 debían cobrar en este asunto vigencia inmediata, con la única reserva derivada del principio de favorabilidad, como parecen coincidir en entenderlo las Salas discrepantes, o si, mas bien, y como lo encuentra regulado hoy la Corte, medió el interés del legislador por evitar que ésta clase de conflictos tuvieran ocurrencia, determinando unas reglas precisas para solucionar las dificultades surgidas en los procesos no concluidos antes del pasado mes de julio.

Dentro de este orden de ideas, se hace necesario recordar que el artículo 5o. transitorio del Nuevo Código de Procedimiento Penal integró a la jurisdicción ordinaria la anteriormente denominada de orden público, conservándole su competencia y el conocimiento de los hechos punibles que conforme a los decretos expedidos durante el estado de sitio se le hubieren atribuido "de acuerdo con los decretos que no impruebe la comisión especial".

Complementando lo anterior, el artículo 13, también transitorio, del citado decreto 2700 de 1991 a continuación se agregó que en los procesos en los cuales hubiese iniciado ya audiencia pública su trámite continuaría"con base en el anterior código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al Ministerio Público".

Tan perentorio mandato, que no tendría por qué exceptuarse en el caso que se controvierte por el solo hecho de que en ésta clase de procesos no se realice

audiencia pública, pues cualquier etapa equivalente había sido superada para el momento de expedición de la sentencia, a todas luces indica que si la única actuación restante la constituye el pronunciamientos de segunda instancia, toda actividad subsiguiente debe proseguir bajo las disposiciones del decreto 050 de 1987, cuyo artículo 535 se invoca, independientemente de auscultar si ese precepto y las finalidades que cubría son o no recogidos por el artículo 103, numeral 6o., dentro del nuevo estatuto.

Tiene, pues, razón de ser la excusación invocada en el caso que se examina, y de su admisión derivará el que el asunto respectivo pase al conocimiento de la Sala que le sigue en turno a la impedida, razones que no obstan para resaltar la inexactitud en que la discrepante incurrió al sostener que el impedimento del artículo 535 del anterior Código de Procedimiento Penal desapareció porque no daba un tratamiento igualitario a los asuntos de los cuales conocían los juzgados municipales, ya que una afirmación tal desconoce que ante estos últimos despachos se confundían siempre y siempre y por ministerio de la ley el instructor y el fallador en una misma persona, lo que en un todo distanciaba los presupuestos que dieron institucionalmente cabida a la causal de que se trata.

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

RESUELVE:

Declarar fundado el impedimento que manifiesta la Sala del Tribunal Nacional que venía conociendo del presente asunto, disponiendo como consecuencia que a su regreso, pase el expediente a aquella que la sigue en turno, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ TRANSITO DE LEGISLACION

No resulta oportuno aplicar las reglas del sistema acusatorio a un proceso tramitado bajo una orientación diferente legalmente regulada.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Unica instancia 4083

Contra: Nhora Correa otros

Magistrado ponente: Dr *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado acta No. 121

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

De plano resolverá la Sala de Casación Penal el impedimento manifestado por su integrante el Magistrado Doctor Juan Manuel Torres Fresneda, quien invoca la causal 6o. del artículo 103 del Nuevo Código de Procedimiento Penal y solicita ser separado del conocimiento del proceso seguido contra Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas.

ACTUACIÓN PROCESAL.

1o.- De acuerdo con la competencia asignada en el anterior Código de Procedimiento Penal, la Corte investigó y calificó el mérito del sumario que por el delito de prevaricato se adelantó contra los doctores Nhora Currea García, Eduardo Lucero Acosta, Dairo Sosa Cárdenas, Alvaro Del Valle Oviedo y José Heriberto Velásquez Ramos, quienes para la época de los hechos actuaban como Magistrados del Tribunal Superior de Aduanas.

2o.- Surtida la etapa probatoria del juicio, se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública, la cual no pudo realizarse, ante la necesidad de resolver el impedimento que ahora nos ocupa, y la petición formulada por otro miembro de la Sala, en el sentido de que se declare la excepción de inconstitucionalidad, punto éste que será resuelto posteriormente.

FUNDAMENTOS DEL IMPEDIMENTO

El doctor Torres Fresneda considera que la intervención del Fiscal dentro de la causa hace variar el esquema del juzgamiento para convertirlo en acusatorio, y en esas condiciones cobra importancia la causal de impedimento que aduce, "...en cuanto por su medio logrará integrarse a cabalidad el trámite al nuevo sistema de juzgamiento, sin ocasionar desequilibrio ni desconocer las bases sobre las cuales descansa el debido proceso. De otro modo, la participación del funcionario que redactó la resolución acusatoria como Juez en la siguiente etapa, no solamente generaría por el compromiso intelectual frente al pliego de cargos un desequilibrio frente a la intervención del fiscal, del Ministerio Público y hata (sic) el acusador privado cuando se haya constituido en parte civil, sino que afectaría los principios de autonomía e independencia sobre los cuales descanse el sistema acusatorio, como tuvo ocasión de sostenerlo esta Sala de Casación en su interpreración del artículo 535 del decreto 050 de 1987, norma que constituye, además, un claro antecedente nada despreciable dentro de la interpretación histórica que propugno de la causal de impedimento invocada.

d.- Si ha de tener un recto entendimiento y alcance orientado a la realización de los fines perseguidos la ley de procedimiento, y entre ellos el de garantizar la ignaldad de las partes y la debida imparcialidad del juzgamiento, el numeral 6o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal no debe ser mirado ni con un criterio restringido a su literalidad, ni con una amplitud que conduzca al absurdo. Para el caso presente, que no será el único dentro del alcance de la norma, y que mejor parece matizado por la excepcionalidad propia de las situaciones que surgen dentro del tránsito de leyes, la separación que solicito me sea reconocida, lejos de significar la introducción de sospechas sobre la rectitud de la Sala en la función juzgadora que asuma, parte de la concepción (sic) del nuevo esquema procesal como una universalidad, que no puede hallar excepción (sic) ante la Corte, donde la única que opera y de rango constitucional es la alusiva al juzgamiento de los congresistas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En oportunidad anterior, (auto de agosto 12 de 1992, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel) al resolver la manifestación de impedimento formulada por el Magistrado Edgar Saavedra Rojas, quien invocó la misma causal y razones similares, esta Sala en decisión mayoritaria, luego de transcribir el numeral 6o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal dijo:

"Como claramente se infiere en la lectura, son varias las hipótesis que allí se preveen, pero todas se refieren a un funcionario que debiendo actuar en segunda instancia o en casación, está impedido para hacerlo por alguna de estas razones:

"a) Haber dictado la providencia cuya *revisión* se trata o hubiera participado dentro del proceso, o

"b) Ser pariente dentro de los grados que allí se señalan, del inferior que dictó la providencia que se va a *revisar*.

"En ambos eventos es obvio que debe existir una providencia objeto de revisión, bien sea por consulta o por interposición de un recurso. Y siendo así, tiene razón de ser que la ley impida que quien va a revisar la decisión sea el mismo que la ha tomado, o alguien que ha participado dentro del proceso, o un pariente cercano del funcionario que la dictó, pues la independencia e imparcialidad que debe caracterizar al fallador se puede ver afectada.

"La causal de impedimento invocada no regula la situación que plantea el miembro de esta Sala, pues, es evidente que la providencia que le corresponde proyectar no es para revisar una anterior, sino para culminar un proceso que correspondió adelantar a la Corte en única instancia de acuerdo con la ley.

"Tampoco es válido citar como situación similar del artículo 535 del derogado estatuto procesal, pues en forma muy concreta allí se refiere al *'Trámite de la segunda instancia'* y el caso que nos ocupa, como ya se dijo, es de única".

A esto es oportuno agregar, que la interpretación anterior no es "meramente literal", lo que ocurre es que la norma no tiene el alcance que propone el Magistrado que manifiesta su impedimento, con lo cual se le pone a regular situaciones que desbordan su contenido.

De otra parte, no resulta admisible aplicar retroactivamente las reglas del sistema acusatorio a un proceso tramitado bajo una orientación diferente legalmente regulada, pues es obvio que por la vigencia del nuevo Código los Magistrados de la Sala Penal, no se convirtieron en "Fiscales", ni pasaron a ser sujetos procesales, ni son acusadores en el juicio.

La Sala no desconoce que con el nuevo sistema, cuando una persona que era Fiscal es nombrada Juez, debe declararse impedida en todos los casos en que le corresponda juzgar a quienes ella le formuló pliego de cargos, pero no por el numeral 6o. sino por el 1o. del mencionado artículo 103 del C. de P.P.

El compromiso que surge para el Fiscal cuando formula cargos, es muy diferente al previsto en la ley para lo que ocurre con el Juez. El primero pasa a

ser acusador, el segundo conserva su condición de imparcialidad, luego el impedimento que se pretende no existe.

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

RESUELVE

DECLARAR INFUNDADO EL IMPEDIDO manifestado por el Señor Magistrado Juan Manuel Torres Fresneda para continuar conociendo del presente asunto.

Regrese el expediente a su Despacho para la conclusión del trámite pendiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Ricardo Calvete Rangel

Jorge Carreño Luengas

Guillermo Duque Ruiz

Yesid Ramírez Bastidas

Dídimo Páez Velandia

Edgar Saavedra Rojas
Con salvamento de voto

Jorge Enrique Valencia
Salvo mi voto

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ TRANSITO DE LEGISLACION \ HABER DICTADO PROVIDENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)

La ausencia de relación jerárquica entre dos órdenes de funcionarios y la desvinculación del juez a la pretensión formal de acusación, es garantía de neutralidad e imparcialidad.

Referencia: Única instancia No. 4083

Delito: Prevaricato

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi simpatía intelectual hacia el reconocimiento del impedimento manifestado por el Dr. Torres Fresneda -criterio que en esencia recoge y fortifica la postura disidente adoptada en otra ocasión por el Dr. Saavedra Rojas- concreto aquí, brevemente, las razones que justifican mi discrepancia con la decisión de la mayoría:

a.- Una de las características propias y peculiares del sistema acusatorio -esquema que responde a una orientación democrática del proceso penal- es la división del mismo en dos fases. Este desdoblamiento presupone que las tareas propias de acusación y decisión deban conferirse a órganos estatales distintos y excluyentes. En otros términos, las competencias de acusación y decisión deben ejercitarse por funcionarios diferentes y, desde luego, facultados para el efecto.

b.- La génesis de la filosofía del proceso acusatorio es simple: La separación de funciones entre el poder de acusación y el poder de decisión pretende garantizar la imparcialidad judicial y evitar, en todo caso, compromisos ideológicos o posibles o probables prejuzgamientos del juzgador al momento de proferir sentencia. Quien falla no puede estar condicionado al contenido de la resolución de cargos, ni al carácter vinculante de una petición de juicio, ni a los criterios jurídicos adoptados en desarrollo de la instrucción.

c.- Difícilmente puede admitirse un equilibrio o una igualdad procesal de las partes si el poder de acusación y el de decisión confluyen en una misma persona. Acaso una mayor garantía de rectitud y de justicia se consigne con un doble juicio lógico-jurídico sobre bases distintas y una absoluta separación de funciones de modo y manera que quien instruye no juzga. La ausencia de relación jerárquica entre dos órdenes de funcionarios y la desvinculación del Juez a la pretensión formal de acusación, comportan las mejores garantías de neutralidad e imparcialidad para el propio imputado.

d.- Por todos estos argumentos y por los expuestos con sugestivos razonamientos por el Magistrado Dr. Saavedra Rojas -con los cuales, sobra advertir, nos identificamos plenamente- déborne apartar, con sentido de escisión, del criterio de la Sala. Nada más he de añadir.

Jorge Enrique Valencia

Fecha ut supra

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 4083 Impedimento

SALVAMENTO DE VOTO

Conforme lo he manifestado con anterioridad en otros asuntos, es mi opinión que en el art. 103.6 del Código de Procedimiento Penal existe una causal que impide a jueces y magistrados intervenir en la etapa de juzgamiento en procesos en cuya investigación participaron comprometiendo la imparcialidad de sus ulteriores decisiones. Por ello me aparto del proveído mayoritario que declaró infundado el impedimento manifestado por el colega de Sala doctor Juan Manuel Torres Fresneda, dejando constancia de las razones de mi disentimiento, como sigue.

Fue manifiesta decisión política de la Asamblea Nacional Constituyente adoptar un sistema de juzgamiento diverso al que tradicionalmente habíamos tenido en los diversos sistemas procesales que antecedieron la Carta de 1991.

El sistema acogido en la Constitución Política fue el acusatorio que se caracteriza por una serie de particularidades entre las que se destaca de manera primordial la garantía de la imparcialidad, en búsqueda de la cual se implementa un sistema en el que la investigación y acusación es realizada por los funcionarios de una institución, generalmente la Fiscalía, y el juzgamiento es realizado por los jueces, que en el momento en que avocan el conocimiento del proceso, para tramitar la causa o juicio, no tienen ninguna vinculación con la prueba producida en la investigación, ni con las decisiones que hasta el momento se han tomado en el curso del proceso.

En verdad este sistema es una de las formas más efectivas para garantizar esa importantísima virtud de la administración de justicia que es la imparcialidad, porque los jueces antes que funcionarios son hombres y como tales están siempre inclinados a favorecer sus propias obras, porque la admiración que dice la historia manifestara Miguel Angel por su Moisés, no es insular sentimiento de los artistas por su propia producción, sino que en el diario quehacer de todos los hombres, cada uno quiere lo que produce con la actividad de su intelecto o su esfuerzo físico; es por ello que el campesino ama sus cultivos y sus animales que son la expresión de su esfuerzo y de su actividad; el artesano aprende a querer sus realizaciones materiales; el ingeniero la audacia de sus diseños y el arquitecto la belleza de los mismos.

El juez como hombre que es no puede escapar a ese sino, y es por ello que se aferra a la prueba que él mismo ha producido, convencido del resultado de sus investigaciones y difícilmente podría admitir que aquella no tiene capacidad de demostración o que fue recaudada con vicios que la hacen nula o inexistente; y de manera regular cuando ha producido una resolución de acusación, excepcionalmente se lo podría convencer de la inocencia de la persona contra quien formuló acusación.

Es por lo anterior que en vigencia del sistema anterior de manera regular las sentencias se convirtieron en un auto de proceder con comillas a las que se le agregaba una breve síntesis de las alegaciones de las partes y la correspondiente tasación de la pena; porque difícilmente el Juez admitiría que se había equivocado en la apreciación de la prueba, o que el proceso adelantado bajo su paciente dirección está afectado de vicios que lo hacen inútil.

Por las circunstancias anteriores, desde su remoto origen en las repúblicas griegas y romana, se ha sostenido casi que sin discusión que el sistema acusatorio es la expresión del instrumento de juzgamiento más democrático que ha inventado el ingenio del hombre, porque por encima de todas sus virtudes se destaca la imparcialidad, que está mejor garantizada por el fallo que debe dictar un juez que no tiene compromisos probatorios, ni ideológicos con los antecedentes de la formación del sumario.

Considero que haber conformado y calificado el sumario envuelve un compromiso intelectual de la Sala, tanto desde el punto de vista de la valoración de la prueba como de la aplicación del derecho sustancial, que la inhiben de conocer del juzgamiento, puesto que en este específico caso estaría actuando como fiscal y juez de los mismos hechos, lo que es inadmisible a la luz de las nuevas preceptivas constitucionales y legales de procedimiento penal.

La Constitución Nacional en su art. 250 consagra el monopolio de la investigación y de la acusación en el proceso penal, para la Fiscalía General, y en tales circunstancias surge con toda nitidez que para efectos de garantizar a plenitud el principio de la imparcialidad judicial es imposible pensar que quien de una u otra manera intervino en la investigación o acusación pueda llegar a convertirse en Juez en el momento de deducir responsabilidades.

Nuestro concepto encuentra respaldo en los comentarios que Luis Enrique Cuervo Pontón hace en la edición oficial del Código de Procedimiento Penal, con relación a la ponencia que sobre la Fiscalía General redactó Carlos Daniel Abello Roca, en los cuales se lee:

"Por esto, y pensando en despolitizar a la fiscalía, concebirla libre de cualquier tipo de presiones y arbitrariedad e independiente del poder Ejecutivo, se integró al poder judicial con 'autonomía funcional', lo que se denominó una 'fiscalía a la

colombiana'. Explicó así sus funciones: 'El monopolio de funciones en cabeza de la Fiscalía entrañan la separación total de las etapas de acusación y juzgamiento. Según Hernando Londoño Jiménez esto significa que el Juez no tenga injerencia en las etapas previas de acusación e investigación y por ello en la ponencia que nos ocupa se otorga al Fiscal plena autonomía para adoptar medidas de aseguramiento, incluyendo la captura y la detención preventiva, proferir medidas para garantizar el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito, así como para precluir las investigaciones realizadas (con fuerza de cosa juzgada) sin control ni consulta alguna con el juez de la causa'...". (Páginas 176 y 177).

Es claro para nosotros que el numeral 6 del artículo 103 contempla tres clases diferentes de impedimento a saber:

1) Cuando el funcionario dictó en primera instancia la providencia que debe revisar en segunda.

2) Cuando el funcionario intervino antecedentemente en el proceso en el que debe realizar un pronunciamiento y tal intervención hace relación a la que hubiera podido tener en el período sumarial o de investigación.

3) Cuando el funcionario que debe tomar la decisión sea consanguíneo, afín o pariente civil del juez de primera instancia que dictó la providencia que es motivo de revisión.

Dentro de la filosofía política que orienta el nuevo instrumento de juzgamiento vemos la imposibilidad de intervención de los jueces en la etapa de investigación, o de los fiscales en la de juzgamiento, excepto la acusación en audiencia pública, porque sus competencias fueron señaladas clara y expresamente en la Constitución, precisamente con el propósito de delimitar sus campos de acción y así poderse garantizar de manera plena la imparcialidad.

La Carta no menciona de una manera precisa la imparcialidad de los jueces, como una de las garantías procesales que se instituyeron en ella, pero es evidente que es un principio de carácter constitucional, porque dicha virtud de la justicia es consustancial al concepto del debido proceso, pues sería absolutamente imposible pensar en la existencia del mismo, si previamente no se ha garantizado la imparcialidad de quien va a tomar una determinada decisión.

No obstante, tal principio sí aparece expresamente consagrado en el Pacto Universal de los Derechos Humanos, en el art 14.1 que establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido por la ley..."; y en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8.1 al disponer: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo

razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e *imparcial*, establecido con anterioridad por la ley...".

Ahora bien, si el artículo 93 de la Constitución Nacional se interpreta de conformidad con los Tratados Internacionales de los cuales Colombia es parte firmante, es importante destacar cómo el Tribunal de Estrasburgo, que administra justicia para la Comunidad Europea, ha resuelto demandas por violación al Convenio, afirmando la imposibilidad de que intervenga en el juzgamiento quien ha participado en la investigación como miembro del Ministerio Público. Sobre el punto resulta relevante citar la sentencia que ese Tribunal profirió el 1o. de octubre de 1982, en la que afirma:

"28. El Magistrado que presidió la audiencia de Brabant en el presente caso, señor Van de Walle, había ejercido previamente las funciones de adjunto primero del Procurador del Rey en Bruselas; hasta su designación en el Tribunal de Apelación fue el jefe de la sección B del departamento de acusación pública de Bruselas, sección encargada de la investigación de los crímenes y delitos contra las personas y, en consecuencia, la que conoció el caso del señor Piersack (ver parágrafos 9-12, 14 y 19 más arriba).

"29. Por este hecho el demandante ha alegado que su caso no fue conocido por un 'tribunal imparcial': desde su punto de vista, 'cuando una persona ha tratado un asunto como Ministerio Público durante año y medio no puede sino prejuzgar el caso'.

"....

"....

"31. Esto fue lo que ocurrió en el presente caso. En noviembre de 1978 el señor Van de Walle presidió la Audiencia de Brabant, a la que la correspondiente Sala del Tribunal de Apelación de Bruselas había trasladado al demandante para juicio. En su virtud dispuso de amplios poderes, a los que, por otra parte, debía recurrir en ocasiones, por ejemplo el poder discrecional conferido por el art. 268 del Código Judicial y el poder de decidir con los otros jueces acerca de la culpabilidad del acusado cuando el jurado decidiera el veredicto de culpable únicamente por mayoría simple (ver parágrafos 13-14 y 20-21 más arriba).

"Sin embargo, previamente y hasta noviembre 1967 (sic) el señor Van de Walle había dirigido la sección B del departamento del Ministerio Público en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor Piersack. Como superior jerárquico de los adjuntos encargados del caso, señora Del Carril y después señor de Nauw, podía haber revisado cualquier escrito que debiera presentarse a los tribunales, discutiendo con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesorarles sobre cuestiones jurídicas (ver parágrafo 19 más arriba).

"De otra parte, la información obtenida por la Comisión y por el Tribunal (ver parágrafos 9-11 más arriba) tiende a confirmar que el señor Van de Walle jugó efectivamente un cierto papel en el procedimiento.

"En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el gobierno el señor Piersack ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor Van de Walle, realizando otras investigaciones en orden a determinar, por ejemplo, si recibió o no la nota de 4 de febrero de 1977 o si discutió el caso particular con la señora Del Carril y del señor De Nauw. Es suficiente constatar que la imparcialidad del Tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda.

"32. En consecuencia, el Tribunal concluye que ha habido una violación del artículo 6.1".

Partiendo del cambio de sistema de juzgamiento, y de los aspectos que lo caracterizan, desde el punto de vista de las finalidades políticas que busca garantizar, hemos llegado a la convicción de que la expresión del artículo 103.6 "...o hubiere participado dentro del proceso,...", hace relación a la imposibilidad de los jueces de intervenir en un proceso en la etapa de juzgamiento cuando hubiesen actuado en la investigación. Interpretarla de otra manera es desnaturalizar la estructura del sistema acusatorio, circunstancia consagrada como especial causal de nulidad que afecta el debido proceso y que justifica su declaratoria cuando se afecten los derechos de las partes o se desconozcan "...las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

Son las anteriores las razones que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

Fecha ut supra.

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS \ JUEZ DE PENAS \ COMPETENCIA

La Corte es competente para conocer de los conflictos de competencia por acumulación de penas en la jurisdicción criminal. La acumulación jurídica de penas es un instituto de conocimiento de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad; sin embargo, como el funcionamiento de esos cargos, no es de instrumentación inmediata el legislador dispuso que transitoriamente y en tanto tales despachos se integran a la realidad jurídica del país, fueran los jueces que profirieron la sentencia de primera instancia las que asumieran las atribuciones de aquellos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7887 Colisión de competencia

Condenado: José Dolores Mosquera M.

Delitos: Hurto, homicidio, lesiones.

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 121

Santafé de Bogotá, D.C., octubre primero de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Surgió un conflicto negativo de competencia entre los Juzgados Penales del Circuito de Sopetrán (Antioquia) y Treinta y Nueve Penal del Circuito de Medellín, anterior Juzgado Quince Superior de dicha ciudad, para atender la petición de acumulación jurídica de penas que formuló el condenado José Dolores Mosquera Mosquera, que la Sala procede a resolver.

ANTECEDENTES

El 26 de enero de 1990 el entonces denominado Juzgado Quince Superior de Medellín condenó a José Dolores Mosquera Mosquera, conjuntamente con otros coprocesados a la pena principal de 18 años de prisión, como coautores de los delitos de homicidio agravado, lesiones personales, hurto calificado y agravado; a las accesorias de rigor y a la indemnización de perjuicios ocasionados con tales infracciones.

Salvo una adición respecto a la indemnización de perjuicios, la decisión anterior fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia fechada el 30 de abril de 1990.

El 13 de julio de 1992 el condenado José Dolores Mosquera dirigió al Juez Quince Superior de Medellín (actualmente Juez Penal del Circuito) un memorial solicitando se dé aplicación al artículo 505 del decreto 2700 de 1991, esto es, la institución de la acumulación jurídica de penas, por cuanto manifiesta que sobre él también pesa una condena por el delito de hurto, impuesta por un consejo verbal de guerra y fijada en dieciséis meses de prisión por el Tribunal Superior Militar.

El 10 de agosto de 1992, el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Medellín, con fundamento en los artículos 72, 78 y 15 transitorio del Código Procesal vigente, ordenó remitir la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Sopetrán (Antioquia) por cuanto los hechos que dieron lugar a ella ocurrieron en el municipio de Sabanalarga.

Pocos días después el Juzgado Penal del Circuito de Sopetrán (Antioquia) se declaró incompetente para conocer de la petición de acumulación jurídica formulada por el convicto Mosquera Mosquera y en consecuencia propuso colisión negativa de competencia al despacho remitente, a quien le devolvió el expediente. Respalda tal determinación en lo dispuesto por el artículo 15 transitorio del estatuto procesal penal, conforme al cual, mientras se crean los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones asignadas a tales funcionarios están a cargo del

juez que dictó la sentencia de primera instancia, siendo el actual juzgado 39 Penal del Circuito de Medellín, el despacho que en calidad de Juzgado 15 Superior profirió el fallo de primer grado en este proceso. Y adujo que en las circunstancias consideradas no puede entenderse que se produjo un cambio de competencia por el factor territorial, pues, en su opinión debe entenderse que el artículo 4o. transitorio es aplicable a los casos que aún no han llegado a la etapa de juzgamiento y que el artículo 15, también transitorio, está referido solamente a la ejecución de las penas.

El Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de Medellín aceptó el conflicto de competencia, insistiendo en proclamar que al juez penal de circuito de Sopetrán (Ant.) le corresponde atender la petición de la acumulación jurídica de penas, por cuando de la armonización de los arts. 4o. y 15 transitorios con el penúltimo inciso del artículo 78 del C. de P.P., concluye que el juzgado de circuito que dejó de ser superior, continúa con los procesos a su cargo en caso de que no se hubiera modificado la competencia, pero que la competencia de los juzgados de circuito quedó delimitada al territorio del respectivo circuito; y en este asunto, la sentencia se dictó por el desaparecido juzgado quince superior de Medellín, cuando el municipio en donde sucedieron los hechos delictivos se encontraban dentro de la jurisdicción territorial de tal despacho. Como consecuencia de la anterior determinación, el proceso fue enviado al Tribunal Superior de Medellín, entidad que en la misma forma la remitió a la Corte en razón de que los juzgados trabados en el conflicto pertenecen a distritos judiciales distintos.

La Sala considera

Conviene aclarar que la modificación gramatical que se introdujo al concepto de "Colisión de competencias", con motivo de la expedición del nuevo régimen de procedimiento penal, de orientación predominantemente acusatorio, en cuanto circunscribe el enfrentamiento de jueces a la actividad de "adelantar el juzgamiento" (art. 97), podría dar lugar a pensar que el conflicto surgido por la aplicación de la acumulación jurídica de penas, no es de aquellos que se adecuan al concepto mencionado, por cuanto los juzgados treinta y nueve penal del circuito de Medellín y penal del circuito de Sopetrán (Ant.) no están discutiendo la competencia para juzgar a José Dolores Mosquera, contra quien ya pesa condena en firme, y que, por lo tanto, no es éste un asunto que deba resolver la Sala de Casación Penal de la Corte.

Sin embargo la norma legal de competencia de la Corte (art. 68.5 del C. de P.P.) establece un marco de acción más extenso en cuanto le otorga a la Sala de Casación Penal la atribución de conocer "De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria..." (subrayado no

original), lo que admite la decisión de un incidente de esa naturaleza con respecto a cualquier problema que no sea estrictamente de juzgamiento. Por ello, la Sala habrá de resolver de fondo la cuestión puesta a su conocimiento.

Sobre el punto que ha enfrentado a los jueces colisionados conviene recordar que el artículo 75.3 del decreto 2700 de 1991 otorgó a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad la competencia para conocer "De la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona"; y que el mismo estatuto, en su artículo 15 transitorio previó que "Mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones que este código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia de primera instancia".

Sin embargo, la diafanidad de los textos transcritos se ve un tanto oscurecida en su aplicación por el hecho de que en este asunto, quien dictó el fallo de primera instancia fue el Juzgado Quince Superior de Medellín, categoría que desapareció para convertirse en el Juzgado Treinta y Nueve Penal del Circuito de esa ciudad; despacho que se acoge al factor territorial para negarse a decidir sobre la nueva institución.

Al respecto se debe aclarar que el artículo 4o. transitorio regula la situación de los procesos que al entrar en vigencia el nuevo código de procedimiento penal se encontraban a conocimiento de los juzgados superiores, por lo que es evidente que para aplicar esta disposición, es requisito sine qua non, que el trámite no hubiera concluido, esto es, que aún no existiera sentencia en firme; lo que no se cumple en el asunto considerado.

Por otra parte, argumenta el Juzgado Penal del Circuito de Medellín que su competencia actual quedó circunscrita por el art. 78 del C. de P.P. al territorio de su respectivo circuito; sin embargo, no advirtió el titular de ese despacho que en este caso no se trata de asumir el "juzgamiento" del peticente y por lo tanto el factor territorial de la competencia queda descartado de la discusión, puesto que el proceso ya concluyó definitivamente.

De lo que se trata en este asunto es de adoptar un decisión en una materia específica -la ejecución de las penas-, cuya atribución legal es transitoria e indiscutible, y por ello no es válido alegar factores de competencia establecidos para el desarrollo del proceso.

Así las cosas, conforme a la nueva codificación procesal la acumulación jurídica de penas es un instituto de conocimiento de los jueces de ejecución de

penas y medidas de seguridad (art. 75.3); sin embargo, como el funcionamiento de esos cargos no es de instrumentación inmediata, el legislador dispuso que transitoriamente y en tanto tales despachos se integran a la realidad jurídica del país, fueran los jueces que profirieron la sentencia de primera instancia los que asumieran las atribuciones de aquellos (art. 15 transitorio).

No se descubre otra norma cuya interpretación permita atribuir el conocimiento de asuntos como el comentado a un despacho judicial distinto al que ha proferido el fallo de primer grado. Se advierte sí, que frente a la acumulación jurídica de penas impuestas en procesos separados, eventualmente podría surgir un conflicto entre las autoridades que han dictado las respectivas sentencias de primera instancia, para establecer cuál de los dos debe atender la petición, como en el presente caso en que el peticionario refiere que la condena cuya pena aspira sea acumulada le fue impuesta por la Justicia Penal Militar. Pero evidentemente este es un punto que se decidirá frente a cada situación en concreto y que en las circunstancias descritas le correspondería decidir al Consejo Superior de la Judicatura, por tratarse de jurisdicciones distintas.

En definitiva se ha de convenir que al Juzgado treinta y nueve penal del circuito de Medellín le corresponde el decidir sobre la solicitud de acumulación jurídica de penas que formula el convicto José Dolores Mosquera Mosquera, por haber sido el despacho que profirió el fallo de primera instancia, pues el hecho de que por disposición legal se haya modificado su antigua denominación -Juzgado Quince Superior- no lo releva del cumplimiento de ese deber.

Por lo demás, no hay fundamento normativo alguno para trasladar tal atribución al juzgado penal del circuito de Sopetrán, que por lo tanto carece de competencia para asumir la decisión que atañe al cumplimiento de las penas por parte del peticionario Mosquera Mosquera.

Bastan las precedentes consideraciones para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE

Asignar al actual juzgado treinta y nueve penal del circuito de Medellín la competencia para decidir la petición que sobre acumulación jurídica de penas presentó el condenado José Dolores Mosquera Mosquera.

Remítase el expediente al despacho judicial anteriormente mencionado.

Comuníquese esta determinación al **Juzgado Penal del Circuito de Sopetrán** (Antioquia).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Gamica
Secretario

FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO \ FALSEDAD PERSONAL PARA LA OBTENCION DE DOCUMENTO PUBLICO \ COMPLICIDAD

Nadie se ha atrevido a sostener que la complicidad como contribución no efectiva del delito -no empece su categoría o naturaleza debe descartarse en la falsedad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6446

Acción: Ignacio Bernal Vallejo y otro

Delito: Falsedad material y personal en documento público

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta No. 0125

Santafé de Bogotá, D.C., octubre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992)

VISTOS

Decide esta Sala de la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Ignacio Bernal Vallejo, contra la sentencia de mayo catorce (14) del año próximo pasado, mediante la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá revocó el fallo proferido el veinte (20) de marzo de esa anualidad, por el Juzgado Primero (1o.) Penal del Circuito de esta ciudad, con relación a un delito de estafa, confirmándolo en lo referente a los punibles de falsedad material de particular en documento público y de falsedad personal para la obtención de documento público.

imponiendo a los coacusado Luis Angel Cardona Poveda y Bernal Vallejo, la pena principal de cincuenta (50) y cuarenta (40) meses de prisión, como autor y cómplice en su orden, penalmente responsables de los ilícitos mencionados.

Concedida la impugnación que se declaró admisible y presentada la demanda que se estimó ajustada a las previsiones legales, procede la Corte a decidir. En opinión del Sr. Agente del Ministerio Público, las razones del libelo deben desecharse.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Vienen expuestos así:

"...Refieren las diligencias, que a raíz de la publicación de varios avisos clasificados en donde se anunciaba la venta de un lote en el barrio Modelia de esta ciudad, el ingeniero Gabriel Antonio Salazar decidió comunicarse con los vendedores, descubriendo que el predio ofrecido en venta era aquel que pertenecía a su padre. Ante tal situación solicitó la asesoría del DAS, habiéndose acordado que simularía su interés en la negociación proponiendo para el efecto diversas fórmulas, hasta finalmente convenir en la firma de la promesa de compraventa una vez verificados los títulos de propiedad, lo que habría de ocurrir del día 6 de noviembre de 1987 en la Notaría Novena del Círculo de Bogotá. Como presunto vendedor se hizo presente Luis Angel Cardona Poveda en compañía de Ignacio Bernal Vallejo, y como eventual comprador Gabriel Salazar, habiéndose establecido que para legalizar la venta los primeros exhibieron una escritura de venta de Jorge Salazar (quien había fallecido 10 años atrás) a "Ricardo Ochoa Ospina" y otra en la que éste vendía a Cardona Poveda las cuales fueron corridas con un paz y salvo notarial falsificado.

"Abierta la investigación penal fue vinculado mediante indagatoria *Luis Angel Cardona Poveda* e *Ignacio Bernal* a quienes se les definió la situación jurídica decretando medida de aseguramiento de detención preventiva por el punible de falsedad. Cerrada la investigación penal, se calificó el mérito del sumario profiriéndose resolución de acusación en contra de *Luis Angel Cardona Poveda* e *Ignacio Bernal Vallejo* por los delitos de falsedad personal y falsedad material. Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación, ante lo cual el Tribunal Superior confirmó el pliego de cargos. El Juzgado Primero Penal del Circuito abrió el juicio a pruebas por el término de trés días y con posterioridad se procedió a realizar la diligencia de audiencia pública, terminada esta diligencia se profirió el fallo de primera instancia en el que condenó a *Ignacio Bernal Vallejo* imponiéndole una pena de cuarenta y cinco (45) meses de prisión. Contra esta decisión se interpuso el recurso de apelación por lo cual el Tribunal Superior confirmó el fallo de primera instancia. Ante esto se hizo uso del recurso extraordinario de casación...".

LA DEMANDA

Acudiendo el actor al numeral primero del artículo 226 del C. de P.P., considera que se presenta una violación a la ley sustancial por infracción directa toda vez que el tribunal en la sentencia recurrida condenó a Ignacio Bernal Vallejo como cómplice de los delitos prevenidos en los tipos de los artículos 221 y 226 del C.P. Señala el impugnante que el quebrantamiento se presenta en la medida en que a Bernal Vallejo se lo reprochó su participación en las conductas aludidas a título de complicidad cuando la tipicidad de aquellos delitos no permiten la presencia de este fenómeno propio de la participación criminal.

A continuación, resalta que "...no considero necesario hacer un análisis largo y fastidicio (sic) del material probatorio...", por lo que se limita a trascribir apartes de lo advertido por el tribunal acerca del rol cumplido por Luis Angel Cardona en la comisión de los ilícitos, así como de los testimonios de Gabriel Salazar y Angel Hernández, que hablan de la ajenidad y desinterés de Bernal "...en la negociación del inmueble..." materia del delito, amén de resaltar la injurada del propio Cardona que confirma el aserto. Concluye, entonces que de estas pruebas se colige que la falsedad material de particular en documento público "...fue cometida única y exclusivamente por Luis Angel Cardona Poveda; así mismo, que las pruebas demuestran que Bernal no participó en la comisión de dicho punible...". Por consiguiente solicita que se "...*invalide parcialmente* la sentencia impugnada y en su lugar absuelva de todos los cargos a su defendido, casando la sentencia impugnada...".

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO (1O.) DELEGADO EN LO PENAL

Luego de los análisis pertinentes y de resaltar las falencias que presenta el libelo, el Colaborador Fiscal solicita a la Sala denegar la casación impetrada según argumentos a los cuales ulteriormente se hará referencia.

LA CORTE

1o.- Con explicable razón pone de resalto la Delegada los protuberantes errores de técnica de que adolece la demanda de casación que aquí se examina no solamente porque su formulación es inexacta sino, también, porque el libelo que la contiene más parece un alegato libre que un escrito sistemático contentivo de los errores cometidos en la sentencia para demandar la invalidación de la misma.

2o.- Parcamente el actor asevera que recurre al numeral primero del artículo 226 del C. de P.P., al presentarse una violación de la ley sustancial por infracción directa, entendiendo la Corte que el libelista acude al cuerpo primero de la causal primera. No empece su anuncio, el recurrente se desentiende de las exigencias

rectoras del recurso y de la técnica que lo gobierna, lo que viene a desquiciar la censura, a más de que sostiene puntos de vista doctrinarios absolutamente inaceptables en el ámbito del derecho penal.

3o.- Pálpese de todo esto las siguientes imprecisiones y desaciertos:

a.- No concreta la demanda en ningún lado, pero en ninguna parte, cuál de las hipótesis de la violación directa de la ley, quebrantó el juzgador de mérito, esto es, no aduce el recurrente si la norma no fue aplicada o si se aplicó indebidamente o si se interpretó erróneamente. En otros términos, se queda la Corte sin saber, si el error del juzgador recayó sobre la existencia o validez, en el tiempo o en el espacio, de la norma sustancial que se aplica o se deja de aplicar (exclusión evidente) o si se trata de un error de subsunción del caso particular a la norma (aplicación indebida) o si, finalmente, el yerro se circunscribe al significado de la norma al darle un sentido, unos efectos o unas consecuencias que no tiene (interpretación errónea).

b.- Incurre, pues, el censor en la gruesa equivocación de invocar indiscriminadamente todas las situaciones propias de la causal primera, cuerpo primero de casación, sin particularizar el agravio ni subsumir el reproche en una cualquiera de las variantes a que ella se refiere. Esta simultaneidad -ha adoctrinado la Corte- conduce al absurdo, porque si se dejó de aplicar el precepto no puede decirse que sí se tuvo en cuenta, aunque no se adaptara al caso. La actitud omisiva del primer evento excluye la positiva del segundo. La proposición recíproca también es valedera. Otro tanto ocurre si la crítica se apoya en cualquiera de las dos proposiciones, que dentro del texto no pueden tener ajuste lógico. Es esta una constante de la jurisprudencia que no sólo no ha tenido rectificación sino que se robustece con los fallos correspondientes que, se repite, son considerablemente numerosos. (Cfr., sentencia de enero 31 de 1974).

c.- El desvío del recurrente asume perspectivas más patentes, cuando, al desgaire, lanza afirmaciones de contenido general que en momento alguno se concretan en el contexto de la demanda. A folio 5 del cuaderno de casación afirma: "...Considero que la violación de la ley sustancial, consistió, en que a mi defendido Ignacio Bernal Vallejo, se le endilgó participación, a título de complicidad, en la comisión de dos delitos, que por su tipicidad no permiten la complicidad, ya que no se dan los presupuestos del artículo 24 del C. Penal...".

Con impertinencia notoria el párrafo asegura que los delitos reprochados al acusado Bernal Vallejo *no admiten la complicidad sin aducir razones que autoricen tan personal como desusado punto de vista. Hasta donde alcanzan los conocimientos dogmáticos de la Sala nunca nadie se ha atrevido a sostener que la complicidad como contribución no ejecutiva del delito -no empece su categoría o*

naturaleza- debe descartarse en este arquetipo de conductas. Cualquier penalista de escasa formación y que conozca un poco de las excelencias del Derecho Penal, sabe del error que presupone tamaño despropósito. En rigor y en exactas palabras esto es así.

d.- Pero, además, y al acudir el actor a la violación directa de la ley sustancial era de presumir que no impugnara la prueba y aceptara la fundamentación fáctica del fallo para discurrir o controvertir solamente sus consecuencias jurídicas. Empero, olvidando los cánones establecidos, se mete de lleno en el examen del material probatorio analizando a su antojo los testimonios de Gabriel Antonio Salazar Triviño y Angel María Hernández Bahamón, *para concluir que su poderdante no participó en la comisión del delito que se le imputa, con lo cual invade el ámbito de la violación indirecta, contrariando así la técnica impugnativa, pero, especialmente, el principio de autonomía de las causales de casación. Así, cita el dicho de* Salazar *quien advierte que los documentos para realizar la transacción los recibió de* Cardona *y a renglón seguido alude a* Hernández *por su información de que a* Bernal *no le asistía ningún interés en la negociación del inmueble, ni sirvió como comisionista o intermediario en la transacción. Según el censor, de estos testimonios se puede colegir que el delito fue cometido única y exclusivamente por Cardona.*

Con esta tajante afirmación, el recurrente contradice la evaluación y valoración probatorias realizadas por el tribunal. En efecto, aparte de resaltar la contradicción existente sobre el motivo de su presencia, entre su declaración injurada y la de Cardona *(éste advera que quiso su compañía por seguridad; aquel sostiene que su presencia obedeció a la cita que* Cardona *le puso para cancelarle una comisión que le adeudaba), establece su responsabilidad con base en los testimonios de* Salazar y Hernández. *Sobre el primero destaca la claridad e imparcialidad de su dicción al señalar el papel cumplido por* Bernal *quien, en todo momento, buscó acelerar la negociación y se encargó de presentar los documentos para su revisión. En cuanto a* Hernández, *llama la atención sobre la referencia que hace respecto a que* Bernal *conocía con anterioridad a la comisión del ilícito de los "problemas jurídicos" que tenía el lote situado en la urbanización "Modelia", pues en su momento le hizo la advertencia de que no realizara ningún negocio sobre él, por tales razones.*

Bien se ve que el actor pretende presentar una personal visión de los acontecimientos, introduciendo su impugnación en los terrenos de la violación indirecta, creando la dilogía correspondiente, al formular la censura en un ámbito y desarrollarla en otro. El fracaso es la medida de la demanda.

Con fundamento en 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

Denegar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

RESOLUCION DE ACUSACION \ SEGUNDA INSTANCIA \ NULIDAD \ RECURSO DE CASACION

Cuando los hechos materia de investigación se adecuan legal y naturalísticamente a un determinado tipo penal, diferente del tenido en cuenta en la resolución de acusación y el sentenciador de segunda instancia, sin advertir la errónea calificación, falla de acuerdo con ella, la falencia tiene lugar al calificar el sumario, por lo cual el vicio afecta de nulidad la actuación posterior.

El recurso extraordinario de casación se instituyó para corregir los quebrantamientos a las normas sustanciales ya de manera directa o indirecta, en cuyo último caso ha de indicarse en forma clara, como la vulneración de un dispositivo ritual condujo al ultraje del precepto sustancial.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6563

Acción: José Matamoros y Elkin Sánchez

Delito: Concusión

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobado acta No. 0115 (Septiembre 16 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., octubre seis (6) de mil novecientos noventa y dos (1992)

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar, de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), mediante la cual confirmó el fallo de primer grado dictado por el Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá, el veintinueve (29) de abril de la misma anualidad, que condenó a los agentes de la Policía Nacional, José Alejandro Matamoros Acosta y Elkin Humberto Sánchez Prieto, a la pena principal de veinticinco (25) meses de prisión y a las accesorias de ley, como autores penalmente responsables de un delito de concusión.

Declarada admisible la impugnación y ajustadas a los requisitos de ley las demandas de casación, procede la Sala a resolver lo pertinente.

HECHOS

Los resumió el Tribunal de la siguiente manera:

"...Según lo consignado por el señor José Eleuterio Perico Pinzón (fl. 27), aproximadamente a las 23:30 horas del día 26 de abril del pasado año, cuando se dirigía a su planta de lavado de ropa ubicada en la transversal 9 (sic), en inmediaciones del barrio El Rincón de Suba, al pasar por cerca al cementerio de la citada zona anexa, fue interceptado por un vehículo de servicio público -taxi-, del que se apearon unos individuos con fines a requisarlo, lo que dio lugar a que emprendiera veloz carrera hacia la planta para sacar de allí un revólver (SW, calibre 38 L. No. R-307742), con el que hizo unos disparos al aire, en procura de que sus ocasionales interceptores detuvieran su marcha. Que no habiendo logrado su propósito y observando que por el lugar pasaban dos agentes en motocicleta -José Alejandro Matamoros Acosta y Elkin Humberto Sánchez Prieto-, al solicitarles colaboración, lo que hicieron tales agentes fue decomisarle el arma que portaba y conducirlo a la estación policial en donde ya lo ubicaron en uno de los calabozos, no habiendo dejado que una empleada suya le entregara una cobija. Que en horas de la mañana los agentes se le acercaron a preguntarle que si el revólver tenía salvoconducto y él responder negativamente, le hicieron exigencia de dinero en cuantía de sesenta mil pesos, que al responder que solamente tenía veinte mil pesos, le insistieron nuevamente en la inicial suma exigida, por lo que aludió que tendría que llamar a su empleada para entregarles inicialmente veinte mil pesos y los restantes $ 40.000.00 se los entregaría ese mismo día en horas de la tarde. Que fue así como les entregó, entonces, los primeros veinte mil pesos logrando su libertad, ya 27 de abril, habiendo reunido los cuarenta mil pesos restantes estaba esperando para entregar esa plata a los agentes y obtener la devolución de su revólver, que como no aparecieran, le comentó a su hermano Luis Antonio Perico, quien de inmediato se dirigió a la Sijín, en donde le asignaron al oficial Serrano López quien se hizo presente junto con el denunciante en la estación, sin denotar su investidura, y ya en presencia del agente Matamoros y al solicitar la entrega del arma, éste exigió

más dinero, momento en el que ya el oficial de la Sijín se identificó, siendo ese el momento en que Matamoros amenazó de muerte a Perico Pinzón...".

ACTUACIÓN PROCESAL

La precisa el Ministerio Público con fundamento en la realidad conocida, así:

"...Correspondió adelantar la investigación penal, al Juzgado Setenta y ocho de Instrucción Penal Militar despacho que allegó abundante prueba testimonial y documental todo lo cual sirvió de sustento para decretar la detención preventiva de los agentes indagados Matamoros Acosta y Sánchez Prieto, quienes negaron los hechos imputados por el quejoso.

"Perfeccionada la instructiva con otras piezas de diversa índole y calificado su mérito a cargo del Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, Juez de Primera Instancia, Matamoros Acosta y Sánchez Prieto fueron convocados a Consejo Verbal de Guerra sin intervención de vocales a fin de que respondieran por el delito de concusión.

"Adelantado legalmente el juicio y una vez precluida la audiencia pública, el citado comando puso término a la primera instancia descartando en la sentencia las tesis defensivas afirmando, por el contrario, la responsabilidad al estar demostrado testimonial e indiciariamente que la idea criminal tuvo su origen en la conducta de los acusados, pues fueron éstos y no el denunciante Perico Pinzón y su empleada María Ruth Aldana, quienes hicieron la *exigencia* del dinero de autos a cambio de la libertad de aquél y la devolución del revólver.

"Condenados en consecuencia, los agentes, sus defensores recurrieron en apelación ante el Tribunal Militar, corporación que, como lo anotáremos en precedencia, confirmó la decisión (del) a quo adicionándola en el sentido de negar el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenando la compulsación de copias para ante la justicia ordinaria a fin de que se investigue el porte ilegal de armas de uso personal en el que pudo estar incurso el denunciante Perico Pinzón.

Es ahora contra la determinación del tribunal que muestran su inconformidad los defensores de Matamoros y Sánchez demandándola en casación...".

LAS DEMANDAS

Primera demanda:

La presenta el defensor de José Alejandro Matamoros Acosta, con estribo en la causal primera, inciso primero, de casación del artículo 226 del C. de P.P.,

señalando que la sentencia impugnada es violatoria de la ley sustancial por cuanto de lo relatado en el proceso resulta claro que es cohecho propio y no concusión el punible por el cual debe responder José Alejandro Matamoros Acosta. Aduce que de esta manera se quebrantaron por infracción directa los artículos 198 y 199 del Código Penal Militar; el primero por aplicación indebida y el último por falta de aplicación.

Esta exposición general la desarrolla el actor en varios cargos, advirtiendo enfáticamente que "...acepta..." los hechos tal y conforme vienen determinados en la sentencia como quiera que el ataque versará sobre "...las consecuencias jurídicas que se les asigna con prescindencia de las normas sustantivas..." ya citadas.

Los cargos pueden sintetizarse así:

El *primero* -por indebida aplicación del artículo 198 del Código Penal Militar- lo hace consistir en que siendo los agentes de policía aquí involucrados simples dependientes de la Estación de Policía a la cual estaban adscritos y teniendo en cuenta, además, que el reglamento disciplinario de la institución armada -similar al adoptado para las Fuerzas Militares- preceptúa que "...el mando, gobierno y control..." de aquella dependencia aparece radicado en cabeza del respectivo comandante y en ausencia de éste, del comandante de guardia, Jose Alejandro Matamoros Acosta su poderdante, carecía de toda facultad decisoria sobre la custodia y libertad de las personas que por una u otra razón son conducidas a dicho lugar. En condiciones tales, arguye, no se le puede endilgar el cargo de haber abusado de unas atribuciones de las cuales carecía, prerrogativas que, en cambio, poseían el subteniente Lázaro Ortíz y el agente José Antonio Echavarría Varela a quienes efectivamente se les impuso una sanción disciplinaria por hechos relacionados con faltas al servicio la noche de la aprehensión de José Eleuterio Perico Pinzón.

En orden a probar esta acusación señala el actor las declaraciones de Félix María Valbuena, Albero Sáenz Celis y las de Lázaro Ortíz y José Antonio Echavarría Varela, aludiendo, también a las resoluciones sancionatorios impuestas por el Comando del Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá a los dos últimos, añadiendo, a seguida, un *segundo cargo* que lo hace consistir en que si bien es cierto que aparece comprobada la desobediencia de su mandante en rendir un informe contentivo de los hechos que motivaron la retención de Perico Pinzón y el decomiso del revólver que éste portaba, también lo es que toda la responsabilidad del hecho recae sobre el Comandante de la Subestación o el Comandante de Guardia al no requerir éstos, en su condición de superiores, los reportes del asunto por lo cual incurrieron en conducta omisiva. Concluye este aparte de su exposición manifestando que su cliente y el restante agente, Sánchez, "...no podían cometer más que un delito imposible irrelevante para los efectos de la represión criminal..." y si se les condenó por el punible de concusión deviene claro el quebrantamiento del artículo 198 del C.P.M., por aplicación indebida.

Dentro del marco general de la acusación enuncia una *segunda causal:* la prevista en el primero del artículo 226 del C. de P.P. En este orden de cosas, advierte quebrantado por la vía directa y por la falta de aplicación, el artículo 199 del estatuto castrense tantas veces citado.

Para sustentarlo, admite que los únicos comportamientos reprochables a Matamoros Acosta tienen que ver con su renuencia a no rendir ante sus superiores el informe correspondiente a la aprehensión de Perico Pinzón y las circunstancia en que ésta se produjo y además, en aceptar un dinero en efectivo y la promesa remuneratoria de recibir más tarde cuarenta mil pesos ($ 40.000.00). Acepta, en consecuencia, ante la realidad, de la conducta delictiva, que el injusto por el cual debió condenarse a su defendido no era otro distinto al de cohecho propio fundamentalmente porque desde el auto de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra se viene pregonando que "...la iniciativa de buscar un arreglo..." sobre la libertad del retenido así como la devolución del arma incautada partió exclusivamente de María Ruth Aldana y en momento alguno de Matamoros Acosta. Para dar piso a su aserto reproduce los apartes más sobresalientes de los testimonios de María Ruth Aldana, José Antonio Echavarría y Félix María Valbuena.

Termina el libelista sus alegatos demandando de la Corte que se case la sentencia impugnada y en su lugar se profiera fallo condenatorio por el delito de cohecho propio, lo que haría procedente el reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Segunda demanda:

Con fundamento en las causales tercera y primera, segmento final, el defensor de Elkin Humberto Sánchez Prieto formula dos *cargos*, de acuerdo con el artículo 442 del Código Penal Militar.

En el *primero* considera que el fallo se profirió en un juicio viciado de nulidad por haberse incurrido en error en la denominación jurídica de la infracción, pues es el punible de cohecho y no el de concusión, el que se estructura.

Para apoyar su aserto, el censor cita la versión de María Ruth Aldana, para demostrar que fue ella quien acudió por propia voluntad a las dependencias policiales a ofrecer dinero por la libertad de José Perico Pinzón, por lo que mal puede endilgársele a su defendido, Sánchez Prieto, la autoría del delito de concusión. Por tanto, se ha quebrantado el debido proceso, lo que da lugar al desquiciamiento del fallo impugnado debiéndose decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que clausuró la etapa investigativa.

El *segundo* cargo versa sobre la violación indirecta que, en sentir del casacionista, se produjo por "...apreciación errónea..." de las pruebas testimonial e indiciaria,

patente en el valor mayúsculo que le diera el Tribunal a las versiones de María Ruth Aldana y José Pinzón, pese a las "...graves contradicciones sobre las horas y forma como ocurrieron los hechos...", y en no haber apreciado "...en conjunto los variados contraindicios o indicios de descargo que existían, lo que condujo a un error de hecho al no considerar lo que ya existía y de derecho al dar una connotación diferente a los indicios que existían...".

En lo que se refiere a las declaraciones, expone los -a su modo de ver- desacuerdos que devalúan su peso probatorio, amén de resaltar las relaciones laborales que los comprometen, como que Pinzón es quien pone el hecho en conocimiento de las autoridades y la Aldana trabaja a su servicio. Ello lo conduce a predicar que "...estos testimonios deben desestimarse como prueba para considerar probado el delito de cohecho...pues...el fallador de segundo grado al analizarlos en conjunto con la prueba indiciaria les dió una connotación y valoración de las que adolecían...", lo que da como consecuencia la ajenidad de su poderdante en lo que refiere al pedimento de dinero.

Respecto a los indicios, señala la omisión del fallador en el análisis de los incriminatorios, la no elaboración de un informe, la no expedición de recibo del arma decomisada y el no dar cuenta a su superior de la captura, justificando en cada caso el comportamiento de su defendido. A renglón seguido, se refiere el actor a los "...indicios de inocencia o descargo..." que, de haberse tenido en cuenta, hubieran dado lugar a una sentencia absolutoria o, por lo menos, a la aplicación del *in dubio pro reo*. Habla, entonces, de la no concurrencia a la lavandería; de la devolución del revólver; de no haber dado libertad al retenido; de haberlo recluido con otras personas; de no haberlo cambiado de calabozo y de no haber propiciado o contribuido a que María Ruth Aldana se entrevistara con Perico.

Así las cosas, considera que el atropello indirecto se estructuró al desatenderse las preceptivas de los artículos 285, 294, 488, 535 y 545 del C.P.M., lo que amerita la respectiva casación del proveído recurrido. En lo referente a la primera disposición, anota que el atropello se produjo "...en cuanto que no se observaron las formas propias del juzgamiento establecido pues al omitir el análisis de los indicios y dar connotación distinta a los testimonios se violaron los principios del debido proceso...".

CONCEPTO DEL SR. PROCURADOR SEGUNDO (2o.) DELEGADO EN LO PENAL.

Solicita el Colaborador Fiscal se rechace la primera demanda de casación (elevada a nombre de Matamoros Acosta), por evidentes desaciertos técnicos. Igual predicamento tiene con relación al restante libelo (propuesto a nombre de Sánchez Prieto), porque es evidente la impericia del censor en el manejo del recurso. Concluye, finalmente, solicitando a ésta Colegiatura que no case el fallo censurado. Ya tendrá oportunidad la Sala de referirse a espacio a los argumentos expuestos por el Sr. Agente del Ministerio Público.

LA CORTE

I.- Primera demanda

Por el enfoque conceptual de este libelo se conoce que el actor formula un solo cargo, no empece su intención, claramente manifiesta, de proponer el reconocimiento de otros reproches, en departimientos separados. En el fondo su inconformidad radica en rechazar la configuración del punible de concusión para aceptar únicamente la existencia de un cohecho propio ante lo cual se aplicó indebidamente el artículo 198 del Código Penal Militar, con la conclusión apenas obvia: la falta de aplicación del artículo 199, ibidem, quebrantándose en forma directa la ley sustancial.

Esta alegación, sin embargo, no produce los frutos esperados pues su autor equivoca la vía escogida para impugnar el fallo. En efecto, cuando los hechos materia de investigación se adecuan legal y naturalísticamente a un determinado tipo penal, diferente del tenido en cuenta en la resolución de acusación y el sentenciador de segunda instancia, sin advertir la errónea calificación, falla de acuerdo con ella, la falencia tiene lugar al calificar el sumario, por lo cual el vicio afecta de nulidad la actuación posterior, lo que indica que la causal tercera es la llamada a sustentar la impugnación ante la Corte.

Como bien se observa, el recurrente centra su ataque en una incorrecta interpretación de los hechos, como quiera que, a su modo de ver, se está en presencia de un cohecho propio y no de una concusión. Si se examina el proceso, se advierte que tanto el instructor como los falladores, en los momentos procesales de rigor, encuadraron el comportamiento denunciado dentro de éste último hecho punible. Así las cosas, si se produjo el yerro, necesariamente fue en la resolución de acusación, invalidándose con ello toda la actuación posterior, por lo que en el evento de prosperar la censura, se haría necesario el reenvío a las instancias para corregir el desafuero, decretándose la nulidad de todo lo actuado a partir del dicho pliego de cargos.

Como es de simpleza intuir, el censor escogió un camino incorrecto para formular la tacha, situación que coloca el libelo en la senda del fracaso.

No mejoran las cosas en el aparte final, que titula como "...Segunda causal invocada...", escogiendo idéntico terreno, como que alega una "...infracción directa de carácter omisivo consistente en la no aplicación del art. 199 del Código de Justicia Penal Militar...", pues, a su modo de ver, el único reproche que le cabe a su defendido es el de "...no haber rendido el informe sobre los motivos que originaron la captura de José Eleuterio Perico Pinzón y el incautamiento del arma que éste poseía...".

Sin embargo, en su afán por acomodar la realidad del proceso a sus fines, por segunda vez la recrea en su propio beneficio. La primera fue cuando colocó en cabeza de los superiores de Matamoros la conducta concusionadora, pues por jurisdicción y mando eran los únicos capaces de formular la exigencia, dejar en libertad al detenido y devolverle el arma que se le incautara. Ahora se olvida de cualquier tipo de responsabilidad policial en la concusión, dirigiendo sus esfuerzos a culpar a María Ruth Aldana. Según su parecer, de la resolución de convocatoria a Consejo Verbal de Guerra "...se desprende inequívocamente que la incitativa de buscar un arreglo partió de dicha señora sin descartar los métodos corruptos en que el mismo hubiera de concretarse...". Y, según su personal enfoque, la delantera fue tomada por la empleada de Perico Pinzón, quedando la aquiescencia de los uniformados al mando de la Subestación de Policía como el comportamiento punible, que debe reprochárseles, mientras el acto de su defendido queda reducido a una simple desatención de su deber de rendir el informe respectivo a quienes se encontraban al mando de la subestación.

En éste orden de cosas, llámese la atención sobre este acomodamiento de los hechos, a sus fines personales, sin otro respaldo que sus propias afirmaciones. Con ello, desconoce por completo los sucesos probados en la sentencia, que establecen con certeza la actividad ilícita cumplida por los procesados al exigir una suma de dinero por devolverle la libertad a Perico y con ella el arma incautada, conducta que se adecua penalmente al tipo de la concusión, descartándose cualquier especie de cohecho, pues, como se vio, el comportamiento de María Aldana obedeció a los requerimientos de los agentes quienes la presionaron tanto a ella como a su patrón para conseguir el criminal propósito.

El rechazo es la medida de la demanda y así lo declarará la Corte.

II.- Segunda demanda

Con relación al segundo escrito, al igual que la delegada, considera la Sala que el libelo presentado en favor de Elkin Humberto Sánchez Prieto tampoco está llamado al éxito.

De entrada, al examinar su contexto global, y teniéndose en cuenta la plena vigencia del principio de no contradicción, como quiera que esta demanda se rige por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal de 1987, se observa una dilogía que conspira contra su objetivo, pues, mientras que en el segundo cargo el casacionista solicita la absolución de su poderdante, lo que indica su inocencia, en el primero habla de un error en la denominación jurídica de la infracción, alegación que solo puede ser elevada reconociendo la culpabilidad aunque tipificando la conducta en un modelo de ilicitud diferente al tenido en cuenta por el sentenciador.

Recuérdese que cuando señala el yerro en el proceso de adecuación típica advierte que, según se desprende de la deposición de María Aldana, el ilícito cometido es el de cohecho y no el de concusión. Si ello es así, mal puede afirmarse, posteriormente, que Sánchez Prieto es inocente de los cargos que se le imputan, de acuerdo con las mismas pruebas que sirvieron para indicar el error de subsunción.

Como bien lo rememora el Colaborador Fiscal, cuando se invoca la causal de nulidad, es menester demostrar, por un lado, que la infracción por la cual se dictó la resolución de acusación no halla acomodo en la realidad procesal, al tiempo que, ha de señalar la que realmente se tipifica, lo que equivale a aceptar la responsabilidad del procesado aunque por delito diferente del estimado para llamarlo a comparecer en juicio.

No es, sin embargo, la errada técnica la única causa de la desestimación de la censura. Un estudio de fondo de las imputaciones también conduce al mismo resultado. Obsérvese:

El primer cargo lo sustenta en el testimonio de María Aldana. Según su individual examen, de él se desprende la comisión de un delito de cohecho. Empero, aparte de exponer sus puntos de vista no presenta la argumentación necesaria que permita demostrar la existencia de un yerro por parte del sentenciador al calificar la conducta de Sánchez Prieto como concusionaria. Es, en últimas, un discernimiento personal que enfrenta al expuesto por el fallador, debate propio de las instancias pero ajeno al recurso de casación, en el que se persigue establecer el desajuste de la sentencia con el derecho y no una mera controversia de los hechos que fueron materia del proceso.

De otra parte, como tinosamente lo advierte la delegada, "...Débese destacar no obstante en este punto, cómo el libelista no es claro en su propuesta de nulidad por error en la denominación jurídica de la infracción. De la crítica probatoria vertida sobre la exégesis de la testigo, prácticamente la convierte en la acusada porque según él, en ella concurrieron todas las fases del iter criminis: "ideación, ejecución y consumación", sin que por parte alguna haya aceptado siquiera en forma tácita que su defendido recibió el dinero... en este sentido, entonces, mal podría enjuiciarse a Sánchez Prieto por el delito de cohecho, pues lo procedente es que por separado se hubiera investigado a la señora María Ruth Aldana, por la conducta que describe y pune el artículo 143 del Código Penal, esto es, cohecho por dar u ofrecer...".

Finalmente, cabe resaltar las aseveraciones del actor sobre María Aldana, a quien le imputa el haber concebido la idea de ofrecer y entregar dineros a cambio de la libertad de su patrón y la devolución del arma incautada, afirmaciones que extrae acomodaticiamente de su testimonio, dejando de lado los demás medios de prueba, precisamente los considerados por el fallador para dar por sentada la calidad de víctima en cabeza de José Perico, quien fue objeto de presiones indebidas para que, a cambio de dinero, recobrara su libertad.

Un atento análisis de la dicción de Perico Pinzón aclara el panorama pues allí se advierte el constreñimiento de los agentes sobre el aprehendido, la negativa de estos a recibir tan sólo veinte mil pesos ($ 20.000.00), la tercera parte de los cuales debería entregarlos para salir libre y el saldo a las dos (2) de la tarde, momento en el cual recuperaría igualmente su revólver.

Era apenas obvio que José Perico Pinzón, al aceptar las condiciones de sus captores, por fuerza debía acudir a una persona de su confianza para que le llevara el dinero exigido. Es en este momento que aparece en escena su empleada María Aldana, quien supo de la ilícita petición cuando fue a indagar por la suerte de su empleador. Es por ello que presta regresa con los primeros veinte mil pesos ($ 20.000.00) a las dependencias policiales.

Así las cosas, si bien la deponente entregó una suma de dinero a cambio de la libertad de Perico, ello sólo obedecía a los reclamos ilícitos de los policiales y si es cierto que en su momento averiguó cómo era el "...arreglo...", para conseguir la liberación de su empleador, esta inquietud respondió a la previa exacción de los agentes y no a una decisión voluntaria de la dependiente.

Razón le asiste al a quo cuando se pregunta el porqué de la pasividad de los uniformados quienes ante el indebido ofrecimiento, no informaron a sus superiores ni retuvieron a la infractora. Es evidente, por tanto, que el alegado cohecho propio no encuentra ningún respaldo procesal, quedando su afirmación como un simple aserto particular que, en el acomodo del suceso ilícito, busca el triunfo de los intereses encomendados. Sin embargo, como se vio, la prédica de la actuación tipifica la conducta investigada, como concusión, según las voces del artículo 140 del estatuto penal, como quiera que los policiales, abusando de su cargo y valiéndose de la autoridad que les proporcionara su investidura como representantes de la autoridad, le exigieron indebidamente dinero al denunciante para dejarlo en libertad y devolverle el arma que le incautaran por no tener el salvoconducto respectivo.

El fracaso del reproche es ostensible.

El olvido de la técnica casacional en la primera censura, no es un simple tropiezo ocasional. En el segundo cargo, refrenda el actor su desconocimiento. Obsérvese cómo en el planteamiento y ulterior desarrollo de sus inquietudes, señala a la ley penal, en abstracto, como el objeto de la vulneración judicial, y cuando se espera que de una u otra forma precise el atropello, sus referencias apenas se detienen en las normas procesales. Con ello olvida que el recurso extraordinario de casación se instituyó para corregir los quebrantamientos a las normas sustanciales, ya de manera directa o indirecta, en cuyo último caso ha de indicarse en forma clara, cómo la vulneración de un dispositivo ritual condujo al ultraje del precepto sustancial.

No es la única falencia.

Luego de transitar en forma oscura por los predios de la causal primera, y de presentar, a su modo de ver, los tropiezos del fallo en el aspecto probatorio, insólitamente concluye el libelista que con ello se violaron las "...formas propias del juzgamiento..." y, por tanto, "...los principios del debido proceso...". El abandono del ámbito original y el traslado del reproche, en su culminación, a la causal tercera, desquicia la lógica de su argumentación, puesto que de prosperar la primera, la sustitución de la sentencia es la medida a adoptar, mientras que, con la nulidad, una porción del proceso se encuentra afectada por un determinado vicio, lo que implica su invalidez desde el momento procesal en que se presentó, causándose la reposición de rigor por el funcionario competente. Tal simultaneidad implica, también, el rechazo de una impugnación en la que los errores se suceden uno tras otro, como a la postre se verá.

En efecto, a más de la abstracción y la presentación coetánea de causales, la imprecisión igualmente se encuentra respecto del sentido del atropello. Como ya se vio, en todo su recorrido argumental es el señalamiento de la violación a la ley penal, la única referencia. Sin embargo, al culminar su exposición, trata de remediar el desacierto expresando simplemente que el fallador incurrió en un error de hecho cuando omitió apreciar los indicios en su conjunto y en un error de derecho cuando les dio una "...connotación..." distinta a los que "...existían..." en el proceso. Esta sencilla oración no remedia el desatino pues queda la Corte sin conocer la especie de los falsos juicios en cada prueba en concreto y su incidencia en la decisión final.

De todas maneras, como lo advierte el Colaborador Fiscal, esta censura se reduce a "...un replanteamiento probatorio en el que a toda costa pretende el recurrente triunfe su particular criterio de apreciación y valoración sobre el del Tribunal; sugiriendo, son sus conclusiones, que por lo inconsistente y contradictorio de las afirmaciones del quejoso y su dependiente, impera su desestimación como también lo deben ser los indicios de cargo ya que los presentados por él resultan más lógicos...En conclusión, convirtió el recurrente la impugnación extraordinaria en una tercera instancia que no lo es, olvidando que lo que se viene a alegar en casación son los yerros en concreto estructurados en el fallo, a fin de que la Corte sin ninguna dificultad los advierta y proceda a su reparación...".

La oscuridad en el planteamiento, su dilógica presentación y desarrollo y sus imprecisiones, amén de su intento por presentar una simple oposición al concepto del Tribunal, implican el rechazo de este cargo.

Con fundamento en 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

DENEGAR la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Sauvedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

DEMANDA DE CASACION \ TRANSITO DE LEGISLACION

Si el recurso extraordinario de casación fue cursado con posterioridad al 1o. de julio de 1992, no hay ninguna razón para que el trámite del mismo se rituе por el anterior código.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Recurso de hecho. Radicación No. 7879

Contra: José Leonel Cardona Castaño y otro.

Aprobado acta No. 125

Magistrado ponente: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Santafé de Bogotá, D.C., octubre siete de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se pronuncia la Corte, de plano, sobre el *recurso de hecho* interpuesto por el apoderado de José Leonel Cardona Castaño contra la providencia que negó el de *casación* y que fuera proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

RAZONES DEL TRIBUNAL PARA LA NEGATIVA DEL RECURSO

"Este proceso se ha venido tramitando siguiendo lo preceptuado por el artículo 13 transitorio del Nuevo C. de P. Penal (decreto 2700 de 1991), es decir, conforme a las normas del anterior estatuto adjetivo (decreto 050 de 1987). Según el artículo 221 de este último catálogo, el recurso de casación se interpone por escrito dentro

de los diez (10) días siguientes a la notificación de la sentencia. Esta fue proferida el 27 de julio último, notificada personalmente esa misma fecha, por edicto se notificó el 31, permaneciendo fijado hasta el 4 de agosto a las 6 de la tarde. Así que, de acuerdo a tal parafernalia, hasta el día 20 de este mes y año a las 6 de la tarde, podía ser interpuesto el recurso extraordinario que tan solo fue presentado el 21 a las cinco (5) de la tarde. El anterior análisis haría improcedente la concesión del recurso de casación.

"Conforme al artículo 223 del C. de P.P. vigente desde el 1o. de julio pasado, el recurso antedicho se puede interponer dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia. Tomado en cuenta este lapso, habría que concluir que se procedió dentro del término legal, pues aquel finalizaba el 27 de los corrientes. Para este operador jurídico el asunto tiene solución dándole aplicación integral a la normatividad del anterior C. de P. Penal, porque los ritos procesales no pueden tener interpretación ambivalente, tomando de un conjunto de leyes enfrentadas entre sí los aspectos favorables de todas ellas para aplicarlas al procesado, porque el Principio de Favorabilidad no se predica de normas sino de leyes, sin que su aplicación signifique crear leyes nuevas convirtiéndose el intérprete en legislador, dando lugar a híbridos jurídicos, absurdo en que no puede incurrirse, pues se violaría flagrantemente el principio de inescindibilidad del precepto. En resumen, en presencia de la sucesión de leyes, como el caso analizado, de contenido adjetivo o procesal, mas no sustancial, la favorabilidad no tiene asidero jurídico, debiéndose aplicar en su totalidad solo una de ellas, que para el evento sujeto a estudio, no puede ser otra que la vigente al momento de iniciación de la audiencia pública, tal como lo prevé el artículo 13 transitorio del decreto 2700 de 1991.

"Sobre el aspecto mencionado enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de diciembre 10 de 1981, citada por el maestro Reyes Echandía en su obra:

" 'Quiere esto significar que la ley cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulen normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto.

" 'Lo que no resulta valedero, como lo advierte la doctrina universal y como esta misma corporación lo ha manifestado (ver casación de julio 11/52 y auto de mayo 21 de 1981) es tomar de la primera ley solamente lo que en determinado aspecto favorezca al procesado y de la otra lo que desde otro lo beneficie igualmente, porque en tal hipótesis el juzgador no estaría aplicando de las leyes enfrentadas la más favorable, sino creando una tercera con pedazos de aquellas, con lo que se convertiría arbitrariamente en legislador.'

"No sería ortodoxo, pues, aplicar el anterior estatuto procedimental hasta cierto momento y de allí volverse hacia el nuevo, cuando la claridad de la norma

transitoria aludida no deja espacios interpretativos que soporten tal actitud. La disposición en comento preceptúa que el rito vigente para este asunto es el anterior Código de Procedimiento Penal. So pretexto de consultar la favorabilidad no se puede justificar la inercia del procesado y defensor que han dejado transcurrir los términos procesales para recurrir, procediendo a ello en forma extemporánea".

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE HECHO

"El Honorable Tribunal Superior de Pereira argumentado en el artículo *13* transitorio del Código de Procedimiento Penal vigente, manifestó que el recurso de casación no era procedente por extemporáneo, ya que se contaba con *10* días para interponerlo, según el estatuto procesal anterior, pero en realidad *cuando interpuse el recurso extraordinario el nuevo código había nacido a la vida jurídica nacional* en lo que a aplicación se refiere, el cual otorga un término de *15* días para hacer uso del medio extraordinario.

"De la simple lectura del transitorio artículo *13,* se puede concluir que la aplicación de la normatividad anterior es única y exclusivamente para continuar el trámite de las audiencias ya iniciadas y no concluidas, en el caso bajo examen la audiencia ya había terminado antes de la vigencia del nuevo código, incluso ya se tramitaba la segunda instancia, razón por la cual no es aplicable el artículo comentado. Por otra parte, *este transitorio artículo no regula lo relativo al recurso extraordinario de casación,* que como es bien sabido no constituye un simple trámite procesal como lo es la audiencia pública.

"El artículo *228* de la Constitución Nacional en consonancia con el artículo *219* del C. de P. Penal otorgan la *prevalencia del derecho sustancial, en* las actuaciones. Con la providencia impugnada se violan principios fundamentales tales como el de favorabilidad, el derecho de defensa, el de impugnar las sentencias, de consagración constitucional en el artículo *29 ibídem*. ...".

MUY BREVES CONSIDERACIONES DE LA SALA

La interpretación que del artículo *13* norma transitoria del decreto *2700* de *1991*, sienta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, fue el principal estribo de su determinación de no concesión del recurso extraordinario de casación.

En efecto, en su discurso, si por lo dispuesto en esta norma se estaba dando aplicación para el trámite del proceso al anterior Código de Procedimiento Penal (decreto *050* de *1987*), los cómputos respectivos para la interposición del recurso, tenían que efectuarse según lo mandado por el artículo *221* de tal estatuto (dentro de los *10* días siguientes a la notificación de la sentencia) y así resulta que si ésta fue proferida el *27* de julio de 1992, notificada personalmente el mismo día y por

edicto el *31*, permaneciendo éste fijado hasta agosto 4 a las 6 p.m., sólo hasta el *20* de ese mes, a las 6 de la tarde, estaba en término el impugnante para la intercalación del recurso; luego si lo presentó el *21*, indudablemente es *extemporáneo*.

Importa, pues, sobremanera el análisis del mentado artículo *13*. Dispone él:

"*Trámite de audiencia y sentencia*. Los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior código, sin necesidad de traslado en segunda instancia al ministerio público".

Una sana hermenéutica de esta disposición permite asegurar que el empleo del término 'los procesos' es sólo para concretar que en aquellos en que se haya iniciado la audiencia pública, la misma, y la sentencia, e inclusive la segunda instancia, se regirán por el anterior Código de Procedimiento Penal; pero de allí no se sigue que fatalmente lo dispuesto por este estatuto cobije también el trámite del recurso extraordinario de casación.

Lo anterior no es óbice para adverar que una situación que se haya definido en cuanto a la interposición del recurso, cuando aún no había entrado en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal, continúe regiéndose por el antiguo estatuto. Pero refulge que si el recurso extraordinario de casación fue cursado con posterioridad al *1o.* de julio de *1992*, fecha de entrada en rigor del decreto *2700* de *1991*, no hay ninguna razón para que el trámite del mismo se ritué por el anterior código. Recuérdese que la regla general, tratándose de procedimiento, es la de su inmediata aplicación y si el legislador -como bien así podía hacerlo- excepcionó este principio en algunas materias, ello no se hizo extensivo al recurso de casación.

Así, pues, si en el evento *sub-examine* el recurso fue impetrado el *21* de agosto de *1992*, obviamente en vigencia del decreto *2700* de *1991*, es el trámite que del recurso de casación trae este estatuto el que impera y ello comporta que sí fue formulado en tiempo oportuno y hábil, pues que según el artículo *223* el mismo podrá presentarse "dentro de los *15* días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia".

No es pues por razones de favorabilidad por lo que se predica que el recurso no fue interpuesto extemporáneamente, ya que con razón se ha sostenido que la competencia y el simple trámite -sustanciación y ritualidad- quedan por fuera de este precepto.

Y quede también claro que no se trata de que aquí se esté construyendo, creando una '*Lex Tertia*', pues que no se está tomando de cada una de las normas en comparación lo que favorece al recurrente y desechando lo que pueda perjudicarle. No. En tratándose del recurso de casación se le dará aplicación *integral* a lo dispuesto en el capítulo VIII, del Libro 1o., Título 4 (arts. 218 al 231) del vigente Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

SI HAY LUGAR al recurso de casación en el presente evento. REGRESE lo actuado al Tribunal de origen para que se continúe con el trámite propio a este extraordinario medio de impugnación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Carnica
Secretario

DEBIDO PROCESO \ DERECHO DE DEFENSA \ PRUEBAS \ DICTAMEN PERICIAL \ JURADO DE CONCIENCIA \ PENA ACCESORIA \ REFORMATIO IN PEJUS

Cuando el funcionario cita las normas a las cuales dio aplicación en el decurso de la diligencia, dejando constancia de haber interrogado de conformidad con las previsiones de los artículos 379, 380 y 381, ha de entenderse que al implicado le fue puesto de presente el contenido de las mismas y que las exigencia allí previstas fueron respetadas.

El término para ordenar pruebas, se comienza a contar a partir de la última notificación del auto que abre la etapa probatoria.

No en todos los procesos el juez tiene la obligación de decretar la experticia siquiátrica, pues ella debe seguir como una necesidad de las condiciones personales, familiares o sociales del sindicado, que indiquen la posible existencia de un trastorno mental.

La circunstancia de que el juzgamiento lo realice un juez de derecho y no el de hecho, no constituye una vulneración ni al debido proceso ni al derecho de defensa.

Al ser penas accesorias consustanciales a las principales, al juez no le queda otro camino que obedecer la imperativa legal, según el cual la pena accesoria es igual a la principal, salvo los límites legales para algunas en particular.

A pesar de que la Fiscalía apele el fallo de segunda instancia no por ello se desvirtúa la exigencia constitucional del apelante único, porque al haber sido interpuesto para buscar la absolución de los procesados, se ha de entender como si proviniera de la defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6501. Casación

Procesado: Juan Diego Arango Martínez

Delito: Homicidio

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 125

Santafé de Bogotá, D.C., octubre siete de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Por sentencia del 21 de noviembre de 1990 proferida por el Juzgado Séptimo Superior de Cali se condenó a Juan Diego Arango Martínez y a Julio César Fernández Tamayo como responsables del delito de homicidio. El 23 de mayo de 1991 el Tribunal Superior de dicha ciudad confirmó la anterior decisión con modificaciones al aumentar la pena impuesta a Fernández Tamayo.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta corporación. La demanda correspondiente se estimó ajustada a las exigencias legales. Se escuchó el concepto del Procurador Delegado, quien solicitó se declarara la nulidad del fallo y subsidiariamente que sea rebajada la porción de pena incrementada en la segunda instancia.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

HECHOS

Tuvieron ocurrencia el 8 de septiembre de 1984 en las primeras horas de la noche en el barrio Cien Palos de la ciudad de Cali, cuando el joven Martín Alexander Acevedo Cuéllar recibió varios impactos de arma de fuego que le fueron disparados desde una motocicleta.

ACTUACIÓN PROCESAL.

En virtud de la apertura del proceso penal, cumplida mediante auto de septiembre 10 de 1984, se indagó a Carlos Spencer Victoria, a quien no se le dictó medida de aseguramiento.

Así mismo fueron escuchados en indagatoria Julio César Fernández Tamayo y Juan Diego Arango Martínez contra quienes se dictó auto de detención el 22 de septiembre de 1988 y resolución de acusación el 4 de enero de 1989, en calidad de cómplice el primero, y autor material el segundo, del homicidio del que fuera víctima Martín Alexander Acevedo Cuéllar.

El anterior pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal por auto del 13 de abril de 1989.

Realizada la diligencia de audiencia pública el 20 de febrero de 1990, se dictó sentencia de primera instancia el 21 de noviembre de 1990 y de segunda el 23 de mayo de 1991.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera el recurrente demanda la nulidad del proceso por considerar que se violó el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado.

Sostiene el impugnante que el art. 36 del decreto 1861 de 1989 dispuso que los procesos con intervención del jurado de conciencia en los cuales hubiera iniciado la audiencia pública debían proseguir con esa modalidad de juzgamiento; que por el principio de favorabilidad las personas tienen el derecho a ser juzgadas por los tribunales existentes en el momento de la comisión del delito y no por aquellos que sean creados a posteriori; que en este caso el implicado debía haber sido juzgado por el jurado popular y no por los jueces de derecho por lo que se incurrió en la causal de nulidad.

El censor plantea un segundo cargo, en el que habla de la inexistencia de la indagatoria recepcionada al procesado Arango Martínez, lo que implica la violación al debido proceso al pretermitir las formas sustanciales de éste y la de los artículos 285 y 380 del estatuto procesal.

En la demostración del cargo dice que no aparece constancia de que al sindicado se le hubieran hecho las prevenciones del art. 380 del C. de P.P. y que por tanto tal diligencia es inexistente; circunstancias que hacían imposible que pudiera ser condenado.

Un tercer cargo formula el actor por haberse violado el derecho de defensa al decretarse extemporáneamente una prueba en la etapa del juicio sin permitir correr el término legalmente otorgado para que el procesado hiciera uso de él.

En la demostración del reproche aduce que el término probatorio corrió durante los días 11, 12 y 13 de mayo de 1989, pero el auto que decretó pruebas se dictó el 12 de mayo, y en tales condiciones, el a quo recortó el término, pues antes del vencimiento de este se pasó el expediente a despacho para proferir un acto que viola el derecho de defensa.

En el cuarto cargo el demandante alega que se ha violado el debido proceso y el derecho a la defensa por no haber sometido al procesado a una experticia de carácter psiquiátrico.

Consideraciones del Procurador Delegado

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita no se case la sentencia impugnada, luego de formular una serie de razonamientos en contra de lo alegado en la demanda y haciendo un estudio de los cargos en orden diverso al utilizado en la demanda. Sin embargo solicita se case la sentencia por falta de motivación de las penas accesorias y subsidiariamente se rebaje la pena en cuanto fue agravada en segunda instancia.

Son estos sus argumentos:

"Segundo cargo:

"La indagatoria, como medio de vincular jurídicamente al proceso a la persona contra quien se elevan cargos por un delito determinado, está ciertamente reglada por disposiciones de carácter procesal que imponen al funcionario la obligación de realizar determinados actos, como mecanismo que se considera adecuado para la preservación de las garantías y el ejercicio de los derechos del sujeto pasivo de la acción penal. Es así como el Código de Procedimiento Penal colombiano, respetando estos principios, establece en sus preceptos 376 a 385, algunas reglas referentes a la indagatoria como diligencia procesal, las cuales gobiernan diversos aspectos de ella.

"El artículo 380 manda, específicamente, enterar al incriminado de que la diligencia que se adelantará con su concurso es de la naturaleza regulada y sin

juramento ni apremio, que ha de ser voluntaria, que el acusado no está obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes en el grado que establece el mismo artículo, o contra su cónyuge o compañero, que tiene derecho a nombrar quien lo represente judicialmente y que en caso de que se resista a rendir la diligencia, no podrá ser obligado pero se le tendrá por vinculado para los efectos del proceso y su renuencia podrá privarlo de medios de defensa. Todas estas advertencias deberán hacerse constar clara y expresamente desde el comienzo de la diligencia.

"El contenido del artículo referido es el que estima infringido el libelista. Para él, en el acta de indagatoria la juez instructora se limitó a informar al acusado del derecho que tenía de designar apoderado y lo citó simplemente para suscribir la diligencia, insinuando con esta última afirmación que aquella realmente no se llevó a cabo, en conclusión que resulta falsa si se examina con detenimiento y completamente el cargo, pues en él no se asevera con énfasis y certeza que la diligencia haya sido un remedo de ella, sino, simplemente, que no es lo mismo suscribir una diligencia que participar en la misma. Resalta, sin embargo la delegada esta posición, para remarcar cómo los razonamientos del libelista fundados en una inadecuada interpretación de los términos lingüísticos utilizados en la indagatoria de Juan Diego Arango Martínez, es lo que le hace ver el fundamento jurídico de la censura, sobre bases irreales, como pasa a expresarse.

"En efecto, si nos atuviéramos al tenor literal de las expresiones utilizadas, advirtiendo que la funcionaria judicial ciertamente consignó que el inculpado 'se hizo comparecer' para los efectos de 'suscribir' la diligencia, tendríamos que concluir que Arango Martínez fue conducido al despacho judicial para autorizar con su rúbrica un acto en el cual no participó, lo que no refleja la realidad de lo sucedido. Nadie hasta el momento ha discutido -ni puede hacerlo de acuerdo a las constancias procesales- el que el inculpado haya rendido su versión de los hechos en el acto mismo de su indagatoria y por tanto, se puede aseverar que no solamente suscribió el documento que la recoge, sino que además participó activamente en su elaboración, de donde concluimos que el término suscribir que con tanto énfasis recalca el impugnante, no obedece más que a una inadecuada utilización de los vocablos del idioma, no a una descripción real de lo ocurrido en el despacho judicial.

"Así como el término suscribir, que no revela en materia alguna infracción de la ley, así también pretende el casacionista interpretar la parte de la injurada que reza textualmente: '....al por indagar se deja libre de toda opresión y apremio para que de una manera clara y sencilla responda a las preguntas que se le formularán, interrogándosele *conforme* al art. 379, 380 y 381 del C. de P.Penal,....' (Subraya la delegada) de donde extracta el acusado que la funcionaria judicial omitió poner de presente al acusado todos los derechos y situaciones que se regulan en el artículo 380 del Código de Procedimiento Penal.

"Una forma de pensar, ésta que privilegia el análisis gramatical sobre el de la materialidad de lo acontecido y que revela la fórmula lingüística entendida dentro de una práctica judicial específica, no puede tener éxito en sede de casación pues este extraordinario recurso no se encuentra establecido para la discusión de la infortunada utilización de expresiones idiomáticas, sino para la acusación, en derecho, de la sentencia de segundo grado. Menos tendrá vocación de prosperidad, cuando la interpretación gramatical resulta torcida para fijar en los contenidos de las actas procesales cosas que en realidad no sucedieron y de las cuales no da cuenta el expediente.

"La situación es clara. La funcionaria instructora hizo constar, tal como se reseñó, que el implicado fue interrogado *conforme* al artículo 380 -entre otros- del Código de Procedimiento Penal, vale decir, que existió una relación de correspondencia entre el precepto mencionado y el acto realizado, que la diligencia de injurada se desarrolló 'al tenor' de lo mandado por el artículo y que, por lo tanto, su plena observancia despeja toda duda acerca de su validez, ratificándose la inexistencia de irregularidades en su formación, las cuales no obedecen más que al ánimo impropio del casacionista que entiende torcidamente el lenguaje.

"Así las cosas, falso resulta afirmar que 'No aparece constancia en el comienzo de la diligencia la señora juez (sic) le haya *hecho saber* al señor Juan Diego Arango iba a ser sometido a indagatoria', porque si el acto se desenvolvió 'conforme' a las previsiones del artículo 380 del ordenamiento procesal, como se hizo constar, forzoso es concluir que se advirtió 'al indagado que se le va a recibir una declaración sin juramento que es voluntaria y libre de todo apremio' y que se le enteró de todos los demás derechos y situaciones regulados en la norma invocada, de todo lo cual se dejó expresa y clara constancia, pues la regulación legal no exige una fórmula sacramental para ello, sino que se pueda claramente deducir el cumplimiento de las normas, lo cual válidamente se suple con su mención adecuada y la ausencia de cuestionamiento sobre los hechos mismos en sus oportunidades y con los fundamentos adecuados. Todo lo demás será presunción y desacierto.

"Es tan claro que se hicieron las advertencias pertinentes, que el defensor del incriminado no objetó en modo alguno la realización de la diligencia, ni concomitante ni posteriormente a su realización, como tampoco los diversos apoderados con los que contó el indagado hicieron cuestionamientos de esta naturaleza, el que viene a ser esbozado solamente en sede de casación con argumentos artificiosamente construidos.

"De esta forma, impera concluir que las normas para la percepción de indagatoria al acusado Arango Martínez fueron observadas en su totalidad y por consiguiente el cargo carece de fundamentos legales y fácticos que permitan su prosperidad.

"Tercer cargo

"Este ataque hace relación a la extemporaneidad con que se profirió el decreto de pruebas dentro de la etapa del juicio, pues el juez, adelantándose al vencimiento de los términos respectivos, ordenó las solicitadas por el representante de la parte civil antes de que terminara de correr el lapso previsto por la ley para elevar, por todos los sujetos procesales sus respectivas solicitudes.

"Frente a las condiciones objetivas de lo sucedido, preciso resulta remarcar que desde su personal punto de vista le asiste razón al casacionista cuando afirma que el auto de decreto de pruebas fue anticipado al cómputo de términos que él hace, máxime si se advierte que el día ocho de mayo de 1989 correspondió a día festivo, y por tanto dictándose el auto el dos del mes mencionado y notificado por estado solamente el día sábado seis, su ejecutoria corrió por los días nueve, diez y once de mayo; por su parte, el apoderado de la parte civil presentó su solicitud de pruebas el día tres de mayo, esto es, al día siguiente de proferido el auto que ordenaba el cómputo del término para el efecto, habiendo sido resuelta su petición con providencia del doce de mayo, vale decir, el día siguiente de la ejecutoria de la anterior decisión. Esta posición, se insiste, solamente tiene validez frente a la interpretación del impugnante que introduce, en el cómputo de términos, una condición que no está prevista por la ley: que ellos se contabilizan a partir de la ejecutoria del auto que los señala.

"Este recuento de lo acontecido y de la posición del casacionista, imponen un análisis respecto del cómputo de los términos. Para el actor, se deduce de su escrito, el término probatorio no puede computarse más que a partir de la ejecutoria del auto que lo señala, pues su inconformidad está referida al anticipado decreto de pruebas, por no haberse dejado transcurrir los tres días a partir de la ejecutoria del auto de dos de mayo, y estima que el período probatorio de la causa corrió entre los días once, doce y trece de mayo (que de aceptar la posición debería afirmarse que realmente el lapso sería entre los días doce, trece y quince de mayo de mil novecientos ochenta y nueve), produciéndose de esta forma un recorte del plazo legalmente concedido a los sujetos procesales para la solicitud de pruebas. Esta interpretación de las normas ciertamente que encuentra respaldo en la práctica judicial penal, mas no se ajusta precisamente a las regulaciones legales en torno de los términos procesales, pues ellos, salvo contadas excepciones, comienzan a contarse a partir de la última notificación del auto que los concede, como claramente dispone el artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en este caso por virtud del principio rector de integración contemplado en el artículo 12 de Procedimiento Penal, tal como lo ha reconocido la Sala de Casación Penal de la Corte, entre otras, en providencia de 15 de mayo de 1991.

"En efecto: el mencionado artículo dispone en su texto y en lo pertinente:

" 'Cómputo de términos. Todo término *comenzará a correr desde el día siguiente el de la notificación de la providencia que lo conceda*; si fuere común a varias partes, será menester la notificación a todas...

" 'Cuando pida reposición del auto que concede un término, o del auto que a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, éste comenzará a correr desde el día siguiente a la notificación del auto que confirme el recurrido...' (Lo subrayado no es del texto).

"Por manera pues que el cómputo de los términos judiciales no debe hacerse a partir de la ejecutoria del auto que los ordene, salvo el caso de que haya de retirarse el expediente, sino desde el día siguiente a aquél en que se hace la última notificación de la providencia, pues, siendo como son 'una garantía recíproca para las partes en el juicio' y estando, como están establecidos, como mecanismo de control de la duración del proceso en tanto que evitan dilaciones injustificadas concretando de esta forma la garantía constitucional de un juicio oportuno, la interpretación de las disposiciones que los rigen debe estar orientada a satisfacer plenamente estos dos intereses: el de los sujetos procesales y el de la celeridad de la justicia.

"Ahora bien, el auto de apertura a pruebas fue dictado el día dos de mayo y su notificación personal, a los sujetos procesales a quienes cabía hacerla, se cumplió oportunamente pues tanto a la fiscal como al sindicado detenido y al apoderado de la parte civil, se les enteró de su contenido con fecha cinco de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, tal como puede constatarse al folio 713 vuelto del expediente. Solamente después de agotada esta actuación, se procedió a la notificación por estado de fecha seis de mayo del mismo año, notificación que estaba destinada a enterar a los demás sujetos procesales de la decisión, entre ellos al defensor del acusado.

"A partir del día nueve, entonces, comenzó a correr el término para la solicitud de pruebas, venciéndose el mismo día once a las seis de la tarde, pues no se interpuso contra el auto que lo señalaba recurso de reposición y por tanto no era pertinente suspender el cómputo del plazo fijado, según la clara prevención del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil.

"La parte civil había introducido su memorial aún antes de que se comenzara a contabilizarse el período de pruebas, mas ello no puede constituir irregularidad alguna, pues su petición no fue atendida más que cuando se debía, es decir, al día siguiente del vencimiento del término: el día once de mayo de mil novecientos ochenta y nueve. La diligencia del representante de la parte civil no puede erguirse ahora como fundamento alguno de la anulación del proceso, al observarse que la tramitación se ajustó precisamente a los cánones legales. Si el acusado y su defensor, legalmente notificados, no hicieron uso de su derecho, tampoco es ello

causal alguna de invalidez de lo actuado, pues, se insiste, el procedimiento utilizado por el juzgado fue el corriente frente a las disposiciones legales que gobiernan el acto.

"El hecho de que la constancia del secretario del juzgado no tenga fecha que fije el día de su realización, no puede tampoco tomarse como una violación a los preceptos legales, pues su contenido y la actuación posterior (auto que ordena pruebas), indican que no hubo violación de la ley, ya que el funcionario informó 'que el término probatorio de la etapa del juicio se encuentra vencido', y el auto lleva fecha doce de mayo, todo lo cual indica a las claras que el expediente pasó al despacho el día citado, pues el once vencía el término referido en la constancia.

"No se trata, como lo plantea el censor, de descartar la existencia de una nulidad por la convalidación posterior que pudo operarse por la conducta observada por los sujetos procesales; simplemente, que al hacer el estudio del cómputo de términos judiciales, como se precisó, no se encuentra en el trámite acusado ninguna anomalía que constituya irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, o que vulnere, limitándolo, el derecho a la defensa del incriminado.

"Más razones encuentra esta oficina para desechar el planteamiento anulatorio, si se observa que -aún interpretando la ley en la forma como lo hace el libelista-, el acusado y su defensor tuvieron oportunidad material de pedir pruebas para que se evacuaran en el curso de la audiencia pública, o antes de ella, y sin embargo ninguna solicitud elevaron ante el funcionario judicial durante el lapso de poco o más de nueve meses que transcurrió entre el hecho comentado y el comienzo de la diligencia de juzgamiento.

"Ningún recorte de garantías, entonces, se observa en la actuación. Las oportunidades probatorias no fueron limitadas sino ajustadas a la ley, y de ello se deduce que los planteamientos esbozados como fundamento de la demanda corresponden a una inadecuada interpretación de las normas, quizás impulsada por la práctica corriente en algunos juzgados de la jurisdicción penal, costumbre que no puede, en ningún momento, erigirse contra las claras disposiciones de la ley.

"El cargo, en consecuencia, no debe prosperar.

"Cuarto cargo:

"El fundamento de este ataque es el de que, en opinión del censor, la falta de plena comprobación sobre los móviles del delito investigado, la negación de autoría del hecho y 'la forma como se produjo el homicidio', conducen a pensar que el sentenciado Arango Martínez 'no pudo estar en pleno goce de sus facultades mentales', de donde concluye que el funcionario ha debido ordenar la realización de una experticia psiquiátrica para establecer si se trataba o no de un sujeto penalmente imputable, diligencia que solamente vino a ser atendida durante el trámite de la segunda instancia.

"Carece de fundamento esta proposición. El alegar simplemente que el móvil no ha sido plenamente establecido, que el sindicado ha negado su participación en los hechos y que la forma como se cometió el delito indican la posibilidad de un trastorno mental en el autor del hecho, sin entrar a demostrar en forma alguna cuál es la entidad de cada uno de estos factores y su influencia en la sentencia recurrida, no es suficiente para que la Corte declare la nulidad de lo actuado por la omisión en la práctica de la prueba que ahora extraña el casacionista. Ha debido, como ha de hacerse en sede del recurso extraordinario, establecer en forma amplia el porqué cada uno de los determinantes de la conclusión, y todos en conjunto, demostraban la probabilidad de que el procesado hubiese actuado en estado de trastorno mental, ya que al no hacerlo así, la alegación no revela más que una propuesta especulativa y que deja en manos de la Sala el análisis completo del expediente en búsqueda de los presuntos vicios cuya demostración compete al demandante.

"Esta incorrección en el planteamiento del cargo resulta ya suficiente para solicitar que sea desechado. Pero, además, se resalta que ninguna razón le asiste al libelista cuando reclama la invalidación de la sentencia por este motivo, pues la situación objetivamente estudiada, no imponía al juez la obligación de ordenar la experticia psiquiátrica en tanto que, durante el proceso, no contó realmente con elementos de juicio que impusieran la necesidad de la prueba, o indicios que aconsejan su práctica.

"Nótese cómo incluso el contenido mismo del peritaje revela que es éste un argumento traído de última hora por el actor, quien apoyado en el examen que se hizo a su defendido, persigue sacar partido de esta situación por haberse diagnosticado una reacción desadaptativa relacionada con su situación de encierro en la cárcel.

"Si bien, como se ha sostenido por la Corte, aún a pesar de la inexistencia de norma que obligue al funcionario judicial a ordenar la práctica de pericia psiquiátrica para despejar dudas acerca de su trastorno mental, le es exigible a él tal actividad, no puede entenderse que esa previsión jurisprudencial sea de obligatorio cumplimiento en todos los casos, pues un tal proceder implicaría la introducción de un trámite no previsto y que llevaría, en no pocas ocasiones, a una dilación injustificada de las actuaciones procesales. La recomendación jurisprudencial ha de entenderse dentro del marco específico de cada proceso, en forma tal que la pericia psiquiátrica debe tener una causa aparente, esto es, que las condiciones objetivas realmente hagan pensar en la posibilidad de que el autor del hecho punible actuó bajo las precisas condiciones descritas en el artículo 31 del Código Penal.

"En el caso bajo estudio, si bien es cierto que el procesado Arango Martínez negó su participación en los hechos, ello no indica que padezca de anomalía mental sino que responde a un recurso defensivo admisible y explicable frente a las imputaciones que se le hicieron, más aún si se tiene en cuenta que la funcionaria que recibió su injurada fue clara al dejar constancia que el acusado 'al parecer goza

de todas sus facultades físicas y mentales', y del contexto de la misma diligencia no se advierte circunstancia alguna que haga sospechar, racionalmente, un pretendido trastorno mental.

"La falta de comprobación plena del móvil al que alude el libelista tampoco es factor que permita concluir en la posible incapacidad mental del acusado, pues el expediente revela que entre víctima y el victimario existían algunas rencillas anteriores y que por ser de menor importancia, no pierden su fuerza determinadora en la conducta investigada, ya que sabido se tiene que en múltiples ocasiones el desprecio por la vida humana lleva a las más absurdas soluciones frente a problemas de poca entidad.

"La forma como se cometió el hecho tampoco revela una especial situación que lleve a pensar en la existencia de anormalías mentales para el sujeto agente del delito. Muy por el contrario, y lamentablemente, la manera de ejecución del delito se ha tornado en una de las más utilizadas frente al tipo de delincuencia a que se refiere el proceso.

"Como no existen condiciones objetivas que hubieran determinado la necesidad de remitir al procesado a un examen psiquiátrico, como además la pericia que sobre su estado de salud se practicó durante el trámite de la segunda instancia no revela una posible alteración mental para el momento de cometidos los hechos, claro resulta que la práctica de la prueba reclamada por el casacionista no era procedente y que, por tanto, no se incurrió en irregularidad alguna que violara el debido proceso.

"El cargo no debe prosperar.

"*Primer cargo:*

"El eje central de este ataque es la violación a las garantías de defensa y del debido proceso, por haberse rituado el juicio sin la intervención del jurado de conciencia, pese a que los hechos fueron cometidos cuando dicha institución era la encargada de emitir veredicción en las causas que se adelantaran por el delito de homicidio.

"Sin desconocer las precisiones jurisprudenciales que se han hecho en torno al tema, el demandante propugna por una reconsideración de los diversos argumentos que se han brindado para no considerar como causal de anulación el juzgamiento del juez de derecho, proponiendo en su lugar que resulta aplicable el principio de favorabilidad ante el tránsito de legislación, por ser la anterior regulación procesal una norma de efecto sustancial, involucrando en su proposición la preeminencia de la norma constitucional sobre la ley.

"Pues bien, en la Carta constitucional anterior (1886) su artículo 26 disponía que 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, *ante Tribunal competente*, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'. De este precepto se desprenden cuatro garantías fundamentales: a.- el principio de legalidad de los delitos y de las penas, b.- el juzgamiento por tribunal competente, c.- el principio del debido proceso y d.- el principio de favorabilidad. Las tres últimas son las que el censor estima vulneradas.

"No es verdad, sin embargo, que por la supresión de la institución del jurado de conciencia por efectos de una ley que derogó las normas relativas a él, se pueda concluir que el juzgamiento adelantado con estricto apego a las nuevas regulaciones procesales quebrante el precepto constitucional enunciado, pues el cambio legislativo lo que hizo fue instituir, previamente a la realización de la diligencia de audiencia pública, un nuevo Tribunal que se encargara de juzgar los comportamientos delictuales que antes eran presentados ante el jurado popular. De esta forma, si el jurado no había adquirido capacidad de pronunciarse sobre la conducta objeto del proceso, -que se la otorgaba el inicio de la audiencia- era legal y constitucional el juzgamiento confiado a los jueces de derecho, pues este nuevo procedimiento no se dictó con caracteres de excepcionalidad y discriminación, sino como nueva procepriva aplicable dentro de la legislación ordinaria y compatible tanto con la forma de Estado definida en la Constitución Nacional entonces vigente, como con el respeto de las garantías debidas a los ciudadanos.

"En efecto, la abolición del jurado de conciencia -pese a que coincidió conyunturalmente con una específica situación político-social que determinó la reforma a otros mecanismos de justicia- se cumplió en desarrollo de unas facultades que recibió el ejecutivo del órgano encargado de hacer las leyes para mutar instituciones con caracteres de permanencia y generalidad, lo que impone un examen diverso de las normas y lleva a la conclusión de que tal reforma no vulnera la Constitución, porque respeta la garantía de juzgamiento por parte del Tribunal competente previamente definido en la ley.

"Es que, tendría razón el libelista, si la supresión del jurado hubiera obedecido a una medida de carácter excepcional y aplicable a una especial categoría de delitos, pues en tal evento -hay quienes no piensan de esta manera- la medida resultaría claramente orientada a quebrantar los derechos y garantías ciudadanas, en tanto que Tribunales ad hoc están prohibidos tanto por la sana interpretación de normas superiores, como por las disposiciones del derecho de los derechos humanos.

"Así pues, la supresión del jurado de conciencia no va contra la disposición constitucional y por tanto no tiene cabida la invocación de la aplicación preferente de la Constitución sobre el precepto legal, en tanto que entre ellos no se presenta incompatibilidad alguna.

"Por otra parte, aún admitiendo que la institución del tribunal popular comporte beneficios para el encausado, lo que en sí es bastante discutible porque tanto le favorece una decisión absolutoria tomada en conciencia como le perjudica una condenatoria que tenga la misma base, no es válida la invocación del principio de favorabilidad en la medida en que las disposiciones que regulaban la intervención del iuri no tienen en realidad un contenido de ley sustancial sino que disponen simplemente la competencia de juzgamiento par (sic) unos delitos que antes eran conocidas por la institución que se comenta.

"El debido proceso tampoco resulta afectado con la modificación procesal, en tanto que, previamente definido el Tribunal, éste se sujetó perfectamente a las regulaciones que imponían su ejercicio sin vulnerar intereses de los sujetos procesales ni las formas previstas para el adelantamiento de la causa.

"Dice así el artículo 43 de la ley 153 de 1887: 'La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que dé lugar al juicio. *Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos pero no a aquéllas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40*' (Subrayado fuera de texto).

"A su turno, el artículo 40 de la citada ley, dispone: 'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regularán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'.

"Respetando estas y otras normas legales, el decreto 1861 de 1989 que abolió el jurado de conciencia reguló en su artículo 36: 'En los procesos con intervención de jurado en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuará con el trámite que corresponda a esta modalidad de juzgamiento', y el 37, derogó en forma expresa todas las normas que regían en el trámite del juzgamiento ante los jueces populares.

"Sobre estas normas, claro resulta que la celebración de audiencia pública ante el juez de derecho en casos como el que es materia de este concepto, vale decir, cuando no se había iniciado la diligencia, el procedimiento adecuado era el de no intervención del tribunal popular, pues éste había desaparecido de la legislación antes de darse comienzo a la diligencia mencionada, no se trataba de un tribunal ad hoc prohibido por el derecho internacional, y el artículo 43 de la ley 153 fija la preeminencia de la ley posterior cuando ella instituye tribunales.

"Nótese además lo inadecuado del planteamiento del libelista, al predicar la nulidad de lo actuado con estricto apego a una ley que fue declara exequible por la Corte Suprema de Justicia, fundando su argumento en la contrariedad de la

disposición legal con la carta fundamental. Las nulidades, en última instancia, no son más que quebrantos a la norma superior y si los ritos se cumplieron en exacto desarrollo de una norma que no se juzgó contraria a ella, mal puede ahora revivirse un debate sobre aspectos que ya fueron objeto de decisión con efectos erga omnes.

"La alegación en torno al principio de favorabilidad que presenta el impugnante, se basa sobre criterios que han sido esbozados por la jurisprudencia y que no encuentra cabalmente orientados. No empece lo anterior, es el propio libelista quien los recupera como sustento de su petición, pues para llegar a determinar la naturaleza favorable de la norma que prefiere, parte del enfrentamiento entre conciencia y sapiencia (como así denomina los dos extremos de la relación) y llega a la conclusión de que, dada la naturaleza soberana que tenía la veredicción, sus efectos últimos repercutían en favor de los encausados quienes no estaban sometidos al examen probatorio sobre las reglas de la sana crítica ni veían la posibilidad de desconocimiento del dictamen del iuri por parte del 'juez natural' o de derecho.

"Ciertamente que en el decurso de su alegación introduce asimismo la visión de la soberanía del tribunal popular con fundamento en su propia configuración, y en la entidad y naturaleza de su veredicto, mas este tópico, ciertamente importante en el análisis de la institución, no le quita el carácter de tribunal instituido para juzgar delitos -no un mero rito procesal, como parece entenderlo el casacionista.

"Resulta claro, entonces, que si el jurado de conciencia era, en estricto sentido, un tribunal encargado del juzgamiento, su abolición previa a la diligencia en que el mismo se hace en un caso específico, no quebranta la norma constitucional del juez previamente establecido, ni transciende su propia naturaleza para constituirse en norma sustancial que deba aplicarse con criterios de favorabilidad. Es un tribunal y nada más.

"Así también lo reconoce el censor en su demanda, pues alega que 'se busca entonces establecer la importancia del jurado de conciencia en los procesos de su conocimiento, conforme el presente análisis no puede quedar reducido el tribunal popular como una institución sin la fuerza juzgadora otorgada por la ley vigente y aún la misma jurisprudencia, cuando de lo que se trataba era de debatir la certeza o validez de sus dictados. El juri tenía el carácter de entidad juzgadora y suficiente soberanía para dirimir en conciencia cualquier acusación formulada por el Estado a través de la jurisdicción. Quienes componían el Tribunal Popular eran funcionarios públicos en transitoriedad, sus actos, distintos a los dictados de conciencia, estaban sometidos en un hecho punible contra su recta administración. Frente al artículo 37 del decreto 1861 de 1989 no puede quedar la existencia o inexistencia del jurado de conciencia a un simple reglado procesal'. Así es. La entidad del jurado era la anotada: constituía un tribunal encargado de juzgar delitos y como tal, susceptible de ser variado siempre que la dirección de la política criminal lo precise, a condición de que su modificación o supresión, respete los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Si era un tribunal, bien puede

suprimirse y asignar su competencia a otro, en cuyo caso este último adquirirá plenamente la facultad de juzgamiento, en términos del artículo 43 de la ley 153 de 1887 ya citada.

"Un juzgador, entendido como organismo del Estado encargado de la decisión judicial, no es más favorable que otro; su actividad, reglada estrictamente sobre los cometidos de la justicia, impone que el decir el derecho lo haga dentro de parámetros estrictos. Nada de favorabilidad sustancial puede desprenderse de esta actividad.

"Así entendidas las cosas, entonces, forzoso es concluir que carece de razón el demandante y por consiguiente el cargo no debe prosperar.

"No obstante que según las consideraciones precedentes la demanda presentada a nombre del procesado Arango Martínez no debe ser atendida, sí considera la Delegada que se ha de casar el fallo por contrariar abiertamente el principio del debido proceso y erigirse esta circunstancia en causal de nulidad, de conformidad con lo previsto en el numeral 2o. del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal.

"En efecto: el artículo 163 de la Constitución vigente para la época del juzgamiento disponía clara y perentoriamente: 'Toda sentencia deberá ser motivada', norma que impone al funcionario judicial el deber de abordar no solamente el examen de las pruebas y las alegaciones frente a la declaratoria de responsabilidad del acusado, sino que además le exige que en la misma forma proceda frente a los límites y a la naturaleza de la sanción, siendo ésta como es, la expresión máxima del derecho penal.

"Esta obligación fue eludida por los juzgadores de instancias. Es verdad que adecuadamente se refirieron a los contenidos probatorios y a las alegaciones vertidas en el juicio, y que también se ocuparon de fijar, con criterios aceptables, los límites de la pena principal que se impuso a cada uno de los sentenciados. Sin embargo, en inexplicable desconocimiento de la preceptiva y con grave quebranto a las leyes sustanciales que gobiernan las penas accesorias, omitieron motivar la imposición de éstas una de las cuales, además, superó los límites previstos en el artículo 44 del Código de Penal. Véase.

"El juzgado de primera instancia, al ocuparse de la dosificación punitiva, llegó a la conclusión de que Juan Diego Arango Martínez deberá purgar una pena de trece (13) años de prisión en tanto que a Julio César Fernández Tamayo consideró justo imponerle un total de cinco años de sanción privativa de la libertad (sic). A continuación, sin motivación alguna que justificase su deducción, consignó el funcionario 'Como penas accesorias y por similar término de las principales se impondrán a los condenados las siguientes: a) interdicción de derechos y funciones públicas y b) suspensión de la patria potestad 'si la tuvieren'.

"Cuál, se pregunta la Delegada, el fundamento de esas sanciones accesorias? Son acaso ellas tan intrascendentes que no forman parte de la sentencia? Quizás

escapan a la previsión constitucional del artículo 163? Obviamente que no. El juez, como todos, está obligado a motivar el porqué deduce una sanción, aún cuando ella tenga el carácter de accesoria; de no hacerlo, infringe el precepto constitucional, desconoce el significado de su función y echa por la borda el sentido mismo del derecho penal. Más aún si, como ocurre en este caso, la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, que legalmente tiene prevista una sanción máxima de diez años según lo dispone el artículo 44, supera los marcos legales en su imposición para el acusado Arango Martínez quien, así, ilegalmente quedó condenado a la misma por el término de trece años.

"Extrañamente el Tribunal no corrigió la irregularidad. Al igual que el a quo, se ocupó exclusivamente de la motivación de la pena principal, dejando en lo oscuro lo relacionado con las accesorias que se habían impuesto a los sentenciados, sobre las cuales no hizo la más mínima observación, quedando por tanto la incorrección cobijada por la simple expresión del numeral cuarto de la parte resolutiva del fallo: 'confírmase en lo demás'. De esta guisa, incurrió en el mismo yerro que su inferior.

"Claro resulta, entonces, que hubo contrariedad de la decisión con el precepto constitucional, recogido además por la previsión legal de motivar las sentencias en los términos a que alude el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, y por tanto la sentencia de segundo grado se encuentra afectada de nulidad insubsanable que es menester reconocer para permitir la corrección del vicio, como así se solicita a la Corte.

"Por lo demás, conviene advertir que el principio constitucional de la motivación de la sentencia se encuentra recogido en el canon 29 de la Carta Fundamental actual, pues formando parte del principio del debido proceso, no puede entenderse eliminado de las garantías constitucionales por el solo hecho de que su fórmula no se haya repetido en la carta política de 1991.

"No comparte la delegada, además, que este tipo de infracción a la ley pueda y deba solucionarse por la vía de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial como lo ha precisado la Sala de Casación Penal de la Corte, pues aún aceptando -en gracia de discusión- el contenido de sus varios pronunciamientos sobre la materia, tendría que concluirse que el camino adecuado en este evento lo sería el de la anulación de la sentencia pues ella procede 'en el caso de que juzgador entendiendo acertadamente que la pena accesoria de suspensión de patria potestad es de imposición potestativa y no obligatoria, la aplicara sin motivación de ninguna naturaleza' (Sentencia del 10 de marzo de 1992. M.P. Dr. Duque Ruiz, entre otras).

"Efectivamente: del contenido de los fallos de instancias no puede resaltarse ningún aparte de ellos que indique que el juzgador incurrió en el error in indicando de estimar que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad 'es de

imposición potestativa y no obligatoria', pues nada dice el sentenciador de segundo grado al respecto ni en la parte motiva ni en la resolutiva y por lo que atañe al de primera instancia, éste simplemente consignó: 'Como penas accesorias y por similar término de los principales, se impondrán a los condenados....'.

"No existiendo motivación, mal puede suponerse que el juzgador entendió equivocadamente la norma y lo único claro que surge de su sentencia, es que infringió el debido proceso al no motivar las penas accesorias, y extralimitar además los hitos prefijados por la ley para una de ellas, como se acotó. Insiste, por tanto, esta oficina, en la declaratoria de nulidad propuesta.

"Una acotación final: En caso de que no fuera acogida la anterior solicitud de nulidad, debe la Corte proceder a dar aplicación directa a la nueva Constitución Nacional en su artículo 31, según reiterado criterio de esta oficina, pues la sentencia de segundo grado agravó la situación punitiva del acusado Julio César Fernández Tamayo, a quien el Tribunal fijó una pena de seis años y medio de prisión, en lugar de la de cinco años que le había deducido el juez a quo.

"La agravación de la pena es innegable. En donde quizás podría surgir una discusión, sería en la calidad de apelante que haya tenido el procesado, en la medida en que también la fiscal del juzgado impugnó la sentencia condenatoria de primera instancia. Empero, esta posible objeción se ha de desechar, si se tiene en cuenta que el motivo de la alzada de la funcionaria del Ministerio Público lo fue su inconformidad con la condena, pues en su criterio el expediente arrojaba a su estudio una duda irresoluble y por tanto se debería proveer a la absolución de los enjuiciados. Su fin, entonces, era de favorecimiento a los imputados y por ello, no puede entenderse como una acción encaminada a corregir el fallo en perjuicio de los demás apelantes, que es lo que en últimas, motiva la institución de la reforma peyorativa.

"Así, entonces, subsidiariamente, la Delegada solicita a la Sala de Casación Penal de la Corte aplicar en forma directa el artículo 31 de la Constitución Nacional promulgada en 1991, y disponer, sin necesidad de casar el fallo, que rija para el incriminado Fernández Tamayo y exclusivamente en torno al monto de la pena, el fallo de primera instancia".

Consideraciones de la Sala

Razón le asiste al Delegado cuando estudia los cargos en orden diferente al de su postulación, pues ante el planteamiento de tres nulidades es de tener en cuenta que de ser aceptadas, cada una tendría diversos efectos procesales; así, por ejemplo, en el segundo cargo se habla de la inexistencia de la indagatoria por haberse practicado irritualmente, y es obvio que de llegar a prosperar la pretensión ello implicaría la nulidad de prácticamente todo el proceso; luego, es válido el motivo aducido para iniciar el estudio de la demanda con el segundo cargo.

Para el impugnante la indagatoria de Juan Diego Arango Martínez es inexistente por violar la norma rectora del debido proceso inserta en el art. 1 del C. de P.P., al haberse pretermitido las formas sustanciales indicadas para este tipo de actuaciones en los artículos 285 a 380 del mismo estatuto.

Apoya su queja en el hecho de que en el acta de la diligencia se hubiera dejado constancia de que al sindicado se le había hecho comparecer "para suscribir la presente diligencia" y que luego de la posesión del abogado designado se inscribiera el siguiente texto: "....al por indagar se deja libre toda opresión y apremio para que de manera clara y sencilla responda a las preguntas que se le formularán, interrogándosele conforme al artículo 379, 380 y 381 del C. de P. Penal, y ....", sin que aparezca, conforme a lo escrito, que en ningún momento se le hubiera hecho saber que iba a ser indagado, que no tenía obligación de declarar en contra de sí mismo, ni contra sus parientes, ni que tenía derecho a nombrar un abogado para que los asistiera, y que no aparece clara y expresa constancia de que se hubiese cumplido con tales ritos.

Luego formula críticas a la inactividad de algunos de los abogados que representaron los intereses del procesado durante la investigación.

Es una realidad que la indagatoria, además de ser uno de los medios empleados para vincular procesalmente a un ciudadano sobre el que existen elementos de convicción que lo señalan como posible autor o partícipe de una de las conductas típicas previstas y definidas en el código penal, es un medio de defensa, porque en ella el Estado formaliza la acusación penal, por medio de los funcionarios jurisdiccionales de instrucción, indicando de manera específica a un ciudadano la infracción que se está investigando y las pruebas existentes en el proceso que lo involucran en su realización. Por tanto, siendo éste el momento en que el ciudadano se sabe objeto de investigación penal es apenas obvio que la indagatoria, esté revestida de formalidades especiales; y no sin razón la doctrina y la jurisprudencia la ha llamado diligencia de descargos, porque la verdad, es una de las primeras oportunidades que tiene el procesado para comenzar a defenderse de los cargos por los cuales es investigado.

Es tal su importancia que siendo un testimonio desde el punto de vista probatorio, está revestido de especiales ritualidades y el legislador en todos los ordenamientos procesales le da un tratamiento especial. Es así como en el código recientemente derogado y al que hace relación la demanda, en los artículos 376 y siguientes establecía las formalidades que debía revestir esta diligencia, ritualidades que aparecen en la nueva codificación a partir del artículo 352.

Así mismo el artículo 376 del anterior código y 352 del nuevo determina a quién se recibe en indagatoria, porque no se trata de una competencia omnímoda del juez para vincular procesalmente a quien quisiera, sino que deben existir evidencias probatorias que involucren al eventual sindicado como partícipe de los

hechos investigados; por ello, tanto la norma derogada como la actual utilizan idénticas expresiones para decir que se puede indagar a quien haya sido capturado en flagrancia y al que "en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en el proceso ... considere el funcionario autor de la infracción penal o partícipe de ella".

No se trata entonces, como se decía, de una facultad discrecional del funcionario y por ello no podría indagarse a una persona respecto de quien, de alguna manera, no surja del acervo probatorio al menos una mínima referencia de que haya podido participar en el hecho investigado.

Si la indagatoria es un medio de defensa, surge con toda lógica el derecho consagrado en el art. 377 del anterior código, 353 del actual, de solicitar la propia indagatoria cuando se tenga noticia de la existencia de una investigación en la cual obren imputaciones penales en su contra, y de esta manera tener la oportunidad de conocer concreta y particularizadamente los cargos y defenderse de ellos, bien sea negándolos, planteando una coartada, circunstancias de atenuación o aminoración de la responsabilidad, haciendo citas de testigos que convaliden su posición o presentando pruebas o solicitando su práctica.

Dada esa función de medio defensivo que cumple la indagatoria, resulta igualmente lógico que en el art. 379 del anterior código y 357 del actual se prohíba juramentar al sometido a tal diligencia, porque de no ser así, el testimonio juramentado por razones religiosas o de tipo legal se podría convertir en un verdadero apremio, que llevara al implicado a declarar contra sus intereses defensivos.

En el art. 380 de la anterior codificación y 358 de la actual, hacia donde el impugnante enfoca el ataque medular contra la sentencia, se indica que al por indagar debe advertírsele que se le va a recibir declaración sin juramento, voluntariamente y libre de todo apremio y que no tiene obligación de declarar contra sus parientes de consanguinidad y afinidad dentro de determinados grados, ni contra el cónyuge ni compañero o compañera permanente y el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista y en caso negativo que se le proporcione uno por el Estado y si el sindicado se niega a rendir versión se le debe advertir que tal actitud "lo podrá privar de medios de defensa" y de todo ello deberá dejarse "expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia".

Partiendo de los anteriores supuestos, para responder al cargo que el censor formula por la presunta existencia de irregularidades que afectan la validez de la indagatoria rendida por Arango Martínez, se ha de convenir, en primer término, que es inaceptable el entendimiento que al acta respectiva se le quiere dar puesto que proviene del fraccionamiento de su texto, en razón de que el complemento gramatical contenido en la frase "para suscribir la presente diligencia" no está referido a la expresión "se hizo comparecer", sino a la oración que le precede, por

lo que la afirmación que se hace en el acta es la de que ".... Juan Diego Arango Martínez, quien al parecer goza de todas sus facultades físicas y mentales para suscribir la presente diligencia", y ello no significa nada distinto a que el juez no encontró obstáculo alguno para indagar a Arango Martínez y así lo hizo constar.

Por otra parte, exagera el recurrente cuando pretende la inexistencia de la misma diligencia, alegando el incumplimiento de las ritualidades expresamente exigidas para su realización; porque cuando el legislador establece que se debe dejar constancia clara y expresa de que se han observado las formalidades previstas en la norma, no quiere decir que en el acta se debe transcribir el artículo, ni que sea necesario hacer una síntesis del mismo; y por ello, cuando el funcionario cita las normas a las cuales dio aplicación en el decurso de la diligencia, como en el caso presente, dejando constancia de haber interrogado de conformidad con las previsiones de los arts. 379, 380 y 381, ha de entenderse que al implicado le fue puesto de presente el contenido de las mismas y que las exigencias allí previstas fueron respetadas.

En las condiciones precedentes y tal como lo solicita el Procurador Delegado el cargo será rechazado.

Tercer cargo: El casacionista lo hace consistir en la extemporánea ordenación de pruebas en la etapa de la causa, por no haber esperado el juez que terminara de correr el término legalmente otorgado para que el procesado hiciera uso de él. El planteamiento es el siguiente: "El 6 de mayo de 1989, se notificó por estado la aludida providencia. Al notificarse la providencia por el Estado el 6 de mayo de 1989, correspondiendo al día sábado, significa que su ejecutoria corrió el 8, 9 y 10 de mayo de 1989. Por tanto el término para solicitar pruebas comenzó a correr desde el 11, 12 y 13 de mayo de 1989"; de ahí concluye que al ser proferido el auto decretando pruebas el 12 de mayo, se recortó el término probatorio para la defensa.

Conforme a la contabilización que hace, el impugnante considera que el término para ordenar pruebas solo se comienza a computar a partir de la ejecutoria del auto que abre el juicio a pruebas; pero la verdad es que el término se comienza a contar a partir de la última notificación del auto que abre la etapa probatoria como claramente se dispone en el art. 120 del C. de P.C., norma aplicable en virtud de la norma rectora de la integración prevista en el art. 12 del anterior código y 21 del actual tal como lo ha reconocido la Sala en varias providencias entre otras la del 15 de mayo de 1991 en cuanto se afirma:

"*Como resulta obvio y tratándose de términos legales, su regulación ha de buscarse ante todo en las normas procesales aplicables, no en el criterio de los empleados ni en la interpretación* de los intervinientes, como que una ha de ser la verdad y *de ello derivar la certeza que ofrezca parejas oportunidades y seguridad a unos y otros. Inexistiendo, entonces, en éste sentido, una disposición expresa que en el Procedimiento Penal indique la forma correcta o adecuada de regular la*

iniciación, interrupción y reiniciación de términos, por principio de integración (art. 12 C. de P.P.), la remisión al Código de Procedimiento Civil, según texto que para entonces regía, enseña que:

" 'Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo concede; pero si fuera común a varias partes, será menester la notificación todas. En caso de traslado para alegar en que haya de retirarse el expediente, el término empezará a contarse desde la ejecutoria del auto respectivo'.

"Regulando el evento de su continuidad, prosigue la disposición advirtiendo que:

" 'Los términos judiciales correrán ininterrumpidamente, sin que entretanto pueda pasarse el expediente al despacho, salvo que se trate de peticiones relacionadas con el mismo término, o que requieran un trámite urgente; en este caso el secretario deberá obrar previa consulta verbal con el juez, de lo cual dejará constancia.

" 'Mientras el expediente esté al despacho no correrán los términos, sin perjuicio de que se practiquen pruebas y diligencias, dentro del período de recepción de éstas. El cómputo del término se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera' (Subrayas fuera del texto).

"De la regulación legal emerge, entonces, con claridad, que si bien la iniciación del término para alegar con retiro del expediente, se supedita a la previa ejecutoria del auto que lo dispone, una vez ha iniciado su curso ese traslado solamente puede interrumpirse por el lapso en que efectivamente quede el expediente fuera del alcance de las partes, pues, como lo ha resuelto la Sala en el texto transcrito, el cómputo 'se reanudará al día siguiente a la notificación de la providencia que se profiera', sin que haya distinguido la ley, como en cambio pareciera entenderlo el recurrente, si dentro de los distintos pronunciamientos judiciales, los hay que requieren su ejecutoria para permitir la continuación de un traslado, a diferencia de otros que en su lugar no la demanden".

En las condiciones anteriores, como el auto de apertura a pruebas fue dictado el 2 de mayo, y se notificó personalmente el 5 y por estado el 6, a partir del 9 comenzó a correr el término para pedir pruebas, habiéndose vencido el 11; y si se tiene en cuenta que el auto que decretó las diligencias solicitadas por la parte civil fue del 12, es claro concluir que no se recortó el término a nadie, ni se afectaron los derechos defensivos del procesado. Por tanto, tal como lo solicita el Procurador Delegado, el cargo no puede prosperar.

Cuarto cargo: Considera el actor que al no someterse al procesado a una prueba psiquiátrica para determinar su situación de imputabilidad o inimputabilidad se violó el debido proceso, puesto que por la forma como sucedieron los hechos,

surgen indicios demostrativos de que el procesado no se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales.

El hecho de que el móvil del crimen o las circunstancias en que el mismo se desarrolló no hayan sido plenamente establecidos, o que el procesado haya negado reiteradamente su participación o que posteriormente se hubiera fugado del sitio de reclusión, no son elementos suficientes para concluir que la prueba psiquiátrica ha debido ser decretada y que al no haberlo hecho se ha violado el debido proceso.

No en todos los procesos el juez tiene la obligación de decretar la experticia siquiátrica, pues ella debe surgir como una necesidad de las condiciones personales, familiares o sociales del sindicado, que indiquen la posible existencia de un trastorno mental, tales como la presencia de antecedentes mentales de carácter familiar, o la reiteración de comportamientos socialmente extraños o la presencia de amnesia respecto de hechos sucedidos con anterioridad, o síntomas similares.

En el caso presente no existían indicios de ninguna naturaleza que señalasen la presencia de una posible anormalidad mental y en tales condiciones no tenía el juez por qué decretar una prueba cuya necesidad no aparecía demostrada.

El impugnante se limita a enumerar varios factores que lo llevan a concluir la posible existencia de una anormalidad síquica y por ello menciona el hecho de haber negado su participación, las circunstancias como el crimen fue ejecutado y el hecho posterior de haberse fugado del centro de reclusión, pero no demuestra por ningún elemento racional, las razones por las cuales, dándose tales factores, debe concluirse la posible existencia de un trastorno de la personalidad. Es bien sabido que negar la autoría de los hechos es el recurso defensivo más frecuentemente utilizado por los procesados por motivos por demás obvios; y si en muchas ocasiones no queda demostrada con claridad cuál es la causa de la actuación criminal, ello demuestra una falencia de carácter probatorio que ni siquiera afecta el juicio de responsabilidad, y que no necesariamente ha de llevar a concluir en la existencia de anormalidades mentales.

Ahora bien, si el procesado en la cárcel presentó una reacción desadaptativa al medio de reclusión, tampoco es signo de existencia de una anormalidad, ni de que ésta se hubiera presentado en el momento de ejecutar el acto ilícito.

Cargo primero. En el libelo se afirma que en este proceso se violaron las garantías de defensa y del debido proceso por haberse realizado el juicio sin la intervención del jurado de conciencia, ya que en el momento de la realización del acto motivo de juzgamiento no existía esta institución y que conforme a los principios constitucionales vigentes entonces, el procesado tenía derecho a ser juzgado por los jueces de conciencia.

La Sala en reiterados pronunciamientos ha venido sosteniendo que la circunstancia de que el juzgamiento lo realice un juez de derecho y no el de hecho, no

constituye una vulneración ni al debido proceso, ni al derecho a la defensa. Solamente se conservó el derecho a esa forma de juzgamiento cuando la diligencia de audiencia pública ya se hubiera iniciado y esto por expresa disposición de la ley en tal sentido. Y la conclusión no podría ser otra, porque no se ve de qué manera pueda afectarse cualquiera de las mencionadas garantías fundamentales, cuando la forma de juzgamiento, ciertamente modificada se conserva dentro de la órbita de la justicia ordinaria, dejando plenos los derechos de intervención en la audiencia, no solo en el plano de las argumentaciones, sino desde la perspectiva probatoria: con ello están plenamente garantizados tales derechos.

La Sala en situaciones similares expresó:

"Ya esta Sala, en repetidas oportunidades, ha concluido que, como el artículo 37 del decreto 1861 eliminó la intervención del jurado de conciencia, dejándolo exclusivamente para las audiencias iniciadas con anterioridad a su vigencia, resulta claro, de cara a una segunda audiencia por efectos de contraevidencia, que *no es de recibo legal* que el juri intervenga.

"En fallos de casación de 5 y 11 de diciembre de 1990 (M. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel), se dijo al respecto:

" 'El debido proceso es el que se aplicó. Si el juez hubiese permitido que un jurado -cuya participación había sido suprimida por el nuevo decreto se pronunciara sobre la responsabilidad del procesado, habría incurrido en nulidad, porque en ese caso sin ninguna duda estaría utilizando un procedimiento no previsto en la ley'.

"Luego se refirió la Sala al artículo 40 de la ley de 1987 (en cuanto que, 'las leyes concernientes a la sustentación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre los anteriores desde el momento en que deben empezar a regir' y acotó:

" 'Una excepción sería el principio de favorabilidad, también aplicable en caso de sucesión de leyes procesales en el tiempo, pero como lo ha reiterado la Sala, no existe tratándose de confrontación entre audiencias con jurado y sin él, ya que nada permite inferir de manera concreta que una modalidad de juzgamiento sea más favorable que la otra'.

"No ha aceptado, pues, la Sala, que en una especie de ficción, las *dos* audiencias constituyan 'una sola'; ni mucho menos que el pretendido 'acto complejo' comience desde el sorteo de jurados. Por otro lado, resulta igualmente claro que la mencionada jurisprudencia mayoritaria no desconoce la favorabilidad de las normas procesales (y no podría hacerlo, so pena de contravenir disposiciones constitucionales legales), sino que ha reafirmado (cosa nada nueva, por lo demás) que esa favorabilidad opera solamente en el caso de que dichas normas procesales tengan un contenido material, o sea que consagren derechos, mas no cuando consagran meras ritualidades o 'formas' de juzgamiento, como acontece en el

presente evento, en el cual en lugar del jurado de conciencia se coloca al juez de derecho para que falle el proceso: la delegada no sustenta por qué este 'reemplazo', de 'juez' favorece al acusado y desde luego que tampoco lo hace el casacionista.

"En este orden de ideas, obliga admitir que al realizarse la segunda audiencia sin intervención del jurí, no se violó de modo alguno el debido proceso, no incurriéndose por tanto en la nulidad planteada en la demanda, razón por la cual el cargo no propera". (Enero 22 de 1992 M.P. Dr. Duque Ruíz).

En las condiciones precedentes y de conformidad con lo argumentado por el Procurador Delegado no se casará el fallo por el cargo analizado.

A pesar de que esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en relación con este aspecto, la alegación del recurrente tenía razón de ser porque está fundamentada en el decreto 0050 de 1987 y cuando aún la Constitución de 1991 no era suficientemente conocida; pero lo que fue objeto de controversia en vigencia de la Constitución de 1886 ya no puede serlo en virtud de lo previsto en el art. 116, inciso 4, de la nueva Carta en cuanto dispone que: "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

Así las cosas, la previsión contitucional transcrita permite concluir con toda claridad que mientras ella rija sin modificaciones, el jurado de conciencia no podrá existir en este país, razón por la cual, como se decía en precedencia, lo que fue objeto de polémica ya no puede serlo, puesto que todas las situaciones deben ajustarse a la realidad constitucional ahora imperante.

En consecuencia, no hay lugar a pensar que en este momento, con la nueva realidad política que nos gobierna, pudiera realizarse una audiencia pública con intervención del jurado popular cuando ello evidentemente no es posible.

El cambio producido por la reciente Ley Fundamental es tan radical, que incluso, en aquellos casos en los que al entrar a regir el decreto 1861 de 1989, que suprimió el jurado de conciencia, y en los cuales las audiencias públicas ya iniciadas debían realizarse con la intervención de aquél y no se llevaron a cabo antes del 7 de julio de 1991, ya no se podría cumplir con ese procedimiento, porque ahora las normas de máxima jerarquía lo impiden.

El Delegado del Procurador ante esta corporación, partiendo de la exigencia constitucional del art. 163 vigente para la época, conforme a la cual "toda sentencia deberá ser motivada", concluye que ello le impone el deber al juez no solo de hacer el análisis argumentativo en relación con las pruebas y planteamientos de las partes, sino también en cuanto a la naturaleza, y límites de la sanción; obligación ésta última que fue omitida en relación con las penas accesorias porque se impusieron

sin una mínima fundamentación para justificarlas, excediendo incluso el límite previsto para la pena de interdicción de derechos y funciones públicas, puesto que al procesado Arango se lo condenó a ésta pena por un período de 13 años, cuando el máximo previsto para la misma es de 10.

Argumenta además el Ministerio Público que la solución de a de la causal primera sino por la nulidad de la sentencia, porque del contenido de los fallos no se concluye que se hubiese incurrido en un error in iudicando, puesto que en ellos nada se dice al respecto.

Sobre estos aspectos ya la Corte en casos similares se ha pronunciado así en sentencia del 10 de marzo de 1992 de la cual fue ponente el Magistrado Doctor Guillermo Duque Ruiz, se afirmó:

"....De lo transcrito surge claro que tanto el juez de primera instancia como el Tribunal, entendieron que la suspensión de la patria potestad al igual que la interdicción de derechos y funciones públicas, es una pena accesoria que inexorablemente debe acompañar siempre a la pena de prisión (por ese motivo se abstuvieron de motivar su imposición), contrariando con esta interpretación el claro tenor del artículo 52 del Código Penal, según el cual esta pena es de aplicación facultativa y únicamente debe imponerse cuando la naturaleza del hecho punible lo haga aconsejable, tal como lo sostuvo esta Sala en reciente decisión:

" '... esta pena de carácter accesorio (art. 42.5.C.P.), no es de obligada aplicación en todo caso de condena, pues con toda claridad el artículo 52 (ibidem) al disponer que 'la pena de prisión implica las accesorias de interdicción de derechosy funciones públicas, por un período igual al de la pena principal', agrega: 'Las demás penas accesorias serán impuestas *discrecionalmente* por el juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61' (sin subrayas en el texto).

" 'Como se ve, se acogió en relación con esta pena el criterio expuesto por el comisionado doctor Luis Enrique Romero Soto, cuando se discutió el proyecto del Código Penal de 1974: "También quiero manifestar, como lo hice en relación con otras penas, que ésta no se justifica en todos los casos, pues me parece excesivo que por el solo hecho de que un individuo cometa un hecho legalmente descrito, se le condene a la privación de la patria potestad. Existen, en efecto, acciones delictuosas que nada o muy poco tienen que ver con la patria potestad, como en el fenómeno de los delitos políticos. Por lo anterior, estoy de acuerdo con la pena, pero debe dejarse al juez una pauta para que la aplique solo en aquellos casos en que se justifica, como sería en el caso del delito de incesto para poner un ejemplo".

" 'Así las cosas, es al juzgador a quien le compete determinar si el acusado debe ser condenado también a la suspensión de la patria potestad; para establecer

la conducencia de esta sanción, debe estudiar la naturaleza del hecho punible que origina la condena: si éste revela en su autor una personalidad o comportamiento que permita inferir que sus hijos menores pueden resultar afectados en su seguridad, formación moral, tranquilidad o en otro cualquiera de sus derechos (art.44 Constitución Nacional), procede la aplicación de esta pena accesoria. Fuera de la hipótesis anterior, dentro de la cual no cabe la conducta del procesado, ella no es pertinente...' (Sentencia de segunda instancia, enero 29 de 1992, Mag. Pte. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

"La misma Delegada comprendió claramente el error del fallador en el caso sub-judice, pues conceptuó al respecto: 'La pena accesoria de la patria potestad impuesta a los dos sentenciados, por el respectivo término de las penas de prisión que les fueron señaladas...carece de motivación en los fallos de las instancias, y *aparece automáticamente aneja a la principal junto con la interdicción de derechos y funciones públicas, como si se tratara de una consecuencia forzosa del delito y de la prisión -como si son estas últimas ...*' (sin subrayas en el original).

"Un error de esta naturaleza no puede remediarse acudiendo a la nulidad, pues ésta sólo se presentaría, como ya tuvo oportunidad de expresarlo esta Sala, 'en el caso de que el juzgador entendiendo acertadamente que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad es de imposición potestativa y no obligatoria, la aplicará sin motivación de ninguna naturaleza', lo cual no ocurrió en el caso sub-examine.

"Si alguno de los sujetos procesales hubiera querido que se casara parcialmente la sentencia recurrida para que la suspensión de la patria potestad no afectara al condenado, habría tenido que acudir al cuerpo primero de la causal primera de casación: violación directa de la ley sustancial".

De tales premisas surge la obligatoriedad de apartarse de las argumentaciones del distinguido colaborador, debiendo la Sala insistir en el pensamiento expresado en varias decisiones anteriores, en el sentido de que al ser éstas penas accesorias consustanciales a las principales, al juez no le queda otro camino que obedecer la imperativa legal y, como bien se ha sostenido, otra sería la situación si fueran potestativas de voluntad del funcionario, caso en el cual necesariamente tendría que dar razonamientos que justificaran su imposición en cada caso concreto.

Tiene sí la razón el Agente del Ministerio Público cuando sustiene que la duración máxima prevista para la interdicción de derechos y funciones públicas es de 10 años y al disponerse en la parte resolutiva que la duración de las penas accesorias será igual al de la pena principal, se está imponiendo por un tiempo de 13 años que excede el máximo señalado por la ley para aquellas.

En las condiciones anteriores se casará parcialmente el fallo para rebajar el tiempo de condena por el cual se impuso esta pena accesoria para que quede solo por 10 años que es el máximo permitido por la ley.

Solicita igualmente el Fiscal de la Corporación que se case la sentencia, para que se rebaje el aumento punitivo que se hizo en segunda instancia, pues en primera se impuso pena de cinco años para el procesado Julio César Fernández y en segunda se determinó una de seis años y medio. Y aduce que el hecho de que la Fiscalía hubiera apelado la sentencia de primera instancia no alcanza a desvirtuar la exigencia del art. 31 de la Constitución Nacional de que se debe tratar de apelante único, porque, la apelación se hizo con finalidades eminentemente defensivas, puesto que pretendía la absolución de los procesados por la existencia de dudas de carácter probatorio.

Razón le asiste al Procurador Delegado en su pedimento porque es evidente que la pena impuesta fue agravada por el Tribunal en segunda instancia y estando plenamente vigente el artículo 31 de la C.N., se hace imperativa su aplicación y por ello se casará parcialmente la sentencia tal como se solicita, para imponérsele la pena que fue determinada por el funcionario de primera instancia esto es cinco años de prisión y en la misma proporción deberán modificarse las penas accesorias en favor del procesado Julio César Fernández Tamayo. Y evidentemente, en el caso presente, como muy bien lo advirtió el Procurador, a pesar de que la fiscalía apeló el fallo de primera instancia, no por ello se desvirtúa la exigencia constitucional del apelante único, porque al haber sido interpuesto el recurso por la fiscal para buscar la absolución de los procesados, se ha de entender como si proviniera de la defensa y por tanto existe en el caso sometido a análisis el apelante único como exigencia normativa para que se pueda dar el evento que ahora es motivo de resolución.

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

RESUELVE

CASAR PARCIALMENTE el fallo para reducir a 10 años el tiempo de condena de interdicción de derechos y funciones públicas impuesto al procesado Juan Diego Arango Martínez.

CASAR PARCIALMENTE el fallo para imponer al no recurrente, Julio César Fernández Tamayo la pena principal de cinco (5) años de prisión como responsable del delito de homicidio en grado de complicidad tal como había sido condenado en

primera instancia, modificando en la misma proporción las penas accesorias. Se mantiene el fallo en lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO

Un funcionario que debiendo actuar en segunda instancia o en casación está impedido para hacerlo por alguna de estas razones: a) Haber dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso. b) Ser pariente dentro de los grados que allí se señalan, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar. En ambos eventos, es obvio, que deba existir una providencia objeto de revisión, bien sea por consulta o por interposición de un recurso.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Impedimento Radicación No. 7852.

Contra: Dra. Gladys Valderrama de Peña

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 125 - Oct. 7/92.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre ocho de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Decide la Corte, de plano, el impedimento conjuntamente manifestado por los magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá conformada por los doctores Lucas Quevedo Díaz (ponente) Alda Rangel Quintero y Abelardo Rivera Llano, para no seguir conociendo en primera instancia del proceso seguido contra la juez 56 de Instrucción Criminal de esta ciudad,

doctora Gladys Valderrama de Peña por el delito de prevaricato, fundados en la causal sexta del artículo 103 del C. de P. P. vigente, en razón de haber participado dentro del mismo, profiriendo resolución de acusación contra la procesada.

SE CONSIDERA

La Sala de Decisión Penal integrada por los mencionados magistrados, calificó el mérito del sumario adelantado contra la juez Gladys Valderrama de Peña con resolución de acusación en su contra por el delito de prevaricato, pronunciamiento apelado por la defensa y confirmado por la Corte.

Devuelto el expediente al tribunal de origen, los magistrados de la Sala de Decisión por auto de diez de agosto postrero, se declararon impedidos para intervenir como juzgadores en la etapa del juicio invocando la causal 6a. de impedimento contemplada en el art. 103 del Decreto 2700 de 1992, concretamente por haber participado dentro del proceso dictando la resolución de acusación.

Argumentan que de acuerdo al sistema acusatorio introducido por la nueva legislación procedimental penal el funcionario que formuló acusación no puede conocer del proceso en la causa y que "una forma de participación en el proceso no equívoca ni ambivalente, necesariamente ha de corresponder a una decisión de fondo como haber proferido acusación contra la funcionaria por el delito de prevaricato activo y ordenar la medida de aseguramiento correspondiente.

La Sala de Decisión que conoció del impedimento aducido, rechazándolo por infundado, recordó que la resolución de acusación y su ejecutoria se consolidaron en vigencia del anterior ordenamiento procedimental penal dentro del cual no se contemplaba impedimento alguno para intervenir en la etapa del juicio, respecto de las salas de decisión que habían tenido a su cargo la calificación de procesos ventilados en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito, que era contrario a la lógica afirmar que frente a la nueva normatividad jurídica una de las salas de decisión del Tribunal pudiera acusar y otra juzgar porque "la institución es una sola y su división en la forma existente tiene como exclusivo fundamento la funcionalidad" y que, la participación dentro del proceso a que alude la circunstancia impediente invocada no es expresión equívoca o genérica "pues, desde el punto de vista de su actividad oficial, la participación dentro del proceso generadora de impedimento en relación con el juzgador, consiste exclusivamente en haber dictado la providencia cuya revisión debe acometerse".-

Esta corporación en caso similar al presente, interpretando el sentido y alcance del ordinal 6o. del art. 103 del Decreto 2700 de 1992 (Auto de 20 de agosto del año en curso - M.P. doctor Ricardo Calvete Rangel) dijo lo siguiente, que en buena parte corrobora las apreciaciones hechas por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior:

"...La causal que aduce el magistrado que se declara impedido es la prevista en el numeral 6o. del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto es el siguiente:

"Que el funcionario haya dictado la providencia cuya *revisión* se trata o hubiere participado dentro del proceso, o sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia que se va a *revisar*".

"Como claramente se infiere de su lectura, son varias las hipótesis que allí se prevén, pero todas se refieren a un funcionario que debiendo actuar en segunda instancia o en casación, está impedido para hacerlo por alguna de estas razones:

"a).- Haber dictado la providencia *cuya revisión* se trata o hubiere participado dentro del proceso, o

"b).- Ser pariente dentro de los grado que allí se señalan, del inferior que dictó la providencia que se va a *revisar*.

"En ambos eventos, es obvio, que debe existir una providencia objeto de revisión, bien sea por consulta o por interposición de un recurso. Y siendo así, tiene razón de ser que la ley impida que quien va a revisar la decisión sea el mismo que la ha tomado, o alguien que ha participado dentro del proceso o un pariente cercano del funcionario que la dictó, pues la independencia y la imparcialidad que debe caracterizar al fallador se puede ver afectada.

"La causal de impedimento involucrada, no regula la situación que plantea el miembro de esta Sala, pues, es evidente, que la providencia que le corresponde proyectar no es para revisar una anterior, sino para culminar un proceso que correspondió adelantar a la Corte en única instancia de acuerdo a la ley.

"Tampoco es válido citar como situación similar la del art. 535 del derogado estatuto procesal, pues en forma muy concreta allí se refería al "Trámite de Segunda Instancia", y el caso que nos ocupa, como ya se dijo es de única".

Y también dijo la Corte que "...De otra parte no resulta admisible aplicar retroactivamente las reglas del sistema acusatorio a un proceso tramitado bajo una orientación diferente legalmente regulada, pues es obvio que por vigencia del nuevo código los Magistrados de la Sala Penal, no se convirtieron en fiscales, ni pasaron a ser sujetos procesales, ni son acusadores en el juicio".- (Auto, sept. 30 de 1992).

Consecuente la Corte con dichos planteamientos estima que la causal de impedimento manifestada en forma conjunta por los magistrados impedidos no tiene razón de ser, porque no se trataba de la revisión en segunda instancia de una

providencia por ellos emitida en instancia inferior, con lo que pudiera resultar comprometida su independencia e imparcialidad en la resolución del asunto, sino que su labor se concreta a adelantar el juicio y ponerle término, sin perder de vista que el anterior como el nuevo Código de Procedimiento Penal asigna competencia a las salas penales de decisión de los Tribunales Superiores de Distrito para conocer en *primera instancia* de procesos contra los jueces por delitos de responsabilidad.

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

RESUELVE

Declarar INFUNDADO EL IMPEDIMENTO manifestado por los Magistrados del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, doctores Lucas Quevedo Díaz, Aída Rangel Quintero y Abelardo Rivera Llano para continuar conociendo del presente asunto.-

Vuelva el expediente al despacho del magistrado ponente para la continuación del trámite pendiente.-

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.-

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*
Con salvamento de voto

Juan Manuel Torres Fresneda
Con salvamento de voto

Jorge Enrique Valencia M.
Salvo mi voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO)

La Constitución Nacional en su artículo 250 consagra el monopolio de la investigación y de la acusación en el proceso penal, y en tales circunstancias surge con toda nitidez que para efectos de garantizar a plenitud el principio de la imparcialidad judicial es imposible pensar que quien de una u otra manera intervino en la investigación o acusación puede llegar a convertirse en juez en el momento de deducir responsabilidades.

Radicación No. 7852. Salvamento

SALVAMENTO DE VOTO

Conforme lo he manifestado con anterioridad en otros asuntos, es mi opinión que en el art. 103.6 del Código de Procedimiento Penal existe una causal que impide a jueces y magistrados intervenir en la etapa de juzgamiento en procesos en cuya investigación participaron comprometiendo la imparcialidad de sus ulteriores decisiones. Por ello me aparto del proveído mayoritario que declaró infundado el impedimento manifestado por una Sala de Decisión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, dejando constancia de las razones de mi disentimiento, como sigue.

Fue manifiesta decisión política de la Asamblea Nacional Constituyente adoptar un sistema de juzgamiento diverso al que tradicionalmente habíamos tenido en los diversos sistemas procesales que antecedieron la Carta de 1991.

El sistema acogido en la Constitución Política fue el acusatorio que se caracteriza por una serie de particularidades entre las que se destaca de manera primordial la garantía de la imparcialidad, en búsqueda de la cual se implementa un sistema en el que la investigación y acusación es realizada por los funcionarios de una institución, generalmente la Fiscalía, y el juzgamiento es realizado por los jueces, que en el momento en que avocan el conocimiento del proceso, para tramitar la causa del juicio, no tienen ninguna vinculación con la prueba producida

en la investigación, ni con las decisiones que hasta el momento se han tomado en el curso del proceso.

En verdad este sistema es una de las formas más efectivas para garantizar esa importantísima virtud de la administración de justicia que es la imparcialidad, porque los jueces antes que funcionarios son hombres y como tales están siempre inclinados a favorecer sus propias obras, porque la admiración que dice la historia manifestara Miguel Angel por su Moisés, no es insular sentimiento de los artistas por su propia producción, sino que en el diario quehacer de todos los hombres, cada uno quiere lo que produce con la actividad de su intelecto o su esfuerzo físico; es por ello que el campesino ama sus cultivos y sus animales que son la expresión de su esfuerzo y de su actividad; el artesano aprende a querer sus realizaciones materiales; el ingeniero la audacia de sus diseños y el arquitecto la belleza de los mismos.

El juez como hombre que es no puede escapar a ese sino, y es por ello que se aferra a la prueba que él mismo ha producido, convencido del resultado de sus investigaciones y difícilmente podría admitir que aquella no tiene capacidad de demostración o que fue recaudada con vicios que la hacen nula o inexistente; y de manera regular cuando ha producido una resolución de acusación, excepcionalmente se le podría convencer de la inocencia de la persona contra quien formuló acusación.

Es por lo anterior que en vigencia del sistema anterior de manera regular las sentencias se convirtieron en un auto de proceder con comillas a las que se agregaba una breve síntesis de las alegaciones de las partes y la correspondiente tasación de la pena; porque difícilmente el juez admitiría que se había equivocado en la apreciación de la prueba, o que el proceso adelantado bajo su paciente dirección está afectado de vicios que lo hacen inútil.

Por las circunstancias anteriores, desde su remoto origen en las repúblicas griega y romana, se ha sostenido casi que sin discusión que el sistema acusatorio es la expresión del intrumento de juzgamiento más democrático que ha inventado el genio del hombre, porque por encima de todas sus virtudes se destaca la imparcialidad, que está mejor garantizada por el fallo que debe dictar un juez que no tiene compromisos probatorios, ni ideológicos con los antecedentes de la formación del sumario.

Consideramos que el haber participado en el sumario, y más aún en este caso, los funcionarios que se declaran impedidos porque adelantaron la investigación y profirieron la Resolución de Acusación, en esa tarea adquirieron compromisos ideológicos con los criterios que expresaron con respecto al valor de los elementos de convicción aportados, como en relación con el derecho sustancial aplicable. Estos magistrados, en su carácter de seres humanos, en el momento de tomar decisión definitiva sobre la responsabilidad de los procesados, podrían estar más

inclinados a perseverar en el criterio expuesto con antelación en dicho proceso, lo que evidentemente no constituye prenda de la imparcialidad que el constituyente quiso analizar al crear este nuevo instrumento de juzgamiento.

La Constitución Nacional en su art. 250 consagra el monopolio de la investigación y de la acusación en el proceso penal, para la Fiscalía General, y en tales circunstancias surge con toda nitidez que para efectos de garantizar a plenitud el principio de la imparcialidad judicial es imposible pensar que quien de una u otra manera intervino en la investigación o acusación pueda llegar a convertirse en juez en el momento de deducir responsabilidades.

Nuestro concepto encuentra respaldo en los comentarios que Luis Enrique Calvo Pontón hace en la edición oficial del Código de Procedimiento Penal, con relación a la ponencia que sobre la Fiscalía General redactó Carlos Daniel Abello Roca, en los cuales se lee:

"Por esto, y pensando en despolitizar a la fiscalía, concebirla libre de cualquier tipo de presiones y arbitrariedad e independiente del poder Ejecutivo, se integró al poder judicial con 'autonomía funcional', lo que se denominó una 'fiscalía a la colombiana'. Explicó así sus funciones: 'El monopolio de funciones en cabeza de la fiscalía entrañan la separación total de las etapas de acusación y juzgamiento. Según Hernando Londoño Jiménez esto significa que el juez no tenga injerencia en las etapas previas de acusación e investigación y por ello en la ponencia que nos ocupa se otorga al fiscal plena autonomía para adoptar medidas de aseguramiento, incluyendo la captura y la detención preventiva, proferir medidas para garantizar el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios ocasionados con el delito, así como para precluir las investigaciones realizadas (con fuerza de cosa juzgada) sin control ni consulta alguna con el juez de la causa' ...". (Páginas 176 y 177).

Es claro para nosotros que el numeral 6 del artículo 103 contempla tres clases diferentes de impedimento a saber:

1) Cuando el funcionario dictó en primera instancia la providencia que debe revisar la segunda.

2) Cuando el funcionario intervino antecedentemente en el proceso en el que debe realizar un pronunciamiento y tal intervención hace relación a la que hubiera podido tener en el período sumarial o de investigación.

3) Cuando el funcionario que debe tomar la decisión sea consaguíneo afín o pariente civil del juez de primera instancia que dictó la providencia que es motivo de revisión.

Dentro de la filosofía política que orienta el nuevo instrumento de juzgamiento vemos la imposibilidad de intervención de los jueces en la etapa de investigación,

o de los fiscales en la de juzgamiento, excepto la acusación en audiencia pública, porque sus competencias fueron señaladas clara y expresamente en la Constitución, precisamente con el propósito de delimitar sus campos de acción y así poderse garantizar de manera plena la imparcialidad.

La Carta no menciona de una manera precisa la imparcialidad de los jueces, como una de las garantías procesales que se instituyeron en ella, pero es evidente que es un principio de carácter constitucional, porque dicha virtud de la justicia es consustancial al concepto del debido proceso, pues sería absolutamente imposible pensar en la existencia del mismo, si previamente no se ha garantizado la imparcialidad de quien va a tomar una determinada decisión.

No obstante, tal principio sí aparece expresamente consagrado en el Pacto Universal de los Derechos Humanos, en el art. 14.1 que establece: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley,.....": y en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8.1 al disponer: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,.....".

Ahora bien, si el artículo 93 de la Constitución Nacional se interpreta de conformidad con los tratados internacionales, de los cuales Colombia es parte firmante, es importante destacar cómo el Tribunal de Estrasburgo, que administra justicia para la comunidad europea ha resuelto demandas sobre violación al convenio afirmando la posibilidad de que intervenga en el juzgamiento quien ha participado en la investigación como miembro del Ministerio Público. Con relación a este punto es de relevante conveniencia citar la sentencia que ese Tribunal profirió el 1o. de octubre de 1982, en la que afirma:

"28. El magistrado que presidió la audiencia de Brabant en el presente caso, señor Van de Walle, había ejercido previamente las funciones de adjunto primero del Procurador del Rey de Bruselas; hasta su designación en el Tribunal de Apelación fue el jefe de la sección B del departamento de acusación pública de Bruselas, sección encargada de la investigación de los crímenes y delitos contra las personas y, en consecuencia, la que conoció el caso del señor Piersack (ver parágrafos 9-12, 14 y 19 más arriba).

"29. Por este hecho el demandante ha alegado que su caso no fue conocido por un 'tribunal imparcial': desde su punto de vista, 'cuando una persona ha tratado un asunto como Ministerio Público durante año y medio no puede sino prejuzgar el caso'.

"....

"....

"31. Esto fue lo que ocurrió en el presente caso. En noviembre de 1978 el señor Van de Walle presidió la Audiencia de Brabant, a la que la correspondiente Sala del Tribunal de Apelación de Bruselas había trasladado al demandante para juicio. En su virtud dispuso de amplios poderes, a los que, por otra parte, debía recurrir en ocasiones, por ejemplo el poder discrecional conferido por el art. 268 del Código Judicial y el poder de decidir con los otros jueces acerca de la culpabilidad del acusado cuando el jurado decidiera el veredicto de culpable únicamente por mayoría simple (ver parágrafos 13-14 y 20-21 más arriba).

"Sin embargo, previamente y hasta noviembre de 1967 (sic) el señor Van de Walle había dirigido la sección B del departamento del Ministerio Público en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor Piersack. Como superior jerárquico de los adjuntos encargados del caso, señora Del Carril y después señor Nauw, podía haber revisado cualquier escrito que debiera presentarse a los tribunales, discutido con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesorarales sobre cuestiones jurídicas (ver parágrafo 19 más arriba).

"De otra parte, la información obtenida por la Comisión y el Tribunal (ver parágrafos 9-11 más arriba) tiende a confirmar que el señor Van de Walle jugó efectivamente un cierto papel en el procedimiento.

"En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el gobierno del señor Piersack ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor Van de Walle, realizando otras investigaciones en orden de determinar, por ejemplo, si recibió o no la nota de 4 de febrero de 1977 o si discutió el caso particular con la señora Del Carril y el señor De Nauw. Es suficiente constatar que la imparcialidad del Tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda.

"32. En consecuencia, el Tribunal concluye que habido una violación del artículo 6.1".

Partiendo del cambio de sistema de juzgamiento, y de los aspectos que lo caracterizan, desde el punto de vista de las finalidades políticas que busca garantizar, hemos llegado a la convicción de que la expresión del artículo 103.6 "....o hubiere participado dentro del proceso,....", hace relación a la imposibilidad de los jueces de intervenir en un proceso de la etapa del juzgamiento cuando hubiesen actuado en la investigación. Interpretarla de otra manera es desnaturalizar la estructura del sistema acusatorio, circunstancia consagrada como especial causal de nulidad que afecta el debido proceso y que justifica su declaratoria

cuando se afecten los derechos de las partes o se desconozcan "....las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento".

Son las anteriores las razones que me llevan a discrepar respetuosamente de la decisión mayoritaria de la sala.

Edgar Saavedra Rojas
Magistrado

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia Impedimento No. 7.852

Delito: Prevaricato.

SALVAMENTO DE VOTO

Plasmé en otra ocasión mi criterio disidente sobre un supuesto similar al actual. Sigo creyendo en la bondad de la causal de impedimento perguefiada en el artículo 103, ordinal 3o. del C. de P.P., cuya exégesis no permite a los magistrados y jueces intervenir en la etapa del juzgamiento cuando previamente han participado en la investigación o acusación. Llanas y simples mis ideas, las reproduzco sin mayores comentarios, en contra del criterio restrictivo de la mayoría:

"...Con mi simpatía intelectual hacia el reconocimiento del impedimento manifestado por el Dr. Torres Fresneda -criterio que en esencia recoge y fortifica la postura disidente adoptada en otra ocasión por el Dr. Saavedra Rojas- concreto aquí, brevemente, las razones que justifican mi discrepancia con la decisión de la mayoría:

a.- Una de las características propias y peculiares del sistema acusatorio -esquema que responde a una orientación democrática del proceso penal- es la división del mismo en dos fases. Este desdoblamiento presupone que las tareas propias de acusación y decisión deban conferirse a órganos estatales distintos y excluyentes. En otros términos, las competencias de acusación y decisión deben ejercitarse por funcionarios diferentes y, desde luego, facultados para el efecto.

b.- La génesis de la filosofía del proceso acusatorio es simple: La separación de funciones entre el poder de acusación y el poder de decisión pretende garantizar la imparcialidad judicial y evitar, en todo caso, compromisos ideológicos o posibles o probables prejuzgamientos del juzgador al momento de proferir sentencia. Quien falla no puede estar condicionado al contenido de la resolución de cargos, ni al carácter vinculante de una petición de juicio, ni a los criterios jurídicos adoptados en desarrollo de la instrucción.

c.- Difícilmente puede admitirse un equilibrio o una igualdad procesal de las partes si el poder de acusación y el de decisión confluyen en una misma persona. Acaso una mayor garantía de rectitud y de justicia se consigue con un doble juicio lógico-jurídico sobre bases distintas y una absoluta separación de funciones de modo y manera que quien instruye no juzga. La ausencia de relación jerárquica entre dos órdenes de funcionarios y la desvinculación del juez a la pretensión formal de acusación, comportan las mejores garantías de neutralidad e imparcialidad para el propio imputado.

d.- Por todos estos argumentos y por los expuestos con sugestivos razonamientos por el magistrado Saavedra Rojas -con los cuales, sobra advertir, nos identificamos plenamente- débome apartar, con sentido de escisión, del criterio de la Sala. Nada más he de añadir...".

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 7852

Delito: Prevaricato.

SALVAMENTO DE VOTO

Es ya reiterativa la doctrina de la Sala que por mayoría acoge la ponencia elevada a decisión dentro del presente asunto, como conocido mi respetuoso disentimiento frente a la interpretación restrictiva que en ella se hace del contenido del numeral 6o. del artículo 103 del nuevo ordenamiento procesal penal (decreto 2700 de 1991). Por ello y para cumplir con el deber intelectual y legal de precisar los motivos que de esa respetable corriente me distancian, transcribo a continuación las razones que inspiran mi respaldo hacia la declaración que hicieron los señores magistrados del Tribunal Superior en este caso:

"Coincidiendo...con el criterio de los señores magistrados que declararon su impedimento, pienso que dentro de la estructura del nuevo ordenamiento procesal penal, ajustado al artículo 250 constitucional, siempre que dentro del proceso intervenga la Fiscalía General de la Nación habrá lugar al desplazamiento del juez que en etapa anterior al juzgamiento intervino adelantando la instrucción o redactando la resolución de acusación, pues ese sería el camino adecuado para impedir que en un momento procesal determinado y con detrimento de los principios de independencia y autonomía se separan las etapas de instrucción y juzgamiento, pudiera confundirse en una misma persona la doble condición de juez y parte (acusadora en este caso), lo que en un todo armoniza con otra causal de recusación como lo es aquella que describe el numeral 4o. del mismo artículo 103.

"Para concluir en la forma en que respetuosamente lo propongo, ha de partirse necesariamente de una interpretación de la disposición que sobrepasando el simple esfuerzo de la exégesis, busque el verdadero sentido y fundamento dentro del contenido de la norma. Por esta circunstancia estimo que aún replanteando una interpretación meramente textual del precepto:

"a) El entendimiento *literal* del artículo 103, numeral 6o. del Nuevo Código de Procedimiento Penal, muestra la presencia de tres hipótesis bien definidas y

distintas que por parejo indican la necesidad de llegar a una misma solución: *La primera* remite directamente a la imposibilidad de que quien haya proferido una decisión llegue a revisarla en instancia o casación; *la tercera* se limita a involucrar el vínculo de parentesco dentro del mismo ascendiente jerárquico; pero en cambio *la segunda* alude al hecho de *"haber participado dentro del proceso"*, ampliando o extendiendo inequívocamente el ámbito de esa intervención a otros estadios distintos de la sola providencia que se va a revisar, como de la interposición de los recursos (ordinarios o extraordinario), dando perfecta cabida dentro del sistema acusatorio al evento de la intervención en la instrucción, cuando luego se debe afrontar la etapa posterior de la causa o juzgamiento.

"b) Como, por lo visto, la interpretación textual resulta insuficiente, pues de ella se originan las discrepancias que afloran en el propio seno de la Sala, imperiosa se hace la convocación de otros factores en la búsqueda de una sana hermenéutica, de los cuales se acaba por confirmar que amerita la problemática expresión, de aquel que le da la posición mayoritaria.

"*Teleológicamente* considerada esta causal de excusa, no podrá desconocerse que hallando su razón de ser en la necesidad de garantizar la imparcialidad del juez, afronta situaciones procesales distintas a la sola expedición de la providencia de cuya revisión se trata, pues siempre que haya eventos que redunden en la persistencia de una situación vinculante con etapa procesal ya superada, la razón que suscita el impedimento se repite, y debe llevar a la necesidad de separar al funcionario de su conocimiento. Ello se da dentro del actual esquema acusatorio, cuando un fiscal que luego de tener toda la iniciativa instructiva y tras de pronunciarse sobre la situación del procesado redactando en su contra la resolución acusatoria, se ve avocado circunstancialmente a adelantar como juzgador la causa, pues así no tenga estrictamente que "revisar" en este caso su propia providencia, no cabe duda que su actividad anterior es la que sirve para constituir la subsiguiente función de la "parte" que acusa, quebrantando el principio de imparcialidad del juez llamado a ser característica dentro del debido proceso.

"c) Si además se mira la norma desde el punto de vista de una interpretación sistemática, tendrá que recordarse en armonía con los renglones inmediatamente precedentes, que caracterizado ahora el proceso penal por su ingreso al sistema acusatorio, recordando en él el dominio de los principios de independencia y autonomía que marcan una notoria diferencia entre la tarea investigativa y la de juzgamiento (artículos 250 de la Constitución Nacional y 24 del Código de Procedimiento Penal), ellos deberán hallar garantía de efectividad marginando de la gestión de la causa a funcionarios que tuvieron injerencia dentro de la etapa del sumario, ya que de otro la "unidad de criterio" de quien actúa desnaturaliza esa instituida dicotomía estructural, y aún quebranta el debido equilibrio entre las partes, pues cuando menos el "compromiso intelectual" del juez que profirió la acusación o aportó su esfuerzo con el fin de lograrla, da pávulo para fundar sospechas sobre su imparcialidad, pues así se trate como es de esperarse, de

funcionarios ecuánimes, justos, de amplio criterio y recia personalidad, pues no puede olvidarse, según lo ha sostenido repetidamente esta Sala, que en tema de impedimentos no resulta suficiente que el juzgador tenga conciencia sobre su equilibrado juicio, sino que en bien de la credibilidad de la justicia se impone que aún esa imparcialidad se aparte, porque es derecho de la comunidad el de poder confiar sin reticencias en los administradores de justicia.

"d) Por último y si a un criterio histórico se recurre, tampoco puede gratuitamente olvidarse que como garantía de independencia entre la gestión de instrucción y la de juzgamiento, ante el surgimiento del primer esbozo del sistema acusatorio la codificación procesal de 1987 creó en el artículo 535 el impedimento conjunto para la Sala que había conocido en segunda instancia de apelaciones suscitadas dentro del sumario, a fin de que no fuesen sus mismos integrantes quienes intervinieran una vez más en la etapa de la causa.

"Esta causal resulta, dentro de los ya enunciados principios de independencia y autonomía, el más inmediato antecedente del motivo 6o. que se ha traído ahora como excusa, porque si bien y a diferencia de otras legislaciones foráneas que vedan la intervención como juez de quien fuera fiscal instructor en el asunto, el legislador colombiano no consagró ese hecho expresamente, su interés por el respeto de esa garantía de imparcialidad e igualdad viene patente desde la legislación anterior, y coherentemente continúa dentro de la redacción de la causal por cuya interpretación amplia propugno, con más convencimiento hoy, cuando es la propia Constitución la que institucionaliza un sistema construido sobre la separación frontal de la instrucción y el juzgamiento".

Con indeclinable respeto,

Juan Manuel Torres Fresneda
Magistrado

Santafé de Bogotá, octubre 14 de 1992

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS \ PRUEBAS \ INSPECCION JUDICIAL \ TENTATIVA \ DICTAMEN MEDICO

La diligencia de reconocimiento en fila de personas, no permite por su naturaleza y los fines que persigue, que en ella se realicen controversias, cargos, oposición o enfrentamientos entre el sindicado y las personas que hacen el reconocimiento.

La ley impone al funcionario instructor, el deber de decretar todas aquellas pruebas que concurran no solo a demostrar la responsabilidad del acusado, sino también aquellas que puedan favorecer, pero solo cuando de lo alegado y probado surja su necesidad o pertinencia.

La diligencia de inspección judicial es el examen que hace el instructor personalmente asesorado de testigos, de los hechos que son materia del proceso, para comprobar objetivamente circunstancias de los hechos, como distancias, condiciones de visibilidad, etc., diligencia que puede ser solicitada por las partes, o decretada de oficio quedando en este último caso al buen criterio del juez practicarla o abstenerse de hacerlo, según que lo estime procedente o conducente.

El dispositivo amplificador de la tentativa no surge en el delito de homicidio de la naturaleza de mayor o menor gravedad de la lesión que pudo sufrir el agraviado, ya que este puede ser apenas uno de los muchos factores que permiten al juzgador examinar los hechos, los actos ejecutados y reconstruir en su esencia la vida de la acción.

La omisión de traslado a las partes del dictamen médico no constituye nulidad legal ni constitucional, al menos que en el caso concreto se demuestre que las partes no tuvieron oportunidad alguna de conocerlo y controvertirlo y que por esta vía se conculcó fundamentalmente el derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación Radicación No. 6666.

Contra: Nelson Enrique González

Delito: Homicidio tentado

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 125 - oct. 7 de /92.-

Santafé de Bogotá, D.C., octubre ocho de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, del 10 de julio de 1991 por la cual se condenó a Nelson Enrique González López, a la pena principal de ocho años de prisión como responsable del delito de homicidio en grado de tentativa, en la persona de Claudio Vargas Gutiérrez.

Conoció en primera instancia, el Juzgado Veintiuno Superior de Bogotá, despacho que impuso la misma sanción antes indicada.

EPISODIO PROCESAL

Refieren los autos, que en la tarde del 29 de octubre de 1989, jugaban tejo en el sitio denominado Piscina Santa Ana del municipio La Vega (Cund.) Claudio, Nelson González y Carlos Iván Prieto. De un momento a otro, se presentó una discusión entre Vargas y González por descuerdo en el número de "manos" o

"balazos" y por ello, el primero de los nombrados fue injuriado en términos soeces y ultrajantes por González.-

Concluido el juego, González y su amigo Carlos Iván Prieto se retiraron del lugar, mientras Vargas permanecía conversando con algunos de sus compañeros.-

Pocos minutos después, se escuchó de improviso la detonación de un arma de fuego y los asistentes vieron sorprendidos caer a Vargas, herido de consideración. Afirmaron los testigos, que el autor del disparo fue Nelson González a quien vieron alejarse del lugar en compañía de su amigo Prieto y portando una escopeta en sus manos.-

Adelantado el proceso, se profirió resolución de acusación y luego sentencia de condena contra Nelson Enrique González por el delito tentado de homicidio, mientras su compañero Prieto era liberado de toda responsabilidad.-

DEMANDA DE CASACIÓN Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PÚBLICO:

A través de las causales 3a. y 1a. de casación del art. 226 (hoy 220 del C. de P.P.), diversos cargos formula la recurrente a la sentencia:

Primer cargo:

Se censura al Tribunal, el haber proferido sentencia en un proceso viciado de nulidad, pues se afirma que se le negó al acusado la oportunidad de ejercitar su defensa.-

Tres motivos ofrece el casacionista en apoyo de su reproche y con base en ellos, sostiene que a Nelson Enrique González se le juzgó con quebranto de las garantías que la Constitución y la ley otorgan a los acusados.-

1o.- Que los dictámenes médico-legales sobre la naturaleza de las heridas sufridas por el ofendido y el tiempo de incapacidad para el trabajo, no fueron puestos por el juez a disposición de las partes, privándolas de la oportunidad de objetarlos.-

2o.- Que se practicaron dos diligencias de reconocimiento de fila de personas, en las cuales el acusado no estuvo asistido por un abogado titulado, sino por un ciudadano de reconocida honorabilidad pero sin el conocimiento de la ciencia del derecho. Que por ello, no se pudo contrainterrogar a los testigos que intervinieron en la diligencia con notorio perjuicio para los intereses del sentenciado.-

3o.- Que no se realizó una diligencia de inspección judicial al lugar de ocurrencia de los hechos, que habría sido muy conveniente para establecer las

condiciones de visibilidad y determinar con base en ello la veracidad de los testigos de cargo. Que al no disponerse la práctica de la diligencia, faltó el funcionario al deber de investigar con igual celo no sólo lo desfavorable sino también lo favorable para el acusado.

Concluye el censor este cargo, solicitando la nulidad de lo actuado a partir del auto cabeza de proceso.

En relación con la primera objeción responde el Ministerio Público que la omisión en que pudo incurrir el juzgador al no poner a disposición de las partes los dictámenes médico-legales, no constituye lesión al derecho de defensa ni motivo alguno de nulidad.

Recuerda cómo el art. 277 del C. de P.P., establece que en cualquier momento antes de que entre el expediente al despacho del juez para que dicte sentencia, podrán las partes objetar el dictamen por error, violencia o dolo. Que si las partes no hicieron uso de ese derecho, no pueden reclamar ahora limitación o conculcación del derecho de defensa.

Sobre el segundo reproche, expresa el Ministerio Público que en ningún momento se negó a las partes el derecho de contrainterrogar a los testigos y que si la recurrente se refiere a aquellos que intervinieron en el acto de reconocimiento, esa diligencia no tiene como finalidad contrainterrogar a los testigos ni de su naturaleza se desprende esa posibilidad y en ello no encuentra la delegada causal de nulidad.

Acepta la Procuraduría, que en realidad en la diligencia de reconocimiento el acusado no estuvo asistido por abogado titulado, sino por un ciudadano de reconocida honorabilidad, cuya presencia en su concepto, viene a constituirse en garantía de legalidad de la diligencia.

En relación con la tercera objeción considera la Delegada que la sola enunciación de la falta de una diligencia de inspección judicial, sin expresar qué se debía inspeccionar, o qué se debía probar ni su incidencia en el curso de la investigación, no puede constituir quebranto al derecho de defensa o al debido proceso. Que por otra parte, el fiscal del juzgado solicitó y obtuvo la práctica de diferentes pruebas encaminadas a descubrir la verdad y a adoptar una decisión de fondo que respondiera a la equidad y a la justicia.

Solicita a la Corte, desestimar este primer cargo.

Segundo cargo:

Al amparo de la causal primera de casación alega la recurrente una violación indirecta de la ley sustancial, por falso juicio de legalidad y que hace consistir en

que el fallador apreció y tuvo en cuenta para proferir la sentencia, los dos reconocimientos en fila de personas a las cuales asistió el acusado sin la asesoría de un abogado, sino acompañado de un apoderado de oficio. Que como prueba ilegalmente recaudada fue determinante para la sentencia de condena, debe casarse el fallo y en su lugar absolverse al acusado.

Considera la Procuraduría Delegada que revisado el artículo correspondiente a la diligencia de reconocimiento, de dicha norma no se desprende que quien asiste al procesado en dicho acto, deba ser necesariamente abogado titulado y que la ley no exige perentoriamente la presencia del defensor a dicho acto, como sí la requiere en otras actuaciones procesales. Que el reconocimiento se llevó a cabo sin que se observen irregularidades de ninguna clase y sin lesión para los intereses del acusado.

Tercer cargo:

Expresa el actor, que el Tribunal distorsionó los dictámenes médico-legales, dándoles un alcande y un sentido que no tienen, al colocar al ofendido "...al borde la muerte..." cuando las heridas eran leves y sólo ocasionaron una incapacidad de veinte días para el trabajo.

Que debido a este error de hecho sobre la apreciación de la prueba, el Tribunal dedujo la existencia de un homicidio imperfecto, cuando el tipo penal pudo ser de otra naturaleza.

No obstante que el casacionista en su primer cargo plantea la nulidad de todo el proceso, concluye su demanda solicitando a la Corte casar la sentencia y absolver al acusado.

Responde la Procuraduría a la última censura, que en ningún momento fue tergiversado el dictamen médico-legal, ya que si bien se habló en la sentencia de gravedad de la lesión, esta circunstancia no es el único medio para desentrañar la intención del agente y une su pensamiento al del Tribunal para expresar en el comportamiento del agente un delito imperfecto de homicidio, cuando se actúa con el propósito de matar y se da comienzo a actos unívocosde ejecución aunque la víctima no sufra perjuicio en su integridad personal.

Concluye el Ministerio Público su concepto solicitando a la Corte, no casar la sentencia.

SE CONSIDERA.

En acatamiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 225 del C. de P.P. de 1991 que permite al actor formular cargos excluyentes siempre que se formulen en

capítulos separados, entra la Corte a examinar el aspecto de fondo de una demanda donde el casacionista en forma totalmente contradictoria, con base en los mismos presupuestos fácticos pretende invalidar el proceso para luego pregonar su validez y solicitar en él una sentencia absolutoria.

Primer cargo: Causal de nulidad, por violación del derecho de defensa.

En relación con este cargo, la Sala comparte las opiniones del Ministerio Público, porque los motivos que alega el recurrente como causal de nulidad, constituyen apenas simples irregularidades sin la virtualidad o entidad suficientes como para invalidar la actuación, ya que no quebrantan el derecho de defensa.

Considera el actor que el proceso es nulo porque el dictamen médico-legal rendido por el perito que examinó al ofendido, no fue puesto a disposición de las partes, privándolas de la oportunidad de objetarlo.

Es verdad que el art. 276 del C. de P.P. anterior, disponía que el juez debía poner a disposición de las partes el dictamen pericial por el término de tres días para que durante ese lapso los interesados pudieran solicitar su aclaración o ampliación.

Sin embargo, la omisión de lo allí preceptuado, no convierte la irregularidad en vicio que genere la nulidad del proceso, porque no se trata de prueba producida a espaldas del procesado, ni puede afirmarse que éste no hubiese tenido la oportunidad de conocerla y por ende de controvertirla en juicio. Recuérdese que de acuerdo al art. 277 del mismo estatuto, los sujetos procesales disfrutaron de la facultad de objetar el dictamen en cualquier tiempo, desde que éste se produjo hasta antes de que el proceso entrara al despacho del juez para sentencia.

De ahí que si el procesado disfrutó de tan amplio término para objetar el dictamen si lo estimaba conveniente y no lo hizo, está dando a entender que consideró que no había tacha en su contra. Mal puede con posterioridad y después de haber guardado silencio en el término mencionado, pedir que se declare nulo lo actuado por no haber ejercitado un derecho, cuando el procesado y su defensor tuvieron toda la oportunidad para hacerlo sin restricción alguna.

Así lo ha expresado la Corte, entre otras, en sentencias del 2 de febrero de 1983 y 28 de febrero de 1984, decisión a la cual pertenece el siguiente aparte:

"...La omisión de traslado a las partes no configura de suyo nulidad legal ni constitucional, al menos que en caso concreto se demuestre que las partes no tuvieron oportunidad alguna de conocerlo y controvertirlo y que por esta vía se conculcó fundamentalmente el derecho de la defensa...".

Como de la censura no se desprende lesión alguna al derecho de defensa, no puede prosperar el cargo.

El segundo motivo planteado por el casacionista para reclamar la declaratoria de nulidad descansa en la afirmación de que el procesado no asistió a la diligencia de reconocimiento en fila de personas acompañado de su defensor, sino de un ciudadano honorable y que esta falta de defensa técnica impidió que en dicho acto se contrainterrogara a los testigos, con lo cual se conculcó del derecho de defensa.

Si bien, es una realidad que el principio de la contradicción de la prueba, es una garantía fundamental del debido proceso que incide en el ejercicio del derecho de la defensa, sin embargo, la diligencia de reconocimiento en fila de personas, no permite por su naturaleza y los fines que persigue, que en ella se realicen controversias, cargos, oposición o enfrentamiento entre el sindicado y las personas que hacen el reconocimiento. Se trata, como lo ha sostenido la Corte, "...de que el sujeto identificador, desde un punto que no pueda ser visto, acuda a sus propias vivencias y consulte solamente la realidad de sus percepciones y recuerdos. Más que todo es una diligencia de comprobación de las afirmaciones que hace el testigo...".

Siendo ello así, el reconocimiento no es el momento procesal para efectuar contrainterrogatorios como lo sostiene el recurrente, derecho que podrá ejercitarse cuando el testigo rinda su declaración.

En estas condiciones, no puede prosperar la censura, porque no se le desconoció al procesado ningún derecho de defensa. Por otra parte, el censor equivoca la vía de la formulación del cargo, pues de existir el vicio en la recepción de la prueba, ello no podría acarrear la nulidad del proceso, pues sólo constituiría un error de derecho en su apreciación por falso juicio de legalidad.

El tercer motivo de nulidad, como ya se dijo, lo hace consistir el actor en que no se decretó oficiosamente por el juez, una diligencia de inspección judicial al lugar de consumación del delito, para constatar las condiciones de visibilidad que tuvieron los testigos al percibir los hechos relatados por ellos.

Como lo anota el casacionista, la ley impone al funcionario instructor, el deber de decretar todas aquellas pruebas que concurran no sólo a demostrar la responsabilidad del acusado, sino también aquellas que puedan favorecerlo, pero sólo cuando de lo alegado y probado, surja su necesidad o pertinencia.

La diligencia de inspección judicial, es el examen que hace el instructor personalmente o asesorado de testigos, de los hechos que son materia del proceso, para comprobar objetivamente circunstancias de hecho, como distancias, condiciones de visibilidad o audibilidad, etc., diligencia que puede ser solicitada por las partes, o decretada de oficio quedando en este último caso al buen criterio del juez practicarla o abstenerse de hacerlo, según que lo estime procedente o conducente.

Para el juez, en el caso de estudio, las versiones de los testigos que narraron pormenorizadamente todas las circunstancias que rodearon la consumación del hecho punible, le merecieron entera credibilidad por la firmeza y precisión de sus afirmaciones, y al no encontrar hecho alguno que necesitara posterior comprobación, se abstuvo con justa razón de decretar la práctica de la diligencia que por otra parte el defensor no solicitó en ningún momento procesal.

La simple omisión de la diligencia sin acreditar aquello esencial que se pretendía comprobar y su pertinencia en el proceso, no puede constituir siquiera una irregularidad y menos motivo de nulidad de rango constitucional como lo pretende el acusado.

Se desecha el cargo.

Segundo cargo.- Causal primera:

En capítulo separado y ahora al amparo de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, dos reproches formula el casacionista donde vuelve a reproducir los mismos hechos e idénticos argumentos presentados al alegar la nulidad, pero ahora con un enfoque diferente, pues los alega como errores de apreciación probatoria.

Primera objeción:

Sostiene el recurrente, que en la sentencia se incurrió en error de derecho al apreciar como prueba la diligencia de reconocimiento en fila de personas, cuando a dicho acto concurrió el acusado acompañado únicamente por un ciudadano honorable y no de un abogado titulado. Que en estas condiciones, la prueba no se podía apreciar por vicios en su formación y sin embargo, se consideró y fue determinante en la sentencia de condena.

Entiende la Sala, que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 165 del C. de P.P. de 1991, se puede considerar inexistente la diligencia practicada con la asistencia e intervención del procesado, sin la de su defensor y que por tal debe entenderse el abogado inscrito, salvo las excepciones legales (art. 129 ibídem), dentro de las cuales no se encuentra la diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Pero dicha norma no había entrado a regir por la época de la realización de la diligencia que se llevó a efecto con el pleno cumplimiento de las disposiciones vigentes en el momento de su práctica, como lo expresa con acierto la Procuraduría Delegada.

Pero fuera de lo anterior, el casacionista se limita a enunciar el error sin demostrar sus alcances en el concierto probatorio, ni su incidencia en la parte

resolutiva del fallo; pero, lo que es más grave aún, es que el censor no se ocupa de controvertir el caudal probatorio restante conformado por prueba testimonial e indiciaria, de gran fuerza de convicción y suficiente por sí sola para fundamentar la sentencia de condena.

En efecto: La oportunidad y el móvil para delinquir como hechos indicadores de importancia hacen presencia en el caso de estudio. El propio sentenciado González y su amigo Carlos Iván Prieto, aceptan que estuvieron jugando tejo con Vargas Gutiérrez hasta momentos antes de ser herido. Numerosos testigos los vieron discutir ácremente con el ofendido y después de producido el hecho, dos declarantes: Pedro Pablo Rodríguez y Leonidas Segura León los vieron alejarse apresuradamente del lugar, portando el acusado debajo del brazo una escopeta, precisamente la clase de arma con que fuera herido Vargas Gutiérrez.

Es verdad que estos testigos, no identifican por sus nombres al procesado y a su amigo, pero los individualizaron plenamente de manera especial a González no sólo por su inconfundible camisa roja, sino por sus rasgos físicos y sus características morfológicas que fueron fáciles de apreciar, pues con ellos compartieron en las canchas de tejo y luego los siguieron para observar hacia dónde se dirigían y así avisar a las autoridades de Policía y obtener su captura.

Este es un aparte del testimonio de Pedro Pablo Rodríguez:

"...Nosotros, mi persona, Leonidas y otros cuatro muchachos que no les sé el nombre, llegamos a jugar tejo en la Piscina Vieja y estaban tres más jugando tejo y así duraron un rato jugando, discutieron por ese chico y acabaron de pagar un chico y salieron y como a las siete de la noche volvieron dos de los muchachos que habían jugado tejo antes y le pegaron un tiro a un señor o sea con quien habían jugado tejo y salieron corriendo y nosotros los conocimos y hablamos entre nosotros que era el de la camisa roja el que le había pegado el tiro, salió corriendo por el lado del hospital con la escopeta debajo del brazo".

Al ser interrogado el testigo sobre si había conocido al autor del disparo, respondió:

"Sí señor, nosotros lo reconocimos de vista cuando salió corriendo con la escopeta debajo del brazo y nosotros fuimos con la Policía y los hicimos retener...".

Este declarante por las magníficas condiciones de visibilidad de que disfrutó para percibir los hechos, la sinceridad y claridad de su relato, la ausencia de todo interés para faltar a la verdad, mereció plena credibilidad al juzgador, acogida que se incrementó al tener en cuenta que el testigo siguió al delincuente, buscó a la Policía y lo señaló sin duda alguna como el autor del delito, como consta en el proceso.

Del mismo tenor es el testimonio de Leonidas Segura, sólo este ciudadano se dedicó a prestar auxilio al herido llevándolo al hostipal, mientras su amigo Rodríguez emprendía la persecución del acusado.

Existen de igual modo manifestaciones posteriores a la consumación del hecho punible que comprometen más aún a González y a Prieto en el ilícito.

Prieto, pocos días después de ocurridos los hechos, procuró un arreglo amigable con el ofendido, hasta el punto de que éste sintiéndose indemnizado desistió de la acción penal contra este sindicado.

Y, Nelson González en escrito dirigido al juez de segunda instancia y que obra en autos, no pregona su inocencia, sino que únicamente expresa su inconformidad por el quantum de la pena impuesta, que en su concepto no guarda proporción con la leves heridas sufridas por el agraviado que de acuerdo a su criterio constituyen tan sólo un delito de lesiones personales con veinte días de incapacidad y en ningún caso una tentativa de homicidio.

Como puede observarse, si bien el juzgador se refirió a la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la decisión condenatoria no descansa única y exclusivamente en la prueba que tacha sin razón de ilegal el recurrente, sino además en nutrida prueba testimonial e indiciaria, suficiente por sí sola para llegar a idéntica conclusión.

No prospera el reproche.

Finalmente, alega el libelista, que el Tribunal incurrió en la sentencia en un error de hecho al distorsionar el verdadero contenido del dictamen médico-legal.

Argumenta el actor, que el dictamen no califica de graves las heridas sufridas por el ofendido y sin embargo, el Tribunal les da ese carácter para deducir con fundamento en este error, la existencia de homicidio imperfecto.

Debe advertirse ante todo, que el dispositivo amplificador de la tentativa, no surge en el delito de homicidio de la naturaleza o mayor o menor gravedad de la lesión que pudo sufrir el agraviado, ya que éste puede ser apenas uno de los muchos factores que permitan al juzgador examinar los hechos, los actos ejecutados y reconstruir en su esencia la vida de la acción.

Como bien lo anota la Procuraduría, aún sin la existencia de lesión en el cuerpo del ofendido puede pregonarse la presencia de homicidio imperfecto si el acervo probatorio refleja nítidamente la intención de matar en el sujeto agente, y el comienzo de ejecución en el proceso criminoso con actos inequívocos encaminados a producir el resultado.

Por otra parte, las heridas sufridas en el caso de examen por Vargas Gutiérrez, no tienen la lenidad que pretende atribuirle el actor. De los dictámenes que obran en autos, se desprende que el ofendido sufrió herida de proyectil múltiple en la región lumbar toráxica superior, que numerosos proyectiles perforaron y penetraron el abdomen haciendo necesaria una laparotomía.

No encuentra en consecuencia la Sala, error en el Tribunal cuando manifestó que la herida era grave y que el ofendido salvó la vida gracias a los oportunos y acertados servicios médicos.

No puede prosperar la impugnación.

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

NO CASA la sentencia recurrida a nombre del procesado Nelson Enrique González López, de fecha, origen y naturaleza ampliamente conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

LEX TERTIA \ CAPTURA \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

No es posible dar aplicación en forma parcial a una disposición, so pretexto de que ella contiene dos mandatos. Uno favorable y uno desfavorable, debiéndose hacer abstracción de ella en aquello perjudicial a los intereses del procesado.

La actual codificación consagra el cumplimiento inmediato de las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenen medidas preventivas aunque permite diferir la orden de captura, en el evento en que se niegue el subrogado de la condena de ejecución condicional, hasta la ejecutoria del fallo, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin beneficio de excarcelación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 7652

Acción: Paulino Mora Padraza

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Saavedra Rojas*

Aprobado acta No. 126

Santafé de Bogotá, D.C., ocho de octubre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS:

El apoderado del procesado Paulino Mora Pedraza recurre en reposición la providencia de fecha 22 de septiembre del presente año, mediante la cual la Sala se abstuvo de considerar su petición relacionada con la cancelación de la orden de captura librada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en cumplimiento del fallo de segunda instancia, el que es ahora objeto del recurso extraordinario de casación.

La secretaría dio cumplimiento a lo previsto al artículo 200 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, se procede a decidir lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El apoderado del procesado Paulino Mora Pedraza, con invocación del principio de favorabilidad, solicitó en favor de su representado se disponga la cancelación de las ordenes de captura libradas por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá al haber revocado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional con clara violación del artículo 31 de la Constitución Nacional, pues la parte civil no tenía interés jurídico alguno para recurrir el fallo condenatorio de primera instancia proferido en el juzgado 30 superior (70 penal del circuito).

En la providencia recurrida esta Sala consignó: "Durante el término de traslado, el apoderado del procesado Mora Pedraza presentó similar petición acompañada de la correspondiente demanda de casación, siendo declarada ajustada a las prescripciones legales por auto de fecha 21 de agosto del corriente año".

"En la misma providencia se dijo: «En cuanto a la petición que formula el mismo apoderado para que se cancelen las órdenes de captura libradas contra su protegido luego de proferida la sentencia de segundo grado, no se tomará decisión alguna por el momento, pues ese será uno de los puntos que tendrá que considerar la Sala al decidir el recurso de casación, como quiera que el profesional impugnante alude a la agravación de la pena, factor que en definitiva determinó la revocatoria del beneficio de la condena de ejecución condicional que se había concedido por el juez de primera instancia, cuya resolución, además , dependerá de si se casa o no el fallo censurado».

"Independientemente del resultado del recurso extraordinario de casación y de los pronunciamientos de la Corte que el libelista cita sobre el mismo tema, debe decírsele que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal las decisiones relativas a la libertad o detención del procesado, así como las órdenes de medidas preventivas se cumplen de inmediato, es decir, sin esperar su ejecutoria".

"La citada disposición enseña que 'Si se niega el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, la captura solo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, *salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin excarcelación*'. (Negrillas fuera del texto)".

"Como en el presente caso el Juzgado 114 de Instrucción Criminal Ambulante de Santafé de Bogotá, con fecha 4 de agosto de 1989 dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación contra Mora Pedraza, al tenor de lo preceptuado en la norma antes transcrita, la medida decretada por el Tribunal de Instancia no puede ser revocada ni suspendida por la Corte sino, como ya se dijo, en virtud de la prosperidad de la demanda presentada por su apoderado".

"Lo anterior, por cuanto la pretensión del apoderado del procesado, coincide con uno de los cargos de la demanda contra el fallo censurado siendo improcedente hacer cualquier pronunciamiento anticipado sobre el tema, pues ello implicaría el resolver el recurso extraordinario en forma parcial, sin haberse agotado previamente el trámite correspondiente".

Dice el recurrente que solicitó la aplicación del principio de favorabilidad para su procurado y que la Corte desconociendo dicho principio, apoyó su decisión en la parte final del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal actual, entrando en vigencia el 1o. de julio del corriente año, es decir, aplicando retroactivamente una disposición desfavorable cuando, ha debido tener en cuenta únicamente la norma en aquello que garantice el derecho del procesado, acorde con el principio invocado.

Agrega que la decisión no puede ser diferida como se afirma en el auto recurrido para el momento de proferirse el fallo que ponga fin al recurso de casación por cuanto ello contradice las uniformes y reiteradas providencias de la Sala en que se han cancelado órdenes de captura por reconocimiento de la aplicación del artículo 31 de la Carta Política, sin perjuicio de volver sobre el punto en la sentencia respectiva.

El recurso impetrado resulta improcedente por las siguientes razones:

No es posible, como lo demanda el libelista, dar aplicación en forma parcial a una disposición, so pretexto de que ella contiene dos mandatos. Uno favorable y uno desfavorable, debiéndose hacer abstracción de ella en aquello perjudicial a los intereses del procesado.

El artículo 198 del Código de Procedimiento Penal anterior enseñaba que las resoluciones relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, aun cuando estén contenidas en providencias apelables en el efecto suspensivo, se cumplirán de inmediato. Entonces, si en la sentencia de segundo grado se

impuso al procesado como pena privativa de la libertad la de diez (10) años de prisión, el subrogado de la condena de ejecución condicional fue revocado por expresa prohibición legal. Como consecuencia de ello, se dispuso la captura del procesado.

El artículo 198 de la actual codificación igualmente consagra el cumplimiento inmediato de las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas, aún que permite diferir la orden de captura, en el evento de que se niegue el subrogado de la condena de ejecución condicional, hasta la ejecutoria del fallo, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin beneficio de excarcelación.

Como ya se dijo, a Mora Pedraza se le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por habérsele calificado su conducta como homicidio voluntario o intencional. En providencia de 23 de noviembre de 1989 el instructor profirió resolución de acusación por el delito de homicidio en las circunstancias ya dichas, decisión ratificada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 27 de febrero de 1990, es decir, que la medida de aseguramiento sigue vigente.

Si el juzgado en sentencia de fecha 7 de noviembre de 1991, condenó a Paulino Mora Pedraza a la pena privativa de la libertad de treinta y dos (32) meses de prisión, por homicidio culposo y le concedió el beneficio de libertad por reconocimiento del subrogado de la condena de ejecución condicional, ello no quiere decir, como lo afirma su apoderado que la medida detentiva haya sido revocada.

Al ser recurrida la sentencia por la parte civil el Tribunal la reformó en fallo de 25 de marzo del corriente año, en el sentido de afirmar un homicidio doloso y no culposo, tal como lo fue deducido en la resolución de acusación que, además, fue confirmada por la citada corporación. Al imponerle diez (10) años de prisión como pena privativa de la libertad, declaró improcedente el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y por ello, se repite, dispuso la captura del sentenciado.

Visto lo anterior, no cabe duda alguna que a la luz de la disposición vigente al momento de proferirse la sentencia, la captura ordenada se ajustaba a ella y, frente a la nueva norma (artículo 198) del Código de Procedimiento Penal, mediante su aplicación integral, tampoco resulta contraria dicha orden. Las providencias que el actor cita como antecedentes para apoyar su petición no pueden ser sustento de su pretensión, por cuanto en ellas la Corte reconoce la contrariedad de las órdenes de captura libradas con el mandato constitucional previsto en el artículo 31 de la Carta Política, ya que la sentencia de primera instancia fue recurrida exclusivamente por el procesado o su defensor, es decir, como apelante único. En cambio, en este caso el fallo fue impugnado por el apoderado de la parte civil, situación distinta de las anteriores, en cuyo evento no puede la Corte, en un incidente como el aquí

planteado, determinar si la apelación presentada por el referido sujeto procesal, permitía o no al juzgador de segunda instancia modificar la sentencia de primer grado pues ello implica, a no dudarlo, pronunciamiento anticipado sobre la demanda de casación en la que se reclama falta de interés jurídico de la parte civil y, en consecuencia, la improcedencia de la agravación que el Tribunal introdujo en su decisión ya comentada, por disponerlo así el artículo 31 de la Carta Magna.

Siendo así que comparadas las dos normas citadas por el memorialista, no existe posibilidad de afirmar la favorabilidad de una de ellas y, por tanto su inmediata aplicación, la impugnación resulta impertinente, razón por la cual la Sala no modificará la decisión recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, NO REPONE su providencia de fecha 22 de septiembre del presente año, mediante la cual se abstuvo de considerar la solicitud de cancelación de la captura ordenada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá contra Paulino Mora Pedraza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruíz *Dídimo Páez Velandia*

Yesid Ramírez Bastidas *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM \ ACCION DISCIPLINARIA \ ACCION PENAL

Los fines protegidos penal y disciplinariamente son diferentes y buscan diversas finalidades. El derecho penal tutela y garantiza derechos individuales, sociales y estatales. El derecho disciplinario busca regular, disciplinar y velar por el correcto comportamiento de grupos humanos que realicen actividades profesionales reguladas por el Estado. Por esta razón la acción penal y la disciplinaria no se excluyen y se pueden adelantar autónomamente.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 5044

Contra: Juan Hugo Sánchez Maluche

Unica instancia

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Acta aprobatoria No. 125

(Octubre 7 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciséis de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Resuelto el incidente de impedimento promovido por el Magistrado Sustanciador de esta actuación, y presentado y debatido en Sala su proyecto de sentencia que resultó inacogida por la mayoría, se procede a continuación a recoger las razones que sirvieron de fundamento a la presente decisión, por medio de la cual se resuelve definitivamente la situación del acusado doctor Juan Hugo Sánchez Maluche.

ANTECEDENTES

De la siguiente manera resolvió la ponencia original los hechos, las pruebas y las alegaciones de las partes que sirven de fundamento al fallo definitivo, cuya lealtad con la realidad procesal permite la comprensión de los antecedentes fácticos de la situación a resolver:

"La Procuraduría Segunda Delegada en lo Penal remitió a la Corte, fotocopia autenticada de la actuación pertinente adelantada por esa dependencia para que, si fuere el caso, se iniciara la correspondiente investigación penal por el delito de prevaricato en que pudo incurrir el magistrado integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctor Juan Manuel Sánchez Maluche, por su conducta en el ejercicio del cargo al haber proferido un auto 'unipersonal' absteniéndose de decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el defensor del ex-alcalde de Ibagué contra la determinación judicial de detención preventiva dictada por el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal, dentro del sumario que contra el funcionario municipal se adelantaba por los delitos de falsedad y contratación sin cumplimiento de los requisitos legales.

"Sometidas las diligencias al respectivo reparto, el Magistrado Sustanciador, por auto de 21 de mayo de 1990, inició la correspondiente investigación penal, ordenándose la vinculación legal del imputado, a través de su declaración de indagatoria.

"De las anteriores diligencias, tenidas como pruebas legalmente allegadas al expediente, se desprenden como hechos probados:

1o) En la fecha del diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa (1990) el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal Ambulante de la ciudad de Ibagué, inició mediante el correspondiente auto cabeza de proceso, investigación penal contra el ex-Alcalde Municipal de la Capital del Departamento del Tolima, doctor Enrique González Cuervo, por hechos realizados en el ejercicio del cargo.

2o) En el curso de la instrucción, se escuchó al procesado en declaración de indagatoria y en la oportunidad jurídico procesal de la definición de la situación

jurídica, por auto calendado el trece (13) de marzo del mismo año, se profirió en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como autor responsable de la comisión de los punibles de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, falsedad material de empleado oficial en documento público y falsedad ideológica en documento público.

'En el mismo prounciamiento (sic) judicial se le concedió el beneficio de la libertad provisional garantizada mediante caución prendaria.

3o) Notificada a las partes la anterior decisión, dentro de su ejecutoria formal fue impugnada a través de los recursos de reposición y en subsidio de apelación, por el Agente Especial del Ministerio Público y el Procurador Judicial del sindicado, el primero para que se revocara el numeral 3o de la providencia por el cual se concedía el beneficio de excarcelación, y el segundo con la misma pretensión respecto de la medida de aseguramiento, al tiempo que solicitaba del juzgado la cesación de todo procedimiento en favor de su representado con relación al hecho punible de que trata el artículo 146 del Código Penal, y la separación de las investigaciones de las supuestas falsedades.

4o) Mediante auto de abril 3 de 1990 se revocó la libertad provisional y se ordenó la captura del doctor González Cuervo conforme a lo solicitado por el fiscal, y se negaron en su mayoría las peticiones del defensor, concediéndose entonces el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente por éste contra el auto que definió la situación jurídica.

5o) Remitido el expediente al Tribunal, le correspondió en reparto al ahora procesado, doctor Juan Hugo Sánchez Maluche, quien tres (3) días después, en su condición de Magistrado Ponente, profirió el auto de fecha abril 23 de 1990, mediante el cual se abstuvo de ordenar el trámite propio de la segunda instancia (traslado al fiscal y fijación en lista) y expresamente dispuso la remisión del proceso al Juez Superior de Ibagué que se encontraba en reparto para que éste a su turno lo distribuyera o enviara a quien ya le hubiera correspondido, como consecuencia de la conclusión a la que se llegó y sintetizó en los términos que por su importancia conviene transcribir:

'El auto cabeza de proceso es inexistente o nulo, porque sólo puede ser dictado por el Juez Superior, sin recurso posible, por eso mal puede la corporación pronunciarse al respecto en la segunda instancia. Consecuencialmente, la indagatoria recibida al imputado es inexistente porque existiría sin auto cabeza de proceso (inexistente o nulo) y, además, no la ordenó al funcionario con competencia exclusiva para ello'.

'Desentrañando el sentido de las motivaciones consignadas en el auto en cuestión, afírmase bajo la consideración de que en el caso examinado se trataba de una investigación penal referida a un acto realizado en ejercicio de sus funciones

o en razón de ellas por el Alcalde de Ibagué, en esencia se sostuvo que la competencia funcional no era la ordinaria (por la naturaleza del hecho punible) sino con base en el fuero personal del agente calificado, y en tales condiciones, que el Juez de Instrucción Criminal que inició y adelantó la indagación preliminar una vez culminada debió remitir la actuación al Juzgado Superior del lugar para que fuera este funcionario judicial el que decidiera si dictaba o no el auto cabeza de proceso, y de hacerlo, ordenar la indagatoria del imputado.

'En el referido proveído, como fundamento de la decisión, se compara el caso del fuero de los Alcaldes con el de los Gobernadores de Departamento y Personeros Municipales cuando actúan como Ministerio Público, puesto que en tales eventos, por estarle atribuida la competencia a la Corte Suprema de Justicia y a la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito, respectivamente, a los jueces de Instrucción Criminal no les está permitido legalmente, dictar el correspondiente auto cabeza de proceso, so pena de invalidez de la actuación, pues solo las antedichas corporaciones judiciales de manera privativa y exclusiva pueden hacerlo.

'Pero también pretendió buscar sustento de autoridad al traer a colación lo que se creyó constituye el sentido de varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia y de una aclaración de voto del entonces Magistrado doctor Lisandro Martínez Zúñiga, en la que según el acusado se sostiene que el juez comisionado carece de atribuciones para abrir la investigación penal y vincular al proceso a través de su indagatoria a las personas amparadas con fuero.

'En la fecha del 8 de julio de 1990, rindió declaración indagatoria el magistrado procesado, y en esta oportunidad fue más explícito en cuanto a los motivos que lo determinaron a asumir la decisión que ahora se le cuestiona, y palabras más, palabras menos, sostuvo que a su juicio y de acuerdo a una interpretación sistemática del Código Procesal, en tratándose de personas con fuero como en el caso de los alcaldes, la investigación penal siempre y en todo caso debía iniciarla mediante el correspondiente auto cabeza de proceso el Juez Superior a quien la ley asignaba la competencia de los hechos punibles cometidos por aquellos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas (art. 70 ordinal C), y en tales condiciones tan solo a dicho funcionario correspondía ordenar su vinculación en calidad de procesado; pero, en cambio, la definición de la situación jurídica y la calificación del mérito sumarial, previa clausura de la investigación, la debían adelantar los Jueces de Instrucción Criminal, no por comisión o competencia delegada, sino por la remisión que del expediente debía hacerle el Juez Superior una vez iniciada la investigación y ordenar la vinculación del imputado, en cumplimiento de la ley que así lo disponía para garantizar el fuero personal'.

En el período probatorio de la causa se practicaron varias pruebas entre ellas el testimonio de Daniel Alfonso Zamudio Gil, quien en su calidad de abogado dijo conocer al Dr. Sánchez Maluche desde 1979 quien siendo Juez Promiscuo Municipal había realizado la instrucción de un proceso por homicidio en solo 30 días;

que posteriormente le había tocado actuar ante el mismo funcionario en su calidad de Juez de Instrucción distinguiéndose siempre por la premura y diligencia en la solución de los asuntos a su cargo. Dijo igualmente no haberlo conocido como activista político.

Flor Alba Rodríguez en su calidad de abogada dijo conocer al Dr. Sánchez Maluche desde veinte años atrás, por haber sido empleada en uno de los juzgados regentados por el procesado y que por ese conocimiento sabe se trata de un funcionario honesto, estricto, cumplidor de sus deberes oficiales, que en muchas ocasiones laboró por fuera de los horarios legalmente establecidos en el afán de garantizar la mayor celeridad en el adelantamiento de los procesos a su cargo. Agregó no haber conocido que en ningún proceso tuviera el ánimo de favorecer o perjudicar a alguien en particular; ni haber sabido que participara en política de alguna naturaleza, o que tuviera contactos políticos con el Dr. Santofimio Botero, o con el Dr. Alfonso Gómez Méndez.

Anexó la declarante copias de la decisión de la Corte Suprema de Justicia en la que se tramitó y falló un caso que no tenía casación por el monto de pena del delito investigado y de la posterior decisión de nulidad de dicha actuación para concluir que la conducta del enjuiciado podría haber sido típica pero no lo era antijurídica ni culpable.

Ricardo Velásquez G., en su calidad de abogado dijo conocer al Dr. Sánchez Maluche hace 22 años y haber litigado en despachos en los que éste era titular, conocimiento que le permite hablar de su corrección y honestidad en el desempeño de distintos cargos en los que lo ha conocido; particularmente destacó la celeridad de la instrucción de un proceso adelantado por el Dr. Sánchez Maluche en el Juzgado de Villeta.

El Dr. Hernando Restrepo Ospino declaró en su calidad de Agente Especial del Ministerio Público en el proceso contra Enrique González Cuervo, manifestando que su última actuación en el mismo había sido la apelación interpuesta contra el auto de enjuiciamiento criminal contra algunos de los imputados, por un solo hecho punible y por no haberse decretado el caso de procedimiento en los otros, cuando él había solicitado reapertura de la investigación en los demás. Adujo no haber conocido ninguna actuación de Sánchez Maluche de la que se pudiera deducir la existencia de parcialidad y que en ese proceso penal en particular como Agente del Ministerio Público había logrado la devolución al Tribunal de un proceso en el que no se había surtido un recurso de apelación que estaba pendiente.

El magistrado Jaime del Río Montoya expuso no haberse enterado de ninguna conducta incorrecta realizada por el doctor Sánchez Maluche.

El magistrado Hernán Verástegui G., aseguró haber conocido a Sánchez Maluche como funcionario acucioso y un estricto cumplidor de sus deberes. Y

agregó que el procesado intervino activamente para manifestar su desacuerdo con las irregularidades existentes en relación con la clínica del Dr. Alfonso Monroy Cabra, Concejal de Ibagué por el grupo Santofimista, con quien se había celebrado un contrato de prestación de servicios asistenciales para los afiliados a Cajanal.

René T.Ramírez R., en su calidad de magistrado en provisionalidad del Tribunal de Ibagué manifestó no conocer nada reprochable en la conducta del procesado.

Mariela Triana T., empleada del Tribunal afirmó que el comportamiento del doctor Sánchez Maluche en el proceso contra el Dr. González Cuervo fue el mismo que asumía en todos los asuntos dada su reconocida honorabilidad y verticalidad. Manifestó que no ha tenido noticia de algún trato especial entre el Dr. Sánchez Maluche y González Cuervo y, que nunca supo que este señor hubiese visitado el despacho de aquél. Reconoció como una de las características del magistrado Sánchez la celeridad que daba a todos los procesos que estaban a su conocimiento y por ello regularmente se encontraba al día.

Jesús A. García Trujillo en su calidad de magistrado declaró que por el conocimiento que tiene puede afirmar que la conducta de Sánchez Maluche ha sido correcta y que en el proceso de González Cuervo no se pudo advertir inclinación especial en favor o en contra.

El magistrado Germán Torres expresó que nada le constaba en relación con la conducta funcional de Sánchez Maluche, como tampoco que hubiera demostrado alguna determinada inclinación en el proceso de González Cuervo.

José J. Valencia en su calidad de magistrado aseveró que ha tenido un contacto muy limitado con sus colegas de la Sala Penal, pero que ha escuchado comentarios muy elogiosos en relación a la corrección del Dr. Sánchez Maluche. Dijo recordar que el magistrado Sánchez había protestado por el maltrato que les daba Cajanal al haberlos dejado en manos de una clínica inexistente, propiedad de un médico Monroy Cabra.

Efrén Bustos R., en su calidad de magistrado afirmó que la conducta de Sánchez le había parecido correcta y que no mostró alguna inclinación especial en el proceso contra González Cuervo y 'lo único que puedo decir es que no acogimos su proyecto que decretaba la nulidad del proceso por no parecernos ajustada a derecho'. Por otra parte reconoció que se había encontrado en el pasillo del Tribunal con la Dra. Ortíz de Guillén quien le dijo que iba a ver si era posible que le nombraran reemplazo a la juez Carmen Lozano de Hernández con el fin de que se posesionara de un cargo en la Procuraduría.

Se anexó copia del concepto dado por el doctor Narcés Lozano como Fiscal del Tribunal en el que solicita se desestime la apelación por haberse interpuesto

extemporáneamente y copia de la providencia del Tribunal donde se acoge el anterior criterio.

Igualmente se allegó el proyecto de nulidad presentado por el Dr. Juan Hugo Sánchez Maluche, que fuera derrotado en Sala mayoritariamente, en el que sostiene tesis similares a las que había sustentado en el auto unipersonal, motivo de reproche. En relación con este punto es importante destacar que el concepto del fiscal fue el 24 de mayo y la providencia aprobada finalmente tiene fecha del 28 de junio de 1990. Lo anterior porque fue denunciado penalmente el 7 de mayo de 1990, se dictó auto cabeza de proceso el 21 de mayo del mismo año e indagado el 8 de junio siguiente.

Euclides Roa E., en su calidad de magistrado dice que por conocimiento de sus colegas de la Sala Penal se ha enterado que el Dr. Sánchez es un magnífico funcionario; y que al igual que todos los magistrados de esa Sala, se había mostrado en desacuerdo con la contratación hecha por Cajanal para prestar servicios asistenciales a los empleados.

La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal de Ibagué hizo constar que revisado el movimiento de procesos desde el 1 de enero de 1982 al 31 de mayo de 1991 se evidenciaba que Sánchez Maluche registraba proyecto antes del vencimiento legal, 'generalmente 3, 4 ó 5 días después de recibir el expediente'; que examinadas las minutas de sustentación de procesos de segunda instancia del magistrado Sánchez aparece registrando los trámites al otro día de entrar el proceso a despacho y en otras ocasiones el mismo día. Se adjuntó un cuadro que representa el movimiento de minutas de sustanciación del procesado Sánchez.

El magistrado David R. Gastelbondo B., declaró que por el conocimiento que tenía de Sánchez de años atrás le constaba que era una persona responsable y cumplidora de sus deberes; y que siempre se preocupó de la situación de los empleados, razón por la cual le puso muchos reparos al contrato que había hecho la Caja Nacional de Previsión con el Centro Clínica de Ibagué para que prestara servicios de salud a los empleados.

Por otra parte relata que en cierta ocación (sic) la Procuraduría Regional Dr. Ortíz de Guillén les había pedido el favor de que se nombrara con la mayor prontitud el reemplazo de la Dra. Correa de Hernández quien debía posesionarse en un cargo en la Procuraduría, y que él posteriormente pronunció unas palabras de asombro porque interpretó el hecho como una intromisión en las funciones del Tribunal. Así mismo dijo que el Dr. Bustos aclaró que era él quien le insinuó que acudiera ante la Sala con tal finalidad.

El gerente del Centro Clínico Ibagué certificó que el doctor Alfonso Monroy Cabra no tiene ninguna vinculación legal con dicha sociedad.

El doctor Almanza Marín en su calidad de magistrado de la Sala Laboral del Tribunal de Ibagué, dijo tener el mejor concepto del doctor Sánchez Maluche. Nunca había escuchado que el procesado hubiera referido en favor ni en contra de González Cuervo.

El magistrado Cuenca Moncaleano en su calidad de magistrado de la Sala de Familia consideró que la conducta de Sánchez Maluche era correcta y sus decisiones imparciales.

El magistrado Medina Varón integrante de la misma Sala dijo no tener observaciones en relación con la conducta del doctor Sánchez Maluche.

El Dr. Bastidas Ortíz igualmente magistrado de familia, considera a Sánchez M., como un buen funcionario.

El Dr. Barriga Suárez en su calidad de magistrado de la Sala Penal manifestó conocer a Sánchez M., como una persona seria, honesta, responsable, y rápida para despachar los procesos a su cargo. Adujo que nadie le habló del proceso de González Cuervo, ni en favor ni en contra, y que conoce a la doctora Cecilia Correa de Hernández quien en su calidad de Juez de Instrucción revocó la excarcelación que beneficiaba al citado procesado.

La dra. Galeano Ortíz como magistrada de la Sala Laboral declaró conocer a Sánchez como un funcionario correcto.

El magistrado de la Sala Laboral Dr. Giraldo Ortíz expuso sobre el conocimiento que tiene de Sánchez como funcionario correcto e imparcial.

El Dr. Ospitia Garzón aseveró que en lo que le tocaba percibir el Dr. Sánchez actuaba normalmente y que en alguna ocasión que integraron la Sala, despachaba los procesos dentro de los términos.

El magistrado Prada Góngora opina que la conducta de Sánchez era normal y que despachaba los procesos con prontitud.

Para el magistrado Cortés Forero, Sánchez M., es una persona correcta y de carácter que despachaba sus procesos con rapidez, respecto de quien no observó ninguna clase de interés en el proceso de González Cuervo.

El Dr. Olaya Lucena afirmó que había observado un comportamiento normal en Sánchez M.,

La Dra. Rojas de Orozco declaró conocer al procesado como funcionario estudioso y dedicado a su trabajo, y no haberle visto ninguna predisposición

especial en relación con el proceso del doctor González Cuervo, además de que los procesos a su cargo eran despachados con rapidez.

En la diligencia de audiencia pública se concedió la palabra al procesado quien inició su intervención haciendo algunas precisiones terminológicas utilizadas por el legislador con los arts. 70, 73 y 351 del C. de P.P. de donde concluye que el Juez Superior tiene participación en la pesquisa y en la apertura de la investigación; agrega que como lamentablemente no se le resolvió la situación jurídica no tuvo la oportunidad de explicar en mejor forma la decisión pero que está convencido de que el Juez Superior tiene la misma competencia del Juez de Instrucción y que con las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia estudiadas sobre el tema, dedujo que en ese caso se había dado una nulidad o inexistencia; comenta que inicialmente, el día viernes, había preparado una ponencia para llevar a la Sala, pero que el lunes había resuelto que podía resolverse por un simple auto de sustanciación y que por ello es que en varios apartes de su redacción se habla de la Sala porque esa era la ponencia inicial.

Dice que posteriormente el proceso fue enviado nuevamente al Tribunal para que se surtiera la alzada y que él había presentado un proyecto que fue derrotado razón por la cual el proceso no se había afectado porque el Tribunal por mayoría había desestimado la alzada por haber sido interpuesta extemporáneamente.

Considera que la providencia de formulación de cargos es dura con él al considerar que la rapidez de su actuación es maliciosa, cuando la verdad es que su característica ha sido la celeridad.

En el uso de la palabra el Procurador Delegado comenzó resaltando las dificultades que la interpretación de la ley generaba, para luego afirmar que las jurisprudencias por él citadas son claras en cuando a la competencia de las corporaciones para personas que tiene fuero especial de juzgamiento, pero que su aplicación no es tan clara si ha de decidirse sobre el de personas con fuero cuando la competencia pertenece a los jueces unipersonales, para terminar concluyendo que el caso sometido a juzgamiento es originado en un error de interpretación, que considera debe ser aceptado porque no constituye una forma de aplicación de la ley completamente salido del marco sistemático dentro del cual se hizo la interpretación y que ello es aún más explicable si se recuerda que hacía poco se había presentado un cambio legislativo que modificaba radicalmente la competencia instructora y acusadora de los jueces de Instrucción Criminal y como consecuencia del mismo la competencia de los Jueces Superiores.

Destaca lo sostenido por el procesado en el sentido de haber entendido la interpretación y de seguirla entendiendo de la misma manera a pesar de que en muchas ocasiones ha vuelto a releer y meditar sobre la temática.

Que el error en sí es más aceptable si se tiene en cuenta que quien lo cometió es un funcionario judicial de una muy larga trayectoria durante la cual nada se le ha reprochado. Que no existe prueba que indicara que hubiera podido tomar la decisión que se le censura por motivaciones políticas, para terminar solicitando la absolución.

En el uso de la palabra el Dr. Sánchez Maluche manifestó que la posición del Procurador Delegado constituía una retractación de la entidad denunciante, al considerar que el Dr. Gálvez Argote no había actuado a título personal, sino como enviado de la comisión de apoyo para asuntos penales.

En este momento interpeló el Fiscal para decir que no se trataba de una retractación de la Procuraduría, porque en éste sentido la entidad no les da instrucciones y que su posición correspondía estrictamente a su criterio personal, entendiendo además que la actuación de la Comisión Penal era un acto de perfecta buena fe.

El procesado manifestó a su vez que lo que quería destacar era que un miembro de la Comisión Penal consideraba que en su proceder no había conducta meritoria de reproche penal.

Finalmente terminó haciendo énfasis en su actuar honrado y que en caso de haberse dado un yerro en su decisión ello es propio de la condición humana, porque a él no se le puede decir que no se puede equivocar como se dice en la resolución de acusación, recordando que personas más versadas se habían equivocado en éste tipo de temáticas.

Nuevamente insistió en la falta de pruebas para investigar integralmente la verdad y que él no se había preocupado, porque si no se habían dado las pruebas para dictarle medida de aseguramiento, menos aún se iba a dar una resolución de acusación.

Que no se puede dudar de la honradez por haber actuado con celeridad y destacó cómo la Procuraduría Regional de Ibagué había actuado con mucha rapidez para solicitar copias del proceso donde se había dictado el auto reprochado.

Recordó cómo la Corte Suprema de Justicia decretó muchas nulidades en aquellos procesos de competencia de jueces corporativos en los cuales los jueces comisionados habían tomado decisiones como era resolver la situación jurídica o aceptar una demanda de constitución de parte civil.

Que posteriormente había surgido la jurisprudencia de los años 80 en la que se había precisado que no había diferencia entre la competencia originaria y la delegada, porque todas tenían su origen en la ley y que las limitaciones existentes eran del fuero; que dentro de tales perspectivas se había preguntado por qué cuando

intervenían varios jueces aquella era válida y no así cuando interviene uno y que por eso seguía pensando que si ello era determinado por el fuero, era entonces el competente, es decir el Juez Superior, quien podría abrir la correspondiente investigación, indagar y resolver la situación del aforado.

Recordó que entre nosotros la jurisprudencia no es obligatoria y es apenas un criterio orientar en la labor de administrar justicia que cumplen los jueces; agregando que además no es el único funcionario que ha dictado autos unipersonales y dice tener uno emanado de un magistrado del desaparecido Tribunal Disciplinario, en un proceso que habiendo llegado para resolver una colisión de competencias se determinó que fuera devuelto al Tribunal respectivo por tratarse de juzgados del mismo distrito.

Luego mencionó la situación ocurrida con un procesado sustanciado por un magistrado de esta corporación, quién resolvió no llevar a la Sala una solicitud de cesación de procedimiento por considerar unipersonalmente que ello era extraño al recurso de casación.

Anunció agregar en escrito separado 38 fragmentos de jurisprudencia en los cuales la corporación ha reconocido que las interpretaciones lógica y coherente de la ley no constituyen delito de prevaricato.

Luego de citar otros casos en los cuales se resolvieron por autos unipersonales cuestiones que han debido ser resueltas corporativamente, manifestó que como consecuencia de haberse devuelto el proceso al Juez Superior, el Fiscal Especial consideró que se había incurrido en una equivocación y solicitó que regresara el expediente al Tribunal y que una vez allí, él había registrado la ponencia que fue derrotada por la Sala mayoritariamente y posteriormente el fiscal de la corporación conceptuó que la alzada debía desestimarse por haber sido interpuesta extemporáneamente, criterio que fue acogido por la Sala y en tales circunstancias así hubiese querido existir una intención dolosa, habría quedado en una tentativa idónea.

Consideró que el principio non bis in idem fue constitucionalizado y en tales circunstancias, él ya fue juzgado y sancionado por los mismos hechos; y que en tan precisas condiciones, en obedecimiento de tal mandato, no puede ser objeto de nuevo juzgamiento.

En el uso de la palabra el señor defensor del procesado manifestó que si se condenara al doctor Sánchez Maluche cundiría el pánico judicial porque lo que había hecho era una interpretación discutible de la ley y que si se producía un enjuiciamiento por un auto de sustanciación lo que sobrevendría posteriormente sería el prevaricato por miedo, y que por ello había que hacer profesión de fe en la judicatura.

Sostuvo que el procesado estaba enfrentado a una triple sanción, puesto que había sido multado disciplinariamente, siendo suspendido del cargo de magistrado por la sala plena y ahora enfrentaba un proceso penal por los mismos hechos.

Dijo conocer las jurisprudencias de la Corte donde se reconocía la posibilidad de la dualidad de las sanciones disciplinarias y penales pero que solicitaba a la Sala que reconsiderase, porque existía un pronunciamiento de la Corte con ponencia del Dr. Gaona Cruz en un proceso disciplinario y en el que sostiene que el poder punitivo del Estado es único y que por tanto solo puede existir una sanción.

Que esa jurisprudencia había llegado a conocimiento de la Asamblea Nacional Constituyente y allí se había hablado de acogerla, por lo que los constituyentes habían convertido la doctrina Gaona en texto constitucional, que se tradujo en el artículo que dispone que la persona puede ser objeto de más de un juzgamiento. Mencionó el acta 84 del 18 de mayo de 1991 donde el constituyente transcribe textualmente la sentencia de Gaona y aprueba el artículo de la Constitución que tiene como finalidad evitar la dualidad de juicios disciplinarios y penales.

Dice no haber encontrado en la resolución de acusación un análisis sobre la antijuricidad; agrega que si se tiene en cuenta que la apelación inicialmente repartida al doctor Sánchez Maluche fue desestimada por haber sido interpuesta extemporáneamente, era claro que el expediente de todas maneras tenía que ser devuelto por medio de un auto de sustanciación y en tales circunstancias la conducta realizada por el doctor Sánchez Maluche carecía de antijuricidad, por no haberse ocasionado perjuicio a nadie. El abogado termina solicitando la absolución del procesado".

Consideraciones de la Sala

1.- El primer planteamiento defensivo que para este momento procesal suscita el representante judicial del acusado se inclina a conseguir la invalidación de lo actuado, pues a su juicio, el hecho de haber estado sometido el doctor Sánchez Maluche a un proceso disciplinario generado por los mismos hechos que obligaron esta actuación penal, inhibe la posibilidad de un segundo juzgamiento, dado que de culminarlo se le estaría vulnerando su derecho constitucional a no ser juzgado ni condenado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem).

La tesis, para la cual procura apoyo la defensa en los antecedentes del artículo 29 constitucional tomados de los trabajos de debates de la Asamblea Nacional Constituyente, fue debidamente analizada dentro de la ponencia original llevada a la Sala por el Honorable Magistrado Sustanciador doctor Saavedra Rojas, y como en su respuesta se concidió por unanimidad, nada tiene que añadirse ahora como parecer complementario.

Estas son, entonces las razones en que la corporación funda su afirmación de validez y legalidad de lo actuado, como la necesidad del fallo que motiva:

"Es evidente que el nuevo texto constitucional en la parte final del penúltimo inciso del art. 29 dispone el derecho ciudadano "a no ser juzgados dos veces por el mismo hecho". Argumenta la defensa, se reitera, que al haber sido juzgado disciplinariamente el procesado no puede ser ahora objeto de juzgamiento penal.

Ya la Sala antes y después de la vigencia de la nueva Constitución se había pronunciado al respecto y es así como con ponencia del Dr. Gómez Velásquez, dijo el 22 de mayo de 1990:

'Sabido es que la acción disciplinaria y penal no se excluyen y pueden adelantarse en forma autónoma. Esto lo dice la propia ley, y no significa que unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria; tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal. Así las cosas el juicio de valor que se emita para tener una conducta como atentatoria del régimen disciplinario, no es idéntico al que ha de verterse cuando se trata de determinar si ese mismo comportamiento vulnera o nó el estatuto penal. Aquí las opiniones se mueven sobre la materia diferente, que esté reglada por parámetros diversos. Y mal puede entonces ser idénticos los fundamentos jurídicos de una y otra decisión.

El 4 de marzo de 1991 con ponencia del magistrado que ahora ejerce la misma función, la Sala dijo:

'Nadie discute que la acción disciplinaria y la penal se pueden ejercer paralelamente, pues así lo dispone la propia ley y es por ello que con mucha frecuencia un mismo hecho es origen tanto de un proceso penal como de uno disciplinario; pero la aceptación de tales premisas no pueden llevarnos a aprobar que los juicios valorativos que haga el juzgado respecto de uno de ellos, sean diversos de los que deba realizar sobre los mismos hechos en el otro, porque a pesar de que la naturaleza de las infracciones y de cada uno de los procesos es diferente, los hechos originarios de las distintas acciones, son los mismos, y a pesar de lo afirmado con anterioridad, la verdad es que con menos exigencias que con la infracción penal, la falta disciplinaria igualmente requiere de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y es prácticamente imposible que cuando se haya realizado la valoración penal de unos hechos para concluir en la existencia de un prevaricato por omisión, por ejemplo, posteriormente el mismo juzgado enfrentado a los mismos hechos pudiera hacer abstracción de tales elucubraciones y pudiera hacer una nueva valoración sin que tuvieran influencia sobre su intelección las que en sentido similar realizó con anterioridad. Habrá que reconocer que resulta difícil, por no decir imposible, que en el ejemplo colocado a manera de hipótesis, después de haber condenado por prevaricato por omisión, se pudiera absolver por mora en el proceso disciplinario.

'Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga a reconocer su inmensa similitud, pues ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad, y consecuencialmente del de tipicidad, en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuricidad, esto es, la vulneración del bien jurídico protegido que es la Administración Pública afectada por la ineficiencia de la administración de justicia y, por último, ambas deben ser conductas culpables, como de manera reiterada lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia...'

Y más recientemente el 4 de diciembre de 1991 con ponencia del magistrado que funge como tal en esta oportunidad, la Sala reiteró:

'No comparte la Sala el criterio del recurrente, en cuanto a que expresa que por haber sido procesado y absuelto disciplinariamente por la procuraduría por los mismos hechos, no puede ser objeto de un nuevo juzgamiento, porque si bien el principio del non bis in idem, ha sido desde antiguo reconocido por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, también lo es que el mismo se ha predicado de la imposibilidad de ser juzgado penalmente dos veces por los mismos hechos y así expresamente se estableció en el art. 71 del decreto 196 de 1971 al disponer:

'Si los hechos materia del proceso disciplinario fueren además constitutivos de delito perseguible de oficio, se ordenará ponerlos en conocimiento del juez competente acompañándole copia auténtica de lo necesario. La existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos, no dará lugar a suspensión de la actuación disciplinaria'.

'Y es por ello también que la jurisprudencia de nuestras corporaciones judiciales reiteradamente se han referido a ello. Es importante recordar algunas de dichas manifestaciones. Es así como el Tribunal Disciplinario en sentencia del 8 de junio de 1992, dijo:

"En razón a que se ha insinuado un doble juzgamiento del doctor Garrido García, que violaría el principio Non Bis In Idem, es necesario advertir que las acciones penal y disciplinaria son perfectamente compatibles, por expresa disposición del artículo 71 del decreto 196 de 1971, máxime en este caso cuando el artículo 6o. ibídem, exige como primer requisito para su aplicación la existencia de un fallo penal por el mismo hecho, y el examen de la modalidad y circunstancias de este es precisamente uno de los motivos del trámite disciplinario'.

'La Corte Suprema de Justicia por su parte, en el tema ha sostenido:

'El reparo por 'non bis in idem' ha debido no ser involucrado en este cargo, sino formularse independientemente, ya que tiene soporte diferente a la falsa tipificación. Por lo demás, es evidente que, por los mismos hechos, procedían las acciones disciplinaria y penal. Dice al respecto el artículo 115 del reglamento de régimen disciplinario para las Fuerzas Militares:

'Si se hubiere sancionado disciplinariamente un hecho del cual podría derivarse la comisión de un delito, se ordenará la acción penal correspondiente.

'Dicha disposición es muy clara y no deja campo a la incertidumbre ni a una interpretación opuesta o diversa. Por otro lado, esa dualidad de procedimientos, común al resto de normatividades estatales, se explica sustancialmente porque el derecho penal propiamente dicho, y el derecho disciplinario tiene distinto origen, y consecuentemente, persiguen también fines distintos; mientras el primero se ejerce sobre todos los habitantes del territorio nacional con miras a hacer posible la convivencia, previendo y/o reprimiendo graves daños al conglomerado, el radio de aplicación del segundo está restringido a las personas que tengan relación con dependencias con el Estado, y tiende, por tanto, a mantener la buena marcha de los servicios públicos; de ahí que a las penas disciplinarias también se las conozca como 'penas de servicio'. En estas condiciones, el servidor público que comete un hecho constitutivo a la vez de delito y falta disciplinaria, afecta un bien jurídico más que el simple particular, imponiéndose entonces su 'doble juzgamiento', sin que ello entrañe desconocimientos del mencionado principio'.

"Podría pensarse como lo dice el recurrente que por haberse incluido expresamente el principio de la nueva Constitución y concretamente en el art. 29 en el sentido que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, la situación ha cambiado y que por tanto en la actualidad es imposible el juzgamiento disciplinario penal paralelo, pero ello no es así, porque el principio, tanto en la legislación anterior como en la actual se hace referencia es a la imposibilidad de doble juzgamiento penal por los mismos hechos y ello debe ser así, porque los bienes protegidos penal y disciplinariamente son diferentes y buscan diversas finalidades y es bien sabido que mientras el derecho penal tutela y garantiza derechos individuales, sociales y estatales de gran trascendencia, que son indispensables para la seguridad y como presupuestos necesarios de la armonía y desarrollo de las personas, de la sociedad y del Estado; el derecho disciplinario busca fundamentalmente como su nombre lo indica regular, disciplinar y velar por el correcto comportamiento de grupos humanos, sea que estén vinculados laboralmente a empresas estatales o privadas o que realicen actividades profesionales reguladas por el Estado, para que de esta manera garantizar un apropiado servicio público para prever el desarrollo adecuado de empresas particulares, o el ejercicio de una profesión liberal dentro de los marcos de la ética; y de este modo brindar un eficaz servicio a los que requieren de ellos. Se hace referencia a los múltiples estatutos disciplinarios que regulan las actividades de los diferentes entes estatales o privados (reglamentos de trabajo) o lo que disciplinan determinadas profesiones (el estatuto ético de los abogados o médicos, por ejemplo). Pero es obvio que la existencia de tales estatutos disciplinarios y el sometimiento a ellos de sus destinatarios, no impide que la conducta simultáneamente vulnere, además de las previsiones disciplinarias, las penales. Sería inconcebible, que un abogado que en ejercicio de la profesión se apodere de dineros de su cliente, por el hecho de ser juzgado disciplinariamente no pudiera serlo por un delito contra el patrimonio económico.

'Considera entonces la Sala que por buscar diversas finalidades sociales y políticas, la introducción constitucional del principio non bis in idem no ha modificado la situación que se presentaba con anterioridad y que sigue siendo posible el doble juzgamiento penal y disciplinario.

'Y que no se vaya a decir que se trata de una interpretación atrabiliaria o ideológica, porque ella es concordante con la preceptiva internacional de los derechos humanos y es así como el numeral 7o. del art 14 del Pacto Internacional de Derechos Humanos (Ley 74 de 1968) establece: 'Nadie podrá ser juzgado ni sancionado *por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo* con la ley y el procedimiento penal de cada país.

"Y el principio se repite en la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), pues en su artículo octavo hace relación a las personas inculpadas de delito y por ello en el numeral 4 del literal h) debe entenderse como la prohibición del non bis in idem desde el exclusivo punto de vista penal. Dice así la norma: 'El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos'.

'No es entonces que la Sala se haya olvidado adrede -como mal intencionadamente lo afirma el recurrente- del proceso disciplinario que por estos hechos se adelantó contra el ahora sindicado, sino que responde a una interpretación reiterada y uniforme de la corporación sobre este punto y que ha entendido no se ha modificado por las agregaciones que ahora aparecen en el art. 29 de la nueva Carta'.

Sostiene el defensor que fue voluntad de la Asamblea Nacional Constituyente convertir en texto constitucional la jurisprudencia de la que fue ponente del Dr. Gaona Cruz, que en su criterio es clara prohibición el doble juzgamiento, así se trate de uno disciplinario y de otro penal; y como argumento de fondo aduce que en tal sentido el constituyente Hernando Londoño dejó constancia expresa que figura en el acta 84, donde queda clara la imposibilidad del doble juzgamiento.

Pero la situación no es como quiere plantearla la defensa, porque en realidad, en el acta Nro. 84 de la Asamblea Nacional Constituyente no aparece constancia de que lo afirmado por el defensor hubiera sido propuesto y menos aprobado; allí simplemente aparece el informe rendido por un miembro de la asamblea que sí, en verdad, plantea la posibilidad de que el non bis in idem impida el juzgamiento paralelo por conductas disciplinarias y penales, pero ello no es más que un informe y por tanto no se le puede dar la trascendencia que pretende el mandatario.

Y por si fuera poco la jurisprudencia citada por el constituyente Londoño Jiménez está enseñando precisamente lo contrario; es decir que sí es posible el juzgamiento paralelo de carácter penal y disciplinario y ello surge claro de la lectura de algunos de sus apartes como cuando se dice en la misma: 'Frente a nuestro régimen constitucional una misma persona puede ser coetáneamente

sindicada, procesada y sancionada por haber incurrido tanto en la comisión de un delito, en su condición de agente del hecho punible, como de una falta disciplinaria, en su calidad de empleado oficial, con motivo de una misma actuación y omisión'. (Sentencia de junio 5 de 1975. G.J. CLII y CLIII Nros. 2393 y 2394 años 1975 y 1976, págs. 86-87).

Y más adelante en la misma sentencia se sostiene: '6. La garantía del 'non bis in idem', aunque no por la misma conducta, sino, en relación con ésta, con prohibición de doble sanción por la misma especie punible: vgr. dos veces por el mismo delito o por la misma falta disciplinaria'.

Y prosigue la decisión: "6. Naturalmente, aunque el derecho disciplinario y el derecho penal apuntan a veces a la misma conducta en forma simultánea su propósito específico es diverso y se encamina dentro de las órbitas autónomas y propias; pues el fallador no es el mismo: juez disciplinario administrativo o supervigilancia, en un caso, y juez penal, en el otro; el sujeto es considerado de manera distinta: como funcionario o empleado oficial, en un caso y como posible agente del hecho delictivo en el otro; la finalidad del averiguatorio es parcialmente disímil; la buena marcha y el buen nombre de la gestión pública, en un caso, y el bien jurídico de tutela contra el peligro o el daño social en el otro, salvo en algunos delitos llamados 'propios'; el rigor procesal es diferente: proceso disciplinario administrativo, en uno, y procedimiento penal judicial en otro; y el tipo de sanción es también diferente: inhabilidad, desvinculación, todo en razón de la función pública, en un caso, pena privativa de la libertad o hasta penas accesorias, en el otro" (Sentencia del 7 de marzo de 1985).

En las condiciones anteriores no se viola el principio del non bis in idem cuando un ciudadano es procesado y sancionado en razón de la misma conducta, desde la perspectiva disciplinaria y penal, porque a pesar de ser emanaciones de la misma función punitiva, buscan la protección de bienes y derecho sustancialmente diversos, de un lado la buena marcha de la administración pública, concebida ésta como un servicio que presta el Estado a los ciudadanos para garantizar su bienestar y el desarrollo adecuado del hombre como tal, en una sociedad reglada y controlada, y de otro, la protección de un bien jurídico que por su trascendencia ha sido considerado como merecedor de protección penal, que al ser puesto en peligro o conculcado por la acción u omisión del sujeto agente, lo hace acreedor a las sanciones especialmente previstas.

En el primer caso, el ciudadano es sancionado en la calidad de funcionario que incumplió por acción u omisión deberes especialmente señalados en razón del cargo desempeñado y que tienen como finalidades primordiales la eficacia, y la correcta administración pública; y en el otro caso el ciudadano es castigado porque vulneró normas mínimas de convivencia social, que amenazan la estabilidad y seguridad del individuo, de la sociedad, del Estado.". (Hasta aquí la transcripción de la ponencia del Dr. Saavedra).

Carece, pues, la nulidad invocada, de arraigo alguno dentro del presente asunto.

2.- La segunda opción por la cual se encamina la defensa y que en la audiencia auspicia la Procuraduría por voz de su delegado, sienta reales en la reiterativa excusa del procesado que de modo invariable, casi que con terquedad, insiste de principio a fin en que la asunción que hizo del problema legal y procesal por cuya solución responde, era la correcta y adecuada, de manera que mal podría resultar siquiera como decisión de juez, contraria a la ley que le correspondería respetar.

a) Recordando los hechos, bien merece apuntar de ellos que las diligencias seguidas contra el ex-alcalde de Ibagué doctor Enrique González Cuervo a quien imputaba la comisión de delitos de falsedad y contratación del doctor Sánchez Maluche por apelación interpuesta de parte del defensor, inconforme frente al auto de detención proferido en contra del ex-funcionario por el Juzgado 16 de Instrucción Criminal, a cuyo cargo había estado la iniciación y trámite del sumario.

La intervención del magistrado Sánchez resultó tan veloz como bizarra, pues apenas transcurridos 3 días del recibo del expediente ordenó por auto que avala con su exclusiva firma (abril 23 de 1990) su inmediata remisión a los juzgados superiores de Ibagué, para que luego de someterlo a reparto, se procediera a reponer lo actuado sin competencia por el juez de instrucción, dejando a salvo y a título de "indagación preliminar" las pruebas no afectadas directamente por el vicio. Las razones que para ese pronunciamiento sentó el funcionario en el auto que le ha merecido el enjuiciamiento, pueden resumirse como sigue:

- Los cargos involucraban al doctor González Cuervo por actos cumplidos durante su desempeño como Alcalde de Ibagué;

- La competencia para conocer de los delitos cometidos por los Alcaldes Municipales la fijaba en razón del "fuero personal" el artículo 60, ordinal del Código de Procedimiento Penal en los jueces superiores, competencia que no tenía antecedente en la legislación procesal anterior a 1987;

- En el caso de estudio, el auto cabeza de proceso resultó proferido por el Juez 16 de Instrucción Criminal y no por el Juez Superior desconociéndose que el artículo 351, inciso 3o del Código de Procedimiento Penal obligaba a respetar la asignación funcional específica que para ese fin había señalado la ley;

- Con relación al factor foral, señalando la Corte en pluralidad de decisiones las limitantes que surgían para el comisionado, había precisado que la apertura misma de la investigación, como la orden de vincular mediante indagatoria a un aforado, eran decisiones privativas del funcionario competente dentro de ese factor prevalente, principios que resultan extensivos al caso en que el fuero correspondiera a una autoridad competente singular y no solamente a corporaciones, añadiendo

que para "la Sala" el "fuero personal es la exclusión que la ley hace para que sujetos activos de posible punible sean juzgados en forma diferente a la ordinaria".

-Sugiriendo en seguida la solución que asomaba como posible, concluyó en que podría estarse ante un fenómeno de inexistencia "tanto para el pronunciamiento que abrió investigación y para la indagatoria que se le recibió al alcalde...por lo que bastaría con la desestimación (artículo 310 del Código de Procedimiento Penal). Pero la reforma de 1989 consagró la nulidad para las providencias (artículo 309) con lo que no se afecta la otra actuación que puede integrar la indagación preliminar ante un futuro auto cabeza de proceso, si se llega a dictar".

Tal conclusión se complementó asegurando que "el auto cabeza de proceso es inexistente o nulo, porque solo puede ser dictado por el Juez Superior, sin recurso posible, por eso mal puede la corporación pronunciarse al respecto en la segunda instancia. Consecuencialmente la indagatoria recibida al imputado es inexistente porque existiría sin auto cabeza de proceso (inexistente o nulo) y además, no la ordenó el funcionario con competencia exclusiva para ello".

Como de modo claro lo precisó la Corte en resolución de acusación sin que siquiera en ello hubiera discrepado el magistrado que frente a esa decisión salvó su voto, la providencia así adoptada con exclusividad por el doctor Juan Hugo Sánchez resultó doblemente equivocada, pues de una parte los funcionarios ni la decisión de dar por inexistente la apertura del sumario y la vinculación del ex-alcalde se acomodaban al querer legal, ni de la otra el procedimiento de excluir la intervención de la Sala de Decisión tenía para ese evento cabida alguna.

En uno y otro caso el marginamiento de la ley por quien cumplía el acto dentro de acreditado ejercicio funcional fue claro, de manera que no pueden ser de recibo los esfuerzos con los cuales pretende el doctor Sánchez Maluche sostener hasta el final el acierto de las determinaciones que adoptó.

En relación con la competencia para iniciar e instruir procesos en contra de los alcaldes municipales, sus análisis desconocieron o restringieron indebidamente el contenido del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, pues si el artículo 60 atribuía competencia a los jueces superiores para que conocieran en primera instancia "de hechos punibles cometidos por los alcaldes en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas", dentro del mismo capítulo el artículo 73 agrega sin restricción alguna que *"de los delitos de competencia de los jueces del circuito y superiores"* serían "los jueces de instrucción" los encargados de adelantar la investigación y pronunciarse sobre la calificación del sumario.

Y en lo que toca con la adopción de una decisión que como la asumida tenía alcance para provocar la anulación o declaración de inexistencia del auto cabeza de proceso y la vinculación del procesado, tampoco su contenido se llamaba a equívoco en cuanto la competencia para un pronunciamiento de tal naturaleza le

correspondía a la Sala de Decisión Penal como superior jerárquico y funcional del Juzgado de Instrucción que había proferido la determinación apelada (artículo 69-1 C.de P.P.).

Obviar, pues, ese pronunciamiento exclusivo del juez colegiado que requería para su aprobación del criterio de una mayoría, era comportamiento desacomodado a la estructura procesal vigente, frente al cual, solo los autos de sustanciación o impulso proceso conciernen con exclusividad al magistrado que sustancia el proceso.

b) Conciente, a no dudarlo, de esa entidad objetiva de los hechos, convoca entonces la defensa, de modo alternativo el debate en el ámbito de la antijuridicidad, proponiendo que la decisión del acusado careció en ella de connotación alguna, porque a la postre la decisión de detención motivo de apelación regresó de nuevo al Tribunal y fue materia de estudio por parte de la Sala, que añadido se encontró con que ni siquiera el recurso intentado resultaba procedente.

Tampoco en este planteamiento podría coincidir la Corte, pues cotejando los resultados inmediatos generados por el auto del doctor Sánchez Maluche se confirma el efectivo desorden provocado hacia el interior de la administración pública, dado que al gestar la omisión del trámite que correspondía, trastornó el curso debido de la instancia y produjo tardanza en el pronunciamiento que necesitaba la prosecución adecuada del impulso procesal, además de haber producido el efectivo riesgo de abortar la continuación misma del sumario, dejándolo a riesgo de una anulación carente de causa y fundamento legales.

c) Centrada, sin embargo la atención en la alegación de fondo atinente con la ausencia del elemento subjetivo que respaldó en la audiencia la Procuraduría Delegada, cobran a juicio mayoritario de la Sala toda su relevancia las pruebas allegadas dentro de la etapa de la causa en cuanto a de su contenido surgen serias e insalvables dudas que impiden aquel grado de certeza que sobre la culpabilidad requiere un fallo de condena.

Como sin dificultad resulta del análisis que sobre el dolo hizo la providencia enjuiciatoria, a la connotación misma del hecho objetivamente contemplado se añadieron razones que ponían en descubierto el dolo con que había procedido el procesado, sorprendido en su aberrante decisión frente a un caso de contornos políticos que involucraba a una figura pública del departamento, despachado no con el cuidado que el mismo demandaba, sino con pasmosa y sospechosa celeridad, pues recibido el expediente en un día viernes, ya el lunes siguiente salía con destino a los jueces superiores.

Sin que la Sala se aproxime al despropósito de sostener que la sola presencia de declaraciones sobre buena conducta pueden desvanecer las pruebas que sobre la actuación dolosa de un procesado obren activamente en un proceso, lo que se ve

en la ineludible necesidad de estimar en su contenido y valor es el cúmulo de las aportaciones conseguidas en la etapa de la causa que pausadamente se relacionan en los considerandos, pues en esas demostraciones obra mucho más que una simple referencia al buen manejo personal, social y funcional del funcionario acusado.

En efecto, y si ya se han expuesto de presente los hechos indicadores que acompañaron como posible explicación la insólita decisión que el 23 de abril de 1990 firmara el magistrado doctor Sánchez, una a una las nuevas aportaciones constituyeron verdaderos y relevantes contraindicaciones, siendo de rigor apuntar que no es el número de declarantes el que impresiona la convicción de la Corte, sino la seriedad de quienes los vierten y el conocimiento que sobre el tema que deponen muestran para este asunto.

El esclarecimiento que estos nuevos elementos trae, incide entonces, en saber:

i) Que lejos de mostrarse insular la celeridad con qué se tomó la decisión en el caso de González Cuervo, era el afán cuotidiano del doctor Sánchez Maluche el motivo que lo impulsaba a resolver todos los asuntos a su consideración con gran apremio y especial dedicación por producir su decisión en tiempo.

ii) Que ninguna aproximación se conocía dentro del medio social en que laboraba el acusado, que le vinculara con el ex-alcalde procesado, pero que ni siquiera había mostrado el doctor *Juan Hugo Sánchez Maluche* tolerancia con las actuaciones oficiales cumplidas por el ex-funcionario pues cuando tuvo ocasión el Tribunal de debatirlas dentro de su seno, se oyó la voz del ahora procesado reprochando el desacierto de una gestión de González que al parecer llevaba al detrimento de los afiliados a la Caja Nacional de Previsión.

iii) Tampoco las relaciones magistrado-procesado se vislumbraron dentro del ámbito de la beligerancia política, pero no siquiera de la simpatía hacia el grupo del cual hacía parte el ex-alcalde, pues dentro de aquella comunidad local no afloró señal que hiciera esa situación siquiera sospechosa.

iiii) El doctor *Juan Hugo Sánchez* se presentó por sus conocedores como un magistrado serio, responsable, dueño de una amplia experiencia en la judicatura y recto en sus decisiones, sin que sus compañeros en la Sala de Decisión que resolvió el caso de González Cuervo hubieses detectado un interés o un comportamiento distinto de aquel que en los demás eventos asumía.

Esa misma información ratificada en voces de personas que como litigantes conocieron sus intervenciones tampoco hacen compatible la actuación del doctor Sánchez como funcionario desleal, parcial o arbitrario como para inferir siquiera que en el caso que ahora se juzga hubiese sido su interés el de hacer prevalecer su minoritario criterio frente al opuesto de la mayoría de la Sala.

Cierto es que para dar por demostrado el dolo en el delito de prevaricato por acción, basta conocer que el funcionario tuvo la conciencia y la voluntad de producir una decisión que sabía opuesta frente al derecho aplicable, de manera que no exige la ley pruebas acerca de la existencia de un particular designio o de una específica finalidad.

Sin embargo y como cuanto define a este punto el debate en el caso presente es conocer si en verdad del doctor Sánchez Maluche pudo incurrir de buena fe en una equivocada interpretación de los preceptos que le correspondía aplicar, imposible se muestra dejar de lado todos aquellos antecedentes que sobre su personalidad, desempeño funcional y conducta asumida en el caso de *González Cuervo* se develan, pues todos ellos coinciden al lado de la amplia motivación que el funcionario dio a la decisión tildada de prevaricadora, para abrir serio y fundado camino al error que como explicación de su conducta ofrece, y que no por relevante que resulte ni por provenir de parte de un funcionario experto pierde posibilidad de aceptación, pues por más que la sabiduría y la experiencia restringan palpablemente la posibilidad del humano errar, fracasan en la pretensión de eliminarla.

En este entendimiento y solo por vía de ejemplo sobre los parámetros de comparación que utilizó, con desacierto, por su puesto, el doctor *Sánchez Maluche*, no es impertinente recordar los ejemplos suministrados por el causado y acogidos aun cuando con sus explicaciones y reservas en la ponencia desechada, recuerdan que no es absoluta la imposibilidad para que un magistrado sustanciador por propia iniciativa y exclusiva responsabilidad devuelva sin intervención de sus compañeros de Sala un asunto, pues tal es el caso que la postura minoritaria acepta cuando descubre que faltan requisitos formales que impiden el impulso de la instancia, o cuando avisa que el expediente arribó como consecuencia de una equivocada remisión, factores que aunque no encajaban en la situación que afrontó el acusado, cuando menos demuestran que no era del todo admisible aquella posibilidad que le sirvió de presupuesto el falso juicio de contenido en la respectiva conclusión.

Y si convenir en la viabilidad de este supuesto exculpativo significa que como hipótesis central, la de la voluntaria rebeldía del funcionario ante la ley pierde como consecuencia su exclusividad dentro de la interpretación de los móviles que animaron subjetivamente el actuar del acusado, de inmediato asoma y con seriedad por los antecedentes todos que tanto el acusado como el hecho revelan a la luz de la información final sabida, la presencia de la duda, que por mostrarse con seriedad y relevancia frente a la culpabilidad dolosa que se examina, entra a enervar aquel grado de certeza que reclama el fallo adverso, enderezando la solución de la situación definitiva del doctor *Sánchez Maluche* de la forma en que lo indica el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal que rigió este proceso.

Cierto ha de ser el reconocimiento que se haga en cuanto el error revelante de responsabilidad que en materia penal enerva la culpabilidad tiene que ser de carácter insuperable, lo que no parecería fácilmente aceptable para el caso del

doctor *Sánchez Maluche* dada su preparación profesional y la experiencia judicial que le acompañan. Sin embargo y si los mismos hechos se miran una vez más en su conjunto, tampoco resulta extraño no forzado sostener que si de esa equivocación hubiera podido salir al menos al dedicarle mayor tiempo y estudio al caso que afrontaba, su demostrada vocación por la especial y caso obsesiva celeridad en la solución de los asuntos que le correspondían bien parece que en esta ocasión abrió camino para aconsejarle tomar la solución menos dilatada, en cuyo caso se tiene con atendibilidad que una ligereza o descuido de esa dimensión tampoco compatibiliza con un delito de prevaricato activo, porque éste exclusivamente asoma dentro de una modalidad dolosa, valga decir, cuando se tienen además de la certeza de que se va a actuar de manera contraria a derecho, el inequívoco y conciente propósito de hacerlo.

Oportuno resulta para terminar, hacer memoria de la doctrina que sobre el error y la insuperabilidad ha sentado la Corte frente a la equivocación judicial de origen negligente, pues según ella:

"Evidenciada esta nota de error (su insuperabilidad), la culpabilidad no se da por ausencia de dolo en cuanto faltaría uno de sus elementos el del conocimiento de la concreta tipicidad de la propia conducta, o lo que es igual, del aspecto cognoscitivo del actuar doloso. Si, en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de la condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectivo de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico: pero en tal hipótesis, por expresa disposición del artículo 40 del Código Penal el hecho será punible cuando la ley lo hubiera previsto como culposo, lo que significa que si solamente se admite forma dolosa, habrá de reconocerse exención de responsabilidad". (Mayo 24 de 1983, M.P. Dr. Alonso Reyes Echandía).

La indefectible conclusión emerge, entonces, de la motivación que aquí precede no es otra distinta de absolución del acusado frente al cargo de prevaricato que le condujo a este acusamiento, y como consecuencia de ella se impondrá la comunicación del sentido de esta decisión a la Dirección Nacional de la Carrera Judicial y a la Sala Plena de la Corte, a las cuales se había enterado de la acusación para los consiguientes fines administrativos. Igualmente se dispondrá la devolución de la caución prestada por el procesado para garantía de su excarcelación.

De otra parte y como dentro del debate de la audiencia, hizo referencia la representación del acusado a la ocurrencia de irregularidades dentro de una averiguación que por fraudes a la Caja Nacional de Previsión se atribuyen a la señora Rosalba Restrepo, no por su falta de relación con los hechos de este debate puede dejar de adoptarse la medida que resulta conducente y que implica la

remisión de copia de aquellos apartes de la alegación con destino a la Fiscalía General de la Nación para los fines que le corresponden.

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

RESUELVE

Primero: Absolver al acusado doctor Juan Hugo Sánchez Maluche, frente a los cargos que por el delito de prevaricato por acción le fueron deducidos en la resolución acusatoria proferida en su contra dentro de estas diligencias, según hechos que concreta la parte resolutiva de esta sentencia.

Segundo: Dése conocimiento sobre el sentido de esta providencia a la Dirección Nacional de Carrera Judicial y a la Sala Plena de la Corte para los fines administrativos que de ella emanan, y devuélvase la caución prestada por el procesado Juan Hugo Sánchez Maluche.

Tercero: Expídanse las copias previstas en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel
Con salvamento de voto

Jorge Carreño Luengas

Guillermo Duque Ruiz
Salvo el voto

Yesid Ramírez Bastidas

Jorge Córdova Poveda
Conjuez

Edgar Saavedra Rojas
Con salvamento de voto

Juan Manuel Torres Fresneda

Jorge Enrique Valencia M.
Aclaro mi voto

Rafael Cortés Garnica
Secretario

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA \ PERSONALIDAD DEL AGENTE (ACLARACION DE VOTO)

Referencia: Unica instancia No. 5044

Delito: Prevaricato

ACLARACIÓN DE VOTO

La Sala Penal de la Corte, por mayoría, absuelve de los cargos imputados en su momento al Sr. Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, Dr. Juan Hugo Sánchez Malucho, por el delito-tipo de prevaricato. Respeto y comparto la decisión final de la absolución no así -con máxima consideración va dicho- las premisas y proposiciones en que ella se asienta y que apuntan a la aplicación ecuménica del *in dubio pro reo*. Dos razones me impelen a persistir en mi criterio frontal conocido desde la mismísima resolución de acusación: los antecedentes integérrimos del magistrado acusado y la ausencia de dolo en su comportamiento. Con los más explícitos argumentos jurídicos y probatorios traté resueltamente de demostrar -dada la naturaleza del acto cumplido y las circunstancias del hecho- la volatilización del injusto por el cual se denunció o por mejor decir, la atipicidad de la conducta. Con fuerte pretensión de exactitud dije, en su momento, cuanto tenía que decir ante el cargo endilgado al acusado. Y como para mí la realidad es muy otra, puesta a precisarla, no puedo menos que copiar, ante la inutilidad de presentar nuevos argumentos lo dicho pasada ocasión:

"...Como no hallo razonable la dialéctica que inspira la providencia de la que me aparto, me veo en la obligación de poner en relieve los puntos de mi desacuerdo, los que en la materia son radicales:

a. En los delitos contra la Administración Pública juegan papel relevante las referencias y antecedentes de la persona justiciable. Estas normas de conducta -que no son, ni deben ser cuestiones ajenas a la comprensión de los fenómenos delictivos- cobran valor sintomático en casos como el actual donde el problema técnico debatido es de enorme volumen. Importa afirmar que la Sala Penal de la

Corte -hasta donde recuerdo- no se ha desatendido de tan disientes factores sobre todo cuando aparece involucrado un funcionario de la Rama Jurisdiccional. Esto es fácil de entender.

b. Los datos que se conocen del Magistrado, Dr. Juan Hugo Sánchez Maluche, son óptimos e inmejorables por ser dueño de una insobornable línea de conducta: funcionario del Estado por más de veinte (20) años, juez de carrera, hombre de bien, jurista talentoso. Ni ayer en sus inicios, ni ahora en el tramo terminal, se le ha conocido como empleado venal o corrupto. Los episodios más sobresalientes de su vida, así lo comprueban. De ahí su ninguna vocación por el extravío. Esta es una realidad que no podemos aniquilar con gestos o negaciones.

c. Al adoptar el Dr. Sánchez Maluche de manera unipersonal el proveído, materia de acusación, sin el conocimiento de los restantes Magistrados de la Sala de Decisión, se equivocó lastimosamente. Sufrió el espejismo de creerse solo y tener el suficiente protagonismo para corregir un desaguisado procesal que comprometía la validez misma de las diligencias adelantadas. Con harta razón hay que convenir que nadie prohija ni comparte su determinación. Fue un acto antiprocesal y absolutamente desasido de la técnica jurídica. Pero basta acercarse un poco, con ánimo desprevenido, a la génesis del suceso para comprender en toda su intensidad, el lujo vital de sus razones, el aspecto final que guió su conducta y su plausible afán de corregir, delanteramente, una situación fáctica, con visos de ilegalidad. Pretendió preservar la actuación de futuros y radicales vicios y desplazar de una vez por todas las dificultades del momento. Siendo su afán correcto falló en la cuestión técnica. Aceptado el equívoco. Pero nada más.

e. La ponencia no transcribe, in integrum, la motivación plasmada por el magistrado en el auto tildado de prevaricador. Apenas evoca fragmentos que no captan la interioridad del asunto ni el problema de técnica que desarrolla. La reproduzco en su totalidad para que se advierta su color y esencia, las luces y sombras de su opinión jurídica:

"La presente actuación contra Enrique González Cuervo, por el posible punible de contratar sin cumplimiento de los requisitos de ley y falsedad ideológica se refieren a acto realizado en ejercicio de las funciones como Alcalde de Ibagué, o en razón de ellas.

En esta forma la competencia funcional general no es la ordinaria (por el hecho punible) sino en base al fuero personal del agente cualificado, se trata de un posible acto de responsabilidad funcional porque el literal c) del ordinal 1o. del artículo 60 del Código de Procedimiento Penal fija la competencia de los Jueces Superiores en primera instancia para casos como éste, cuando en el literal a) la ha determinado por la denominación del hecho punible.

Esta situación es nueva en el Código de 1987; el Código de 1971 no daba ningún tratamiento especial al Alcalde Municipal, como tampoco al Personero cuando actuaba como Agente del Ministerio Público.

A folio 126 del cuaderno principal aparece el auto cabeza de proceso dictado por el Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal el diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa (1990).

El investigador trató las diligencias preliminares conforme al inciso 1o. del artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, olvidando el inciso 3o. pues no es competente y por ello debería enviar la actuación al funcionario correspondiente. Destaca la Sala que la norma fue tan cuidadosa que no se limitó a mencionar al Juez Colegiado (Corporación) sino también al singular (Funcionario).

No admite discusión doctrinaria el caso en que al practicarse una indagación preliminar se encuentre que el posible autor es un Gobernador en uso de sus funciones, ante lo cual el instructor no se atreverá a dictar auto de cabeza de proceso sino que remitirá la actuación a la Corte Suprema de Justicia en base al ordinal 7 del artículo 68 del Código Penal y el ordinal 2 del artículo 151 de la Constitución Nacional, asimismo si se trata del Personero Municipal actuando como Ministerio Público para quien la competencia está fijada en la Sala Penal del Tribunal Superior por el ordinal 2 del artículo 69 del Código de Procedimiento Penal.

Las jurisprudencias de la H. Corte Suprema de Justicia con motivo de la competencia del comisionado y la delegación del comitente en auto de 23 de julio de 1983 fijan el alcance del artículo 52 del antiguo Código de Procedimiento Penal (inciso final del artículo 351 del nuevo estatuto) destacando la limitación del instructor para abrir la investigación cuando se tiene la competencia por las características del fuero personal. Los casos se han presentado respecto a los procesos de las corporaciones, pues sólo los eclesiásticos tenían, en casos concretos, privilegio especial por la Ley concordataria (literal b), ordinal 1, artículo 70 del Código de Procedimiento Penal, Ley 20 de 1974, ordinal 1, inciso 2 del artículo 34 Código de 1971, Ley 34 de 1982). En auto de 26 de noviembre de 1987, la H. Corte considera exceso del comisionado el actuar sin autorización expresa, específica e indubitable del comitente, debiendo remitirle a éste la actuación en tal caso; el H. Magistrado Lisandro Martínez Zúñiga aclaró su voto y explica que el comisionado carece de atribuciones para abrir la investigación y señalar las personas sometidas a indagatoria en el caso del fuero.

Lo anotado por el alto Tribunal respecto a la limitación de la competencia del comisionado en los casos de fuero es aplicable también cuando el comitente es funcionario singular.

En estas condiciones el funcionario instructor debió enviar la actuación, culminada la indagación preliminar, al Juez Superior para que decidiera si se

dictaba, o no, auto cabeza de proceso, y ordenar la indagatoria del imputado con competencia especial.

La Sala entiende la amplia gama de acepciones del término fuero, más cuando del derecho español ha sido muy fructífero en las exclusiones para las leyes generales, así se conoce como tal el lugar del juicio, en donde se administra justicia, el juicio mismo, la jurisdicción, la potestad de juzgar, el Tribunal al que está sometido reo, el ámbito dentro del cual la autoridad puede ejercer sus funciones, el nombre de algunas compilaciones, el conjunto de privilegios otorgados a ciertas personas, la ley o los códigos, prerrogativa, competencia, cuerpo de leyes, etc. (Enciclopedia Omeba, Tomo XII, Diccionario de Manuel Osorio, Diccionario de la Lengua Española, Diccionario Pequeño Larousse), por eso se habla del fuero militar, del fuero religioso, o eclesiástico del fuero diplomático, o internacional, del fuero parlamentario, o inmunidad parlamentaria, etc. Se puede entender como privilegio o gracia, más algunos lo señalan como de mayor responsabilidad porque en la mayoría de casos el fuero personal significa que el juzgador es la H. Corte Suprema en única instancia, sin apelación y sin casación posibles. Para el presente caso entiende la Sala que el fuero personal es la exclusión que la ley hace para que sujetos activos del posible punible sean juzgados en forma diferente a la ordinaria.

Para el Código Penal (de 1987 y aún para el de 1971) podrá tratarse de una inexistencia de acto procesal, tanto para el pronunciamiento que abrió investigación y para la indagatoria que se le recibió al Alcalde porque no se observaron las formalidades esenciales para la validez de ellos, por lo cual bastaría con la desestimación (artículo 310 del Código de Procedimiento Penal). Pero la reforma de 1989 consagró la nulidad para las providencias (artículo 309) con lo cual no se afecta la otra actuación que puede integrar la indagación preliminar ante un futuro auto cabeza de proceso, si se llega a dictar.

También en el año 1987 se explicó por la ley el efecto del decreto de nulidad de lo actuado y la reposición, únicamente, de la actuación que dependa del acto declarado nulo.

En conclusión, el auto cabeza de proceso es inexistente o nulo, porque sólo puede ser dictado por el Juez Superior, sin recurso posible, por eso mal puede la corporación pronunciarse al respecto en la segunda instancia. Consecuencialmente, la indagatoria recibida al imputado es inexistente porque existiría sin auto cabeza de proceso (inexistente o nulo) y, además, no la ordenó el funcionario con competencia exclusiva para ello.

La actuación se remitirá al Juez Superior -reparto- para que la distribuya o la envíe a quien ya le ha correspondido.

En consecuencia, remítase la actuación inmediatamente al Juez Superior de Ibagué -reparto-." (auto, abril 23 de 1990).

El magistrado piensa sin prejuicios. Sus reflexiones, con iniciación, desenvolvimiento y fin, son respetables y nada artificiosas. En su mente está arraigada la idea de la justicia material, no la formal. En la corriente formidable de las cosas humanas y de los juicios ajenos yo no me atrevería a descalificar -y además, con ademán definidor- sus juicios y proposiciones. Por encima de los accidentes y las formas, podría incluso decir que comparto su concepto que lo entiendo próximo a la propiedad y corrección del fenómeno procesal que aborda. Que claro y sencillo todo !. Y sin embargo, que tremenda complejidad por haber firmado únicamente él, el proveído, materia al presente, de reproche penal. Esta es la gran cuestión: un error de forma, no de contenido. Acaso cabe insistir frente al criterio que considera punible su conducta que la obsesión de lo perfecto en ausencia de mala fe o intención torticera, no puede derrotar los fines de la justicia. No hay que sorprenderse de nada en el campo del derecho. Pero una cosa es el desacierto y otra el designio criminal. Cada cual está en su sitio, independientemente el uno de otro. Con empeñado afán seguiré aceptando lo primero, no lo último. No solamente así lo pienso sino que lo digo, al golpe de mi propia convicción.

f- He espigado, sin desmayo, por todos los cuadrantes del proceso con el más estricto inventario de las probanzas que lo informan y me ha sido imposible encontrar el dolo característico de la figura. Donde otros ven con vigorosa vitalidad conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos y subjetivos del prevaricato, yo encuentro con el mismo énfasis, total ausencia de dolo, una sensible comprensión por su error y un respeto total y pleno por la motivación que respalda su proveimiento. Acaso necesitaré añadir que el jurista dotado de mejor juicio, el más certero y dominante, el hombre de rango moral e intelectual más alto también puede equivocarse. La gran desdicha es entender las cosas de otra manera, por imperativos de perfección que los humanos no poseemos.

g. Tengo para mí que la caución impuesta al doctor Sánchez es alta y excesiva. En un supuesto similar en donde se residenció en juicio criminal a un magistrado por el delito-tipo de prevaricato por omisión -donde fui ponente- consideró la Sala Penal de la Corte que cinco (5) salarios mínimos era una cantidad compatible con las exigencias de la justicia y el derecho lesionado. Se me observó en el debate oral que el prevaricato por acción es delito de mayor gravedad que el prevaricato por omisión. Advertí a manera de réplica, que ambas conductas atentan contra un mismo bien -interés penalmente protegido (la Administración Pública) y que los dos comportamientos tienen asignada una misma cantidad política (de uno a cinco años, amén de que las accesorias son también idénticas), no existiendo razón de peso para atropellar una situación con ventaja de la otra mayormente cuando no habían pautas patrimoniales conocidas para graduar con justeza el monto de la caución. En fin de cuentas, la condición de magistrado no es índice de solvencia económica, o de suficiencia patrimonial. Con los salarios actuales apenas se vive con dignidad pero también con estrechez. Por debajo o por encima de las palabras convencionales, así es. Obviamente que los casos penales y sus circunstancias son diferentes. Así como no hay dos ojos iguales tampoco hay dos realidades iguales.

Pero es de destacar que en ambas situaciones, las especiales calidades humanas y profesionales de los comprometidos, bien merecen el mínimo de la presión legal. Por lo demás, no tengo la impresión de que el imputado tenga interés por eludir la acción de la justicia, ni en perturbar lo que resta de indagación, ni en burlar la ejecución penal de la sentencia si es que hasta allá se llega. Tampoco se descubre en el magistrado una personalidad moral deteriorada propensa a soslayar el acatamiento de compromisos judiciales o de obligaciones procesales. A mi modo de ver, todo es sencillo y claro. Lamento, no obstante, que mis reflexiones no fueran atendidas.

h- La ponencia presentaba una serie de criterios y reflexiones de magnífico calado filosófico e institucional en redor de la exégesis del artículo 441 del C. de P.P. Compartí ideológicamente la mayor parte de dichas concepciones. Por decisión de la mayoría se suprimieron del texto del proyecto. Sigo sin entender la excelencia de tal comportamiento.

Disiento, pues, del punto de vista de la mayoría. El mío es otro...".

Sigo absolutamente convencido de la inocencia del magistrado y no vacilo en pregonarlo.

Jorge Enrique Valencia M.

Fecha ut supra.

SEGUNDA INSTANCIA \ RECURSO \ PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)

Radicación No. 5044. Unica Instancia

SALVAMENTO DE VOTO

Habiendo sido derrotado el proyecto de fallo presentado a consideración de la Sala por el magistrado Edgar Saavedra Rojas, salvamos el voto en la decisión que ésta adoptó por mayoría, bajo la consideración de que en este caso se encuentran demostrados todos los elementos que dan base a una sentencia condenatoria. A continuación, los argumentos que sustentan la posición asumida por los magistrados firmantes.

Reiteramos la anterior afirmación efectuada por la Sala respecto a la existencia de una conducta prevaricadora, pues consideramos que el hecho de que el procesado haya persistido en su criterio interpretativo no es más que una lógica posición defensiva, para justificar una presunta actuación de buena fe; recuérdese que ante la ilegal decisión unipersonal del Fiscal Especial solicitó que el proceso nuevamente fuera devuelto al Tribunal para que se surtiese la segunda instancia que de manera tan particular se estaba soslayando, y es por ello que cuando regresa el expediente por segunda ocasión al Tribunal Superior y llega el momento de discutir el proyecto de nulidad registrado por el ahora procesado, en él no hace más que ratificar parte de lo que absurdamente había sostenido en el auto unipersonal reprochado, pero tal persistencia en ésta manera de pensar tiene su explicación, porque la providencia mayoritaria con la cual se sustituyó el proyecto derrotado fue aprobada el 28 de junio de 1990 y ya desde el 7 de mayo se le había abierto proceso y había sido indagado el 8 de junio de 1990, es decir que ya tenía conocimiento de la reacción penal que había generado su conducta inicial y por ello, dentro de un criterio puramente defensivo era lógico seguir predicando tesis que en otras condiciones son insostenibles.

En el problema que se debate en éste caso, debe recordarse que todo auto al ser recurrido necesariamente debe someterse a un trámite en la segunda instancia, que es de indiscutible cumplimiento, puesto que es del Orden Público y no queda al arbitrio de los aplicadores de la ley acogerse o no a sus previsiones. Por ello, en

nuestra opinión, la coartada rendida por el procesado no merece credibilidad cuando dice que inicialmente, el viernes, preparó un proyecto para la Sala pero que el lunes cambió de criterio para finalmente dejarlo como auto de sustanciación, motivo por el cual éste en ocasiones hace relación a la Sala; lo que no puede ser cierto, porque por muy rápido y acelerado que fuera el despacho de los procesos a su cargo, es prácticamente imposible pensar que un funcionario judicial de una corporación proyectara sin primero haber sustanciado la segunda instancia, sin haber escuchado el concepto del Fiscal de la Corporación y los alegatos que hubieren presentado las partes en el momento del traslado.

Lo anterior sin desconocer que en ocasiones, antes del trámite, puede devolverse un proceso que llega para segunda instancia, como sería el caso de que en secretaría se evidenciara que el proveído impugnado no fue bien notificado a todas las partes, hipótesis en la cual no tendría sentido completar las formalidades de instancia, justificándose para efectos de ahorrar tiempo, la devolución del expediente al despacho de origen a fin de subsanar la actuación irregular, luego de lo cual sí correspondería resolver los recursos interpuestos.

Pero el asunto que es motivo de análisis es completamente diverso, porque se trataba de una medida de aseguramiento que al ser recurrida necesariamente tenía que ser tramitada en el Tribunal para que la corporación por medio de un auto interlocutorio se pudiera pronunciar. Incluso habría sido aceptable que el proceso se hubiera devuelto por medio de un auto de sustanciación al evidenciarse, por ejemplo, que el recurso había sido interpuesto extemporáneamente; y tenemos la certidumbre de que si esa hubiera sido la decisión no habría surgido jamás este juicio penal, porque con la extemporaneidad el proceso seguía vigente y aún más, la medida de aseguramiento hubiera mantenido su vigor; no así con la solución que finalmente le dio el procesado, que consistió, contra toda lógica y experiencia, en no tramitar la instancia y pese a lo cual hizo una serie de consideraciones sobre la supuesta inexistencia del auto de cabeza de proceso o la nulidad del mismo, con la consecuencia inevitable de la invalidación de la indagatoria e irremediablemente de la medida precautelativa; y si no se produjeron tales efectos, ello obedeció, como se dijo con anterioridad, a que la vigilancia oportuna del Fiscal Especial impidió que el absurdo se concretara, pues no se descarta que el interior, por la disciplina jerárquica que caracteriza a los miembros de la Rama Jurisdiccional, hubiese obedecido el ilegal mandato, concretando de ésta manera la invalidación del proceso y por supuesto de la medida preventiva.

Entonces, no se trata solamente de la manifiesta errada interpretación de las normas aplicables y de la jurisprudencia que ésta corporación ha producido al respecto, sino de la evidente intención de tomar una decisión unipersonal que se sabía era de Sala, sin haberle dado el trámite previo que ésta exige; o será que en este aspecto de la necesaria sustentación de la segunda instancia también se encuentra equivocado el Dr. *Sánchez Maluche* y su yerro surge de la dificultad interpretativa de las normas? Lo que se advierte es que solo así se podía dar al traste

con un proceso que según las constancias procesales en este momento está en resolución acusatoria recurrida por el Ministerio Público; y ello nos indica que no se trata de una problemática surgida de la politiquería de provincia, sino que se han dado los presupuestos probatorios para que el proceso avance hasta tales límites.

La actividad prevaricadora del doctor *Sánchez Maluche* radica entonces en no haber ordenado el trámite de la segunda instancia que para éste caso era imperativo; y el haber pretendido crear o definir una inexistente nulidad, que de no haber sido por el Agente Especial, es muy probable que hubiere llevado al fracaso aquella otra investigación.

En gracia de discusión podríamos aceptar que la interpretación que el doctor *Sánchez Maluche* dio a las normas sobre fuero, juez comisionante y comisionado, fue de buena fe y que de la misma manera malinterpretó las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia que se han dictado con referencia a los jueces colegiados, considerando que eran igualmente aplicables para los jueces unipersonales. Ha de admitirse, como es evidente, que es de la naturaleza del ser humano el equivocarse y que nadie puede pretender no haberlo hecho en el decurso de su existencia y menos un aplicador de la ley a quien le corresponde manejar material tan difícil como es la interpretación legal; pero aún en tales condiciones, queda en firme la convicción de que la decisión es prevaricadora, porque si ese era el criterio, cuál la razón para no haber surtido la tramitación a la segunda instancia y cuál el motivo para no haber resuelto el punto por medio de un auto interlocutorio de la Sala?

Por otra parte, el argumento de que el código era de reciente expedición y por lo tanto los jueces no tenían un manejo adecuado del mismo, estimamos, no es motivo de discrepancia ni de dificultades interpretativas; porque la verdad es que para un estudiante que haya cursado procesal general o procesal penal o para cualquier empleado subalterno que tenga alguna experiencia, es de conocimiento que los recursos de apelación interpuestos deben ser sustanciados en segunda instancia y que las sanciones procesales de nulidad o inexistencia, necesariamente deben declararse mediante proveídos de carácter interlocutorio; y tratándose de corporaciones, obviamente han de ser tomadas por las Sala de Decisión.

La antijuricidad de la conducta es evidente, como ya se ha destacado, porque es claro que la decisión es manifiestamente contraria a la ley, habiéndose perfeccionado de esta manera el prevaricato. Y si de la torcida interpretación no se dio un resultado dañino, como hubiera sucedido si el juez de primera instancia en obedecimiento de la orden superior hubiera anulado el auto cabeza de proceso y hubiera dejado sin efecto la medida asegurativa, es un aspecto que no transciende y por lo tanto, en manera alguna puede llevar a la equivocada conclusión que presenta el defensor, cuando afirma que no hay antijuricidad en la conducta por esa circunstancia y porque, en últimas, por haberse tratado de un recurso interpuesto extemporáneamente, el proceso regresó a la instancia sin pronunciamiento de fondo, de manera tal que el resultado material habría sido el mismo que se obtuvo

con la decisión que es materia del cuestionamiento; planteamiento que es inaceptable porque, como se ha reiterado, sólo por la oportuna intervención del fiscal especial el expediente regresó al Tribunal y pudo dársele cabal trámite a la apelación.

El prevaricato se consuma con el hecho de dictar resolución manifiestamente contraria a la ley y no es necesariamente que como consecuencia de la conducta prevaricadora se produzca un daño adicional, porque, recuérdese que el bien jurídico tutelado es la administración pública y en este caso concreto la administración de justicia como parte de aquella; por ello, para el perfeccionamiento del hecho punible, basta que se profiera la resolución ilegal.

Ya sobre este punto la jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse aclarando que, cuando como consecuencia de la conducta prevaricadora, además de la administración pública se han afectado los derechos de un individuo, los tribunales han reconocido el derecho de ese ciudadano a constituirse en parte civil para pretender la indemnización de los perjuicios que se hubieran podido infligir; pero si la decisión prevaricadora no ha ocasionado perjuicio a nadie, nadie podrá constituirse parte civil en ese proceso concreto.

Valga la anterior alusión para concluir que sí hay antijuricidad en la conducta imputada al doctor *Sánchez Maluche*, en contra del pensamiento de la defensa, que de ser aceptado, llevaría a la absurda hipótesis conforme a la cual los jueces podrían tomar decisiones manifiestamente contrarias a la ley que carecerían de antijuricidad cuando no ocasionaran un daño distinto al de lesionar el bien jurídicamente tutelado, convirtiéndose, entonces, en comportamientos impunes; situación que evidentemente no corresponde a la realidad dogmática de la doctrina y de la jurisprudencia colombiana.

El hecho probado de que no se le hayan escuchado al procesado manifestaciones ni en pro ni en contra del procesado *González Cuervo*, o que sus actitudes no delataran una específica intención en algún sentido, y que no se le hubieran conocido inclinaciones o desafectos políticos por un determinado partido o grupo político, no constituyen obstáculo para afirmar la existencia de prevaricato; de la misma manera que no es óbice con el mismo objetivo, la circunstancia irrefutable de haber tenido en su vida profesional una caracterizada celeridad en el despacho de los procesos a su conocimiento, porque la estructuración del prevaricato requiere simplemente la intención de dictar resolución manifiestamente contraria a la ley; sin que la anterior afirmación implique un reconocimiento de que un ser humano en un momento determinado pueda actuar sin una intención específica y determinada, porque tratándose de personas normales, no es posible; nadie prevarica por el placer de prevaricar, el funcionario que así actúa siempre está impulsado por una intención particular que de manera regular no se puede probar en el prevaricato, pero su imposibilidad de prueba no obstaculiza la represión de tan dañina conducta.

En las condiciones precedentes concluimos que se encuentran reunidos los requisitos probatorios y legales para que se dicte sentencia condenatoria contra el doctor Juan Hugo Sánchez Maluche por el delito de prevaricato por acción por el cual fue llamado a juicio, conforme a las previsiones del artículo 149 del C.P. y 247 del C. de P.P.

Con el respeto debido a los distinguidos colegas de Sala, en los anteriores términos dejamos constancia de nuestro disentimiento al fallo aprobado.

Ricardo Calvete Rangel *Guillermo Duque Ruiz*

Edgar Suavedra Rojas

Fecha ut supra

RECUSACION (ACLARACION DE VOTO)

En los procesos adecuados al nuevo sistema acusatorio existe la necesidad de separar de su intervención en la causa a aquellos funcionarios que hubieren intervenido en la fase instructiva.

Radicación No. 5044

Delito: Prevaricato

ACLARACIÓN DE VOTO

Acogida por la Sala la solución que me permití ofrecer en mi ponencia para responder al impedimento manifestado por el señor magistrado sustanciador de esta causa, y distanciado con la mayoría en relación con la motivación que da lugar a esa decisión, procedo a consignar a continuación, por encontrarlas de especial interés, las razones que me asisten en este respetuoso disentimiento:

a.- Decía así en lo pertinente mi original ponencia:

"1 .- La respuesta que amerita la anterior declaración de impedimento obliga la cotejación del trámite cumplido frente a la evolución reciente que en la competencia de la Corte y por razón del fuero de los Magistrados del Tribunal Superior generan la nueva Constitución Política y las disposiciones de procedimiento que han venido a darle desarrollo:

1.1.- No cabe duda que al iniciar el sumario y avanzar su trámite hasta la etapa previa a la calificación de fondo, tenía la Sala de Casación Penal la competencia por razón del fuero para instruir y fallar procesos que como el aquí seguido en contra del doctor Juan Hugo Sánchez Maluche, referían a la comisión de hechos cumplidos dentro del desempeño funcional por los magistrados titulares de un Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Tal era la atribución que a la Corte asignaba el artículo 68-8 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 151-2 de la respectiva Constitución Política.

1.2.- A partir del mes de julio de 1991, la nueva Constitución Política conservó la competencia de la Sala para el juzgamiento de los Magistrados del Tribunal -artículo 235.4-, pero condicionando su intervención a previa acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues el ahora artículo 250 superior le atribuye al nuevo organismo y con las excepciones indicadas en la misma Carta la función de "investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes".

Sin embargo de lo anterior y como disposición reguladora del tránsito de normas procesales, el artículo 27 temporal previó que la Fiscalía solamente comenzaría a actuar al expedirse los decretos que le dieran su organización, y aquellos que establecieran las nuevas normas de procedimiento. Tal la razón para que en el entre tanto continuara la tramitación de éste asunto con sujeción a las normas de procedimiento preexistentes, produciéndose así por la Sala la calificación del sumario y la reposición; la práctica de las pruebas en la causa y la celebración de la audiencia pública, pues el decreto 2700 de 1991 -nuevo Código de Procedimiento Penal-, solamente inició su vigencia a partir del 1o. de julio de 1992.

1.3.- Tampoco con la vigencia del decreto 2700 de 1991 varió la competencia de la Corte para el juzgamiento de los magistrados de los Tribunales Superiores.

Sin embargo y como consecuencia de la operancia plena del sistema acusatorio, se reglamentó la intervención de la Fiscalía General dentro de las etapas de investigación y juicio, deslindando con tal independencia una de otra que como bien lo interpreta en su declaración de impedimento el señor magistrado ponente, fácil se infiere la necesidad de separar de su intervención en la causa a aquellos funcionarios que hubiesen intervenido en la fase instructiva.

No obstante, y siendo ese el principio general, lejos quedó de convertirse en absoluto, pues sin desconocer el legislador que en el tránsito de normas habría aún procesos que adelantados dentro del sistema inquisitivo, no ameritaban retrotraer los ritos ya cumplidos para facilitar la intervención de la Fiscalía General, debiendo ver su culminación y fallo conforme a la ley procesal que los había impulsado, así de modo expreso se fijó en el artículo 13 transitorio del nuevo Código de Procedimiento Penal, señalando como hito para el deslinde de los dos trámites la iniciación de la respectiva audiencia pública, pues aquellos que la hubieran superado "se continuarán tramitando con base en el anterior código".

Si ese era el estadio procesal en que se hallaba el asunto seguido en contra del doctor Sánchez Maluche al entrar en vigencia el decreto 2700 de 1991, pues la diligencia de audiencia no solamente se había iniciado, sino que además e

íntegramente se tenía superada, ninguna razón valedera asoma para que la sentencia se haya de proferir según la nueva ley de rito, mucho menos con la interferencia de instituciones extrañas al esquema del proceso inquisitivo, dentro del cual ni siquiera tuvo operancia el artículo 535 del decreto 050 de 1987 que se alude como antecedente de la causal 6a. de la nueva ley de procedimiento, pues ella solo operaba cuando la segunda instancia correspondía a los Tribunales, valga decir, apenas en aquellos casos en que el juez de la causa difería del que había proferido la resolución acusatoria.

Las razones anteriores, sumadas al principio de taxatividad que rige las causales de recusación, se aunan para indicar la inadmisibilidad del impedimento que en la presente causa se formula".

b.- Como fácilmente puede verse al cotejar los anteriores planteamientos con la motivación de la providencia aprobada, no estuvo de acuerdo la mayoría de la Sala con la afirmación de que los procesos adecuados al nuevo sistema acusatorio existía *"la necesidad de separar de su intervención en la causa a aquellos funcionarios que hubiesen intervenido en la fase instructiva"*.

Lejos de resultar gratuito, inconveniente o infundado el anterior aserto, tiene apoyo en normas de rango superior y de inexcusable operancia, si se quiere que dentro de los procesos afectados por el tránsito de normas procesales medie una verdadera integración al nuevo esquema, con respeto de los principios de independencia, autonomía y separación que ya había avisado y reconocido como esenciales al sistema acusatorio esta misma Sala de Casación, cuando se pronunció respecto del alcance del artículo 535 del decreto 050 de 1987.

b.1- Al atribuir el artículo 250 de la Constitución Nacional a la Fiscalía General de la Nación la expresa función de *"investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes"*, diáfanamente abrió camino al sistema acusatorio en cuyo desarrollo precisa el nuevo Código de Procedimiento Penal -artículo 24- que siendo el Estado el titular de la acción penal, tiene para ejercerla durante la instrucción al Fiscal, y en la causa a los jueces competentes, actuando estos con tal independencia del primero, que cuando *el juez* hace su ingreso para presidir el juicio, la Fiscalía muta sustancialmente su función para convertirse en *parte que acusa*, trocando su imparcialidad por el claro compromiso ante el éxito de la resolución acusatoria.

b.2- Si tan comprometida es, pues, la intervención de la Fiscalía en el juicio, la del juez debe identificarse por el equilibrio y la imparcialidad como garante de la igualdad entre las partes, ahora multiplicadas y especializadas para que mientras el Fiscal acuse (artículo 120), el Ministerio Público vele por la defensa del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales (art.131); el procesado y su defensor cumplan como legítimos contradictores de la acusación (arts. 137 y ss); la parte civil persiga el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de

perjuicios (art. 149), y aún los terceros incidental y civilmente responsable realicen las específicas tareas que les fijan los artículos 150 y 153.

b.3.- Sin que este esquema procesal tenga otras excepciones distintas de la atinente al juzgamiento de los congresistas (art. 235-3 de la Constitución Política), y de modo transitorio en el trámite de los Juzgado Penales Municipales donde el ingreso de la Fiscalía se aplaza, ninguna razón valedera podría surgir para excepcionar (ni siquiera en los casos de tránsito de normas ante la Corte y Tribunales) la ruptura de los principios enunciados, permitiendo que en un momento dado, como lo acepta la tesis mayoritaria, pueda confundirse en un solo funcionario la doble condición de fallador y suscriptor de la resolución acusatoria.

Cuando esa posibilidad vea ocurrencia, no me cabe duda que el compromiso intelectual adquirido frente a la resolución de acusación será motivo suficiente para la separación del acusador de la labor de juzgamiento, pues como repetidamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, no basta que el funcionario tenga la certeza de su imparcialidad, pues deben contar también con ella la sociedad y el acusado lo que reclama su vigencia aún en el plano de las apariencias, siendo ese uno de los motivos que consagra el numeral 6 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal como razón suficiente de separación del conocimiento.

b.4.- Lamentablemente, pienso, se anticipó la Sala a otorgarle a la causal de recusación que evoco un restringido entendimiento, limitando todo su alcance a una interpretación literal que ni siquiera emerge de la propia lectura que se haga, cuando el sentido verdadero de la expresión debería hallar su riqueza y teleología mediante la consulta de sus antecedentes históricos y su cotejación sistemática, no para llevarla con abuso a su desfiguración, pero tampoco a considerarla, como parece prematuramente ocurrido, a la simple expresión de un asimilado apéndice.

Dice a este respecto la mayoría, que el citado numeral 6o apenas es contentivo de dos alternativas, cuando a mi juicio se presentan tres. Una, para la Sala, la conforma el haber sido autor de la providencia a revisar y la segunda, el parentesco con quien emitió el pronunciamiento.

Si se quería hacer de la disposición una interpretación meramente gramatical, debió al menos explorarse que en el considerado como primer evento, la partícula "o" separa dos hipótesis disyuntivamente, mencionando en la primera la imposibilidad de revisar en instancia o en recurso extraordinario el pronunciamiento del cual se ha sido autor (aquí el meollo radica en la desnaturalización misma de los medios de impugnación o de gravamen): aspecto que en la segunda cambia sus contornos, pues es disímil y más amplia la expresión *"hubiere participado dentro del proceso"*, frase que notoriamente merecía un análisis de su connotación, como invitaba a hacerlo el magistrado que se declaró impedido.

c.- Pienso, entonces, a diferencia de mis muy distinguidos colegas, que si se da comprensión y alcance gramatical que invita la frase subrayada, si se recuerdan

los antecedentes que en el código de 1987 concretó el artículo 535 ya invocado, y se repara, ante todo, en que a la luz de la nueva Constitución ha surgido un nuevo esquema procesal de contornos bien definidos y disímiles del precedente, su cabal operancia debe contar con los medios idóneos y necesarios que la misma ley instrumental permite, así ello lleve a la excepcional intervención de conjueces.

Juan Manuel Torres Fresneda
Magistrado

IMPEDIMENTO \ OPINION SOBRE EL CASO

No cualquier concepto u opinión por ligero y superficial que sea, es suficiente para separar al funcionario del cumplimiento de su deber. Debe ser ante todo un concepto de fondo de tal naturaleza y entidad que constituya un nocivo prejuzgamiento que comprometa el criterio del juzgador y le impida proceder con libertad.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 128 - Oct. 20 / 92.

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinte de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

El magistrado Lucas Quevedo Díaz, integrante de una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, se declaró impedido para conocer de la Acción de Revisión, instaurada por el ciudadano Isidoro López Correa, contra la sentencia de fecha marzo 30 de 1992, proferida por el Juzgado 77 Penal Municipal de esta misma ciudad, y por la cual se le condenó por un delito de lesiones personales.

Fundamenta el magistrado su impedimento en lo previsto en el art. 103-4 del C. de P.P. por haber expresado su opinión extra proceso sobre la conducencia de la acción de revisión.

Expresa el H. Magistrado Quevedo, que en una reunión social tuvo oportunidad de conocer al abogado Henry Arturo Suanca Medina quien le hizo saber que había presentado demanda de revisión dentro del proceso de la referencia, le relató

los hechos y le preguntó sobre su procedencia, "y en tal virtud emití opinión sobre su conducencia y pertinencia". Agrega que posteriormente le correspondió el proceso por reparto y pudo constatar que se trataba del mismo sobre el cual sin quererlo anticipó su parecer.

La Sala del Tribunal que conoció del impedimento, consideró que el concepto emitido por el H. Magistrado Quevedo "... resultó inocuo e intrascendente, no comprometedor y puramente circunstancial..." no se puede siquiera presumir que el funcionario se hubiese aventurado a dar consejo sobre la manera de redactar la respectiva demanda que por otra parte ya había sido presentada cuando se sucedió la conversación. De ahí que rechazara la manifestación de impedimento que hiciera el magistrado.

LA SALA CONSIDERA

La razón de ser de los impedimentos que establece la ley, está precisamente en asegurar la independencia del juez desde el punto de vista moral, en relación con el proceso de que va a conocer, para garantizar la imparcialidad de quienes tienen la función de juzgadores y con ella la dignidad y prestigio de la justicia misma.

El art. 103-4 del C. de P.P. consagra entre las causales de recusación e impedimento, el que el juez haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso, con el fin de evitar que el criterio del funcionario se vea comprometido por interés de índole intelectual de sacar avante la concepción jurídica que mantuvo extraproceso.

Pero, no cualquier concepto u opinión por ligero y superficial que sea, es suficiente para separar al funcionario del cumplimiento de su deber. Debe ser ante todo un concepto de fondo de tal naturaleza y entidad que constituya un nocivo prejuzgamiento que comprometa el criterio del juzgador y le impida proceder con libertad.

Este ha sido el pensamiento de la corporación expresado entre otros en el auto del 5 de mayo de 1985, así:

"No toda opinión, así ésta tenga algunos nexos con cuestiones que posteriormente atraen el examen judicial, puede implicar una anticipada visión del asunto o una apreciación que resta libertad de análisis. Es necesario que entre uno y otro asunto existan nexos sustanciales y no de simple afinidad. Sólo mediante este requisito puede invocarse el impedimento, ya que en condiciones tales se evidencia una comunidad de hechos, sobre los cuales, o al menos en algunos de sus elementos de mayor esencialidad, se ha producido una interpretación que puede dirigir el juicio sobre los temas que restan de los mismos, o que, al menos, colocan al juez o magistrado en una circunstancia difícil para cambiar de opinión (M.P., Gustavo Gómez Velásquez. Mayo 5 / 85).

Pero además, cuando se alegue la existencia de un impedimento y en especial si del contemplado en el art. 103-4 del C. de P.P. se trata, no es suficiente con enunciarlo vagamente, sino que es indispensable expresar en qué consistió dicha opinión, para que al apreciar la causal el juzgador, pueda formarse una idea clara de la importancia y trascendencia del concepto emitido, para determinar hasta dónde pudieron quedar comprometidos con él, la independencia y el criterio del juez.

Por eso dijo la Corte en auto del 27 de noviembre de 1981, lo siguiente:

"Cuando se alega una causal de impedimento, y concretamente, la de haber emitido opinión sobre el asunto materia del proceso, no basta para la correcta solución del problema que el funcionario la enuncie vaga, genérica y abstractamente; no es suficiente que se limite a manifestar que expresó su opinión sobre el fondo del asunto o que dio su parecer respecto de la cuestión debatida o haga cualquiera otra análoga aseveración; necesario es por lo menos, que precise en qué consistió dicha opinión, sobre que materia versó, pues sin esas fundamentales concreciones no se dispondrá de aquellos elementos de juicio indispensables para evaluar el alcance del concepto emitido para cotejarlo con "el asunto materia del proceso" de cuyo conocimiento quiere separarse el funcionario que plantea el impedimento y finalmente, para decidir si prospera o no la causal invocada" (Noviembre 27 de 1981).

De acuerdo a las anteriores premisas, no encuentra la Corte que exista en el H. M. Lucas Quevedo, motivo alguno que lo lleve a separarse del conocimiento de este asunto, pues no aparece de lo alegado ningún elemento que permita pensar seriamente, que el funcionario emitió un concepto de fondo que lo pueda llevar a sostener como juez el mismo criterio expresado con anterioridad.

Por eso, con sana lógica afirma el Tribunal, que "...de ninguna manera podemos ni siquiera presumir que él se haya aventurado a dar consejo sobre la manera de redactar la respectiva demanda, especialmente cuando ésta ya había sido instaurada...".- Y menos cree la Corte, que el magistrado se hubiese introducido por caminos vedados como asesorar al demandante o garantizarle el resultado de una acción que ya se había incoado ante el Tribunal del cual forma parte el funcionario.

Por lo anterior, se puede considerar que el concepto expresado extraprocesalmente por el magistrado, puede calificarse de "inocuo e intrascendente" como lo entendió el Tribunal, es decir, emitido sobre aspectos teóricos del derecho respecto a la acción de revisión, y no sobre la prosperidad o resultado que pudiese tener ante el Tribunal la acción instaurada. En estas condiciones, la opinión emitida por el H. Magistrado Quevedo no puede inhabilitarlo para conocer del proceso y así lo declarará la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, DECLARA INFUNDADO EL IMPEDIMENTO manifestado por el Dr. Lucas Quevedo

Díaz, integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, para separarse del conocimiento de la presente acción de revisión.

Vuelva el expediente al despacho del magistrado ponente para la continuación del trámite pendiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

PECULADO \ HURTO MILITAR \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ CONSULTA

La nota que sustancialmente diferencia los delitos de peculado por apropiación y hurto militar, estriba en la relación entre el sujeto agente y el objeto material del hecho.

La consagración del subrogado penal de la condena de ejecución condicional no es en modo alguno una norma de mero rito, ya que consagra claramente un derecho, aún cuando condicionado a los presupuestos señalados en la ley, con incidencias por demás trascendentales, pues se trata nada menos que de no ejecutar la sentencia.

El grado jurisdiccional de la consulta es de arraigo constitucional como garantía de la efectividad del principio de legalidad de las decisiones judiciales que de ninguna manera podría ser enervada por la voluntad de una de las partes así sea ésta el procesado.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 5979

Contra: Julio César Zuluaga - Otros

Delito: Peculado por apropiación

Magistrado ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Aprobado acta No. 129

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintiuno de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS.

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de diciembre 17 de 1990, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar condenó al procesado Julio César Zuluaga Castrillón a 30 meses de prisión, por el delito de peculado por apropiación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1o.- El soldado Alberto Díaz Gómez, del Batallón Guardia Presidencial del Ejército Nacional, entró de servicio en el Museo Militar (carrera 5a. con calle 10 de Santafé de Bogotá) a las 12 de noche del 13 de mayo de 1989, cuando ya había ingerido media botella de brandy. Al poco tiempo, y con el pretexto de buscar cigarrillos, se dirigió a una taberna cercana donde compartió algunas cervezas con unos compañeros que allí se encontraban. De regreso, a la altura de la carrera 4a. con calle 17, se tropezó con un transeúnte, que al parecer estaba embriagado y con el cual se trabó en discusión.

En esos momentos apareció la patrulla de la Policía Nacional No. 472, integrada por el Cabo Primero Julio César Castrillón -Comandante de la misma-, y los agentes Marco Aurelio Cabanilla Acosta (conductor) y Guillermo Rodríguez Betancourt. Cabanilla Acosta se bajó, requisó al soldado Díaz Gómez y le incautó la pistola de dotación colt. 45,3 proveedores con su respectivo portaproveedor, 21 cartuchos y la funda de la pistola, todos elementos éstos que el soldado llevaba guardados en su chaqueta.

Díaz Gómez fue subido al carro-patrulla, que emprendió la marcha por la carrera 7a. hacia el norte, deteniéndose en la esquina de la calle 49, donde el soldado pidió permiso de bajarse a trasbocar. Mientras cumplía esa necesidad, el vehículo policial arrancó y no regresó, procediendo entonces Díaz Gómez a poner esos hechos en conocimiento de la Policía, obteniéndose pronto la identificación de los tres policiales quienes se habían apoderado del arma y de los elementos en mención.

El Comandante del Batallón de Policía Militar, en donde se siguió el respectivo juicio a Alberto Díaz Gómez (que terminó con sentencia condenatoria en su contra, por los delitos de abandono del puesto y peculado culposo - fls. 204 y ss.), expidió el 17 de agosto de 1989 las copias correspondientes con destino al Departamento de Policía de Bogotá.

2o.- El Juzgado 86 de Instrucción Penal Militar abrió investigación, escuchó en indagatoria a los tres citados policiales, practicó otras pruebas, y profirió respecto de aquellos auto de detención por el delito de peculado por apropiación (fls. 117 y ss.).

Cerrada la investigación por el Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá, juez de primera instancia, se le calificó con resolución No. 057 de agosto 9 de 1990 (fls. 243 y ss.), mediante la cual se convocó a los tres policiales en mención a Consejo de Guerra sin intervención de vocales, por el referido delito previsto en el artículo 189 del Código Penal Militar (decreto 2550 de 1988).

Tramitado el juicio, la Presidencia del Consejo de Guerra dictó fallo de octubre 10 de 1990 (fls. 280 y ss.), por medio del cual se condenó a los procesados Zuluaga Castrillón, Cabanilla Acosta y Rodríguez Betancour, en consonancia con los cargos, a 2 años de prisión cada uno, a interdicción de derechos y funciones públicas y a la separación absoluta de la Policía Nacional, ordenándose consultar la sentencia, en caso de no ser apelada.

Apelado el fallo por el defensor de Zuluaga y Cabanilla, el Tribunal mediante el suyo que recurrió en casación aquél mismo y los procesados, lo confirmó, modificándolo en el sentido de incrementar en 6 meses la pena respecto de Zuluaga Castrillón (30 meses de prisión), "dado que era el superior de los agentes aquí investigados" (fl. 351).

La demanda presentada a nombre de Zuluaga Castrillón se declaró ajustada a las prescripciones de ley, declarándose desierto el recurso de casación en cuanto a los acusados restantes, ya que en relación con ellos no se sustentó la impugnación (fl.124 cd. Corte).

La demanda

Al amparo de la causal 3a. de casación del artículo 442 del Código Penal Militar, el demandante afirma que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por dos motivos:

1o.- Hubo errónea calificación jurídica de la conducta, pues el delito cometido por los procesados no es el de peculado que tipifica ese código en el artículo 189, sino el de hurto, previsto en el artículo 278 ibidem. "De autos se estracta (sic) -dice el censor- que el arma objeto material del delito en ningún momento estuvo en 'administración o custodia' de los procesados, sino que se asegura que hubo un 'apoderamiento'...".

"Quiere decir lo anterior, que el delito de peculado por apropiación se diferencia del hurto militar en razón y mérito a que mientras en el primer delito el bien se halla bajo la administración o custodia, es decir ha sido entregado voluntariamente al sujeto-agente, en el segundo caso existe un apoderamiento, vale decir, tomar la cosa para sí sin que medie la voluntad de quien ostenta su posesión" (fl.36).

2o.- Se violó el principio de favorabilidad, por dos razones:

a.) Los hechos ocurrieron en vigencia del anterior Código Penal Militar (decreto 250/58), el cual no prohibía -como lo hace el actual y se aplicó en el fallo- el otorgamiento de la condena de ejecución condicional para esta clase de delitos. "Lo anterior conlleva a estructurar la nulidad contenida en el numeral 4o. del artículo 464 del Código Penal Militar vigente, o sea la inaplicabilidad de la ley permisiva o favorable", dice el casacionista (fl. 37).

b.) La sentencia de segunda instancia -"hizo más grave la situación del procesado Zuluaga Castrillón al aumentarle en medio año más su condena", agregando que de este modo se violó el artículo 31 de la Carta.

Pide, pues, se case el fallo y se decrete la nulidad a partir de la resolución convocatoria.

CONCEPTO DE LA DELEGADA Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo de errónea calificación jurídica de la conducta:

1o.- El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal empieza diciendo que la forma como el objeto material del peculado "entre a la esfera del poder de disposición del agente delictivo" (con el consentimiento o no del propietario, poseedor o tenedor), "no constituye elemento de distinción" entre dicho delito y el hurto, debiéndose mirar más bien lo referente al bien jurídico.

En el peculado, dice se busca tutelar no sólo los "deberes de fidelidad, probidad y diligencia, en la custodia y manejo de los bienes que se le confían y a que están obligados los funcionarios por razón de sus funciones", sino los "intereses de carácter patrimonial que así mismo incumben al Estado" (fls. 176 y 177); a diferencia del hurto, "donde el comportamiento típico apenas resulta lesivo de intereses puramente patrimoniales".

Bajo esas premisas, dice que aquí el procesado, suboficial Zuluaga Castrillón, conoció de un "caso de un policía", consistente en que -según fue informado- un soldado amenazaba con el arma a un transeúnte, encontrándose además, el soldado Díaz Gómez, en estado de embriaguez. "Así -dice la delegada-, no se requieren mayores esfuerzos intelectuales para dar por establecido, que el imputado entró en posesión del arma en cumplimiento de sus deberes oficiales; pues el carácter preeminentemente preventivo de la función de policía, lo compelía a actuar como lo hizo..." (fl.179), aprehendiendo al soldado y "decomisándole" el arma.

Agrega la Delegada:

"Por manera que a partir de este momento el sub-oficial de la Policía, contrario sensu a lo sostenido por el libelista, entró en la administración o custodia del bien

decomisado; surgiendo, en consecuencia para el mismo, los deberes genéricos de fidelidad, probidad y diligencia en relación con aquel que le era confiado por disposición de la ley, y que se concentraban en las específicas obligaciones señaladas en los artículos 49, 51, 52 y 53 del mencionado decreto 1663/79; esto es, enviar el arma junto con sus accesorios a la Sección de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Comando General de las Fuerzas Militares, dentro de los quince (15) días siguientes, previas las constancias, recibos e informes pertinentes" (fl.180).

Acota la Delegada, además, no tener tampoco razón el casacionista cuando alega que es privativo del delito de hurto que el agente sea un militar en servicio activo, que el hecho se cometa por razón o causa de dicho servicio, y que el apoderamiento recaiga sobre armas de defensa nacional, ya que estos elementos "vienen a concurrir, igualmente, en la descripción típica del peculado por apropiación".

Del comportamiento del procesado, ve desprenderse la Procuraduría, "un resultado lesivo para los intereses del Estado, que además de haber sufrido un desmedro patrimonial, vio conculcado, igualmente, su normal funcionamiento en aras de una correcta actividad estatal, por virtud de la irregular conducta del infractor".

Estuvo entonces bien calificado el hecho, y, por tanto, no existe la nulidad planteada, concluye la Delegada.

2o.- Poco resta añadir al atinado y prolijo concepto anterior:

Para la Corte es claro que la nota que sustancialmente diferencia los delitos de peculado por apropiación y hurto militares (C.P.M. arts. 189 y 278), estriba en la relación entre el sujeto agente y el objeto material del hecho. En el mencionado delito contra la administración pública, es presupuesto típico que el agente administre o simplemente custodie el bien que se le ha confiado por razón de sus funciones. Si no existe ese vínculo, tampoco existirá tipicidad de peculado por apropiación, así el agente sea un militar o policía que con ocasión o causa del servicio se apropie o apodere "de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte, o de bienes particulares...".

De ahí que lo que asevere el casacionista sea que "el arma objeto material de delito, en ningún momento estuvo en 'administración o custodia' de los procesados...". Empero, ya con profusión de la Delegada explicó por qué esa afirmación del censor es errada: el soldado Alberto Díaz Gómez, algo embriagado y evadido del servicio (no se olvide que luego se le condenó por abandono del puesto en concurso con peculado culposo, por haber dado lugar, de modo imprudente, a la pérdida de su arma de dotación), fue sorprendido por los policiales procesados cuando se enfrentaba a un ciudadano, encarando, entonces, como dijo la Delegada,

un nítido "caso de policía", *que le obligaba legalmente a actuar*, reteniendo al soldado infractor e incautando su arma de dotación y accesorios (decretos 1355/70 y 1663/79).

Siendo ello de dicho modo, no tiene por qué haber duda de la relación de custodia que, desde ese momento, se estableció entre el arma y la patrulla policial. Al apropiarse del arma después, los procesados no sólo fueron desleales a sus deberes con la administración pública, sino que, en concreto, vulneraron el patrimonio estatal.

Bien calificado jurídicamente entonces el aludido comportamiento de los procesados y obviamente no existe la nulidad propuesta la que debe, por tanto, rechazarse.

EL CARGO DE VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

1.- Sobre el subrogado penal:

a.) Dice al respecto el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que ya la Corte, dentro del trámite del recurso de casación, y al resolver solicitudes de libertad de los procesados (autos de 27 de agosto, 12 de septiembre, 3 de octubre de 1991 y 12 de diciembre de 1991), dejó sentado que si bien es cierto que los hechos ocurrieron en vigencia del anterior Código Penal Militar, "la normatividad aplicable es la del nuevo estatuto dado para la fecha de su entrada en vigor (12 de junio de 1989), ni siquiera se había iniciado la investigación penal; correspondiendo, en consecuencia, la ritualidad del proceso a la luz del nuevo decreto, por virtud del mandato expreso del artículo 40 de la ley 153 de 1887, en armonía con lo dispuesto por el artículo 296 del Código Penal Militar ahora vigente" (fl. 183).

b.) La consagración del subrogado penal de la condena de ejecución condicional no es en modo alguno una norma de mero rito, ya que consagra claramente un derecho, aun cuando a los presupuestos señalados en la ley, con incidencias por demás transcendentales, pues se trata nada menos que de no ejecutar la sentencia.

De ahí que, como en este caso los hechos acaecieron en vigencia del anterior Código Penal Militar (Dto. 250 de 1958), haya que establecer si ese estatuto prohibía el subrogado para el delito de peculado por apropiación, como sí lo hace el actual (Dto. 2550 de 1988) en su artículo 62-3, precepto que invocó el sentenciador para negar el referido derecho a los procesados.

Pues bien: el literal d) del artículo 68 del anterior y mencionado código, prohibía dicho subrogado, entre otros, para los delitos "contra los bienes del

Estado", dentro de los cuales se encontraba el peculado, según el artículo 231 ibidem.

De modo que, frente a los dos ordenamientos, el subrogado estaba excluido en relación con el peculado, por lo que este cargo no tiene asidero y debe igualmente rechazarse.

2o.- Sobre el artículo 31 de la Constitución Nacional:

a.) Según la Delegada, este aspecto también fue examinado en las citadas ocasiones por la Sala, que puso de presente la inaplicabilidad de esa disposición constitucional, toda vez que el fallo estaba sujeto a consulta.

b.) En efecto, en auto de octubre 3 de 1991 (fls. 65 y ss. cdn. Corte), la Corte puntualizó que así como en el actual Código Penal Militar se ordena la consulta para las "sentencias de primera instancia" (art. 434-1), de igual forma lo disponía el anterior que invoca el demandante, según se extrae de sus artículos 431, 591 y 593. "Quiere decir lo anterior -señaló la Sala en esa ocasión- que si las sentencias de primera instancia no fueron recurridas por las partes, todas ellas debían ser consultadas con el Tribunal Superior Militar, razón por la cual, dicha corporación tenía plena competencia para revisar el fallo y realizar el incremento de pena como ocurrió en el presente caso..." (fl. 69 cdn.Corte).

Además, el grado jurisdiccional de la consulta es de arraigo constitucional como garantía de la efectividad del principio de legalidad de las decisiones judiciales que de ninguna manera podría ser enervada por la voluntad de una de las partes así sea ésta el procesado.

Tampoco respecto de estos dos reparos, pues, tiene razón el demandante.

Una última observación pertinente: estos dos ataques últimos no debió hacerlos el actor al abrigo de la causal de nulidad, sino de la primera, vía directa, invocando la *falta de aplicación* de las dos normas sustanciales respectivas, a fin de que la Corte, en su fallo de reemplazo, aplicara de ser posible al subrogado penal y la prohibición de agravar la pena, así esta disposición constitucional (art. 31) no existiera para cuando el Tribunal profirió la sentencia impugnada. Si no fuera así, frente a un caso tal, el demandante se vería maniatado, sin poder acudir a causal alguna, siendo lo correcto, entonces, que aduzca -como se dijo- la falta de aplicación del citado artículo 31, evento en el cual resulta claro que, en esas condiciones, la casación decidida por la Corte no sería "oficiosa" (como lo viene resolviendo en situaciones análogas), sino en consonancia con lo pedido por el casacionista. De todos modos, como el remedio correcto en esta sede extraordinaria, sería la sentencia de reemplazo, la nulidad planteada se exhibe impertinente y su reconocimiento oficioso, como se precisó, no procede por ser el fallo consultable.

No prosperan, pues, los cargos.

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 recurrida. En firme, regrese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Didimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Cortés Garnica
Secretario

DEFENSA TECNICA \ DERECHO DE DEFENSA \ NULIDAD

La afección al derecho de contar con una defensa técnica, no se encuentra tanto en cuestionar la índole del plan ideado para asistir y proteger al procesado, como sí a que la intervención se muestre con cierta entidad de eficacia y comprometa el esfuerzo del defensor en los trámites esenciales de la averiguación.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6756 - Casación

Contra: Ana Elvia Ruiz

Aprobado acta No. 128 Oct. 20/92

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintidós de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se resuelve el recurso de casación interpuesto en favor de Ana Elvia Ruiz Ruiz, a quien el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, en sentencia de julio 28 de 1991, le impuso como pena privativa de la libertad, diez (10) años, dos (2) meses de prisión, así como las accesorias pertinentes.

El recurso se aceptó en auto de siete de octubre de 1991, y, la demanda lo fue en proveído de veinte de enero de 1992.

HECHOS

Sucedieron el treinta de abril de mil novecientos ochenta y nueve, a eso de las diez de la noche, en la Avenida a Usme, frente al número 44-53. En esta fecha, hora y lugar desde un vehículo de servicio público, se disparó, por sus ocupantes, sobre Nelson (homicidio) y José Roberto Avila (lesiones personales), comprometiéndose, en el primero de estos delitos a Ana Elvia Ruiz Ruiz (cabo segundo del ejército nacional), y a Armando Suescún Carrero, conductor del vehículo, en el segundo de ellos.

ACTUACIÓN PROCEDIMENTAL

La averiguación corrió a cargo del juzgado 104 de Instrucción Criminal, el mismo que, el dos de febrero de 1990, profirió resolución acusatoria contra la Ruiz Ruiz y ordenó la reapertura de la investigación, en cuanto a Suescún Carreño. El Juzgado 15 Superior, culminó el proceso con sentencia condenatoria (mayo 22/91), providencia que fue integralmente confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá (julio 28/92).

LA DEMANDA.

Plantea ésta dos cargos, al amparo del numeral 3o. del artículo 226 del C.de P.P.

A.- No se garantizó debidamente el derecho de defensa. A este respecto se rememora la manifestación que hiciera la sentenciada, en la audiencia pública, en el sentido de haber negado la forma real de ocurrencia de los hechos (ella y el conductor del vehículo en el cual se transportaban, fueron asaltados, enfrentando entonces un injusto y grave ataque que repelieron con los medios disponibles a su alcance), todo por consejo de quien judicialmente la apoderaba, recurriendo como estratagema defensiva a negar toda participación en esos sucesos.

Al respecto se citan como pertinentes los artículos 247, 299, 358 y 360 del C.de P.P. y, 29-3 del C.P.

Como conclusión se anota: "....Si a estas decisiones se ha llegado por la simple pasividad de un defensor, qué decisión deberán tomar los jueces cuando el defensor realiza una actividad contraria a los intereses de la justicia y del procesado como es acusejable y convencerlo de que debe negar, impidiéndole así el ejercicio del derecho de presentar la realidad de los hechos en los cuales surgió la legítima defensa en su favor como causal de justificación, porque fue rodeada por atracadores que la obligaron a ella y al chofer a disparar.

"El derecho de defensa fue evidentemente lesionado y los jueces de primera y segunda instancia en el curso del proceso tuvieron conocimiento de este atentado

que desconoce una de las garantías fundamentales de la persona humana y que garantiza la Constitución Nacional en el inciso 3o. del artículo 29. Como lo enseña el maestro Carrara, la defensa no es un privilegio de la persona ni una concesión de la humanidad sino un verdadero derecho original del hombre. Garantizarlo plenamente no es un problema del sindicado, ni siquiera de su defensor, sino una de las primeras y más absolutas obligaciones del Estado y de sus jueces".-

B.- "Ante la confesión de la acusada consistente en ser la autora del homicidio por la necesidad de defenderse de una agresión actual, injusta y grave, el señor Juez Superior de Bogotá no dio cumplimiento a los artículos 299 y 498 inciso 2o. del Código de Procedimiento Penal, como era su deber".-

Para el impugnador, esta situación debió llevar al juez del conocimiento a la inmediata aplicación del art. 299 del C. de P.P. "con el fin de adquirir el convencimiento no solo de la verdad de la confesión, sino de la grave falta del defensor en contra de los intereses de la acusada, de la sociedad y de la administración de justicia. Para ello tenía las facultades que le otorgan los artículos 494 inciso 2o. en relación con las pruebas y las amplias atribuciones de dirección que le da el 498 ibidem 'con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos' ".-

Sobre el particular se mencionan los artículos 227, 248, 299, 305-2, 384 del C.P.P.

La parte civil respondió, en forma coincidente con la Primera Delegada de lo Penal, los cargos formulados al fallo del Tribunal.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada

1.- La afección al derecho de contar con una defensa técnica, no se centra tanto, y este es parecer unánime y pacífico de la jurisprudencia, en cuestionar la índole del plan ideado para asistir y proteger al procesado, como sí a que la intervención se muestre con cierta entidad de eficacia y comprometa el esfuerzo del defensor en los trámites esenciales de la averiguación. En este punto, también es criterio dominante, debe sopesarse lo actuado conforme a las posibilidades de ese entonces y no por lo advertible al final, cuando ya la valoración se muestra influida por los resultados obtenidos, bien de éxito, bien de fracaso. Las múltiples características de los hechos, de la personalidad de los procesados, de la eficacia de los medios de comprobación de lo sucedido, o de las capacidades y modo de actuar de los defensores, impide fijar un patrón rígido de comportamiento de éstos. Lo que interesa, entonces, es advertir si se desentendieron del encargo conferido, dando muestras de notorio alejamiento, pasividad o torpeza, o por el contrario se exhibieron como profesionales del derecho atentos a la protección de los intereses a ellos confiados. Lo demás es cuestión de matices y de conceptos personalísimos, que no pueden incidir en el esquema básico de defensa que al respecto se constituye en elemento primordial del debido y exigible juzgamiento.

Tanto el Ministerio Público como el abogado de la Parte Civil, en manifestaciones que responden a una atendible realidad procesal, advierten como significativas y valiosas, las intervenciones del defensor de la Ruiz Ruiz, al punto que nunca se mostró ausente del trámite o de la suerte de su patrocinada y posibilitó con su actuación que la justicia entendiera lo que para él y para ella constituía, en ese tramo de la investigación, la verdad: su ninguna vinculación con los hechos.

A este respecto el primero cita estos folios: 160 (asistencia en indagatoria), 163 (solicitud de definición de situación jurídica), 143 (petición de antecedentes o sindicaciones del occiso), 245 y ss. (solicitud de cesación del procedimiento), 271 (se impugna la resolución acusatoria, con su consiguiente sustentación), 301 (depreca cancelación de su orden captura), y, 322 (demanda de libertad provisional). El segundo agrega la intervención en la diligencia de reconocimiento e interrogatorio en ella de los testigos, solicitud de pruebas y objeción de la prueba pericial sobre balística.

Profesionalmente es una participación válida y meritoria sobradamente idónea para superar los límites que se suelen considerar como aptos a la verificación de una defensa. Esta es una realidad que no puede desconocerse en casación para decidir que la misma no se dio o se produjo de manera reprochable.

Y esta es determinación que la Sala debe asumir así se ubique en posición de aceptar como verdad que el primer defensor aconsejara y orientara su labor partiendo del presupuesto de ser la Ruiz Ruiz ajena a los atentados de los hermanos Avila Millán, prefiriendo ésto a la legítima defensa. La cuestión podía ofrecerse más procedente en la primera dirección que en la segunda y por tanto tener más probabilidades de triunfo en ese inicial enfoque. Y si se mira hoy la cuestión, ciertamente que no fue una conclusión desacertada, torpe y merecedora de reprobación. Era más atendible explotar una carencia de factores incriminantes o de duda sobre la bondad de los mismos, que entender la aparición de la exigente legítima defensa.

Pero así se tomara la defensa ejercida como poco inteligente o discutible, tampoco ésto devendría la nulidad del trámite con base en esta alegación. Tiene razón la Delegada cuando encarando esta hipótesis, comenta: "En el caso en estudio en que se alega que el defensor puso a negar en forma sistemática los hechos a la señora Ana Elvia Ruiz, no por ésto se puede decir que se presenta una nulidad por falta de defensa técnica, ya que ésto hizo parte de la estrategia que en concepto del defensor era la más adecuada para obtener el mejor resultado, así en el fondo fuere equivocada.... Como se ve claramente siempre estuvo atento a hacer lo más favorable posible de acuerdo con los argumentos que venía presentando la situación de su defendida. Aceptar que una estrategia equivocada o no compartida por el nuevo defensor se puede alegar como ausencia de defensa técnica y en consecuencia servir de base para una nulidad, sería abrir una compuerta muy peligrosa para alegar nulidades que irían en detrimento de la seriedad del proceso y en últimas darían paso en muchos casos a la impunidad".

Pero por fuera de ésto, dándose un proceso completo de averiguación y atendiéndose a la formación de la procesada (bachiller y con instrucción militar: cabo segundo del ejército), no es dable de buenas a primeras aceptar como palpable e incuestionable verdad que lo relatado por la procesada, en la audiencia, tenga esta característica. En persona de esas condiciones resulta más increíble la interpretación dirigida a establecer que, de haberse dado la legítima defensa, ésta hubiera sido la posición alegada ante la autoridad, bien al principio o al desarrollarse el sumario. No puede escapar la Sala a un juicio adverso a la sinceridad de estas postreras manifestaciones, ni dejar de entenderlas como un recurso más para liberarse del juicio definitivo de responsabilidad, creando así explotables argumentos para procurar una absolución o una invalidación del proceso.

B.- Lo anotado al final de la antecedente sección, sirve de encabezamiento a la réplica de esta segunda censura.

En efecto, una alegación de defensa, procurada en tiempo oportuno -período probatorio de la causa o diligenciamiento de probanzas en la audiencia- o siquiera emitido con un innegable viso de verosimilitud, pudo llevar a un fallo de absolución en la primera o segunda instancia o pretender su reconocimiento en sede de casación.- Pero lo que resulta inadecuado es arbitrar aspecto tan precario como motivo de invalidación y pretender que la respuesta pertinente en las instancias o ahora en este recurso extraordinario, fuera ordenar de inmediato un retrotraimiento a la etapa de la instrucción o al de pruebas realizables en la causa.

La delegada y la parte civil conciben el procedimiento de confesión (art. 299 C.P.P.) como propio "a las oportunidades procesales correspondientes" de las cuales, por el estadio en que se encontraba el expediente, ya no era posible contar con ellas.

La respuesta no deja de tener una base cierta, a título general. Concluida la fase sumarial y el probatorio del juicio, las revelaciones posteriores corren el albur, no de imponer por sí y de manera fatal un desenvolvimiento inmediato y prolijo en este específico ámbito, sino de quedar como motivo de consideración en la sentencia. Solo casos excepcionales, de gravedad singular y con atendibles muestras de afectación del proceso (v.gr. de tortura) darían lugar a la pronta aplicación de un correctivo de esta índole. Pero evidentemente no es este el evento subjúdice.

Tampoco es motivo de inquietud la alegación de in-dubio pro reo, pues las instancias no han reconocido motivo alguno de vacilación para extender fallo condenatorio ni el proceso da muestras de elementos sobre los cuales pueda asentarse. Es más, y así lo destaca la Delegada, lo que podía originar esta situación sería lo que pudo hacerse, y no se hizo, con base en la confesión cualificada de la Ruiz Ruiz en la audiencia.

Los cargos se desechan.

En consecuencia, 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, ameritada ya en su origen, fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Torres Garnica
Secretario

JUECES REGIONALES \ COMPETENCIA

"Los procesos cuyo conocimiento está atribuido a los Jueces Regionales, deben regirse exclusivamente por los decretos especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente. Solamente podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas". (Septiembre 2, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia).

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7904

Contra: J. Mauricio Velásquez

Delito: Extorsión

Magistrado ponente Dr: *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 129 (octubre 21/92)

Santafé de Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Compete a la Sala resolver de plano la colisión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín y el Juzgado Regional de la misma ciudad, erróneamente remitida en un inicio al Consejo Superior de la Judicatura; conflicto en que cada uno de los despachos inadmite el conocimiento de la presente causa, atribuyéndosela de manera recíproca.

ANTECEDENTES

Arcesio Cardona Zapata denunció el 28 de agosto de 1991 el recibo de llamadas con exigencias extorsivas, mediante las cuales se le solicitaba la suma de diez millones de pesos que debía llevar al almacén "Flamingo" situado en el Parque Berrío, para que fuera entregada a "una peli-roja" empleada del almacén, conversaciones de las cuales llegó a ofrecer una suma no mayor de ocho millones de pesos.

Alertados los funcionarios de la Unidad Investigativa de Policía Judicial de Orden Público prepararon una operación destinada al descubrimiento de los autores de la persistente amenaza, logrando en ella la captura de Juan Mauricio Velásquez Zea y Alonso de Jesús Holguín Cadavid.

La investigación corrió a cargo del Juzgado de Instrucción de Orden Público de Medellín, despacho que al momento de resolver la situación jurídica de los procesados, profirió en contra de Velásquez Zea medida de aseguramiento de detención preventiva, restituyendo a Holguín Cadavid su libertad. Al calificar el proceso, respecto del primero de los nombrados se dictó resolución de acusación por el punible de extorsión en cuantía de ocho millones de pesos, (artículo 7o. del decreto 2790 de 1990, adoptado como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991), en concurso con el de cohecho; (folios 259, 262, 263 y 265) favoreciendo definitivamente a Alonso de Jesús Holguín Cadavid con cesación del procedimiento.

Ejecutoriada la anterior providencia, el defensor del procesado invocó el artículo 71 del nuevo Código de Procedimiento Penal y la cuantía de la exigencia extorsiva (inferior a los 150 salarios mínimos legales) solicitándole al juzgado regional el envío del proceso a la jurisdicción ordinaria, petición que atendida motivó el recibo del asunto en el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, que por no hallarse de acuerdo suscitó la colisión negativa de competencia. De regreso el expediente en el juzgado regional, pese a la equívoca manifestación de inaceptar el conflicto, insistió en sus razones primera y remitió el asunto a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que dirimiera la controversia, entidad de la cual procede la actuación.

MOTIVO DE LA DISCREPANCIA

Para el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín la disposición del artículo 71.4 inciso final del Código de Procedimiento Penal que hace referencia al conocimiento de los Jueces Regionales en los delitos de extorsión cuando la cuantía supera los 150 salarios mínimos legales ($ 9.778.500.00) no resulta aplicable, pues en su sentir, el presente caso está regulado por el decreto 1676 de 1991, modificatorio en su artículo 3o de los numerales 2 y 13 y del parágrafo del artículo 9o. del decreto 2790 de 1990, que a su vez fue modificado por el decreto 099 de 1991 y finalmente adoptado como legislación permanente mediante el decreto 2266 de 1991. De esta disposición, concordante con el artículo 5o.

transitorio del Código de Procedimiento Penal, concluye que la competencia para conocer de los delitos de extorsión radica en los Jueces Penales del Circuito, cuando la cuantía es inferior a los cinco millones de pesos; mas no en casos que como el presente la superan, pues de ellos deben conocer los jueces regionales.

El juzgado regional por su parte, finca su inicial decisión de enviar el proceso a los juzgados del circuito, sosteniendo que la regulación a aplicar es la del artículo 71.4 del nuevo estatuto de enjuiciamiento criminal, pues se trata de una norma posterior al decreto 2790/90 "que como se sabe contempla sanciones drásticas y en razón a que aquel sólo introdujo un cambio de competencia en razón de la cuantía".

Consideraciones de la Corte

Repetidamente desatina el Juzgado Regional de Medellín al pretender ajena la competencia para el conocimiento del presente asunto, comenzando por afirmar en su última providencia que su decisión es la de "no aceptar la colisión", cuando en verdad lo que hace es lo contrario, pues de otro modo no se comprendería el que hubiera remitido el expediente -errando esta segunda vez sobre su destinatario- para que el Consejo Superior le dirimiera el conflicto.

Es además infortunada la sustentación que hace aquel despacho con invocación de las normas sobre tratamiento punitivo más benigno, pues con ello confunde las disposiciones rituarias sobre competencia -en un todo ajenas al principio de favorabilidad-, con las de orden sustantivo, pues sería sobre estas, cuando describen la conducta, señalan la sanción y otorgan garantías, sobre las cuales hallaría viabilidad la discusión que con tanta inoportunidad suscita.

Y tampoco de esa desorientación se exime finalmente el tema capital del conflicto presente suscitado, pues a pesar de reconocer los dos despachos que la cuantía de la exigencia extorsiva superaba el tope de los cinco millones de pesos y haberle recordado el Juzgado del Circuito que ya el punto había sido definido por la Corte en decisión de julio 22 del año que transcurre, sin nuevos argumentos se restringió a su rebatido punto de vista, situación frente a la cual sería apenas suficiente recordar que ya en decisiones de septiembre 2 y 14 ha reiterado la Sala su doctrina, según la cual

"Por virtud del artículo 8o. transitorio de la actual Constitución Nacional, dentro del plazo de 90 días otorgado en esa disposición superior para la vigencia de los decretos que habían sido expedidos en ejercicio de las facultades del Estado de Sitio de que hablaba la anterior carta y para que operara la posibilidad de ser convertidos por el Gobierno Nacional en legislación permanente siempre y cuando no fueran improbados por la Comisión Especial, el decreto 2271 del 4 de octubre de 1991 convirtió en legislación permanente, pero conservando su naturaleza de

normas especiales -que tal lo eran-, algunas de las contenidas en el decreto legislativo 2790 de 1990, en el que se integró en una sola jurisdicción los Jueces de Orden Público y los Especializados y se adoptaron otras medidas.

Fue así como el decreto 1676 de 1991 en su artículo 3o. que había modificado los numerales 2 y 13 y el parágrafo del artículo 9o. del decreto 2790 de 1990 -a su vez modificado por el decreto 99/91, se convirtió en legislación permanente y quedó atribuyendo a los juzgados de Orden Público de entonces el conocimiento 'de los procesos por delitos de extorsión en todas sus modalidades' y de otros tipos delictivos, con la condición de que en tales casos 'la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos o cuando cualquiera de las conductas anteriores busque facilitar actos terroristas sin importar su cuantía'.

Pero además, también el artículo 100 del decreto 2790 de 1990 fue convertido en legislación permanente por el 3o del decreto 2271 de 1991, de manera que la aplicación de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal así como la de normas que 'los adicionen o reformen' quedó restringida a 'las materias no reguladas' por el Estatuto adoptado como legislación permanente, de donde resulta que si un determinado tema aparece regulado en la legislación especial convertida en permanente, es ésta y no otra la llamada a la aplicación.

Así la situación, y de conformidad con el artículo 5o. transitorio del nuevo C. de P.P., deben los Juzgados Regionales, como hoy se conocen en la nomenclatura del nuevo C. de P.P. (decreto 2700 de 1991) a los antes llamados Juzgados de Orden Público, mantener la competencia en los casos tratados en el decreto 2790 de 1990 y su modificatorio 1676 de 1991, convertidos, como se dijo, en legislación permanente en el 2271 de 1991. Así lo ha precisado la jurisprudencia de esta corporación al advertir luego de un sistemático estudio de la normatividad vigente al respecto, en providencia del 22 de julio último que los procesos cuyo conocimiento está atribuido a los Jueces Regionales, deben regirse exclusivamente por los decretos especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente. Solamente podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas". (Sept. 2 de 1992 M.P. Dr. Páez V.)

Compete, pues, el conocimiento del presente asunto, por la naturaleza y cuantía del delito de extorsión que en él se juzga, al Juzgado de Orden Público de Medellín que venía impulsando la respectiva causa, sentido en el cual habrá de dirimirse la colisión negativa suscitada, comunicando oportunamente el sentido de la decisión al segundo juzgador en controversia.

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

RESUELVE

Dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado dentro del presente asunto, atribuyendo su conocimiento al Juzgado Regional de Medellín de donde procede el expediente, y al cual habrá de regresar.

Entérese esta decisión al Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

ALLANAMIENTO \ VERSION LIBRE

Para que el allanamiento y sus resultados propios se vean afectados de invalidez, es indispensable que se de una causa sobre aquel o estos. Pero lo que puede serle ajeno lo que apenas fue eventualidad no esencial, ni necesaria ni principal ni predominante, no irradia consecuencias nocivas o aniquilantes a toda la actuación.

Las prohibiciones relacionadas con la versión libre y espontánea, no pueden alcanzar la desmesura de inhabilitar los sentidos del funcionario que interviene, principalmente el de la audición, al punto que no pueda escuchar lo que en ella se diga. Esto no lo ha dicho la ley, ni se puede imaginar que lo haya previsto ni querido señalar.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6772 - Casación

Contra: Olga Lucía Cerón Aguirre

Aprobado acta No. 128 Oct. 29/92

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintidós de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Olga Lucía Cerón Aguirre, por conducta relacionada con la ley 30/86, art. 33, inciso 1o., recibió condena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y multa en cuantía de quinientos diecisiete mil doscientos pesos ($ 517.200.00), decisión tomada en primera instancia por el Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín, y confirmada, en segundo grado y de manera integral, por el Tribunal de ese Distrito (julio 19/91 y agosto 28/91).-

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, éste fue admitido en auto de cuatro de octubre del citado año, y, la demanda se declaró ajustada a las formalidades de la ley, en proveído de treinta de enero del año en curso.-

HECHOS

En el fallo de primer grado, se anotó:

"Mediante llamadas anónimas recibidas en el Departamento Administrativo de Seguridad "Das", seccional de esta ciudad, se informaba que en el inmueble demarcado con el No.65C-49, primer piso, de la calle 32 D, se almacenaban elementos de uso privativo de las fuerzas armadas; en virtud a ello, el Juzgado 74 de Instrucción Criminal Permanente, decretó diligencia de allanamientos y registro sobre dicho inmueble. En cumplimiento de la misma, el señor Jefe de Unidad de Policía Judicial de Orden Público, en asocio de varios efectivos de la unidad, se hizo presente en el citado inmueble, el día sábado 16 de marzo de la presente anualidad, y previa identificación ante los moradores, se les informó de los motivos de la diligencia, procediendo a la debida inspección del inmueble. Pero prontamente, fueron sorprendidos por el hallazgo de bienes bien diferentes a los que se encaminaba el operativo; pues los encontrados eran constitutivos de violación de la ley 30 de 1986.

"En efecto, dentro de un closet del cuarto donde habitaba un menor, se detectó una bolsa que contenía sustancia alucinógena, en otra de las habitaciones un costal con similar sustancia, un botellón de un litro de su contenido aproximadamente, correspondiente a ácido sulfúrico, en el patio de ropas un balde con más sustancias allí camufladas con tierra, dos balanzas pequeñas, varias unidades de cinta adhesiva, y un sin número de bolsas plásticas vacías.

"Las demás allí presentes fueron identificadas como Olga Lucía Cerón Aguirre y Yolanda Adriana Vargas Aguirre y dos menores de edad, descendientes de la primera, de nueve y dos años de edad, ésta a su vez, se dijo responsable del inmueble, diciendo que su acompañante era una empleada del servicio doméstico. En el transcurso del procedimiento, se hizo presente Rubén Plazas Giraldo, quien

adujo ser el esposo de Cerón Aguirre, motivo por el cual de igual forma se le retuvo en compañía de las dos féminas primeramente mencionadas. Fue decomisado además, un automotor allí existente, del cual dijo Olga Lucía era de su propiedad, pero carecía de la documentación a su nombre.

"Dicen los secretos en sus informes, que desde el primer momento Olga Lucía Cerón dijo ser la responsable de la tenencia de las sustancias prohibidas dentro de su habitación, extrañándole la retención de Yolanda Adriana y su ex-esposo. La diligencia fue presenciada en calidad de testigos, por Walter Escobar Jiménez y Olga del Socorro Escobar Galvis. Así los retenidos y los bienes incautados, pasaron a órdenes de la autoridad competente, iniciándose la debida investigación".

LA DEMANDA

Tres cargos se formulan al amparo del art. 226.1 C.de P.P., pues la sentencia del Tribunal se produjo con quebranto de la ley sustancial, por violación indirecta, ya que se incurrió en notable error de derecho, pues se concedió valor probatorio a elementos de convicción allegados ilegalmente al proceso.

1.- La versión de la procesada, tomada al momento del allanamiento de su casa de habitación, se produjo sin la asistencia de su defensor. Aquella definió, propiamente, la emisión de una sentencia de condena.

2.- Se interrogó a las procesadas sin la presencia de abogado, ya de confianza, ya por designación de oficio.

3.- Como en la diligencia de allanamiento se interrogó, por parte del Jefe de la Unidad de Orden Público que la practicó, a la procesada, sin que interviniera su abogado, tal diligencia se contagió de este vicio y por tanto no es dable tenerla, con la importancia que se le otorgara, como fundamento de una decisión como la impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA Y DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Ciertamente que los cargos uno y dos, como lo afirma la delegada, corresponden a uno solo y resulta imposible referirse a uno sin que quede, por sí, resuelto el segundo. Y, el tercero, así no exhiba esta identidad, sí traduce una notoria dependencia, pues influye decisivamente la posición conceptual asumida para aquellos, en cuanto a la prosperidad de este último.

Señalada esta advertencia, la Sala anota:

1.- El cuestionamiento que puntualiza la demanda presupone, para poderle adjudicar importancia y trascendencia, el que la relación surgida entre la procesada

y el Jefe de la Unidad de Orden Público, con motivo de la diligencia de allanamiento, pueda catalogarse de "versión libre y espontánea de los hechos" -art. 334-7 C.P.P..- Si así fuera, dadas las características en que la misma se produjo, se tendría que deducir un fenómeno de confesión, que se trasladaría como tal al proceso. Pero, como bien lo destaca el Ministerio Público, las manifestaciones de la procesada, al momento del allanamiento, no pueden tomarse en ese sentido, pues tienen un origen, desarrollo, finalidad y significación bien diferentes. Por eso se afirma "que este tipo de preguntas, que eventualmente y de modo accidental aparecen en los diligenciamientos procesales penales, no tienen el carácter de interrogatorios formales que pudieran requerir de la intervención de un abogado de defensa, tal como se prescribe en la ley vigente para las exposiciones libres y espontáneas de los imputados -Art. 334.7 del C. de P.P. y Art. 344 ibidem- (llamadas versiones), y obviamente para la indagatoria que es el acto fundamental de interrogatorio del sindicado -Art. 380 del C. de P.P.- No son pues interrogatorios de indagación procesal, sino preguntas informales propias de una situación natural del actuar humano, que no tienen el sentido de actos procesales de interrogación con el fin de buscar y recaudar pruebas, que es lo único que puede regular la ley procesal. En efecto, esos primeros datos que recoge la Policía en el sitio de los hechos, las preguntas que pudieran formular, no pueden estar sometidas a regulación legal ninguna, y ni siquiera con evitables como cuando la sindicada -así ocurre en este proceso- espontáneamente decide hacer alguna afirmación que tiene relación con los hechos. Así cuando la señora Cerón Aguirre manifiesta que Rubén Plaza y Yolanda Adriana Vargas no tienen nada que ver y que sólo ella es la que tiene que ver con el delito que se investiga, es esta una afirmación que se hace sin que obedezca a pregunta alguna realizada por la unidad que efectúa el allanamiento. Por el contrario se trata de una pregunta que la procesada realiza al Jefe de la Policía Judicial de Orden Público del DAS".

Conviene advertir que, del contacto con la Cerón Aguirre, no surgió una diligencia especial, que pudiera llevar a la idea de estarse actuando dentro de los lineamientos de la versión libre y espontánea, sino que el relato se tomó como suceso contingente, coyuntural y de manifiesta accesoriedad. Que esa persona asumiera responsabilidad en la tenencia de esos estupefacientes, precursores, y otros elementos de producción de los mismos, es actitud que se causó en su propia iniciativa pero no bajo la presión de un interrogatorio, pues esto es otra nota de importancia en la valuación de este punto, ya que el funcionario se abstuvo de introducir variadas preguntas y simplemente se contentó con lo que aquella quiso expresar.

Esta situación da lugar, simplemente, a un factor indiciario que, unido a otros elementos, lo mismo que la censura no afronta en su necesaria y específica réplica, terminó por fundar una prueba apta para un fallo de condena.

Sobre este último particular podría mencionarse el que, propiamente, la persona de la cual podía afirmarse dominio de la conducta no era otra que la Cerón Aguirre, pues Rubén Plazas G. (su ex-esposo) no vivía allí, y Yolanda Vargas A., parece que se desempeñaba como ayuda doméstica. De otro lado, las diferentes posiciones asumidas por ella, durante la averiguación, no guardan coherencias y contribuyen fehacientemente a establecer su actuar delictuoso. El allanamiento, de otro lado, estableció incontrovertiblemente que lo decomisado se encontró dentro de la habitación de la sentenciada, precisándose el lugar del hallazgo, al punto que en el fallo se comenta que "habiéndose establecido que la droga y el ácido sulfúrico fueron encontrados en el interior de uno de los closets y más propiamente, en el que guardaba las ropas de uno de sus hijos, con toda facilidad puede afirmar que ella, así como se lo dio a saber a sus captores, es la única propietaria de tales sustancias, puesto que habiendo trascurrido algo así como un mes de haber regresado de la ciudad de Cali, se hace inverosímil que durante todo ese tiempo, sacando y guardando las ropas de sus hijos de dicho closet, no hubiera detectado la extraña presencia de paquetes o de frascos que ella no había guardado".

Finalmente, y el punto lo escarmena la Delegada, la unidad que realizó el inicial procedimiento, fue bastante escrupulosa de realizar un comportamiento apegado a la ley, y por ello Walter Escobar J. y Olga Escobar G., concurrieron por atendida petición de la procesada, cuando del Jefe de la Unidad le manifestó si deseaba contar con "la presencia de una persona para que le sirva de testigo en la diligencia". A la misma también asistió un representante del Ministerio Público, quien se dirigió a los moradores, al final de la actuación, para que consignaran lo que a bien tuvieran y determinaran lo que pudo tener el matiz de quebranto de sus derechos, con respuesta negativa.

La Sala también tendría que agregar que las prohibiciones relacionadas con la versión libre y espontánea, no pueden alcanzar la desmesura de inhabilitar los sentidos del funcionario que interviene, principalmente el de la audición, al punto que no pueda escuchar lo que en ella se diga y deseen comunicar a los asistentes o impedírsele cualquiera pregunta sobre lo que está sucediendo. Esto no lo ha dicho la ley, ni se puede imaginar que lo haya previsto ni querido señalar.

2.- Si el comportamiento oficial y vinculado con la actitud de la procesada, se muestra legítimo y ordenado conforme a las prescripciones de la ley, no queda conclusión distinta a mantener la bondad integral del allanamiento realizado, puesto que sobre el mismo no incide irregularidad o vicio alguno.

La delegada apunta, sobre este particular, que "Ciertamente que el principio de la parte es menor que el todo, implica necesariamente que el defecto de la parte

no se comunica al todo, y que por tanto si la diligencia es legal formal y sustancialmente, tiene validez respecto del objeto a que se contrae la misma, aún cuando aquello que no corresponde a su naturaleza y que es apenas una porción del acto en comentario resulte inválido, caso en el cual solo este aspecto adolecerá del defecto de invalidez pero no la totalidad del acto del allanamiento. Así es además el principio del Art. 307 del C. de P.P., en virtud del cual debe ordenarse la reposición de todo lo actuado 'en cuanto dependa del acto declarado nulo', en el entendimiento de que la nulidad sólo afecta aquellos actos que derivan su legitimidad del que resulte anulado, sin comunicar su vicio a la restante actuación procesal".

Para que el allanamiento y sus resultados propios se vean afectados de invalidez, es indispensable que se de una causa sobre aquél o éstos. Pero lo que puede serle ajeno, lo que apenas fue eventualidad no esencial, ni necesaria, ni principal, ni predominante, no irradia consecuencias nocivas o aniquilantes a toda la actuación. Esta mantiene su naturaleza y conserva su eficacia como tal. Nada puede decirse en cuanto a que ese registro no se hubiera decretado como lo señalan los preceptos (se debía hacer, se pudo hacer, se decretó) y se desarrolló, en cuanto a sus finalidades privativas, de acuerdo con su atendible normatividad (se hizo, se cumplió). De ahí entonces, la jurídica sanidad del allanamiento efectuado.

La Delegada recuerda el pronunciamiento (noviembre 13/90) de esta Sala, con ponencia del magistrado que ahora sirve el mismo rol en este fallo, en el sentido de no afectarse en lo más mínimo la pureza del allanamiento por razón de que habiéndose dispuesto para un objetivo (v. gr. decomiso de armas) se materialicen otros resultados (rescate de un secuestrado, levantamiento de un cadáver, aprehensión de documentos falsos, etc.). Siendo importante ese objetivo inicial, que por las exigencias legales incidentes en el mismo debían aparecer como idóneas a su ordenación y ejecución, no trasmuta esta característica al excedido alcance de no poder cubrir y revelar otras conductas delictuosas, ignoradas hasta ese momento. Esta restricción no opera por lo mismo que por ello las garantías constitucionales y legales no se desconocen ni se alteran, pues se las atiende y respeta, y, además dan vida a una investigación que, en ese momento, no puede soslayarse, ni impedirse, ni buscar su modificación.

Finalmente se acota que las disposiciones procedimentales citadas corresponden al anterior estatuto.

Los cargos no prosperan.

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

RESUELVE

No CASAR el fallo impugnado, ya señalado en su origen fecha y contenido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

DETENCION PREVENTIVA \ DETENCION DOMICILIARIA

Para la procedencia de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la detención domiciliaria, el funcionario debe recurrir al correspondiente precepto penal a fin de determinar el mínimo de la sanción impuesta para el delito que le atribuye.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Expediente No. 7909

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 130

Santafé de Bogotá, D.C., veintidós de octubre de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Surtido el trámite de instancia, decide la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del Ex-juez Unico Especializado de Manizales, doctor Aristides Betancur Ciuffetelli contra la providencia de fecha 24 de septiembre del corriente año, mediante el cual el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, negó el beneficio de libertad provisional al acusado y declaró improcedente la pretensión de que se amplíe el alcance de la detención domiciliaria concebida en proveído de fecha 6 de julio inmediatamente, al ámbito espacial del municipio de Manizales.

ANTECEDENTES

El Tribunal de instancia los sintetizó, en proveído de fecha 15 de octubre de 1991, de la siguiente manera:

"El señor Procurador General de la Nación denunció penalmente al doctor Aristides Betancur Ciuffetelli, ante el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, mediante escrito fechado el 23 de enero de 1991. Lo acusó de irregularidades consistentes en haberse anticipado a poner fin al proceso que por narcotráfico se adelantó contra Gonzalo Mejía Sanín, sin esperar pruebas solicitadas al exterior, con el argumento de que éstas ninguna incidencia tendrían, y haberle concedido a Mejía Sanín la condena de ejecución condicional '...cuando los artículos 8o. y 9o. del decreto 2947 de 1990 y el artículo 4o. del decreto 1203 de 1987 prohíben expresamente su concesión...'. Esas irregularidades, a juicio del señor Procurador, ameritaban investigación penal contra el Dr. Betancur Ciuffetelli, quien habría incurrido en ellas cuando se desempeñaba como Juez Especializado en esta ciudad de Manizales".

"El Tribunal dictó el correspondiente auto cabeza de proceso, oyó en descargos al acusado y practicó las pruebas que consideró pertinentes. De la actuación cumplida, quedaron en claro estos aspectos":

"Por acuerdo número 312 del 18 de diciembre de 1990, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales encargó como Juez Especializado de la misma ciudad al doctor Aristides Betancur Ciuffetelli, quien tomó posesión el 20 de los mismos mes y año y ejerció esas funciones hasta el once de enero de 1991, inclusive, mientras disfrutaba de vacaciones el titular de ese despacho. (v fls. 307, 309 y 33 cuad. principal). Allí se tramitaba por entonces un proceso por narcotráfico contra Gonzalo Mejía Sanín, quien se había presentado a confesar actividades de esa índole, acogiéndose a Decretos del Ejecutivo. En este proceso, el ahora implicado doctor Betancur Ciuffetelli dictó sentencia, precisamente el once de enero de 1991, después que se había negado a decretar la nulidad solicitada por el Ministerio Público, entre otros motivos, porque éste consideraba que debían allegarse previamente algunas pruebas Ciuffetelli condenó a Gonzalo Mejía Sanín a treinta y seis (36) meses de prisión y multa por valor superior a trescientos mil pesos. '...Como responsable de transgredir el artículo 33 de la ley 30 de 1986, hechos cometidos en el concurso homogéneo (art. 26 C.P.) en nuestro territorio nacional y en el exterior por el año de 1981...'. Pero al propio (sic) tiempo lo absolvió '...de los cargos formulados en ampliación de injurada, respecto a las copias del proceso que se allegó el expediente, adelantado en el exterior...' y le concedió la condena de ejecución condicional. (v. fls. 270 a 281 del mismo cuaderno)".

"Alrededor de ese fallo viene girando la investigación, como se ha sostenido por los diferentes funcionarios a quienes hasta ahora nos ha correspondido emitir concepto oficial al respecto, que el Dr. Betancur Ciuffetelli pudo incurrir en 'prevaricato' cuando lo dictó".

Dicha corporación al calificar el mérito del sumario el 15 de octubre de 1991, formuló resolución de acusación contra el doctor Aristides Betancur como presun-

to responsable del delito de prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del Código Penal, y le negó la libertad provisional que solicitara su defensor, decisiones confirmadas por la Corte mediante proveído de fecha 23 de abril del corriente año.

El defensor del procesado con fundamento en lo preceptuado en al artículo 396 del decreto 2700 de 1991 (Nuevo Código de Procedimiento Penal), demandó del Tribunal la sustitución de la detención preventiva que como medida de aseguramiento se decretó contra el ex-funcionario, por la de detención domiciliaria por considerar que se hallaban presentes todos lo requisitos exigidos en la citada disposición para ser acreedor al beneficio impetrado.

La Sala de Decisión correspondiente al Tribunal Superior de Manizales, en providencia de fecha 6 de julio del corriente año, accedió a las pretensiones del defensor de Aristides Betancur, es decir, sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria previa caución por la suma de $ 50.000.00, bajo las siguientes consideraciones:

"El procedimiento penal colombiano ha sido objeto de sustanciales modificaciones con la expedición del decreto 2700 de 1991, cuya vigencia acaba de comenzar. A medida que vaya evolucionando la tarea de interpretación y aplicación de la nuevas disposiciones en su contexto general y de cada una en particular, surgirán también corrientes jurisprudenciales y doctrinarias que contribuyan a limar las asperezas que se presenten y a vencer los obstáculos para que las reformas introducidas tengan operancia, confiemos que con excelentes resultados".

"La detención domiciliaria no estaba contemplada en el Código de Procedimiento Penal que dejó de regir. Pero ha sido prevista en el nuevo estatuto y a la Sala corresponde decidir si en este caso concreto son aplicables las normas que la contemplan y regulan".

"Pues bien: el artículo 388, citado por la defensa, dice que son medidas de aseguramiento, para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva".

"Entendemos que todas ellas son medidas de aseguramiento, en cuanto estén dirigidas a garantizar que no se burle la acción y que el sindicado comparezca siempre que se requiera su presencia".

"De momento, es probable que a los ojos del intérprete aparezcan como figuras autónomas e independientes y, además, excluyentes. Es decir, que donde se aplica una, las otras no operan coetáneamente, ni como sustitutos. Pero esa primera impresión desaparece si se miran con un poco de cuidado las normas pertinentes".

"En efecto, una atenta lectura de los artículos 390, 393, 395 y 397 del nuevo estatuto procesal penal permite comprender que algunas de las medidas de

aseguramiento enumeradas en el 388 se complementan y coexisten (detención preventiva y prohibición de salir del país), mientras que en otros casos una de ellas puede sustituir a otra (la de detención domiciliaria a la detención preventiva). Importa aclarar que las medidas de aseguramiento tienen carácter provisional y rigen tanto para la etapa de instrucción como para el juzgamiento, mientras no hayan sido revocados o pierdan vigencia en virtud de otra decisión".

"Continuando el comentario, conviene agregar que no es -como puede aparecer a primera vista- que la detención domiciliaria se aplique de manera exclusiva a unos casos y la detención preventiva a otros, sino que la primera puede sustituirse a la última, cuando el hecho punible porque se procede tenga señalada pena mínima de dos años de prisión, o menos, siempre que haya establecido que por sus características familiares y laborales y sus vínculos con la comunidad, el sindicado comparecerá en el proceso y no constituye peligro el hecho de que se le mantenga en detención domiciliaria".

"El factor puramente objetivo, relacionado con el mínimo de la pena previsto para el hecho punible por que se procede, está satisfecho en el evento que nos ocupa, toda vez que el delito de 'prevaricato' (art. 149 C.P.) imputado al Dr. Aristides Betancur tiene señalada pena mínima de un año de prisión. Queda por determinar si los de orden subjetivo (convicción de que el sindicado comparecerá en el proceso y que no constituye peligro para la comunidad su detención domiciliaria, atendidas sus características personales, familiares y laborales) también se satisfacen".

"El Tribunal no duda, sino que está seguro de que el núcleo familiar al cual pertenece el sindicado ocupa lugar preferencial en el ámbito social, en todo lo relacionado con las buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes ciudadanos. Ese cuadro general se ha visto empañado por la conducta del propio sindicado, quien sin explicación alguna dejó de comparecer en el proceso tan pronto como se dictó en su contra medida de aseguramiento".

La defensa ha tratado de explicar esa ausencia, diciendo que el Dr. Betancur Ciuffetelli tuvo serios quebrantos de salud, los cuales -afirma- están plenamente acreditados y fueron causa determinante de la misma".

"Con el mayor respeto por esas manifestaciones de la defensa, la Sala debe dejar en claro que dicha situación relacionada con la salud del sindicado apenas aparece enunciada pero no está demostrada en el proceso -aunque tampoco descartada-. Se ha ordenado la práctica de pruebas que aclaren lo ocurrido y se espera el momento oportuno para llevarlas a cabo. Por lo tanto, no está justificada en este momento la ausencia del sindicado y la invocada enfermedad no puede ser factor determinante para que se ordene la sustitución impetrada".

"Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Dr. Betancur Ciuffetelli recapacitó en determinado momento optó por presentarse voluntariamente ante las autoridades carcelarias de esta ciudad, para que se cumpliera efectivamente la

medida de aseguramiento. Es un gesto que induce a confirmar en él nuevamente; que da la convicción de que comparecerá en el proceso y que no a abusar de una situación que se le presente favorable, para burlar la acción que en su contra se adelanta".

"No modifican esta última apreciación sus características de trabajo ni los vínculos del procesado con la comunidad, toda vez que se trata de un profesional del derecho que goza de gran aprecio entre sus colegas y de quien no se había tenido queja antes de los hechos materia de juzgamiento".

"Procede, en consecuencia, la sustitución de la detención preventiva, por la detención domiciliaria que ha solicitado la defensa, con la salvedad hecha antes en lo que toca con la supuesta demostración de grave enfermedad padecida por el acusado y su incidencia para que durante algún tiempo no hubiera comparecido en el proceso".

"Preciso es añadir que la Sala no va a imponer como obligación, ni tampoco acceder a lo que puede considerarse como sugerencia o petición, de que el sindicado preste asesoría en la cárcel o desde su oficina. Más recomendable, para que su propia seguridad y para prevenir todo tipo de interpretaciones equivocadas o equívocas, resulta que la medida sustituto se cumpla en su propio domicilio y no que el Dr. Betancur Ciuffetelli preste la asesoría comentada".

Quien fuera defensor del acusado solicitó del Tribunal se aclarara lo referente a la restricción que se le imponía a su representado en la providencia antes citada, pues según él, existe gran diferencia entre los términos domicilio y residencia tal como lo preceptúa el Código Civil colombiano, para significar que el Dr. Aristides Betancur podía moverse libremente dentro del perímetro urbano de la ciudad y no como se consignó en el auto del cual demandó la aclaración, pues el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, prevé la posibilidad de que el sindicado desarrolle trabajo social, lo cual, como es obvio, no puede hacerse desde su residencia.

En providencia de 14 de los citados mes y año, el Tribunal aclaró su decisión anterior con las siguientes consideraciones:

"El artículo 28 del Código Civil establece que 'las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal' ".

"Esta regla de oro, invocada por la defensa, en opinión de la Sala no implica que la palabra 'domicilio' debe necesariamente tener el significado restringido (o más bien amplio) que le da la definición legal del Código Civil, porque ésta se hizo para solucionar los problemas que de otra suerte se habrían presentado en materias puramente civiles, mas no para ser aplicada en asuntos penales".

"Si fuera a entenderse que la detención domiciliaria se refiere, en materia penal obviamente, a la que ha de cumplirse no en la casa o morada del sindicado, sino dentro del respectivo municipio, tendríamos que no habría diferencia entre ella y la libertad provisional o excarcelación a que aludimos antes. Y a juicio de la Sala, no fue ese el propósito del legislador, porque de haberlo sido habría bastado con instituir una sola de esas dos figuras jurídicas que indistintamente estarían produciendo los mismos a todos los casos eventualmente posibles".

"Evidente se prevé en el art. 396 del nuevo estatuto procesal penal que el juez puede imponer al sindicado que cumple la detención domiciliaria '...la obligación de realizar trabajo social...' mientras ella se cumple o en los fines de semana. Pero ese es una potestad no una obligación del funcionario. Y el no imponer el deber de realizar tales trabajos, ni va contra el espíritu de la figura jurídica misma, ni puede entenderse como obstáculo para que el sindicado desempeñe trabajos lícitos, pues puede llevarlos a cabo en su propia residencia, o casa de habitación".

"Las breves consideraciones anteriores están indicando que la ameritada providencia será aclarada en el sentido de que lo que en ella se dijo es exactamente lo que el señor defensor entendió, esto es, que la detención domiciliaria el sindicado debe cumplirla en su casa situada en la dirección registrada en la diligencia del compromiso".

La providencia recurrida

El nuevo defensor del procesado, en virtud de que quien lo precedió falleciera el 1o. de septiembre del presente año, presentó nuevo escrito en el que demandó la libertad provisional de su representado por cuanto se halla acreditado en autos que no existió rebeldía conciente y deliberada por parte suya para atender los dictados de ese Tribunal, pues la no comparecencia al proceso se debió por su estado de salud (infarto del tallo cerebral) que lo obligó a internarse en varios centros hospitalarios de la ciudad y que por su mejoría, finalmente hizo presentación voluntaria para atender el requerimiento que se le hizo en este proceso. Da por reproducidas las argumentaciones de su antecesor en cuanto se refiere a la detención domiciliaria para concluir que las providencias dictadas con anterioridad no hacen tránsito a cosa juzgada y por tanto, pueden ser modificadas como lo demanda, es decir, que al doctor Betancur se le debe permitir tener la ciudad de Manizales como sitio de detención.

El Tribunal denegó las peticiones de la defensa bajo los siguientes presupuestos:

"Decir que se ha negado la libertad provisional al doctor Aristides Betancur Ciuffetelli con el único argumento de que en un principio se declaró en rebeldía, no es rigurosamente exacto. Fue uno de los argumentos que se tuvieron en cuenta, pero no el único. Léase con detenimiento el auto calificatorio de primera instancia

y la confirmación que le impartió el superior y se comprobará cómo es cierto lo que acabamos de expresar".

"...La Sala, a pesar de que el procesado finalmente se presentó a responder, no encuentra desvirtuados los argumentos con base en los cuales anteriormente se le negó la libertad provisional y, por el contrario, considera que en lo fundamental, todo lo dicho en anteriores oportunidades sobre el tema continúa teniendo vigencia".

"...En lo que toca con la detención domiciliaria y lo que debe entenderse por tal, en anteriores ocasiones el Tribunal dejó explicado su criterio. La defensa, entonces como ahora, lo ha entendido de diversa manera. Oportunamente no se interpuso recurso alguno contra el auto que era susceptible de ellos (de recursos), sino que se pidió aclaración de este proveído, el cual, efectivamente, fue aclarado".

"Sobre esta materia, nos remitimos integralmente a lo dicho en providencia de julio seis y julio catorce del corriente año. En ellas (fls. 90 y 102) aclaramos por qué no estamos de acuerdo con quienes que el término 'domicilio' para efectos penales, y concretamente para la detención domiciliaria, tiene los mismos alcances que se le da en asuntos netamente civiles".

"Respetamos, desde luego, la opinión de la defensa y la cita que trae en su memorial, pero seguimos pensando que la interpretación que dimos a la norma en los ameritados autos, es la correcta. Por esto, nos remitimos, se repite, a lo dicho entonces, como fundamento para acceder a la petición subsidiaria de la defensa".

Consideraciones de la Corte

1.- De la libertad provisional.

El Tribunal Superior de Manizales, en la resolución de acusación de fecha 15 de octubre de 1991, con relación al beneficio de libertad provisional previsto en el numeral 1o. del artículo 439 del Código de Procedimiento Penal anterior, advirtió que reiteradamente esa corporación como la Corte, sostuvo la improcedibilidad para el delito de prevaricato por acción de acuerdo con la prohibición del artículo 441 ibídem. Sin embargo, como quiera que la Corte posteriormente varió su jurisprudencia, entró en consideraciones distintas a la ya expresada anteriormente para concluir que no obstante sus antecedentes limpios, el doctor Aristides Betancur después de rendir indagatoria y a pesar de haber manifestado por intermedio de su defensor que estaba dispuesto a comparecer y acatar la decisión jurisdiccional, mediante la cual se le dictó medida de aseguramiento, no fue posible su localización, así como tampoco cumplió su promesa demostrando con ello una abierta rebeldía a las decisiones judiciales.

Agregó que la conducta prevaricadora del funcionario acusado implica profundas repercusiones sociales pues, para llevarla a cabo pasó por alto no una sino varias disposiciones que estaba obligado a observar, razón por la cual en su concepto, no se daban los presupuestos del numeral 2o. del artículo 68 del Código Penal para otorgarle en forma anticipada el subrogado penal allí previsto, llegando a la conclusión, que por el contrario, requería de tratamiento penitenciario.

La Corte en providencia del 23 de abril del corriente año, no solamente confirmó la resolución de acusación dictada en contra del ex-funcionario sino que ratificó la negativa del a quo de negarle el beneficio de libertad provisional al consignar:

"Esta corporación se identifica con los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal Superior para negarle al ex-juez procesado el beneficio de libertad provisional sobre la base de requerir tratamiento penitenciario, en el evento de llegar declarado responsable, mediante sentencia, pues la conjugación de varios factores aconsejan dicha medida".

"Efectivamente, la mayor gravedad del delito cometido por un juez en quien la sociedad ha depositado toda su confianza; las graves repercusiones jurídicas derivadas de su conducta; la alarma social producida y el mal ejemplo dado con su decisión y la actitud de rebeldía y contumancia para someterse a la justicia, eludiendo a todo trance la efectividad de la medida de aseguramiento dictada en su contra, son factores que lo excluyen de ser favorecido con las benignidades de la ley".

El hecho de que una de las circunstancias que fuera tenida en cuenta para negarle al procesado el beneficio de excarcelación provisional, eventualmente se encuentre justificada, no es suficiente para demeritar las restantes que indudablemente y por sí solas, demuestran que el acusado requiere de tratamiento penitenciario y por tanto improcedente su libertad al tenor del numeral 1o. del artículo 415 del actual Código de Procedimiento Penal.

2.- *De la detención domiciliaria*

Es claro que el nuevo Código de Procedimiento Penal estableció varias categorías como medida de aseguramiento y por ello en el artículo 388 consagra que "Son medidas de aseguramiento para los imputables la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

De acuerdo con lo previsto en el artículo 397 del citado estatuto el delito de prevaricato por acción que se le imputa al doctor Aristides Betancur tiene prevista

como medida de aseguramiento la detención preventiva. Sin embargo, el artículo 396 ibídem preceptúa que "Cuando se trate de hecho punible cuya pena mínima prevista sea de dos años de prisión, o menos, el funcionario judicial podrá sustituir la detención preventiva por detención domiciliaria si establece que el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad, comparecerá al proceso, y no coloca en peligro a la comunidad. En tal caso le impondrá caución y ordenará que la detención preventiva se verifique "en el domicilio del sindicado. Adicionalmente podrá imponer la obligación de realizar trabajo social durante el término de la detención domiciliaria o los fines de semana".

El a quo para resolver la petición subsidiaria elevada por el defensor del acusado en providencia de fecha 6 de julio del presente año y en atención al principio de favorabilidad, sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria por considerar presentes los requisitos exigidos en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal vigente, decisión que no fuera objeto de impugnación sino de simple aclaración de conformidad con lo previsto en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que la providencia aclaratoria por expreso mandato legal no era susceptible de recurso alguno.

Entonces, lo que el nuevo defensor del ex-juez Betancur Ciuffetelli pretende, así las decisiones no tengan el carácter de cosa juzgada, es revivir situaciones ya consolidadas dentro del proceso, que su antecesor halló conformes pues, se repite, no interpuso contra ellas los recursos ordinarios consagrados en la ley.

No obstante lo anterior, el Tribunal dio respuesta a sus inquietudes y como el resultado fue adverso por tratarse de auto interlocutorio susceptible del recurso de apelación, debe la Corte pronunciarse con relación a sus pretensiones.

Existe discrepancia en el hecho de si los términos domicilio y residencia son sinónimos o si por el contrario en materia penal deben aplicarse de acuerdo a la concepción civilista prevista en el Código Civil colombiano.

Es claro que las disposiciones del Código de Procedimiento Penal dependen para su correcta aplicación de normas sustanciales previstas en el Código Penal, de ahí que para la procedencia de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por la detención domiciliaria, el funcionario debe recurrir al correspondiente precepto penal a fin de determinar el mínimo de la sanción prevista para el delito que se le atribuye. En el caso concreto, no admite duda que el artículo 149 del Código Penal (prevaricato por acción) la sanción a imponer en evento de sentencia condenatoria sería entre el mínimo de un (1) año y el máximo de cinco (5) años, de acuerdo con las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes y los criterios previstos en los artículos 61 y 67 del estatuto represor.

El Código Penal consagra en su artículo 42 como penas accesorias la restricción domiciliaria la que define en el artículo 57 ibídem, como "la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio o en la prohibición de residir en determinado lugar", es decir, que independientemente de la pena privativa de la libertad en el evento de la concesión de uno cualquiera de los subrogados penales previstos en los artículos 68 y 72 del citado estatuto, el juez podrá, si lo considera necesario (artículo 52) disponer que el procesado no puede salir durante un determinado tiempo del municipio donde reside o prohibirle fijar su residencia en un determinado lugar.

Por otra parte, el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal consagra las obligaciones del sindicado en los casos de libertad provisional o cuando se impone medida de aseguramiento distinta de la detención preventiva, entre las cuales se encuentra la de informar todo cambio de *domicilio* y no salir del país sin previa autorización del funcionario. De lo anterior, podría pensarse que en efecto el legislador ha determinado como residencia la casa o sitio en que el procesado debe vivir con su familia y como domicilio la ciudad o municipio donde tenga el asiento de sus negocios o donde ejercer su actividad, profesión u oficio.

Sin embargo, el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, emplea el término de domicilio para indicar el sitio de detención parcial cuando el sindicado deba proveer por disposición de la ley a la subsistencia de una o más personas, siempre que no tenga en su contra sentencia condenatoria por delito doloso o preterintencional; que le sindique por un delito cuya pena máxima no excede de seis (6) años de prisión y que no haya eludido su comparecencia en la actuación procesal. Así mismo la detención podrá cumplirse en el lugar de trabajo, pero en todo caso el procesado deberá regresar al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas las que, de acuerdo con la disposición debe realizarlas en un sitio determinado de trabajo o en su *domicilio*, es decir, en su casa de habitación.

Así mismo el artículo 407 del estatuto procesal penal consagra la suspensión de la privación de la libertad por tres causales y en el evento de ser procedente por cualquiera de ellas "El funcionario determinará si el sindicado debe permanecer en su *domicilio*, en clínica u hospital, en el lugar de trabajo o estudio", es decir, que el término domicilio lo emplea inequívocamente referido a su residencia o casa de habitación.

Cabe agregar que según el diccionario de la Real Academia Española por *domicilio* se entiende la *morada fija y permanente*; lugar en que legalmente se considera establecida una persona para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos: *casa en donde uno habita o se hospeda*.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, confirme la providencia recurrida de fecha, origen y naturaleza ya precisados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

IMPEDIMENTO \ JUECES REGIONALES \ COMPETENCIA

El decreto 050 de 1987 regirá para aquellos procesos cuya audiencia hubiere ya iniciado. Además ha de tenerse en cuenta el artículo 5o. transitorio, mediante el cual se integra a la jurisdicción ordinaria la hasta entonces denominada de orden público, conservándole su competencia pero reformándola en su rito al extender a su órbita la instrucción y fallo por jueces distintos.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Impedimento No. 7896

Contra: Weimar y Gilberto Jaramillo

Delito: Violación al Decreto 3664/86

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Enrique Valencia M.*

Aprobada acta No. 0125

(Octubre 8 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el impedimento manifestado por una de las Salas de Decisión del Tribunal Nacional.

ANTECEDENTES

El veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa (1990) merced a un registro efectuado por miembros de la Policía Nacional en una residencia situada en la carrera 42 Nro. 86-74 de Medellín, se halló una subametralladora con su proveedor y varios proyectiles para la misma. El día treinta (30) siguiente, el Juzgado Primero (1o.) de Orden Público de la misma ciudad, declaró la apertura de la correspondiente investigación, de acuerdo con el trámite ordenado por el decreto 180 de 1988, en concordancia con el artículo 360 del C. de P.P., vinculando mediante indagatoria a Gilberto Jaramillo y Weimar Giovanny Jaramillo Ospina.

El quince (15) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), el citado despacho, en acatamiento de lo dispuesto por el decreto 2790 de 1990, envió el expediente a la Dirección Seccional de Orden Público, con el fin de que se designara el funcionario que habría de seguir conociendo del asunto. Hecha la asignación correspondiente, un juez del ramo avocó por competencia el conocimiento de la actuación y practicó algunas diligencias, hasta el día diecinueve (19) de noviembre de esa anualidad, fecha en la que cerró la investigación, luego de lo cual, el veinte (20) de diciembre postrero, calificó el sumario, profiriendo resolución de acusación en contra de Weimar Jaramillo y cesación de procedimiento en favor de Gilberto Jaramillo, ordenando consultar esta última determinación con el Tribunal Superior de Orden Público. El siete (7) de enero del año en curso, quedó ejecutoriada la dicha resolución de acusación, dejándose constancia en la División Séptima (7a.) de Apoyo al Juez de la Dirección Seccional de Orden Público de Medellín, sobre la remisión del cuaderno de copias del expediente al "...Tribunal Superior de Orden Público a fin de que se surta la consulta de la cesación de procedimiento respecto del individuo Gilberto Jaramillo...".

De igual manera, en la misma fecha fue enviado el cuaderno de originales a la Oficina de Reparto para que se asignara el respectivo juez de la causa quien, de inmediato, abrió el juicio a pruebas, decretando las que consideró pertinentes. Luego de ello, en mayo veinte (20), procedió a citar para sentencia, rindiéndose dentro del término legal los alegatos de conclusión por los sujetos procesales, pasando al despacho del juez el expediente para fallo, el dieciocho (18) de junio siguiente, dictándose decisión condenatoria en contra del acusado Weimar Jaramillo Ospina, el día veintidós (22) de julio próximo pasado. Tal determinación fue recurrida por el defensor del acriminado ante el Tribunal Nacional, correspondiendo el caso a la misma Sala de Decisión que conociera de la consulta del cese de procedimiento con que se favoreció a Gilberto Jaramillo, hecho que provocó la manifestación de impedimento que hoy estudia la Sala.

EL IMPEDIMENTO

Considera la Sala a la cual correspondió conocer del presente asunto, que es del caso manifestarse impedida para resolver sobre la apelación que se interpusiera

contra la sentencia condenatoria proferida por un Juzgado de Orden Público de Medellín, contra Weimar Giovanny Jaramillo Ospina, como responsable de infracción del artículo 2o. del decreto 3664 de 1986.

Argumenta que, en oportunidad precedente, "...tuvo ocasión de conocer en segunda instancia la consulta que uno de los Juzgados de Instrucción de Orden Público de la Seccional de Medellín, hacía en relación con otro de los sindicados en el mismo proceso y mediante la cual se le concedía el beneficio de cesación de procedimiento...", lo que indica que el proceso subió en aquella vez cuando se hallaba en etapa instructiva. Luego explica que "...ante el expreso convencionalismo imperante en nuestro orden judicial...(se)...ha tratado de separar por completo las dos etapas del proceso penal, de tal suerte que la autoridad que conozca de la primera, no sea la que conozca de la segunda...", aunque "...cuanto hace en relación con la jurisdicción de Orden Público, la unidad de competencia en este aspecto fue confundida (decreto 180 de 1988), por ejemplo, pero luego de los decretos 2790 y 0099 de 1990 y 1991 respectivamente, se puso a tono con la corriente de entonces y por ende, con la de la ordinaria...".

Por consiguiente, "...al desaparecer el 535... es acertado dar aplicación al artículo 103, numeral 6, que habla genéricamente, como causal de impedimento, que el funcionario 'hubiere participado dentro del proceso'..." y aunque reconoce que entre uno y otro no existe relación alguna "...si tiene razón de ser en el espíritu que el legislador le ha querido otorgar a la nueva normación procesal penal con el sistema acusatorio...que, con ella impide la intervención del funcionario por segunda ocasión en el proceso...".

LA INACEPTACIÓN DEL IMPEDIMENTO

La Sala de Decisión que siguió en turno a la que se declaró impedida, no aceptó dicha declaratoria por estimar que su similar "...viene interpretando erróneamente el numeral 6, del artículo 103 del estatuto procesal penal de 1991...", valiéndose "...del derogado artículo 535, incorporado en el decreto 050 de 1987..." norma a la cual "...el Tribunal Superior de Orden Público, jamás dio aplicabilidad...".

Concreta su aserto advirtiendo, en primer término, que el auto de cesación de procedimiento no aparece en el expediente y antes, por el contrario, el oficio remisorio "...dice que por primera vez sube al Tribunal...", afirmación que debilita el "...fundamento central..." de su argumentación, aunque da por sentado que se trata de un "...lapsus doble..." y "...amerita su procedencia...", dado que cuando se profirió la resolución acusatoria en contra de Weimar, se dispuso la cesación de procedimiento en favor de Gilberto Jaramillo.

A renglón seguido participa del criterio de la Sala impedida sobre la ausencia de relación entre "...la causal apuntada como excluyente del conocimiento..." y el

artículo 535 del C. de P.P. y luego de aclarar el alcance del artículo 103, numeral 6o., cita un pronunciamiento anterior en el que resuelve un caso similar, todo lo cual le sirve de basamento para rechazar los argumentos, luego de analizar las diferentes hipótesis del artículo 103 en cita.

LA CORTE

1.- Como se detalló en precedencia, los hechos, el adelantamiento de la investigación, la resolución de acusación, la apertura del juicio a pruebas, la convocatoria para sentencia, la presentación de los alegatos de rigor, el concepto del Ministerio Público y la remisión del proceso al despacho del sentenciador de primera instancia, sucedieron con anterioridad a la vigencia del actual estatuto procedimental (decreto ley 2700 de 1991), esto es, al primero (1o.) de julio del presente año.

Unicamente el fallo, dictado el julio veintidós (22) último y el recurso de apelación interpuesto contra la determinación de condenar a Weimar Jaramillo Ospina, fueron realizados con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada sistemática, encontrándose pendiente la decisión de la segunda instancia sobre el particular, merced a la declaración de impedimento que examina esta colegiatura.

2.- Así las cosas, se está frente a un fenómeno de transición de legislación que obliga a estudiar cuál de las dos normatividades es la que gobierna el presente negocio, por lo que resulta forzoso acudir a las disposiciones transitorias del compendio vigente. El artículo 13 de esta especie es el buscado. En él se especifica que el decreto 050 de 1987 regirá para aquellos procesos cuya audiencia se hubiere ya iniciado. Además, ha de tenerse en cuenta también el artículo 5o., de igual forma transitorio, mediante el cual se integra a la jurisdicción ordinaria la hasta entonces denominada de orden público, conservándole su competencia pero reformándola en su rito al extender a su órbita la instrucción y fallo por jueces distintos, que, para el ordinario, había fijado el decreto 050 de 1987 y que para este procedimiento especial había hecho lo propio el decreto 2290 de 1990, convertido en legislación permanente por el decreto 2271 de 1991, aunque conservándose la estrechez en los términos y la carencia de un debate público. No obstante, el no contemplarse dicha audiencia, no quiere decir que no tenga aplicación el ordenamiento citado líneas atrás, pues es indudable que para la entrada en vigor del nuevo código, el asunto ya se encontraba al despacho para dictar el fallo respectivo lo que indica a las claras que su culminación era inminente y que cualquier etapa equivalente a la audiencia pública ya había sido rebasada en aquél momento procesal. Deviene indiscutible, por consiguiente, que el estatuto procedimental derogado es el llamado a regir el presente caso. En términos similares se pronunció recientemente esta Sala, con ponencia del magistrado Dr. Torres Fresneda (auto de septiembre 30 de 1992).

3.- En este orden de ideas, ha de estarse a lo dispuesto por el artículo 535, inciso tercero, del C. de P.P. anterior, que "...inhabilita a la sala respectiva del Tribunal para entender de cualquier providencia en la etapa de juzgamiento, cuando en virtud de la apelación o de la consulta ha tenido oportunidad de conocer del mismo proceso en la fase de investigación..." (auto, febrero 9 de 1988, Mag. Pte., Dr. Gómez Velásquez).

Si se tiene en cuenta que la sala que ha manifestado el impedimento conoció del proceso en la etapa instructiva merced a la consulta que elevara el juzgado de primera instancia de la cesación del procedimiento proferida en favor de uno de los encartados, tal estudio le impide acometer el conocimiento del asunto en la etapa del juicio, en este evento, de la apelación de la sentencia condenatoria.

Le asiste la razón, por tanto, y por ello ha de aceptarse su impedimento, ordenándose su relevo por la Sala de Decisión que le siga en turno.

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

RESUELVE

ACEPTAR EL IMPEDIMENTO manifestado en septiembre siete (7) del año en curso, por una de las Salas de Decisión del Tribunal Nacional para conocer en la etapa de juzgamiento del proceso adelantado contra Weimar Giovanny Jaramillo Ospina y, en consecuencia, declararla separada para intervenir en el asunto, por lo cual el mismo pasará a la Sala de Decisión que le siga en turno.

Devuélvase el proceso a la corporación de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Yesid Ramírez Bastidas*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael I. Corrés Garnica
Secretario

CASACION DISCRECIONAL

El ejercicio de la competencia que de manera excepcional otorga a la Sala Penal de la Corte el inciso tercero del artículo 218 del nuevo Código de Procedimiento Penal para calificar la admisibilidad o no del recurso extraordinario de casación en aquellos casos que por regla general lo excluyen, presupone de una parte el lleno de algunos de los precisos requisitos que de modo general le son comunes a esta impugnación extraordinaria, como además el cumplimiento de unas exigencias específicas orientadas a justificar la viabilidad de su aceptación discrecional en esta sede.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7897

Contra: Carmen C. Mosquera y otro

Casación Art. 218 inc. 3o. CPP

Magistrado ponente: Dr: *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 129

(octubre 21 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

VISTOS

Decide la Sala sobre la petición que formula el señor defensor de los procesados Carmen Cecilia Mosquera y Ramiro Armando Quenán, para que con fundamento en el artículo 218 inciso 3o. del Código de Procedimiento Penal (decreto 2700 de 1991) se le conceda el recurso excepcional de casación en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

ANTECEDENTES

En cumplimiento de la orden de allanamiento impartida por el Juzgado 5o. de Instrucción Criminal de Pasto según auto de diciembre 6 de 1991, en la casa No. 46 del Barrio Emilio Botero de la citada ciudad, los agentes del orden incautaron ciento una (101) papeletas con peso neto de nueve gramos novecientos miligramos de una sustancia identificada en el análisis como cocaína, una papeleta de marihuana con peso de ochocientos (800) miligramos y un plato esmaltado con siete gramos novecientos miligramos (7.900) más de cocaína (fls. 25 y 119) más la suma de $ 26.550.00 reteniendo como comprometidos en el hecho a Ramiro Armando Quenán Calderón, Carmen Cecilia Mosquera y María Dolores Mosquera.

Al momento de definir sobre la actuación jurídica de los antes mencionados, fijó el juzgado como procedimiento a seguir el abreviado, profiriendo en contra de Ramiro Armando Quenán y Carmen Cecilia Mosquera, medida de aseguramiento de detención con beneficio de excarcelación, al tiempo que ordenó la cesación de procedimiento en favor de María Dolores Mosquera.

Las diligencias por reparto le fueron asignadas al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, aportándose al expediente constancia sobre la sentencia condenatoria que en contra de Carmen Cecilia Mosquera preexistía a la pena de seis meses de prisión como responsable de un delito de encubrimiento por receptación, fallo emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma localidad.

El quince de mayo de 1991 se realizó la diligencia de audiencia pública, y tras ella el juzgado del conocimiento con proveído de mayo 27 de 1992 condenó a los procesados Quenán Calderón y Mosquera a la pena de 16 meses de prisión, multa de 3 salarios mínimos legales y las accesorias de ley como autores responsables de la infracción establecida en el artículo 33 de la ley 30 de 1986 que fija una pena de 1 a tres años de prisión y multa de dos a cien salarios mínimos mensuales; negándoles el beneficio de la condena de ejecución condicional.

Inconforme con la decisión el defensor de los procesados interpuso el recurso de apelación, y en julio 9 de 1992 presentó un memorial solicitándole al Tribunal de Pasto con fundamento en el art. 214 del nuevo Código de Procedimiento Penal,

fijara fecha para la audiencia pública; petición que le fuera denegada por la mencionada corporación con asidero en el artículo 13 transitorio de esa codificación. Al desatar el recurso mediante auto de julio 30 de 1992, le impartió confirmación integral al fallo de primer grado.

DE LA IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA

Atenido a la prerrogativa del artículo 218 inciso 3o. del Nuevo Código de Procedimiento Penal, el señor defensor de los procesados le solicita a la Corte admitir de manera excepcional el recurso extraordinario de casación, por cuanto en su sentir:

a) Falta unanimidad de criterios sobre el otorgamiento o negativa de la condena de ejecución condicional respecto de infracciones al artículo 33 de la ley 30 de 1986, por cuanto en relación con cantidades mínimas de droga y ante la fijación de una pena igualmente reducida, el subrogado se ha negado a su prohijado Ramiro Armando Quenán Calderón pese a que carece de antecedentes penales, y en su lugar registra un comportamiento anterior calificado como bueno. En cambio, en otras oportunidades y frente a una pena mayor o superior cantidad de sustancia incautada, sí se otorga el mencionado beneficio.

Añade que el delito imputado no aparece dentro de las prohibiciones del artículo 417.4 del actual Código de Procedimiento Penal, y que en nuestro país el problema de la drogadicción es mínimo comparado con los Estados Unidos, padeciendo otros flagelos más graves como el terrorismo, la guerrilla, la descomposición moral, la carencia de partidos políticos estructurados, la carencia de oposición, el desempleo, la violencia.

b) Que el proceso está viciado de nulidad ya que a su solicitud para que se llevara a la práctica la audiencia que consagra el nuevo estatuto procedimental en el artículo 214, se le contestó negativamente, con base en el artículo 13 transitorio, desconociéndole el principio de favorabilidad, el derecho de defensa y el debido proceso: artículos 304. 2 y 3, 10, 22, 20, 16, 14, 7, 1 del Código de Procedimiento Penal y artículo 230 de la Constitución Nacional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- El ejercicio de la competencia que de manera excepcional otorga a la Sala Penal de la Corte el inciso tercero del artículo 218 del nuevo Código de Procedimiento Penal para calificar la admisibilidad o no del recurso extraordinario de casación en aquellos casos que por regla general lo excluyen, presupone de una parte el lleno de algunos de los precisos requisitos que de modo general le son comunes a esta impugnación extraordinaria, como además el cumplimiento de

unas exigencias específicas orientadas a justificar la viabilidad de su aceptación discrecional en esta sede.

Dentro de aquellas *exigencias comunes o propias* de este medio extraordinario de impugnación, su admisibilidad presupone:

a) que el recurso se dirija contra un fallo de segunda instancia, bien sea que haya sido proferido por un juzgado del circuito, ora por un tribunal superior, cuando en este último caso el delito por el cual se procede no amerita sanción privativa de la libertad, o si aún teniéndola, ella resulta inferior a los 5 años de prisión.

b) que la impugnación se intente dentro de los quince (15) días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, valga decir, dentro del término de ejecutoria que le fija el artículo 214 del Código de Procedimiento Penal a esa clase de providencias, y que además ratifica el artículo 223 ibídem, y

c) que como legitimados para recurrir, la impugnación provenga del Procurador, su Delegado o el defensor del acusado quienes podrán actuar de manera conjunta, separada o exclusiva, siguiéndose de allí que por expresa previsión legal no podrán intentar este recurso en el caso que se estudia, ni la parte civil, ni el fiscal (artículo 222 del C. de P.P.), ni el tercero civilmente responsable (art. 155 ibídem), ausencia de titularidad que en nada obsta para entender que su intervención quedará garantizada como no recurrente y en las condiciones ordinarias del trámite subsiguiente del recurso, en el caso de ser declarada para este su admisibilidad.

Como exigencias adicionales que se desprenden tanto de la excepcionalidad y discrecionalidad que caracterizan esta nueva vía de impugnación, como de sus motivos específicos y de su integración en frente de los fines que señala para esta sede el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal, se infieren además:

a) la necesidad de que el impugnante fundamente, así sea de manera breve, pero con la suficiente claridad, cuáles son los motivos que le animan a la interposición del recurso a fin de poder examinar la viabilidad de su pedido, pues dentro de la respuesta que compete a la Corte, el ejercicio de su discrecionalidad lo exige, sea en el evento de que la petición se atienda o se deniegue, el apoyo de un debido fundamento, y ello obliga el conocimiento anticipado de las razones que a juicio del inconforme hacen de recibo el recurso, pues de otra manera podrían ellas descubrirse, ni conocerse el punto que suscita la respectiva controversia, exposición que en modo alguno perjudica o se opone a la necesidad de que en caso de admisibilidad, la impugnación extraordinaria se concrete a través de la formal y oportuna demanda de casación.

Ahora bien: dentro de una recta comprensión de los precisos fines hacia los cuales apunta la extensión de la casación a eventos que de otro modo quedarían excluidos, y cuya deformación por exceso o por defecto desnaturalizaría el

instituto, ora convirtiendo en ordinario lo que por ministerio de la ley se consagra de naturaleza extraordinaria, si no sacrificando -a contrario- los derechos que le dan razón de ser dentro del ordenamiento positivo, será de esperar que *cuando el escrito de impugnación aduzca la necesidad de un pronunciamiento que fije con criterio de autoridad el alcance de una norma o tienda a la sana interpretación de doctrinas encontradas*, así expresamente se indique, caso en el cual será precisa la identificación nítida del tema cuyo desarrollo se impetra, dando breve pero claramente las razones que suscitan la intervención de la Corte, teniendo en cuenta que la finalidad que justifica la excepcional extensión del alcance de una norma deberá ser aquella que conduzca a su utilidad como criterio orientador o auxiliar de la actividad judicial, según función que a la jurisprudencia otorga el artículo 230 de la Constitución Nacional (219 el C. de P.P.).

Siendo ello así, carecerá de sentido entrar simplemente a reiterar criterios ampliamente conocidos o a fijar alcances que ya en ocasiones precedentes han sido debidamente señalados, pues no se trata de instaurar una tercera instancia para que a través de ella entre la Corte a corregir las discrepancias que pueda tener un funcionario frente a la doctrina jurisprudencial mayoritaria, cuando por expreso mandato de la norma superior en cita (artículo 230), la actividad del juez solamente está ceñida al precepto de la ley, quedando la jurisprudencia, al lado de la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina, solo como "criterios auxiliares de la actividad judicial".

Tendrá entonces alcance el nuevo precepto procesal que la defensa invoca, para darle cabida a una orientación doctrinal cuando ella falte, o para permitir por esta vía la unificación de la jurisprudencia, siempre que existiendo en este caso pronunciamientos sobre un tema, ellos resulten insuficientes, vacilantes, incompletos o contradictorios.

En el segundo caso, *cuando de la efectividad de un derecho se trate*, será precisa su identificación, constituyendo en este caso carga para el impugnante la de entrar a fijar su alcance como garantía fundamental, lo mismo que la de vincular su violación con las actuaciones del respectivo proceso.

b) Y por último: la necesidad de que por parte del funcionario ad quem se haga junto con el fundado escrito de impugnación la remisión en originales del respectivo expediente, pues sin él resultaría imposible cotejar el lleno de los requisitos hasta aquí enunciados, a fin de calificar la pertinencia del medio impugnativo frente a las razones que por vía de excepción lo justifican.

Si de todo ese análisis la conclusión que surge es la de admisibilidad del recurso extraordinario, es entendido que el expediente tendrá que regresar al Juzgado o Tribunal que produjo la sentencia que se impugna para que allí se proceda en la forma que se indica por el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, pues de allí en adelante el trámite será el que reglamentan los capítulos VII

y X del Título IV "Actuación Procesal", Libro Primero de ese ordenamiento normativo, respecto de traslados, admisibilidad de la demanda, términos y decisión.

2.- En el caso que resulta materia del presente análisis, halla la Sala que actuando dentro del término que le otorga la ley, y frente a una decisión de segunda instancia emanada del Tribunal Superior de Pasto, el señor defensor de los acusados como titular del derecho de impugnación interpretó debidamente la necesidad de allegar las razones que a su juicio valían para orientar hacia la admisibilidad del recurso extraordinario, y con ese propósito concretó que en su sentir los dos motivos del inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal se daban, porque según se recuerda:

a) Es preciso unificar la jurisprudencia sobre el otorgamiento de la condena de ejecución condicional en casos de narcotráfico, pues observa que en ocasiones la condena de ejecución condicional se niega y en otras se concede, sin que para la adopción de una u otra determinaciones se respeten los mismos parámetros y,

b) Se violaron los derechos sustanciales del procesado a la favorabilidad, la defensa y el debido proceso, porque ya en vigencia de la nueva codificación procesal el Tribunal le negó al defensor la práctica de la audiencia prevista en el artículo 214, con la excusa de que al aceptarla se desconocería el artículo 13 transitorio.

Desde este punto de vista y frente al primer motivo, tendrá que concluir la Sala en que el solicitante no cumplió a suficiencia con los requisitos que permitirían declarar la admisibilidad de su recurso, pues repetidas han sido las ocasiones en que la Corte ha expresado su criterio con relación a la procedencia del subrogado de la condena de ejecución condicional, sin excluir de él los casos de infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, siempre y cuando, claro está, tanto la pena como las disposiciones especiales no hayan marginado ab initio la posibilidad de ese otorgamiento.

Si esto es así, y si el impugnante se limitó a plantear una queja genérica de frente a las circunstancias, del hecho defendido, su gravedad, y la personalidad del acusado, pero a cambio dejó de señalar cuáles eran la novedad o peculiaridades que llevarían a una variación de la doctrina, o en qué podían consistir los antagonismos o las inconsistencias entre los varios pronunciamientos de la Corte sobre el tema, queda claro que de su parte no se dio cumplimiento a la necesidad de plantear el caso, no dentro de los debates propios de instancia, sino con miras a justificar la viabilidad del pronunciamiento en sede del recurso extraordinario.

Para el sustento del segundo motivo que radica en la inaplicación de una norma de procedimiento posterior, que a juicio de la defensa resultaba preferente y de inmediata aplicación, el recurrente acusó indiscriminadamente que la decisión del Tribunal vulneró los principios de favorabilidad, defensa y debido proceso, pero en

ninguno de ellos se aproximó a explicar de qué manera la omisión del trámite excluido resultaba esencial y no meramente secundaria, tampoco dijo de qué manera afectaba esas garantías, ni mucho menos señaló la repercusión práctica o efectiva que en el caso de controversia tuvo el defecto, cuyo solo enunciado apenas significa que jamás se privó de la posibilidad material de alegar, presentando con toda la amplitud querida razones por escrito.

Conveniente se muestra clarificar al caso que los fines últimos de la casación no han sufrido con esta novedosa posibilidad propuesta cambio o desviaciones, y que tratándose de una impugnación extraordinaria, su orientación inequívoca y exclusiva apunta a la

"efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal, la reparación de los agravios inferidos a las partes en la sentencia recurrida y la unificación de la jurisprudencia nacional".

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

RESUELVE

DECLARAR INADMISIBLE el recurso extraordinario de casación intentado por el señor defensor de los acusados Carmen Cecilia Mosquera y Ramiro Armando Quenán Calderón, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Tribunal de procedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

PREVARICATO \ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Ni la actividad ni la inercia de las partes agraviadas con una providencia prevaricadora desnaturalizan la conducta punible o excluyen la responsabilidad penal del funcionario que la protagonizó.

La indemnización de perjuicios se orienta dentro de la obligación constitucional impuesta a las autoridades de amparar y garantizar los derechos de los asociados, al restablecimiento del equilibrio en ellos perturbado con la acción punible.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 7383

Contra: Emperatriz Castillo

Delito: Prevaricato

Magistrado ponente: Dr. *Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado acta No. 129 (octubre 21 de 1992)

Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Vistos

Del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva proceden las presentes diligencias para que por vía de apelación revise la Corte su sentencia de febrero 17 próximo pasado, mediante la cual condena a la doctora Emperatriz Castillo

Burbano como responsable de un delito de prevaricato cometido durante su desempeño como Juez Promiscuo Municipal de Isnos, impugnación que tiene iniciativa en la Fiscalía Cuarta de esa corporación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Correspondió a la universitaria Emperatriz Castillo Burbano como titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Isnos conocer del proceso que en ese despacho se seguía en contra del individuo Henry Díaz Bolaños por el delito de lesiones personales, afirmando al proferir la respectiva resolución de acusación que dada la incapacidad señalada al ofendido (25 días sin consecuencia adicional alguna), la norma infringida era la del artículo 332 del Código Penal cuya sanción de arresto oscilaba "de dos meses a 2 años y multa de $ 100.00 a $ 1.000.00 M.L.", sin mencionar la presencia de agravantes y ratificando la libertad provisional de que venía gozando el procesado.

Sin embargo y sin que se hubiesen producido cambios en el ámbito demostrativo, ni hubiese mediado variación formal de la calificación otorgada a la conducta, al entrar a proferir la sentencia respectiva que lleva fecha 17 de abril de 1989, resolvió la funcionaria partir de una vez del máximo de pena previsto en el artículo 332 del Código Penal (24 meses de arresto), deduciendo a renglón seguido y contra la realidad procesal y la resolución acusatoria el incremento de la causal 4a. del artículo 324 del mismo código para imponer en definitiva al acusado 32 meses de arresto y $ 1.333.00 de multa, negándole de añadido el subrogado de la condena de ejecución condicional y adicionando en cambio como penas accesorias sin motivación alguna la de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, la restricción domiciliaria y la prohibición de consumir bebidas embriagantes, imposiciones excesivas contra las cuales reclamó el penado mediante denuncia que formalizó en contra de la juez, y que dio margen para la apertura del presente proceso.

2.- Decretada la práctica de diligencias preliminares, se demostró en ellas tanto la vinculación oficial de la denunciada Castillo Burbano como titular del Juzgado de Isnos a la época de los hechos endilgados, como la real existencia del proceso seguido en contra del quejoso señor Díaz Bolaños, y el contenido del fallo criticado, producido en los términos que han quedado indicados, siendo de destacar de esa providencia su absoluta brevedad, como la motivación que sobre graduación de la pena hizo la implicada en los términos que siguen:

"Considera el despacho que la pena a imponer en este caso será la de 32 meses de arresto, teniendo en cuenta la modalidad del hecho cometido y las circunstancias que rodearon el mismo, pues como se deja entrever por el análisis de las pruebas antes del hecho, esta persona tiene una tendencia a delinquir, lo que hace basado en cualquier circunstancia, como lo es en el presente asunto, ya que al parecer el

móvil del delito fue solamente una enemistad anterior por posibles problemas con la familia de Edil Barrios Pardo, por lo tanto considera el despacho que concurre en contra del sentenciado, una circunstancia de agravación punitiva del numeral 4o. del art. 324 del C. Penal, según lo establece el art. 339 del mismo código, por haber actuado el encartado por un motivo abyecto o fútil. Por lo tanto sería aplicable la pena máxima a imponer que son 24 meses de arresto más la tercera parte o sea 8 meses, lo que da un total de 32 meses, y multa de $ 1.333.00".

Estableció además la instrucción que el procesado señor Henry Díaz tuvo que descontar efectivamente la extrema sanción impuesta hasta que a la vigencia de la ley 23 de 1990 quedó convertida su infracción en conducta contravencional, que por favorabilidad logró la modificación benigna de la sentencia mencionada.

Acreditó además la gestión instructiva, que para la acusada este proceso en su contra es el primero de su pasado judicial, convocándole personalmente para que rindiera en él las explicaciones que el caso requería. Con ocasión de sus descargos -folio 137- dijo la implicada que había concluido sus estudios universitarios de derecho, y como experiencia judicial tenía la de haberse desempeñado como juez en los municipios de Tesalia, Guadalupe, Teruel e Isnos, y que asumió en esta última localidad el 13 de septiembre de 1988.

Refiriéndose al proceso seguido en contra de Henry Díaz reconoció la firma de la sentencia como suya, e interrogada sobre la adecuación de la conducta del allí implicado ratificó que la misma encuadraría en el artículo 332 del Código Penal, mas cuando se le puso de presente la tasación superior que en el caso del denunciante aplicó, solo acertó a contestar que no tenía explicaciones al respecto, añadiendo luego, a nueva pregunta alusiva a la causal de agravación específica, que al imponerla había obrado con la autorización del artículo 339 del Código Penal que le facultaba el incremento de una tercera parte de la pena, rematando con la afirmación de que en su carrera como juez jamás había pretendido causar perjuicio sino acertar, ateniéndose a su buen criterio y a las enseñanzas de sus docentes.

3.- La situación provisional de la indagada se definió imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva con otorgamiento de libertad provisional, y a la conclusión del ciclo instructivo la calificación sumarial que impartió el Tribunal acogió la solicitud fiscal de enjuiciamiento, profiriendo resolución de acusación en contra de la ex-juez por un "hecho punible atentatorio del Bien Jurídico de la "Administración Pública" (capítulo VII, título III del Libro Segundo de C.P.)". En la misma decisión fechada el 1o. de octubre de 1991 se ratificó la libertad provisional de la sumariada y se dispuso la expedición de copias para investigación de la conducta asumida por el defensor de Díaz Bolaños y el Personero Municipal por cuya inactividad quedó en firme el fallo ilegal, instándose a la Fiscalía para que agilizara los medios tendientes a la corrección de la injusticia cometida contra el denunciante quien continuaba descontando la desmedida pena fijada por la ahora procesada.

Adelantada la causa con sujeción a la regulación del decreto 052 de 1987, profirió el Tribunal el fallo de condena de cuya revisión ahora se trata, imponiendo a la doctora Castillo la pena principal de un (1) año de prisión como autora y penalmente responsable del delito de prevaricato por acción, e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, obligándola en abstracto al pago de perjuicios causados con la infracción y suspendiendo condicionalmente la ejecución de la pena privativa de la libertad por un lapso de 2 años, pues las demás sanciones se previeron de cumplimiento inmediato.

FUNDAMENTOS DEL RECURRENTE

Al sustentar el recurso interpuesto, el señor Fiscal Cuarto del Tribunal Superior de Neiva apunta a la revocación del fallo de condena para que en su lugar entre la Corte, por vía de instancia, a decretar la absolución de la acusada "por ausencia de elemento subjetivo del hecho punible", pues sin poner en duda ni la tipicidad de la conducta, ni su nocividad frente al derecho tutelado, recuerda que

"...no toda equivocación es acto prevaricador, -pues- ha de mediar el conocimiento de la voluntad de faltar al deber de fidelidad, debida a la corrección de la administración de justicia pública, en cuyo nombre actúa. Se ha afirmado que cuando el juez juzga una situación tildada de prevaricadora, no se ocupa de ella como juez de instancia, para considerarla acertada o no, de ahí, que providencias desacertadas puedan no ser prevaricadoras.

"Se ha determinado que el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la sentencia, consciencia que con tal proveído, vulnera sin derecho, el interés jurídico estatal de la recta y equilibrada decisión y voluntad de emitir un proveído ilícito, pudiendo y debiendo hacer un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia".

Criticando luego al Tribunal cuando sostuvo que el dolo en el prevaricato se infería de la sola cotejación de la decisión que se califica de arbitraria y el texto de la norma que le sirve de soporte, contraargumentó que "en atención a nuestro derecho penal de culpabilidad, no pueden desconocerse en la evaluación de ese juicio valorativo, hechos y circunstancias concluyentes", que en el caso propuesto, se concretarían porque:

"a)- En el expediente no se vislumbra razón, causa, origen o indicio con el cual se pueda sostener, que la actuación de la inculpada la llevó por dolo o existencia alguna a perjudicar deliberadamente.

b)- La formación universitaria de la ex-juez, no amerita necesariamente un pleno conocimiento de la normatividad, de la interpretación de todos los aspectos jurídicos.

c)- La escasa e incipiente y precaria experiencia judicial que tenía la imputada cuando dictó la desacertada providencia (6) (meses).

d)- La desacertada providencia de la inculpada motivó uno a uno los actos que resolvía, exponiendo el por qué de su decisión.

e)- Si la infortunada providencia hubiera sido recurrida oportunamente, el concepto o criterio que se tendría de la juez, sería diferente y de pronto no hubiera originado la acción penal.

f)- En el hecho punible, del cual según la providencia por su naturaleza y modalidades no concitan elevado reproche".

Con estas razones concluye que por desacertada, la sentencia de Tribunal debe revocarse, profiriendo la corte en su lugar un fallo absolutorio con el cual se reconozca que la acción típica imputada no se revistió de tonalidad dolosa alguna que autoriee su punición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Al descorrer traslado en esta instancia, el Señor Procurador Primero Delegado en lo Penal le solicita a la Sala la confirmación de la providencia motivo de alzada, pues a su juicio tanto demuestra el plenario la ocurrencia de los hechos que ameritan la acusación, como su antijuricidad y la culpabilidad dolosa de la acusada, dado que ante el ostensible distanciamiento de la doctora Castillo frente a la legalidad que le obligaba al tasar la pena que le correspondía al acusado y ahora denunciante señor Henry Díaz, notoria y maliciosamente abandonó sus deberes oficiales para imponer su arbitrio, sin que ese comportamiento pueda resultar ahora excusable.

Consultando la norma transgredida, prosigue el Ministerio Público, sin dificultad se observa que su entendimiento no demandaban mayor esfuerzo del juzgador para una acertada aplicación, menos al consultar la experiencia que para ese entonces acreditaba la acusada como juez. Dentro de esas circunstancias y si el propósito de la ex-funcionaria era simplemente el de distanciarse de las disposiciones que le obligaba aplicar, con él bastaba para configurar el dolo, sin que ese aspecto subjetivo demande demostrar la presencia de un interés proclive o un ánimo de proferir daño o injuria, pues diciendo atenerse a la jurisprudencia de esta Sala, e interpretando la incapacidad de la acusada para dar justificación lógica al fallo injusto, concluye en que

"... cuando esta torcida interpretación no se explica por ignorancia o errónea asimilación de su contenido y cuando además, ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende demostrativa de prevaricato".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- No discute el apelante la realidad externa de la infracción por la cual se radicó en juicio a la doctora Castillo Burbano, ni la lesividad que ese acto entrañó tanto para la administración pública como para el denunciante, quien a raíz del fallo injusto debió descontar un encarcelamiento superior a aquel que para su caso autorizaba la ley.

Tales presupuestos cuentan en verdad con amplia acreditación dentro del plenario, pues tanto la vinculación oficial de la acusada en calidad de Juez Promiscuo Municipal de Isnos para la fecha de los hechos, como su intervención dentro de la causa seguida al denunciante Henry Díaz Bolaños, calificando el sumario y profiriendo el fallo, son aspectos suficientemente acreditados mediante prueba documental válida y oportuna.

Dentro del aspecto objetivo o material y cotejando el contenido de la breve providencia de condena proferida en contra de Díaz Bolaños, no con ánimo de calificar su acierto sino en la ineludible obligación de revisar si al proferirla se ciñó la funcionaria a la ley o hizo por el contrario de la norma una desestimación notoria o evidente, diáfanamente se descubre que en cuanto a la adecuación del hecho que era por entonces motivo del pronunciamiento no deformó la doctora Castillo la realidad que acreditaba el expediente, ni erró en la escogencia de la disposición que describía el tipo y fijaba la sanción, pues a sabiendas de que la agresión inferida al ofendido solamente generó una incapacidad de 25 días sin secuelas, correctamente invocó el artículo 332 del Código Penal, como acertadamente transcribió su sanción al sostener que

"...como la incapacidad no pasa de 30 días, la pena será arresto de dos meses a dos años y multa de $ 100.00 a 1.000.00".

Mas, siendo este el acertado raciocinio de la acusada, que hasta aquí repetía los términos de la resolución acusatoria (aspecto que de paso descuenta como hipótesis su ignorancia de la ley), lo que sorprende dentro del fallo y nunca encuentra explicación satisfactoria en el proceso seguido en su contra es que sin fundamento probatorio, de una sola vez hubiese partido la funcionaria del máximo de la pena del artículo 332 del Código Penal para aplicarla a Henry Díaz, y no contenta aún con esa desequilibrada medida, todavía hubiese agregado un incremento de 8 meses más de arresto bajo la excusa de que el delito aparecía agravado por el motivo abyecto o fútil, pues esta circunstancia jamás se demostró en los autos, y a tal grado la acusada lo sabría que ninguna alusión a ella hizo cuando redactó el pliego de cargos. La ya precaria situación del reo Díaz todavía sufrió un nuevo deterioro, pues sin que la ex-juez hiciera motivación alguna, le añadió las penas accesorias de restricción domiciliaria, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, y la prohibición para el consumo de bebidas alcohólicas.

Siendo evidente la realidad de estos excesos, porque el proceso no ofrecía soporte para la aplicación del máximo legal de pena, y tampoco justificaba un incremento pues la causal de agravación siendo inexistente, no había sido incluida dentro de la acusación formalizada al procesado Díaz Bolaños, de bulto aparece que para su imposición se apartó notoriamente la funcionaria acusada de las prescripciones de los artículos 61 y 67 del Código Penal que señalaban los criterios legales para la graduación de penas, y la viabilidad para la fijación del máximo, marginamiento acompasado con el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal que obligaba a dar por ciertos y trascendentes solo los hechos debidamente demostrados, y con el artículo 53 del Código Penal que fijaba el deber de consultar factores de conveniencia en la imposición de las penas accesorias (arts. 50, 57 y 59 del C.P.) y no los consejos de la subjetividad o lo arbitrario.

Se distancia sí en este aspecto la Corte y de manera parcial de las consideraciones que hiciera el Tribunal cuando dedujo que por parte de la acusada se habían excedido también los límites de pena establecidos en el artículo 332 del Código Penal que impedían sobrepasar los 24 meses de arresto, porque esa consideración solo podría elevarse si no se hiciese referencia alguna al artículo 339 del Código Penal que la acusada invoca, pues para cuando tienen operancia las causales del artículo 324 ibídem, la sanción original del delito de lesiones recibe el incremento proporcional que fija el evocado artículo 339 (de una tercera parte a la mitad).

Tampoco considera la Sala, a diferencia del enfoque que sobre el particular hace el a quo, que pueda imputarse a la acusada a título de prevaricato la negativa que del subrogado de la condena de ejecución condicional le hizo al procesado Díaz, pues si para adoptar esa decisión se motivó en los datos sobre agresividad revelados en sindicaciones anteriores, a lo sumo podría sostenerse que la funcionaria no estuvo acertada, pero no que desatendió los preceptos del artículo 68 del Código Penal, pues esta disposición la estaba facultando para consultar los antecedentes de todo orden sobre personalidad del acusado, para hacer sobre ellos un juicio acerca de la necesidad del tratamiento penitenciario, siendo preciso recordar que para la fecha de la decisión del juzgado ni siquiera existía la norma constitucional hoy vigente del artículo 248 superior.

Refiriendo estas aclaraciones tan solo a dos de los varios aspectos integrantes del cargo imputado que se concreta sobre el fallo injusto de abril 17 de 1989 del Juzgado Municipal de Isnos, y con más especificidad en el tratamiento punitivo particularmente gravoso que en él se dio al condenado mediante criterios ajenos a los que imponía la ley, las aclaraciones precedentes solo trascenderán a la parte resolutiva como tales, en la medida en que muy a su pesar, el distanciamiento ostensible de la acusada frente a las normas que le obligaba aplicar persiste, y al contrario de la irrelevancia que en alguna medida le sugiere el impugnante, notoriamente tradujo en desorden para la administración pública que sufrió con la deslealtad de la funcionaria acusada el extravío del principio de legalidad que debía enmarcar sus actuaciones, y hacia el ámbito específico de la administración de

justicia se constituyó con la operancia de la decisión injusta en efectivo agravio para el denunciante, obligado a descontar una pena muy superior a aquella que prevela la ley para la infracción que se le deducía.

2.- Centrada la alegación del apelante en la necesidad de conocer si pudo incurrir la acusada en aquel posible error que derivado de sus exiguos conocimientos e incipiente experiencia se pregona, o fue otra y muy diversa la causa real del exceso en la represión de Díaz Bolaños, la respuesta a esas inquietudes planteadas lleva a sentar las conclusiones que subsiguen:

2.a.- No figura la acusada Emperatriz Castillo Burbano dentro del plenario como una persona empírica o lega en el conocimiento del derecho. Siguiendo la información que brinda durante su injurada, se sabe que ya para la fecha de los hechos había agotado sus estudios universitarios de derecho, preparación académica que ni siquiera se puede calificar de genérica o insuficiente, pues conocida la índole de los sucesos que se le imputan, constituye prueba acerca del recibo de una información específica sobre la temática de la fijación punitiva que dentro del fallo penal adverso se debía manejar.

2.b.- Tampoco le faltaba a la egresada experiencia como juzgadora, ni puede afirmarse que la vivida le era todavía escasa o limitada a solo seis meses como titular del Juzgado Municipal de Ismos. La información surgida una vez más de la procesada en su indagatoria enteró sobre su desempeño de juez en las poblaciones de Tesalia, Guadalupe y Teruel, y así no se haya acreditado si ello ocurrió por breve o prolongado tiempo, es lo real que se trató de oportunidades que le facilitaron conocer y proferir providencias relacionadas con la tasación de penas, hecho que para la enjuiciada tenía que complementar prácticamente la instrucción teórica que ya tenía y que le permitió, precisamente demostrar en la injurada su capacidad para ubicar con facilidad la norma que en el caso de Henry Díaz le obligaba haber aplicado.

2.c.- Al contrario de cuanto sobre el particular argumenta el recurrente, tampoco aparece en las consideraciones de la sentencia una argumentación que ilustre cuál fue el criterio que sirvió a la ex-juez para tasar la pena al enjuiciado Díaz Bolaños. Por el contrario y si se hace la cotejación de las exiguas razones sentadas en ese fallo frente a la realidad de aquel proceso, lo que a las claras se descubre es la presencia de una falsa motivación, pues, como queda visto, sin que hubiese operado una modificación demostrativa a partir de la resolución de acusación que venía de redactar la propia juez Emperatriz Castillo, súbitamente se afirma que el delito de lesiones se hallaba agravado por la causal 4a. del artículo 324 del Código Penal, sorprendiendo de ese modo al acusado cuya defensa se había enderezado frente al delito simple de lesiones que le había sido concretado.

Esta específica causal de agravación que de haber correspondido con realidad al proceso obligaba su inclusión como complemento de la acusación, pues así lo imponía el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal, todo lo que hace es

tornar más nítido el interés de la acusada por la desmejora de la situación del para entonces procesado, pues ningún asidero encuentra dentro de las piezas probatorias allegadas, como que de ellas solamente surge como realidad la preexistencia de una enemistad entre la víctima y quien la lesionaba, hito al cual se suma en igual sentido la adición de penas accesorias sin haber motivado en forma alguna el por qué de su necesidad o conveniencia.

Peor aún: fundando toda razón para la aplicación del máximo legal sobre la exclusiva consideración de la personalidad del procesado, porque éste registraba sindicaciones anteriores por delitos contra la integridad personal, ni siquiera se consideró que uno al menos de esos registros aparecía ya esclarecido en favor del imputado (folio 61v.), nuevo indicativo de la parcialidad con que se procedía.

2.d.- Replica también el recurrente a las argumentaciones del Tribunal sosteniendo que dentro del plenario no se acreditó cuál pudo haber sido el motivo que llevó a la acusada a proceder como se le incrimina, punto del cual parte para concluir en la inexistencia de elemento subjetivo.

Al contrario de lo que plantea el recurrente, la doctrina reiterada de la Sala ha sostenido que así resulte importante el conocimiento de las causas o motivos que determinaron en el agente su inclinación hacia el comportamiento criminal, y aún relevantes para la graduación de las sanciones, ellos en modo alguno sustituyen o llegan a fundirse en la noción del dolo, pues integrado éste según la definición del artículo 36 del Código Penal por el conocimiento del hecho punible y el consentimiento de su realización, cada uno de estos elementos acredita su presencia en el caso de la ex-juez Emperatriz Castillo Burbano, que lejos de negar su intervención en la conducta típica dijo en la providencia y ratificó en la injurada que sabía cuál era la disposición aplicable al caso del denunciante Díaz Bolaños, pese a lo cual lo definió sin sujetarse a ese precepto, sin acertar con una explicación a cerca de la causa, la razón o el motivo que la llevaron a proceder como en el texto del fallo criticado aparece.

Dentro de toda esa comprensión de la conducta desplegada por la funcionaria acusada, esa incapacidad para brindar explicaciones que tampoco dentro de su providencia injusta se contienen, es factor que se une a los excesos que en el tratamiento punitivo ejecutado se han puesto de presente, para significar que si la doctora Castillo Burbano conocía como lo reconoce cuál era la pena aplicable, su distanciamiento de los preceptos legales para superarla solo obedeció a la voluntad clara y manifiesta de desatender un deber oficial ineludible, comportamiento por el cual debe responder penalmente como lo dedujo el Tribunal en la sentencia recurrida, sin que a ello obste la última razón aducida por el apelante y sugestiva de que las consecuencias del fallo proferido por la doctora Castillo son más producto de la omisión de recursos por parte de los interesados, pues ni la actividad ni la inercia de las partes agraviadas con una providencia prevaricadora desnatu-

ralizan la conducta punible o excluyen la responsabilidad penal del funcionario que la protagonizó.

Acreditados con suficiencia los extremos que dan soporte a la medida de condena, habrá de merecer en esta instancia su confirmación.

3.- Superados en coincidencia con el pensamiento de la Procuraduría Delegada los motivos que suscitaron la inconformidad del recurrente, y al margen de esa discusión, observa la Sala que no obstante el reconocimiento del a quo sobre la demostración del daño inferido al denunciante y que tradujo en la imposición de su resarcimiento, al decretarlo omitió fijar su monto como de modo expreso lo exigían los artículos 50, 186-7 y 187 del Código de Procedimiento Penal, vacío que corresponde ahora subsanar a esta Sala, pues en tal sentido la faculta el artículo 538 ibídem, tratándose por lo demás en el caso del resarcimiento del daño proveniente de la infracción, de un deber que en armonía con los artículos 103 y siguientes del Código Penal, busca, como lo impone el principio rector del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, restablecer los derechos vulnerados con el hecho punible, evitando para la víctima mayores dilaciones o trámites adicionales que le hagan nugatorio su derecho, o tornen más gravosa la posibilidad de su resarcimiento.

Cabe aclarar que no por el hecho de haberse omitido la intervención pericial para fijar el monto de los perjuicios a resarcir en este asunto, podría excusarse su fijación en la sentencia, pues la única y lógica condición que el precepto del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal ofrece es la de su prueba, dado que una vez acreditado el daño, la intervención del experto es potestativa, no así la liquidación de los perjuicios para cuyo cumplimiento fijan los artículos 106 y 107 del Código Penal en el caso de los morales la consulta de "las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido", y en los materiales "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".

Conocidos estos presupuestos, y a sabiendas de que la decisión de la acusada según fundado análisis de la sentencia impugnada (en ello acorde con el Fiscal recurrente), jamás debió imponer una sanción privativa de la libertad superior a los ochenta días, ni una pecuniaria que pasara de $ 133.00, el agravio al condenado Henry Díaz se concreta y acredita en la privación efectiva de la libertad que excedió de ese lapso, y que significó un total de nueve (9) meses y veintidós (22) días, pues en el año de 1990 permaneció privado de su libertad tres (3) meses y un (1) día hasta el momento en que protagonizó una fuga, y recapturado en el mes de agosto siguiente pasó a cuenta del nuevo proceso hasta el 6 de marzo de 1991, fecha en que regresó a descontar la pena por el delito de lesiones -f.114-, que según la información que suministró el Fiscal recurrente en la diligencia de audiencia, cesó en el mes de diciembre siguiente.

Así las cosas, y probado que la decisión injusta se tradujo como daño inmediato en encarcelamiento para el sentenciado Díaz Bolaños, que le imposibilitó el desempeño de su oficio de labriego de jornal y la atención de actividades y compromisos, sin que se haya demostrado otra específica causación de costos o perjuicios, halla la Sala justo su resarcimiento en suma equivalente a los cien (100) gramos-oro, a los cuales se añadirá la cantidad de quinientos (500) gramos más por concepto de daño moral, atención hecha particularmente a la naturaleza del derecho del cual fue indebidamente privado el ofendido como consecuencia de la providencia prevaricadora, modificación que solo comunicándole al beneficiado podrá constituirse en efectiva garantía de restablecimiento del derecho, pues Henry Díaz no se constituyó en parte en este asunto.

Sin desconocer, finalmente, que fue del Ministerio Público la iniciativa de la apelación, pero en procura de una decisión favorable al acusado, reitera la Sala su criterio en cuanto los ajustes que pueden recaer sobre el resarcimiento de perjuicios y eventualmente desmejoren la situación del apelante único no pueden considerarse comprendidos dentro de la prohibición constitucional del artículo 31 superior, pues lejos de vedar esa disposición cualquier clase de modificación adversa al interés del recurrente, con exclusividad restringe sus efectos sobre la imposición de penas y sus medidas directamente derivadas o complementarias como sería el caso de los subrogados, siendo de disímil naturaleza el resarcimiento de perjuicios, pues mientras la sanción, como medida coercitiva propia del poder punitivo del Estado tiene como fines específicos los de retribuir por el agravio social, prevenir la comisión de nuevas infracciones, y proteger y resocializar al delincuente, la indemnización de perjuicios se orienta dentro de la obligación constitucional impuesta a las autoridades de amparar y garantizar los derechos de los asociados, al restablecimiento del equilibrio en ellos perturbado con la acción punible.

Nada impide, entonces, el cumplimiento en esta instancia del querer legal de concretar y liquidar los perjuicios materia de resarcimiento, decisión consecutiva de la confirmación del fallo de condena que se anuncia.

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: Modificar el fallo motivo de alzada para imponer en concreto a la acusada Emperatriz Castillo Burbano la obligación de cancelar a favor del ofendido Henry Díaz Bolaños la cantidad de cien (100) gramos oro por concepto de perjuicios materiales y quinientos (500) gramos más del mismo metal por concepto de perjuicios morales, como autora material y penalmente responsable del delito de prevaricato por el cual fuera llamada a responder en esta causa.

Segundo: Confirmar en todo lo demás, con las aclaraciones hechas a la parte considerativa, la sentencia motivo de apelación.

Líbrese al ofendido la comunicación indicada en los considerandos.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

VIOLACION DIRECTA \ ERROR DE HECHO \ FLAGRANCIA \ HOMICIDIO CALIFICADO

En todas las hipótesis de violación directa de la ley sustancial, el recurrente que alegue esta forma de quebranto debe aceptar los hechos en la forma plasmada en el fallo, pues solo se discute la aplicación del derecho.

El error de hecho recae sobre la realidad tangible de la prueba que el juzgador omite, supone o distorsiona.

Para los fines que persigue la norma, por flagrancia debe entenderse no la captura del delincuente en el momento de realizar el reato, sino que aquél sea visto o sorprendido al consumar el acto que quebranta la ley penal o se le encuentre con huellas o instrumentos que delaten su participación en el delito.

Hay homicidio calificado cuando éste se consuma aprovechando las condiciones de indefensión de la víctima.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Casación No. 6973.

Magistrado ponente: Dr. *Jorge Carreño Luengas*

Aprobado acta No. 131 (oct. 28/92)

Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintinueve de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado defensor de Gerardo Antonio Flórez Méndez, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, de fecha octubre ocho de mil novecientos noventa y uno, por la cual se confirmó la del Juzgado Primero Superior de la misma ciudad que condenó al procesado ya citado a la pena principal privativa de la libertad de 16 años de prisión, como responsable del delito de homicidio en la persona de Gabriel Dussán Franco.

Agotado el trámite propio del recurso, procede la Sala a decidir lo que fuere pertinente.

HECHOS

Serios desacuerdos existían entre Antonio Flórez Méndez y Gabriel Dussán Franco, por problemas de carácter económico.

El 16 de diciembre de 1990, los citados señores se encontraron accidentalmente en el bar denominado "Los Faroles" del municipio de Génova donde los dos se dedicaban en mesas diferentes al consumo de bebidas embriagantes.

De un momento a otro, se suscitó un ligero incidente entre ellos y los testigos vieron más tarde cuando Flórez avanzaba armado de cuchillo hacia donde se encontraba Dussán a quien propinó numerosas heridas que le ocasionaron la muerte.

Ante el asombro de los presentes, Flórez abandonó tranquilamente el lugar, pero fue capturado días después por las autoridades. En su versión ante la justicia el homicida aceptó haber ocasionado la muerte a Dussán pero, alegó a su favor la justificación del hecho por legítima defensa.

Tal justificación no fue aceptada por los juzgadores de instancia, quienes profirieron en contra del acusado sentencia condenatoria por hallarlo responsable de un delito de homicidio calificado por el abuso de las condiciones de inferioridad en que se encontraba la víctima.

DEMANDA DE CASACIÓN

En forma un tanto confusa e imprecisa el demandante formula varios cargos contra la sentencia del Tribunal al amparo de la causal primera de casación, art. 220 del C. de P.P. por violación de la ley sustancial.

En un primer cargo el recurrente se limita a transcribir algunos apartes de la injurada del acusado y de los testimonios de Herminda Suárez y Luz Marina Osorio, insistiendo en que con estos elementos de convicción el Tribunal dedujo responsabilidad al acusado por un homicidio calificado, cuando "...a los testigos presenciales sólo les consta la autoría mas no la agravación punitiva...". Concluye afirmando que por esta errada apreciación probatoria, "...la sentencia en violatoria de la ley sustancial por no aplicación del art. 323 del C.P....".

En su segundo cargo acusa la sentencia de ser "...violatoria de la ley penal sustancial en el sentido de haber valorado erróneamente la prueba indicadora de la existencia del hecho punible...".

En desarrollo del cargo expresa el censor que el Tribunal incurrió en error de hecho al dejar de apreciar los testimonios que Herminda Suárez, Luz Marina Osorio y Alvaro Cárdenas rindieron ante el juez instructor y en las cuales dichos ciudadanos se retractaban en parte de la versión inicial que ofrecieron ante las autoridades de Policía.

En un tercer cargo, sostiene el libelista que se quebrantó la ley sustancial por haber incurrido el juzgador en error de hecho por falta de apreciación del dictamen pericial y de unas fotografías tomadas a las prendas de vestir del occiso y que como prueba fueron aportadas al proceso.

Argumenta que de acuerdo a esta prueba, la víctima no recibió heridas por la espalda y que siendo ello así, quedan desvirtuadas las declaraciones de quienes sostienen que la víctima fue herida cuando se hallaba dormida, situación que permitió al juzgador deducir el agravante de las condiciones de inferioridad e indefensión.

En un cuarto cargo, se queja el actor de que ese Tribunal al efectuar la dosimetría de la pena, no tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 297 y 301 del C. de P.P. y por ello no efectuó la rebaja a que se hacía merecedor Flórez por su confesión.

Finalmente, reprocha el recurrente que el Tribunal al momento de proferir su sentencia no tuvo en cuenta que el acusado se hallaba en estado de embriaguez en el momento de consumar el homicidio y que "...toda ebriedad produce alteraciones orgánicas que interesan los planos intelectivos.." y que en consecuencia ha debido ser sometido a exámenes médicos para determinar si actuó en condiciones de inimputabilidad.

Considera el demandante, que esta omisión vulneró la ley sustancial que consagra para los inimputables medidas de seguridad y que no fue aplicada, para imponer en su lugar al sentenciado severas medidas de prisión.

Solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y dictar en su lugar la que corresponda en derecho.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita a la Corte, negar la properidad de la demanda.

Inicia su concepto poniendo de presente los manifiestos errores de técnica y de lógica en que incurrió el casacionista al formular en el curso de su demanda planteamientos contradictorios ya que en uno de los cargos proclama la inocencia del acusado, en otro acepta su responsabilidad por un homicidio simple, para finalmente colocar al sentenciado consumando el reato dentro del campo de la inimputabilidad.

Y, refiriéndose a los cargos, expresa la Delegada, que el primero no puede ser más confuso y contradictorio porque lo presenta al amparo de la causal primera por violación directa de la ley sustancial por "interpretación errónea", pero al fundamentarlo sostiene la existencia de errores de derecho y penetra de manera indebida en el aspecto probatorio, para refutar la apreciación y valoración que diera el Tribunal a la prueba de cargo, olvidando que cuando se alega violación directa, el ataque ha de dirigirse única y exclusivamente a denunciar el yerro de carácter jurídico en que pudo incurrir el fallador con prescindencia absoluta de la prueba.

Considera que el cargo debe desecharse porque es contrario a la técnica del recurso entremezclar los conceptos de violación directa e indirecta de la ley sustancial con argumentos propios del quebranto indirecto.

Es de parecer de la Procuraduría que el segundo cargo sea desestimado por la Corte porque si bien el libelista se acoge a la violación indirecta formula en relación con la misma prueba, errores de hecho y de derecho, lo cual constituye un desacierto inadmisible en casación.

El tercer cargo en criterio de la Delegada, tampoco debe prosperar, por presentar en él posiciones antagónicas que impiden conocer cuál es el sentido y voluntad del impugnante.

Sobre el cuarto cargo opina la Procuraduría que el Tribunal procedió acertadamente al negar al procesado la rebaja de pena de que trata el art. 301 de C. de P.P. anterior, ya que la confesión como lo acepta el recurrente no fue fundamento de la sentencia y el procesado consumó su delito en condiciones de flagrancia, factores que lo excluyen del aludido beneficio.

Finalmente, para el Ministerio Público el quinto cargo debe desecharse porque el demandante equivocó la vía para su presentación. El aspecto de la inimputabilidad, debe ser alegado por la causal tercera de nulidad por quebranto del debido proceso, y no -opina la Delegada- a través de la violación directa como lo hizo el recurrente, razón por la cual insinúa a la Corte no casar la sentencia.

SE CONSIDERA

Es indudable que la censura que formula la Procuraduría Delegada a la demanda sería suficiente de acuerdo al C. de P.P. anterior para llevar a su desestimación. Pero el nuevo estatuto procedimental vigente con posterioridad a la fecha del concepto (decreto 2700 de 1991), ha permitido al recurrente formular cargos excluyentes, siempre que se presenten en capítulos separados en el curso de la demanda y de manera subsidiaria (art. 225 ibídem).

Este cambio legislativo lleva a la Corte a examinar los diversos reproches formulados en la demanda, no obstante su evidente contradicción.

A pesar de lo anterior, la primera censura por su inadecuada, confusa y antitécnica presentación, no está encaminada a prosperar.

Repetidamente ha sostenido la Sala, que en todas las hipótesis de violación directa de la ley sustancial, el recurrente que alegue esta forma de quebranto debe aceptar los hechos en la forma plasmada en el fallo para disentir o controvertir únicamente la selección de la norma hecha por el fallador o el contenido que éste le atribuyó en la sentencia, sin referencia alguna al problema probatorio. En la infracción directa la realidad fáctica no permite controversia alguna, pues sólo se discute el error de aplicación del derecho a un hecho que se ha demostrado plenamente.

Y, en el caso sub judice, no obstante que el recurrente acusa la sentencia "...de ser violatoria en forma directa, por interpretación errónea" de la ley sustancial, en la sustentación del reproche, habla de errores de derecho y se extiende en un detenido análisis de la prueba de cargo, atribuyendo al juzgador yerros de apreciación probatoria, para afirmar que las cosas ocurrieron de manera diferente a la establecida en la sentencia, en actitud totalmente contraria a la técnica de la casación, incurriendo en grave falla, que no puede ser subsanada por la Corte.

Se desecha el cargo.

Se acusa en segundo lugar la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial por error de hecho, al haber ignorado el fallador "...el contenido objetivo de la prueba vertida por testigos presenciales...". Se da entonces el error de hecho al no darle aplicación adecuada a lo afirmado por Herminia Suárez, Luz Marina Osorio Arias y Alvaro Cárdenas Pardo, quienes sí tuvieron ocasión de observar de cerca los hechos bajo circunstancias objetivas de cuerpo entero...".

Es innegable, que el error de hecho recae sobre la realidad tangible de la prueba que el juzgador omite, supone o distorsiona. Incurre en él, el sentenciador que no estima una prueba legalmente aportada al proceso, o da por establecidos hechos sin respaldo probatorio o distorsiona el alcance y sentido de los elementos probatorios.

Pero no es este el caso que se presenta en la sentencia recurrida. Es el mismo censor quien se encarga de desvirtuar sus propias afirmaciones en el sentido de que el juzgador no apreció los testimonios de los presenciales Herminda Suárez, Luz Marina Osorio y Alvaro Cárdenas cuando en la sustentación del cargo dice textualmente:

"También violó el Tribunal el art. 295 del C. de P.P. al apreciar erróneamente la credibilidad de los testigos directos: Herminda Suárez, Luz Marina Osorio y Alvaro Cárdenas para darle prelación al dicho directo de los agentes y del Inspector, por no tener originalidad que no permite la firme convicción al darse la posibilidad de la tergiversación o la ocultación...".

En esta condiciones, es indudable que el Tribunal sí estimó la prueba cuya omisión alega el recurrente y que la analizó correctamente en armonía con los demás elementos de convicción aportados a los autos, sin distorsionar o tergiversar su contenido o alcance. No prospera la censura.-

Considera en un tercer cargo el recurrente, que el juzgador incurrió en manifiestos errores de hecho "...- por falta de apreciación del dictamen del legista, como tampoco se apreció la prueba complementaria de las fotografías a las prendas de vestir de la víctima...".

Alega el censor, que de haberse apreciado esta prueba no se hubiera deducido la circunstancia de la indefensión que sirvió para calificar el homicidio, pues la no estimación de este dictamen llevó al Tribunal a considerar que la víctima había sido atacada por la espalda como lo afirman algunos de los presenciales.

No obstante que el cargo está relativamente bien formulado, la realidad probatoria examinada en su conjunto impide la prosperidad de la censura.

La ley penal en su art. 324-7 califica el delito de homicidio, cuando éste se consuma con aprovechamiento de las condiciones de indefensión o inferioridad de la víctima, que puede ser procurada por el agente, o no procurada por éste, pero sí aprovechada por él.

Para que el agente abuse de esa situación de indefensión, no es siempre necesario que el ataque se realice alevosamente por la espalda, siendo suficiente para pregonar su existencia, que el agente obre con cobardía y deslealtad, para asegurar el resultado criminoso y correr el menor riesgo posible.

En la sentencia acusada se consideró el homicidio como calificado, de manera especial por la carencia de medios adecuados por parte de la víctima para repeler la agresión, pues se hallaba desarmado, en estado de embriaguez, sentado en la mesa del establecimiento público, distraído, situación que fue aprovechada por el sujeto agente para atacarlo de manera sorpresiva, impidiéndole cualquier reacción defen-

siva y dándole muerte de numerosas cuchilladas como lo acredita el dictamen pericial.

El abuso de esa especial condición en que se encontraba la víctima, aprovechada deliberadamente por el agresor, es lo que agrava el comportamiento y califica el homicidio. Y esas circunstancias consumativas del reato se encuentran demostradas con prueba digna de credibilidad.

Bien sabido es además, que cuando se alega en sede de casación violación indirecta de la ley por error de hecho, no es suficiente que el censor demuestre la omisión en la estimación de algún medio de prueba, sino que es indispensable también, acreditar su trascendencia en la parte resolutiva del fallo impugnado y que sin ella se desquiciarían todos los fundamentos de sentencia, cometido que no cumple el recurrente en el caso de estudio.

No prospera el cargo.

Por la vía directa, por falta de aplicación de los arts. 296, 297, 300, y 301 del C. de P.P. formula el recurrente un nuevo cargo a la sentencia. Considera, que estando demostrado que Gerardo Antonio Flórez confesó su delito en su primera versión ante la justicia, sin embargo el Tribunal no le concedió la rebaja de pena que establecen las normas en cita.

Se recuerda al casacionista, que tanto el art. 301 del C. de P.P. anterior, como el art. 299 del actual estatuto procedimental, sólo autorizan conceder la rebaja de pena por confesión "...fuera de los casos de flagrancia...".

Para los fines que persigue la norma, por flagrancia debe entenderse no la captura del delincuente en el momento de realizar el reato, sino que aquél sea visto o sorprendido al consumar el acto que quebranta la ley penal o se le encuentre con huellas o instrumentos que delaten su participación en el delito.

Refiriéndose a este aspecto de la flagrancia como factor excluyente de la rebaja de pena, dijo la Corte:

"La Sala estima que la flagrancia debe entenderse, como una forma de evidencia procesal en cuanto a los partícipes, derivada de la oportunidad que han tenido una o varias personas de presenciar la realización del hecho o de apreciar al delincuente con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en el hecho punible...".

"...Dos son entonces los requisitos fundamentales que concurren en la formación conceptual de la flagrancia: en primer término la actualidad, esto es, la presencia de las personas en el momento de la realización del hecho o momentos después percatándose de él y en segundo término la identificación o por lo menos la individualización del autor del hecho...".- (casación, mayo 4 de 1988).

En el caso sub judice, procedió con acierto el Tribunal al negar en la sentencia recurrida la rebaja de pena por confesión, ya que Flórez Méndez consumó su delito en flagrancia, pues el hecho punible tuvo por escenario el bar denominado "Los Faroles" del municipio de Génova, sitio donde numerosas personas presenciaron los acontecimientos y declararon ante la justicia señalando con absoluta claridad y precisión al autor del homicidio.

El cargo no prospera.

Finalmente, se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial, falta de aplicación de los artículos 31, 32 y 33 del C.P., normas que han debido tenerse en cuenta para considerar al sentenciado como inimputable y aplicarle medida de seguridad y no pena privativa de la libertad.

El quebranto por violación directa tendría cabida en el caso de estudio si estando debidamente acreditado en el proceso que el acusado obró bajo los efectos de un trastorno metal, permanente o transitorio, el juzgado hubiese dejado de aplicar la norma al supuesto que tal hecho contemplaba.

Pero no es ese el caso que ofrece el proceso. El acervo probatorio presenta a Flórez Méndez obrando con plena conciencia de sus actos y al censor para fundamentar el cargo se limita a expresar que el agente se hallaba embriagado en el momento de consumar el delito, partiendo del supuesto inexacto de que las bebidas embriagantes producen siempre una alteración y trastorno mental en quien las consuma "que les impide conocer la ilicitud del hecho".

Es verdad, que el tóxico alcohólico produce cierta alteración mental y a la mayor o menor cantidad y calidad de la bebida, se puede relajar en parte la facultad de previsión y en la embriaguez muy avanzada puede verse recortado el panorama mental, e incluso en casos patológicos, la mente del embriagado no está en condiciones de ponerse a tono con el mundo exterior.

Pero no es ese el hecho que ocupa la atención de la Sala; si bien Flórez Méndez había consumido alcohol, no existe prueba en el proceso que fuera un individuo tarado, -temperamentalmente enfermo, nervioso, de una personalidad incompatible con el consumo del alcohol, y su manera de obrar y posteriormente relatar los hechos permiten deducir con certeza que obró a sabiendas de lo que hacía. En su declaración indagatoria relata con absoluta precisión los hechos, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los rodearon e incluso contra toda evidencia alega haber actuado en legítima defensa.

No estando demostrado el trastorno mental, mal puede atribuirse al juzgador un error in iudicando por no haber declarado inimputable al acusado. El quebranto por violación directa de la ley, no puede progresar.

Alega igualmente el recurrente dentro del mismo cargo, que estando acreditado el estado de embriaguez, el juez ha debido remitir al acusado a reconocimiento médico legal, para que se determinara su estado de salud mental.

Si se omitieron pasos propios del debido proceso, se equivocó la vía para impugnar en sede de casación, pues como anota la Procuraduría, ha debido recurrirse a la causal de nulidad por desconocimiento de las formas propias del juicio, entrando el censor en manifiesta contradicción al alegar dentro de un mismo cargo y con fundamento en los mismos hechos, violación directa, causal que presupone la validez del proceso y aceptación de la realidad probatoria, con la causal de nulidad que impediría proferir sentencia de sustitución.

Esta contradictoria posición dentro de un mismo cargo y que la ley expresamente prohibe, es una razón más que lleva a la Corte a desestimar la censura.

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

No CASA la sentencia recurrida a nombre del procesado Gerardo Antonio Flórez Méndez, de fecha, origen y naturaleza conocidos a través de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Calvete Rangel *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz *Gustavo Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Garnica
Secretario

TESTIMONIO \ REFORMATIO IN PEJUS \ PENA

Cuando el Tribunal, conforme a las reglas de crítica testimonial tiene por válida una declaración, así hay que admitirlo a pesar de no compartir tal apreciación.

En el espíritu y el texto de la norma exigen que en revisión de la providencia de la cual pueda emerger una sanción, cuando la apelación se cause únicamente en actividad del procesado, no resulte intensificación, al menos que sea una modificación legítimamente introducida relacionada principalmente con la legalidad de la pena.

No existe violación al mandato constitucional, en la medida en que para la pena se agrave se requiere que esa agravación se realice teniendo en cuenta exactamente la misma conducta y bajo las mismas circunstancias.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

Radicación No. 6513 - Casación

Contra: Edilberto y Gentil Abril

Aprobado acta No. 128 Oct. 20/92

Magistrado ponente: Dr. *Gustavo Gómez Velásquez*

Santafé de Bogotá, D.C., octubre treinta de mil novecientos noventa y dos.

VISTOS

Se decide el recurso de casación sustentado en favor del procesado Edilberto Abril Fernández, a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de once de junio de 1991, y por un delito culposo de "incendio", impuso un (1) año de prisión, multa en cuantía de cinco mil pesos ($ 5.000.00), así como las accesorias pertinentes.

La impugnación fue admitida en auto de doce de agosto del ya citado año y la demanda en proveído de veintidós de enero de 1992 (equivocadamente se señaló el de 1991), en lo que respecta a Edilberto Abril Fernández, pues en relación al otro sentenciado (Gentil Abril F.), el recurso fue declarado desierto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Edilberto Abril Fernández figura como propietario de la finca "Rancho Bonito", sita en la vereda del Cedral, del Municipio de Hato Corozal (Casanare), administrada por su hermano Gentil. Este inmueble se aproxima a varias propiedades, así las de Gilberto Mojica y Odilia Benítez de Mojica ("Las Palmeras"), Madieldo Muñoz, Pedro Calderón, Jairo Nieves y Alberto Luengas. Entre las siete y ocho de la noche del 16 de marzo de 1985, los hermanos Abril Fernández, para adecuación de sus tierras, realizaron una extensa quema, siendo advertidos por Mojica en el sentido de tener sumo cuidado pues la época de verano y la presencia de fuertes vientos, podía propagar el fuego. Y ésto fue lo acontecido, por falta de debidas y hasta elementales precauciones, causándose la pérdida de varios sembrados, y la destrucción de pasto y también de unos noventa y tres horcones de sostén de los alambrados. También resultaron perjudicados Jairo Nieves y Alberto Luengas, en sus predios "El Delirio" y "El Japón". Debe anotarse que, por acción similar, realizada por el señor Jacobo Bastilla, también se produjeron en esta y otras vecindades, similares daños, lo cual también originó una investigación por separado.

Por lo que respecta a ésta, debe advertirse que la investigación, en su parte fundamental, fue encarada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Hato Corozal, con ligera actuación, en este mismo sentido, del Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, ambulante, llegando a recibir, como calificación de la misma, una resolución acusatoria, por el delito de "Incendio", en modalidad de culposo, decisión emitida por el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Paz de Ariporo (octubre 24/89). Tramitada la causa, con la observancia de las reglas pertinentes, el Juzgado Promiscuo de Circuito de Paz de Ariporo profirió sentencia de condena (enero 30/91), llegando este funcionario a imponer la mínima sanción (seis meses de prisión), por equivocada referencia al inciso primero (bienes muebles) del art. 189 del C. Penal, en armonía con el art. 199 ibídem. Recurrida la decisión por la defensa, el Tribunal la confirmó, enmendado el desacierto pues ya tuvo en cuenta el mínimo de la pena básica señalada en el inciso segundo del citado artículo 189 (incendio de inmuebles).

LA DEMANDA

Se invoca como *primer motivo* de casación, el haber violado la ley por error de hecho debido a la falta de apreciación de la prueba, concretamente el Tribunal omitió considerar el testimonio de Germán Mariano Leal, quien compareció en dos oportunidades. La trascendencia de ésto la radica el impugnador en que, en su versión de fs. 190 (y el Tribunal se refiere a las de fs. 295/297), puntualiza las precauciones tomadas por Edilberto Abril, desantendidas en el fallo, vale decir: construcción de "una barrera, callejón o guardarraya de gran longitud y anchura con machete y pala, de especificaciones superiores a la comúnmente acostumbradas". Esto, unido a la falta de apreciación de las indagatorias y de un careo, daba lugar a excluir el fenómeno de la culpa.

También se advera que "Basta leer la sentencia acusada para observar que se limitó en el análisis de la culpabilidad, a demostrar que hubo negligencia "al no apagar ellos mismos las llamas que había (sic) propiciado" (fl.10 de la sentencia), exigencia ajena a la conducta delictiva que es de peligro para demandar una conducta sobre el resultado".

Ya agrega que "Todas esta normas (arts. 5, 35 y 37 del C. P.) fueron , igualmente, conculcadas. El juzgador, sí encontró que la conducta era típica y antijurídica, debía demostrar el aspecto culpabilidad dentro de esa orientación, como escogió la culpa, que está definida en la ley, le correspondía demostrar uno de dos aspectos:

"a).- Que Edilberto Abril realizó el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible, o

"b).- Que habiendo previsto el resultado, confió en poder evitarlo.

"El Tribunal hace en seis renglones análisis del tema, pero confunde las dos posibilidades mencionadas, hablando de falta de previsión, de imprudencia y negligencia, pero sin citar una sola prueba para respaldar sus afirmaciones".

Por último, insiste en que se acogió una responsabilidad objetiva, todo apoyado en "las consecuencias posteriores a la incineración" y en que "Como consecuencia de los errores del juzgador, que se han venido analizando se llegó a una aplicación indebida del Art. 189 del C.P., inciso segundo, imponiendo una pena por un delito no correctamente establecido, y el 199 ibídem, por el mismo concepto, al dar por probada una culpa inexistente. Se desatendió, así mismo, el artículo 247 del C. de P.P., que ordena que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del acusado. Consecuencialmente la condenación al pago de perjuicios constituye una aplicación indebida de los artículos 106 y 107 del C.P..

"Se patentiza así un error de hecho manifiesto en los autos, vale decir ostensible, protuberante, como que implica omitir consideración sobre uno de los

elementos del delito a decidir, y por cuanto desnaturaliza el esquema del fallo, que se advierte con la sola lectura del pronunciamiento demandado".-

Segundo motivo.- La violación indirecta de la ley sustancial surge como efecto de la desfiguración de la prueba, pues se advierte la "supresión de aspectos fundamentales contenidos en las indagatorias de Edilberto Abril y Gentil Abril, así como en el careo de aquél con Gilberto Mojica".-

Tales versiones se tuvieron en cuenta respecto de la demostración de autoría, pero se les omitió, sistemáticamente, en lo relacionado con la culpabilidad.-

Después de transcribir parte de estas diligencias, se indica que "Los sindicados Abril en sus declaraciones injuradas admitieron haber prendido fuego en su finca Rancho Bonito, pero explicaron que obraron en circunstancias que impedían relacionarlos con el fuego que destruyó propiedades vecinas, como que existieron otros fuegos que aportaron confusión para poder hacer una clara relación de causalidad. Esta confesión calificada se halla reglamentada por el art. 297 del C. de P.P.. Fueron hechas ante el juez competente con las formalidades legales, en forma espontánea, consciente y voluntaria, es decir, con los requisitos señalados en el art. 296 ibídem.

"Correspondía al juez practicar las diligencias conducentes para adquirir convencimiento de la verdad "y averiguar las circunstancias del hecho", como lo dispone el art. 299 del C. de P.P. y el fallador debía apreciar esa confesión y determinar su mérito probatorio, teniendo en cuenta los principios de la sana crítica sobre el testimonio.

"Pero para esa apreciación se mutiló la prueba; se procedió en forma parcial y parcializada, con lo que se incurrió en nuevo error de hecho".

Y se concretan, como aspectos excluyentes de la culpa y que no confutó la sentencia, los siguientes:

"1.- Quemaron de noche. En las horas nocturnas en los Llanos disminuye el viento y, por tanto, el peligro de propagación del fuego. Son las únicas que permiten apreciar, por la oscuridad, el avance de la llama para controlarla. La hora era punto sustancial del debate.

"2.- Hicieron contrafuegos. Se trata de pequeñas quemas sobre el lindero, a fin de despegar la zona y evitar propagaciones. Los hacía Edilberto Abril, mientras los iba extinguiendo Gentil Abril. Medida técnica y de mucha previsión, que unida a las guardarrayas demuestran la máxima previsión y cuidado.

"3.- Hicieron limpieza total del lindero. "Callejonlando" dicen ellos, en extensión y forma antes señalada.

"4.- Se ratificó el callejón. Por el mismo obrero, para insistir en las precauciones.

"5.- Estuvieron provistos de motobombas de agua. Para una emergencia que no se dio la noche que quemaron, pero que sirvieron para ayudar a los vecinos cuando apareció, muchas horas después y en sitio diferente un nuevo fuego.-

"Sorprende que todos estos actos ninguna consideración le merecieron al Tribunal. Aparece así una realidad procesal: La existencia de pruebas sobre la parte inicial de la conducta, que demuestran la responsabilidad y el cuidado con que se adelantó la labor agrícola; que no fue un acto improvisado sino pensado, preparado mediante innumerables precauciones".-

RAZONES DE LA SALA Y DE LA DELEGADA PRIMERO EN LO PENAL

Primera censura.- Porque el Tribunal cite la testificación de Leal Riaño, pero que aparece en los fls. 295/297 y no mencione la de fs. 190, no por ello es dable aludir a un error de hecho por omisión de esta última. Para que ello fuera procedente sería necesario que el casacionista advirtiera, y la realidad procesal le secundara, que entre una y otra se presentan aspectos diversos, considerados algunos de ellos, por el fallador, solo en lo que pudieron servir de fundamento a una sentencia de condena. Pero no puede expresarse igual estimación cuando el testigo, en esas dos ocasiones, se refiere a los mismos temas que la censura trata de advertir como situación favorable a su pretensión. En efecto, no media diferencia significativa entre lo específicamente dicho por el Tribunal ("Gentil Abril Fernández lo contrató para que hiciera el callejón o guardarraya, antes de hacer la quema del potrero de "Rancho Bonito", y él lo construyó de una anchura que oscilaba de 2 a 5 metros y en longitud de 400 metros") y lo que el mismo declarante Leal atestiguó anteriormente -fs.190-, vale decir, con las propias expresiones del demandante: "1.- Que se "callejonió el potrero en la línea divisoria, es decir limpió para que quedara como una calle.

"2.- Que la cerca quedó "bien limpia".

"3.- Que se hizo a machete y pala.

"4.- Que se hizo con peinilla a 5 metros de ancho, y luego con pala a 2 metros de ancho.

"5.- Que esas labores se hicieron en 400 metros de extensión.

"6.- Que todas esas medidas se rectificaron, y

"7.- Que muy poco se acostumbra hacer guardarrayas así de grandes y que, por tanto, eran suficientes para prevenir todo peligro".

Sobre situación tan idéntica no es dable afirmar una falta de consideración de asunto que, de haberse advertido, habría variado el sentido del fallo. Allí, y así lo indica la delegada, no se da, ni por asomo, un error de hecho por falso juicio de existencia. Ocurre algo muy distinto: para el casacionista esta manifestación libera de todo fenómeno de culpa al sentenciado porque tomó todas las previsiones para evitar que el incendio de su terreno sobrepasara sus propias lindes, y, habiendo hecho lo que era usual, suficiente y exigible hacer, no hay por qué atribuir a esa conducta una apreciación distinta, esto es, que no previó lo previsible, pues precisamente anticipando su juicio a lo que podía crear una situación de riesgo o llevar el fuego más allá del sitio en que debía confinarse éste, estableció barreras y resguardos adecuados e idóneos para evitar esa propagación. A esta labor está obligado y con esta precaución cumplió. Pero el Tribunal, en interpretación divergente, dentro de esta óptica del cuestionamiento, fue de parecer contrario, esto es, que tales aprestamientos de prudencia no tuvieron esa connotación o no se cumplieron en debida forma. Entonces, la oposición es meramente conceptual u opinativa, no dándose por tanto el motivo de la censura invocada. Una vez más la Sala repite lo que nadie ignora: cuando el Tribunal, conforme a las reglas de crítica testimonial tiene por válida una declaración, así hay que admitirla a pesar de no compartir tal apreciación y que puedan, aguzando la imaginación, ofrecerse otras variantes en su interpretación. Lo cual, en otras palabras, equivale a decir que no se debe tomar partido por la que presenta el recurrente sino preservar la contenida en el fallo, que viene precedida de la presunción de acierto y legalidad. Y la observación resulta todavía más imperativa cuando la dialéctica del censor no logra establecer el posible yerro en categoría de ostensible o manifiesto y apenas queda su exposición como una hipótesis más.

Otrosí. Si el Tribunal hubiera apuntado solo a la insuficiencia de la labor cumplida por Leal Riaño, sería exigible, por parte del juzgador o la Corte, apuntamientos de más entidad dirigidos a establecer la idoneidad de lo practicado por el sentenciado y su subalterno, por ser ello lo que de manera usual se consideraba como debidamente apto para el control del fuego. Pero a ésto no se redujo la argumentación atacada sino a otro tema más esencial y que la demanda no encaró en su réplica. Es así como la segunda instancia advirtió textualmente que "las llamas no quedaron extinguidas en la noche del sábado 16 y de ahí que, por la fuerte brisa, el chispazo incendiara el terreno del señor Mojica el domingo 17, prolongándose hasta el lunes 18".

Surge en este punto un decisivo factor de culpa, o sea, que por parte de Abril no se dio la extinción total al fuego, el día 16, única alternativa que permitiera abandonar el sitio. Se marchó de allí, y otro tanto hicieron sus trabajadores, sin producirse este exigible y obvio requisito de prudencia. Porque, ciertamente, no basta desamalezar o dejar en tierra viva la zona que sirve de confinamiento del fuego si no se le acompaña de personas que estén prestas a concurrir con otros medios (agua, golpes de ramas, tierra, arena, etc.) a su sofocación, de resultar insuficiente el guarda-camino o ser superada esta división por acción del viento.

Y menos puede mirarse como paradigma de cautela y buen tino dejar un fuego latente, que puede rebrotar en el momento menos esperado, extrañando toda operación de vigilancia. Si esto último se da, la difusión, del fuego no puede mirarse como algo inusitado, incontrolable, imprevisible y que podía combatirse exitosamente con la sola labor que realizara el señor Leal Riaño. Es el colmo de la temeridad dejar brasas o rescoldos que pueden avivarse y expandirse en un momento dado, máxime cuando se está en horas de la noche y predomina un fuerte viento, puesto que tanto lo uno como lo otro permiten la tardía observación del reinicio del incendio, cuando éste ha tomado proporciones de imbatible.

Qué actitud de más real culpa que no comprobar la total y definitiva extinción del fuego?. Cómo atribuir un actuar de esta índole a la aplicación de una responsabilidad objetiva, establecida solo a expensas de la producción del incendio?. Todo lo contrario. Se señalaron tan fehacientes motivos que, para cualquiera, ello dahan lugar a concluir un estado de culpa consciente. Lo acontecido fue algo fácilmente previsible, que no se quiso conjurar, así se dieran medios simples y válidos.

Segunda censura.- La cuestión analizada en el punto procedente aparece tan de singular importancia, que en este cargo se trata de acentuar las precauciones, por parte de Abril, y de arbitrar otros medios más eficaces de control del fuego, como lo fue la disponibilidad de agua para extinguirlo. Así fuera admisible esta aserción (que se introduce particularmente en el careo con Mojica, y por eso lo trata de manera singularizada el fallo), quedaría como remanente de culpa el que no se estableció en la realidad de la desaparición absoluta del fuego ni se dejó, para horas de la noche, alguien que celara su súbita reaparición.

El Tribunal se ocupó del aspecto que echa de menos la demanda. Y al respecto encontró que el procesado Abril no merecía ser creído en sus exculpaciones. Sobre el particular el fallo anota, y la Delegada extracta el párrafo en su concepto, cómo este sentenciado, que en un principio dijo que el sereno debió sofocar el fuego residual (y en esta clase de aconteceres y más en época de agudo verano y fuertes vientos, no es dable dejar librada la desaparición del fuego a la humedad de la noche), se mudó a versión diferente pues anotó que las palmas fueron apagadas con agua del caño, utilizando dos bombas, situación increíble por la demostración en autos de estar esa fuente consumida por el recio verano, réplica que le llevó a situarse en otra posición, pues ya sostuvo que el agua fue traída de una toma de agua localizada al frente de su casa y "de allí la llevaron a una cuadra de distancia para apagar la candela con las palmas". Esto, a más de que el fuego en latencia se ubicó en la parte superior de las palmas, llevó al juzgador a tener por "imposible de creer que realmente se hubiera apagado las llamas de sus copas", deducción lógica, que no traduce una interpretación absurda, ajena a las reglas de la sana crítica, así el recurrente intente presentar como de mejor familia la narración del sentenciado.

No se da tampoco en este aparte un error de hecho por falta de juicio de existencia y menos la aparición de una responsabilidad objetiva, o que el sentenciador dejara de determinar factores propios a un comportamiento de culpa.

Los cargos no prosperan.

La Delegada, en cuanto a la modificación de la pena cumplida en la segunda instancia, de lo cual no se ocupa para nada la demanda, señala la procedencia de mantener esta dosificación y al respecto comenta: "A pesar de que nos encontramos ante un caso de apelante único, el Tribunal creemos que no actuó en contravía del mandato constitucional, teniendo en cuenta que realizó una correcta adecuación punitiva, teniendo en cuenta que el artículo 189 del Código Penal, es claro en indicar en su inciso segundo que cuando la conducta de prender fuego, se realice sobre un inmueble la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad. Como el juez de primera instancia equivocadamente había impuesto la pena correspondiente a prender fuego sobre cosa mueble, era lógico corregir este yerro en el fallo de segunda instancia. No existe violación al mandato constitucional, en la medida que para que la pena se agrave se requiere que esa agravación se realice teniendo en cuenta exactamente la misma conducta y bajo las mismas circunstancias, y en este caso existía era una equivocación porque a pesar de que el juzgado de primera instancia acepta que el fuego se prendió sobre un bien inmueble impuso la pena correspondiente a prender fuego sobre cosa mueble. Este error debía ser corregido como en efecto ocurrió, razón por la cual podemos decir que no existió agravación sino corrección para imponer la pena que en derecho correspondía de acuerdo con la conducta exacta que se había tipificado".

No comparte la Sala el criterio expuesto por la Delegada, pues fuera de confundir el inciso segundo con el tercero del art. 189 (incendio en inmueble y agravaciones para esta clase de bienes y también para muebles), el distingo que pretende imponer como pertinente a la norma constitucional, no se aviene ni con su espíritu ni con su texto. Uno y otro buscan y exigen que en la revisión de la providencia de la cual pueda emerge una sanción, en la segunda instancia, cuando la apelación se cause únicamente en actividad del procesado, no resulte intensificada. Este dispositivo (art. 31 C.N.) por regla general está señalado como criterio el que repudie de entrada la agravación de pena y por ello la jurisprudencia, fijando su contenido y alcance, ha señalado varias hipótesis, tales el revocar la condena de ejecución condicional concedida en la primera instancia, o convertir el fallo absolutorio pronunciado por ésta en uno de condena. Pero también ha tenido presente el no permitir que bajo tal prohibición se comprendan situaciones que no se avienen con la misma y que establecen una nítida distinción con la razón de ser que la anima, así lo relacionado con los perjuicios, a no ser que la modificación corresponda a una variante legítimamente introducida y de la cual dependía su dosificación, y, principalmente lo relacionado con la legalidad de la pena. Sobre este último particular la Sala, con ponencia del M. Dídimo Páez, señaló su exigible mudanza, en estos términos:"La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente con las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser sostayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el juez

al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones...

.....

"Resulta claro entonces que el artículo 31 C.N. al consagrar la garantía de la no agravación punitiva cuando es impugnante único el procesado, no está dando patente de corso a la ilegalidad ni al caos jurídico, pues la garantía como tal presume que el acto haya sido cumplido dentro de la legalidad. La pena cuya agravación se proscribe en esta disposición es la que resulta de una computación que consulte los principios elementales de graduación que suministra el legislador. La norma superior no puede indiscriminadamente cobijar todo evento de incrementación de pena cuando el apelante único sea el procesado, pues conservando el mismo rango de la que consagra la legalidad del delito y de la pena, principios universalmente reconocidos, ha de atemperarse para dejar a salvo tan esencial presupuesto de la justicia".

Aparentemente el caso en estudio podría insertarse en el ámbito de la antedicha apreciación, pero se dan circunstancias que impiden esta asimilación. Es así como se advierte, ciertamente, el desenfoque de la punición señalada por el juzgador de la primera instancia, pues olvidó lamentablemente y contra los dictados de carácter civil que era necesario consultar en esta clase de dispositivos para tener ciertos bienes muebles como inmuebles (destinación) que el mínimo de la sanción imponible tenía que referirse al inciso segundo del art. 189 (bienes inmuebles) y no a la primera de su hipótesis (bienes muebles). Pero este desacierto no se produce en la sentencia como lapsus o inopinada o súbita arbitrariedad, al punto que ahora, con base en la tesis de la ilegalidad de la pena, pueda enmendarse por la segunda instancia, sino que el juzgador desde la resolución acusatoria estimó como propia la conducta de un incendio de cosas muebles, inferencia determinable tanto por la cuantificación que hizo de la sanción y la referencia al precepto aplicado, como por la frase inicial que aparece a fs. 238: "Al parecer las llamas o chispas se extendieron produciendo incendios en las fincas de Odilia Benítez de Mojica, Jairo del Carmen Nieves y Pedro Calderón, con destrucción de *cultivos, y demás muebles y enseres*" -subraya la Sala-. Mediando esta circunstancias, la tesis relacionada con la ilegalidad de la pena, que busca una obvia, expedita y necesaria corrección, no abarca situación diferente como lo es la deducción equivocada a base de confrontaciones probatorias o jurídicas que fijaron en el proceso ciertas reglas de permanencia y que no pueden resultar variadas sin que las partes tengan ocasión de controvertir esa posibilidad de perjuicio.

El funcionario, se repite, ignorando preceptos legales de índole civil o realidades probatorias, estimó que los bienes consumidos por el fuego (pastos, horcones y sembrados) se podían reputar como muebles. Esta situación de no corregirse durante la tramitación antecedente al proferimiento de la sentencia, así habría tenido que quedarse, sin que el juez de la primera instancia, posteriormente y de manera oficiosa o a petición de parte, pudiera introducir el correctivo

pertinente. No era posible, jurídicamente, una modificación de la sanción. Y la segunda instancia creyó poder hacerlo por el recurso interpuesto en favor del procesado, de donde, el dispositivo constitucional sobreviniente, que vedaba la agravación de pena, restaba toda competencia para deshacer el entuerto jurídico. El error perdura como tal en vista de la privación de facultad que autorizaba su rectificación.

Revivirá in integrum, entonces, el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Ariporo (enero 30/91), mediante el cual se impuso a Edilberto Abril, seis meses de prisión. Como la Corte establece este remedio, debe igualmente, de oficio, extender la incidencia de este fallo al otro procesado Genil Abril Fernández.

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

RESUELVE

1.- CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado, ya indicado en su origen, fecha y contenido, y en su lugar determinar que la condena de los hermanos Edilberto y Genil Abril Fernández, será la siguiente: cada uno debe purgar seis (6) meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual período. No hay lugar a la multa porque esta no fue considerada por la primera instancia y ganada, porque también fue determinación suya, de la condena de la ejecución condicional dentro de las circunstancias especificadas en el mencionado fallo.

En cuanto a los perjuicios, ya que esta fijación no entra en la prohibición constitucional, se establece (2a. instancia) el pago solidario de Edilberto y Genil Abril Fernández, de trescientos (300) gramos oro, por concepto de daños materiales, para cada uno de los perjudicados, o sea, Odilia Benítez de Mojica, Jairo Nieves y Alberto Luengas; y doscientos (200) gramos oro, por concepto de daños morales subjetivos, para cada una de estas personas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Calvete Rangel — *Jorge Carreño Luengas*

Guillermo Duque Ruiz — *Casimiro Gómez Velásquez*

Dídimo Páez Velandia — *Edgar Saavedra Rojas*

Juan Manuel Torres Fresneda — *Jorge Enrique Valencia M.*

Rafael Cortés Carrica
Secretario

INDICES

Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal
Indice Cronológico Sentencias Publicadas
Segundo Semestre de 1992
Primera Parte

Pág.

92-07-01
NULIDAD\IRREGULARIDAD

No toda irregularidad que recaiga en un proceso tiene la virtualidad de invalidarlo; este efecto, que sanciona los descuidos de la administración de justicia y por lo regular afecta negativamente por lo menos a una de las partes, solo tiene cabida cuando la naturaleza de la irregularidad y su magnitud representan verdaderos atentados contra las garantías constitucionales y procesales porque se torne legalmente imposible de solución mediante los mecanismos previstos

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-01

Decisión	:	No casa.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.
Acción	:	Edilberto Pulido Mora.
Delito	:	Homicidio.
Fuente Formal	:	Artículo 438 C. de P.P. 7

92-07-03
HABEAS CORPUS

El núcleo de Habeas Corpus corresponde a la necesidad de proteger el derecho a la libertad. Pero cuando la misma ha sido afectada por definición de quien tiene la facultad para hacerlo y ante el se dan, por el legislador, diferentes medios de reacción que conjuren el desacierto, nadie duda que el habeas corpus está por fuera de este ámbito y pretender aplicarlo es invadir órbitas funcionales ajenas.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Segunda Instancia.
Fecha: 92-07-03

Decisión	:	Confirma sentencia condenatoria.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Andrés Enrique Montañez M. - Juez 71 de Instrucción Criminal.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente Formal	:	Artículo 464 C. de P. P.	15

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

No sobreviene el subrogado solo por la aplicación del mínimo de la pena, menos aun cuando es consecuencia de la actividad del procesado como Juez.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Segunda Instancia.
Fecha: 92-07-03

Decisión	:	Confirma sentencia condenatoria.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Andrés Enrique Montañez M. - Juez 71 de Instrucción Criminal.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente Formal	:	Artículo 68 C. P.	15

RESPONSABILIDAD OBJETIVA \ TENTATIVA

No puede tenerse nunca como inequívoca muestra de atender a un criterio de responsabilidad objetiva, el esfuerzo dirigido a develar, sobre la base de ciertos datos, el propósito necandi de una conducta.

Para deducir el fenómeno de la tentativa de homicidio (clase de arma, situación en su empleo, región afectada y distancia), reunidas, marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-03.

Decisión	:	No casa.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Buga.

Acción	:	Edwar González Serna.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 22 C. P.....	33

92-07-06

LIBERTAD PROVISIONAL \ REVOCATORIA \ DETENCION

La detención del procesado se cumple de manera inmediata cuando habiéndose concedido el beneficio de la excarcelación bajo el presupuesto de las causales previstas en el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario de oficio o a petición del Ministerio Público o del Fiscal, encuentre que la excarcelación otorgada era improcedente o que el beneficiario violare cualquiera de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución, en cuyo caso no podrá ser otorgada nuevamente por la misma causa, salvo las situaciones previstas en los numerales 2o. y 3o. del ya citado artículo 415, desde luego, con la observancia de lo normado respecto de los asuntos de competencia de los Jueces Regionales.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Auto: Casación.
Fecha: 92-07-06

Decisión	:	Niega libertad.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Ibagué.	
Acción	:	Gustavo Peña Santamaría.	
Delito	:	Homicidio y aborto.	
Fuente Formal	:	Artículo 198 C. de P. P.	40

92-07-07

TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES \ COMPETENCIA

La competencia de los jueces, sea cual fuere su especialidad o su categoría se halla expresa y exclusivamente señalada por la ley, fundándose esta para su distribución entre los diferentes órganos en factores de orden funcional, material, territorial y subjetivo o foral.

Tratándose de las infracciones relacionadas con la tenencia o tráfico de armas de fuego, la normatividad sustantiva vigente distingue entre las de uso privativo de las fuerzas militares y aquellas que clasificadas como aptas para la defensa personal, se autoricen para tenencia de los particulares, señalando en uno y otro caso una serie de conductas alternativas cuya ejecución se reprime con distinta punibilidad.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Colisión.
Fecha: 92-07-07.

Decisión	:	Dirime colisión de competencia.
Procedencia	:	Juzgado 3o. Superior de Valledupar.
Acción	:	Julio A. Armenta.
Delito	:	Infracción al Decreto 3664 de 1985.
Fuente Formal	:	Decreto 3664 de 1986. 44

92-07-08

CASACION OFICIOSA \ REFORMATIO IN PEJUS

La casación oficiosa es procedente de acuerdo con el ordenamiento procesal vigente hoy, al resultar favorable cuando se trata de proteger las garantías fundamentales.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-08

Decisión	:	Casa parcialmente.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Ibagué.
Acción	:	Aníbal Oyola Bedoya.
Delito	:	Homicidio.
Fuente Formal	:	Artículo 31 C. N. 49

92-07-09

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD \ CASACION \ VIOLACION DIRECTA \ NULIDAD

El artículo 52 ibídem es muy claro al disponer que a la pena de prisión le acompaña siempre la de interdicción de derechos y funciones públicas, pero "las demás penas accesorias serán impuestas discrecionalmente por el Juez, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61". Cuando inmotivadamente se impone la suspensión de la patria potestad, ese error debe demandarse en casación por violación directa, causal que no puede emplearse de oficio, y no por nulidad.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-09

Decisión	:	No casa.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Armenia.

Acción	:	José Duvan Jaramillo González.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 42 C.P.	56

TRANSITO DE LEGISLACION \ FAVORABILIDAD \ AUDIENCIA PUBLICA \ CASACION \ CARGOS EXCLUYENTES

En el artículo 13 transitorio del Decreto 2700 de 1991 se dispone la pervivencia de las normas del anterior Código de Procedimiento para los procesos que han superado o siquiera iniciado el trámite de la audiencia pública al regir la nueva ley. El mandato constitucional de la favorabilidad que en materia criminal obliga a preferir las leyes más benignas frente a las gravosas o severas, excusaría su aplicación en materia procesal siempre y cuando esas nuevas normas de rito conlleven hacia efectos sustanciales de bondad o garantía.

La derogación que hace la nueva disposición del inciso segundo numeral 3 del artículo 224 del Decreto 050 de 1987, permite ahora la formulación de cargos, excluyentes bajo la condición de que su proposición se haga de manera separada y subsidiaria.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda
Sentencia: Casación
Fecha: 92-07-09

Decisión	:	No Casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Valledupar.	
Acción	:	Rafael Ramón Suárez Díaz.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 13 Transitorio D. Ley 2700/1991.	65

92-07-14

HABEAS CORPUS \ JUEZ PENAL \ JUEZ COLEGIADO

Es de la esencia de la acción de Hábeas Corpus la celeridad en el proferimiento de la decisión y el trámite brevísimo que suprime todos aquellos incidentes o circunstancias que puedan dilatarlo; por ello el artículo 434 del Código de procedimiento prohíbe que la solicitud se someta a reparto, trámite imposible de omitir en la autoridad de los jueces colegiados.

Si las corporaciones judiciales se entendieran como "Juez Penal" susceptible de conocer de las acciones de Hábeas Corpus, el trámite y

decisión no podría cumplirse dentro del término de 36 horas para negar o decretar la libertad.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Auto: Habeas Corpus.
Fecha: 92-07-14

Decisión	:	Se abstiene de revisar sentencia.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Armenia.	
Acción	:	Melquisedec Baquero.	
Delito	:	Hurto calificado y agravado.	
Fuente Formal	:	Artículo 430 C. de P. P.	73

92-07-22

APODERADO \ SUSTITUCION DE PODER \ MANDATARIO

Si ha sido el propio representado quien ha designado los diferentes apoderados que pueden intervenir judicialmente en su nombre, es lógico que la ley procedimental imponga a los profesionales del derecho el cumplimiento de esa voluntad, y en consecuencia restrinja la facultad de sustituir, no solo al mandatario principal, sino que además la condición a que los sustitutos estén ausentes, falten o no quieran ejercer el poder.

Bajo los presupuestos señalados puede afirmarse que la sustitución de un poder es atribución exclusiva del mandatario principal, como excepción al principio general de procedimiento civil establecido en el artículo 68 de dicha legislación, según el cual el poder podía sustituirse "siempre que la delegación no esté prohibida expresamente".

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-22

Decisión	:	Deniega el recurso de reposición.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Amanda Arboleda de Londoño.	
Delito	:	Peculado.	81

ERROR DE DERECHO \ ERROR DE HECHO

El error de derecho por falso juicio de convicción no existe; cuando se ha desconocido la lógica en la apreciación de la prueba debe acudirse al error de hecho.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-22

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Luis Alberto Gómez Villamil.	
Delito	:	Homicidio culposo.	
Fuente Formal	:	Artículo 254 C. de P. P. (actual)	86

CASACION OFICIOSA \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ REFORMATIO IN PEJUS

El subrogado de la condena de ejecución condicional hace que el fallo no se ejecute, ese derecho de sesgo esencialmente punitivo, no puede ser revocado por el juzgado ad-quem, cuando el procesado es único apelante, ya que no hay duda que una decisión de ese tipo entraña una agravación de la pena, en palabras del artículo 31 de la Carta.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-22

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Luis Alberto Gómez Villamil.	
Delito	:	Homicidio culposo.	
Fuente Formal	:	Artículo 31 C. N.	86

LIBERTAD PROVISIONAL \ JUECES REGIONALES

Los procesos cuyo conocimiento está atribuido a los Jueces Regionales deben regirse en todo, incluso lo relativo a la libertad provisional, por los Decretos Especiales expedidos como legislación permanente. Solamente podrá aplicarse el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas, y lo relativo a la libertad provisional, se encuentra expresamente regulado en la legislación especial citada.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento de voto Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Casación.
Fecha : 92-07-22.

Decisión	:	Niega libertad.	
Procedencia	:	Jurisdicción de Orden Público.	
Acción	:	Luis Fernando Hernández Restrepo.	
Fuente Formal	:	Decreto 099 de 1991.	94

LIBERTAD PROVISIONAL \ JUECES REGIONALES (SALVAMENTO DE VOTO)

Los procesados por delitos de competencia de los Jueces Regionales tendrán derecho a la libertad provisional cuando se venzan los términos duplicados previstos en los numerales 4 y 5 del artículo 415 del C. de P. P.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas.

Auto: Casación.
Fecha: 92-07-22.

Fuente Formal	:	Decreto 099 de 1991.....	99

92-07-23

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS \ PUNIBILIDAD

Se desprende claramente de la norma "acumulación jurídica" que esta se refiere a pluralidad de fallos a fin de que las penas impuestas en cada uno de ellos no se sumen aritméticamente, sino de modo jurídico, para hacer menos gravosa, por lo mas corta, la punibilidad correspondiente.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Auto: Casación.
Fecha: 92-07-23

Decisión	:	Niega acumulación de penas.	
Procedencia	:	Juzgado 3o. Superior de Medellín.	
Acción	:	Luis Fernando González Ospina.	
Delito	:	Homicidio agravado y concierto para delinquir.	
Fuente Formal	:	Artículo 505 C. de P. P.	107

CAMBIO DE RADICACION

La publicación persistente en la prensa sobre una investigación no constituye, por sí misma, prueba suficiente para ameritar el cambio de

radicación. Mientras que sí pueden serlo las circunstancias que causen alarma ciudadana y que hagan perceptible el peligro sobre la vida del procesado.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Auto: Cambio de Radicación.
Fecha: 92-07-23

Decisión	:	Ordena cambio de radicación.	
Procedencia	:	Juzgado Superior de Valledupar.	
Acción	:	Alvaro Coneo Correa.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 83 C. de P. P.	110

DEMANDA DE CASACION

La sustentación de la demanda de casación debe ajustarse a los requerimientos lógico-jurídicos de la causal que se invoque, con el fin de demostrar el error que se le imputa a la sentencia.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Auto: Casación.
Fecha: 92-07-23

Decisión	:	Rechaza demanda.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Ibagué.	
Acción	:	Gerardo Campos Cárdenas.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 225 C. de P. P.	116

DOLO EVENTUAL \ CULPA CON REPRESENTACION

La línea divisoria entre el dolo eventual y la culpa con representación, manteniendo la tradición jurisprudencial radica en que en la segunda el peligro se representa en la mente del sujeto, pero el resultado no se quiere, abrigándose la esperanza de que no llegue a producirse porque se confía en la posibilidad de evitarlo.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-23

Decisión	:	Casa parcialmente.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.

Acción	:	Otoniel Pérez Zambrano y Gustavo Zabaleta C.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículos 37 y 329 C. P.	121

92-07-28

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ DETENCION DOMICILIARIA

La detención domiciliaria puede ser aplicada desde el momento en que se resuelva la situación jurídica del procesado, pero si se ha dictado sentencia y se ha negado el subrogado de Condena de Ejecución Condicional bajo el requisito del numeral 2o. del artículo 68 del C. P., la sustitución es improcedente.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Auto: Casación.
Fecha: 92-07-28

Decisión	:	Niega detención domiciliaria.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pereira.	
Acción	:	Jaime León Osorio Gómez.	
Delito	:	Concusión.	
Fuente Formal	:	Artículo 396 C. de P. P.	132

92-07-29

COPARTICIPACION \ SUJETO ACTIVO CUALIFICADO

En los casos de coparticipación se mantiene la unidad jurídica. El dispositivo amplificador del tipo de la coparticipación se presenta con la actividad de personas que responden a diversas situaciones ante el tipo penal, esto es, que exigiéndose a un sujeto activo cualificado, participan otros que carecen de tal cualidad, por lo que todos responden del hecho delictivo bajo una misma calificación jurídica. Por ello el determinador responde por la misma ilicitud que realice el sujeto determinado.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-29

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Villavicencio.	
Acción	:	Raúl Alvarado Linares.	

Delito	:	Falsedad.	
Fuente Formal	:	Artículo 23 C. P.	136

DETENCION DOMICILIARIA \ DETENCION PREVENTIVA

El legislador ha querido que el beneficio de detención domiciliaria sea aplicable exclusivamente en favor de quienes se hallan sindicados de delitos menores, y que, por sus antecedentes y obligaciones familiares, sea aconsejable cumplir la medida de aseguramiento de detención preventiva en forma parcial en el establecimiento carcelario o en su domicilio.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Casación.
Fecha: 92-07-29

Decisión	:	Niega detención preventiva.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Ibagué.	
Acción	:	Mauricio Alberto Cuéllar Buraglia.	
Delito	:	Hurto.	
Fuente Formal	:	Artículo 396 C. de P. P.	148

LEGALIDAD DE LA PENA \ REFORMATIO IN PEJUS

La legalidad de la pena constituye garantía no solamente con relación al procesado, sino para el Estado igualmente pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre la autoridad judicial legítima ha de ser desarrollado solamente en las condiciones prescritas en la ley, y no puede ser soslayado por un acto ilegal de uno de sus funcionarios, ni ignorado por el Juez al que jerárquicamente le compete revisar el pronunciamiento precisamente en procura de hacer efectiva la legalidad de las decisiones.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07 29

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cundinamarca.	
Acción	:	Próferes Rodríguez Díaz.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 31 C.N.	152

PRUEBA DOCUMENTAL \ VENTA DE COSA AJENA

Cuando la acción delictiva (v. gr. falsedad, estafa, etc.) utiliza o deviene en la producción de documentos, públicos o privados, la justicia está obligada a recurrir, sin restricciones, a pruebas de diversa naturaleza (incidiaria, testimonial, pericial, etc.) para precisar la realidad de lo sucedido y la idoneidad de esos escritos.

La venta de cosa ajena o de derecho que simplemente traducen una posesión y no dominio, deben reputarse válidos en nuestro sistema legal.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-29

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Reinaldo Medina Camacho.	
Delito	:	Estafa.....	166

TORTURA \ LESIONES PERSONALES \ DERECHO DE DEFENSA \ SENTENCIA

Sustituir en la sentencia la causal de agravación de la Tortura por un delito autónomo y concurrente de Lesiones Personales, lejos de favorecer la situación de los acusados la pondría en un serio riesgo de un incremento punitivo.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-29

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Valledupar.	
Acción	:	Guever Raúl Arias Guerrero y Otros.	
Delito	:	Secuestro.	
Fuente Formal	:	Artículos 268 y 270 C.P.....	175

92-07-30

REDENCION DE PENA POR TRABAJO

La redención de pena deberá ser computada como un día de estudio o de trabajo, en un máximo de ocho horas diarias esto es, que si un recluso excede en cada día bien por trabajo y/o estudio ese preciso límite, no podrán

los directivos de los establecimientos carcelarios certificar el exceso. Pero si un recluso labora en un día un lapso inferior al ya indicado, podrá computársele parte de las labores realizadas en días diferentes, sin exceder en ningún caso las ocho horas de la jornada laboral.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Auto: Casación.
Fecha: 92-07-30

Decisión	:	Niega libertad.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Barranquilla.	
Acción	:	Uriel Acuña Llanes.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 530 C. de P. P.....	184

PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS \ TERRORISMO

Es suficiente la realización de manera antijurídica y culpable por un particular de cualquiera de las conductas alternativas que contiene el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, para que se aplique la pena contemplada en el citado estatuto, sin que sea necesaria la presencia del ánimo o propósito terrorista como elemento estructurante del hecho punible.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-07-30

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Orden Público.	
Acción	:	Francisco Javier Barrera Gómez y Otros.	
Delito	:	Concierto para delinquir, fabricación y T. de arma.	
Fuente Formal	:	Decreto 180 de 1988.....	188

92-08-04

VIOLACION INDIRECTA \ CULPABILIDAD

Dado que el dolo (la culpabilidad en general) se exterioriza o se erige inevitablemente sobre elementos de juicio concretos, esto es sobre pruebas, un ataque tendría que transitar por la vía indirecta.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-04

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Neiva.	
Acción	:	Edgar García García.	
Delito	:	Falsedad y Fraude Procesal.	
Fuente Formal	:	Artículo 220 C. de P. P.....	197

92-08-05

IMPEDIMENTO \ PARTE CIVIL

Si una Sala del Tribunal Superior manifestó su punto de vista sobre carencia de personería de la Parte Civil, inhibiéndose para conocer, no se constituye en decisión judicial y no procede el impedimento.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-08-05

Decisión	:	No acepta impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Gloria Flórez de Sabogal, Luis Eduardo Manrique B. y Humberto Gutiérrez R. Magistrados Sala Penal.	
Fuente Formal	:	Artículo 103 C. de P. P.....	203

IN DUBIO PRO REO \ VIOLACION DIRECTA \ VIOLACION INDIRECTA

Cuando el juzgador acepta que los presupuestos del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal se hallan dados sin que se dé la consecuencia que en él se advierte, debe demandarse esa decisión por la causal primera, cuerpo primero, lo que llevaría a tener ese precepto como norma sustancial, desconociendo su entidad como norma de procedimiento.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-05

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Alvaro Toscano Feged.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 220 C. de P. P.....	208

IN DUBIO PRO REO

Se configura cuando han mediado errores en la apreciación probatoria (violación medio) suficientes para generar la duda que impone la no aplicación del precepto tipificador de la conducta que determinó la condena.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-05.

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pasto.	
Acción	:	Luz Marina Chacua Gaviria.	
Delito	:	Tráfico de Estupefacientes.	
Fuente Formal	:	Artículo 225 C. de P. P.....	221

REFORMATIO IN PEJUS

El endurecimiento de la pena, que contempla como algo vedado la Constitución, cuando el único recurrente es el procesado, se da tanto cuando una pena determinada se intensifica, como cuando mediante la revocatoria de la absolución se abre camino para imponer una sanción que no se dio en la primera instancia.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-05

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Luis Javier Valenzuela Rodríguez.	
Delito	:	Homicidio y Hurto.	
Fuente Formal	:	Artículo 228 C. de P. P.....	227

RESOLUCION DE ACUSACION\NULIDAD\DERECHO DE DEFENSA

El deber de avisar personalmente al procesado sobre su llamamiento a juicio criminal, se correlaciona con la obligación para el Estado de rodear de todas las garantías al reo, permitiendo elaborar su defensa acorde con sus intereses. Sin embargo no basta el silencio estatal para configurar el vicio. Puede suceder que la defensa se entera por cualquier medio de la decisión judicial y actúa en consecuencia. De esta manera aunque subsiste la irregularidad procedimental, la oportunidad para controvertir aquella determinación tiene plena vigencia, quedando incólume el derecho de defensa.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-05.

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Valledupar.	
Acción	:	José Flórez.	
Delito	:	Homicidio.	238

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL\ANTECEDENTES \ REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO

Por enseñanza, el funcionario deberá tener en cuenta para denegar el subrogado de la condena de ejecución condicional, exclusivamente las sentencias judiciales ejecutoriadas, por cuanto al tenor del artículo 248 de la Constitución, solo las condenas definitivas tendrán la calidad de antecedentes penales.

El procesado o condenado que pretenda obtener el beneficio de redención de pena por aplicación del artículo 531 del Código de Procedimiento Penal, deberá acreditar redención de pena ante las autoridades carcelarias, las calidades necesarias para ejercer la función de instructor o educador y, estas, expedir el certificado correspondiente. El Juez o funcionario a quien se le solicite el reconocimiento de la redención de pena por este concepto, computará cuatro horas como un día de trabajo y dos de trabajo por uno de rebaja.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Auto: Casación.
Fecha: 92-08-05

Decisión	:	No repone.	
Acción	:	Juan de Dios Yáñez Serrano.	
Delito	:	Injuria.	
Fuente Formal	:	Decreto 100/1980 artículo 72.	217

92-08-06

IRREGULARIDAD\NULIDAD\PERJUICIO\PERITO

Cuando una prueba se aduce de manera ilegal al proceso, esa irregularidad no anula la actuación, si bien el juez no debe apreciarla, porque como estatuye la Constitución Nacional es nula de pleno derecho.

La participación de perito para la liquidación de perjuicios no es obligatoria, ya que como bien lo prescribe el artículo 50 del Código de Procedimiento Penal aplicado, (artículo 55 del nuevo) "..., el Juez procederá a liquidarlos, para lo cual podrá disponer de la intervención de perito según la complejidad del asunto.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-06

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cundinamarca.	
Acción	:	Benjamín Sterling Clavijo.	
Delito	:	Homicidio y lesiones personales.	
Fuente Formal	:	Artículo 55 C. de P. P. Artículo 29 C.N...	246

92-08-10

IRREGULARIDAD \ NULIDAD \ PROCESADO

La ausencia de investigación en cuanto a uno o varios hechos delictuosos, o en cuanto a uno o varios procesados, constituye apenas una irregularidad que bien puede subsanarse con la expedición, así sea tardía, de las copias pertinentes.

"Si el debido proceso, siendo varios los acusados, se conculca para alguno o algunos de ellos, pero se conserva en su estrictez para los demás, y ello no socava las bases del juzgamiento para ninguno de éstos porque no incide en la validez del desarrollo procesal que le corresponde, resulta fuera de lugar alegar vulneración de esa garantía y nulidades impertinentes para el sujeto que no las padece, bajo pretextos no demostrados, cualesquiera sean, incluido el de que se ha violado el derecho de defensa".

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-10

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Luis Alfredo Martín Piñeros.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 304 C. de P. P.	254

92-08-12

REFORMATIO IN PEJUS \ CASACION OFICIOSA

No es posible minimizar y hasta degradar el predominio de la Constitución, impidiéndose el efecto de una disposición suya (v.gr. artículo 31), en sede de casación, porque la protesta sobre la sentencia no incluyó esta específica censura.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-12

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santa Marta.	
Acción	:	Ramiro Antonio Ropero Blanco.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 31 C. N.....	265

ERROR DE DERECHO \ FALSO JUICIO DE LEGALIDAD \ REFORMATIO IN PEJUS

Reconocerle valor a una prueba nula, en verdad que constituye un error de derecho por falso juicio de legalidad, que no invalida el proceso.

Cuando la posibilidad de que el superior conozca de la sentencia depende únicamente de la voluntad del procesado o su defensor, porque ella no es consultable ni fue recurrida por ninguno de los otros sujetos procesales, ha querido el constituyente establecer en su favor que su situación penal no pueda desmejorarse.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación
Fecha: 92-08-12

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Barranquilla.	
Acción	:	Iván José Torres González.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 31 C. N.....	276

92-08-14

DEMANDA DE CASACION

Se requiere indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal o causales en las cuales se funda la censura. No admite en el mismo

capítulo cargos entre sí excluyentes, y cuando sean opuestos, exige que se hagan en capítulos separados y subsidiariamente.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Casación.
Fecha: 92-08-14

Decisión	:	Rechaza demanda.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cali.	
Acción	:	Fernando Londoño Velásquez.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 225 C. de P. P.	286

92-08-18

REVISION \ IMPROSEGUIBILIDAD DE LA ACCION

La acción de revisión dada su naturaleza excepcional no solo por sus alcances, sino también por el hecho de que se ejerce por fuera del proceso ya culminado, exige de quien la propone la formulación de planteamientos serios, claros y con respaldo probatorio, pues, de lo contrario, la Sala careciendo en esta materia de facultad oficiosa, debe desatender la demanda.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Revisión.
Fecha: 92-08-18

Decisión	:	Inadmite demanda de revisión.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Luis E. Méndez.	
Delito	:	Falsedad y Estafa.	
Fuente Formal	:	Artículo 232 C. de P. P.	290

92-08-20

IMPEDIMENTO \ HABER DICTADO PROVIDENCIA

Para descartar cualquier tipo de preconcepto por parte de quien va a dictar la sentencia, es una buena medida que sean funcionarios diferentes el que llamó a juicio y el que falla, pero tratándose de la Sala Penal de la Corte, tanto en el anterior Código de Procedimiento Penal, como en el actual, el legislador le otorgó competencia para conocer de algunos procesos en única instancia, acusando y juzgando, luego sería absurdo que simultáneamente le hubiera impuesto una causal de impedimento que obligara en todos esos casos a sortear conjuez para proferir sentencia.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Aclaración de voto: Dres. Juan Manuel Torres Fresneda y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Unica Instancia - Impedimento.
Fecha: 92-08-20

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Corte Suprema de Justicia.	
Acción	:	Edgar Saavedra Rojas - Magistrado Sala de Casación Penal.	
Fuente Formal	:	Artículo 103 C. de P. P.	294

IMPEDIMENTO \ HABER DICTADO PROVIDENCIA (ACLARACION DE VOTO)

El compromiso intelectual adquirido frente a la resolución de acusación será motivo suficiente para la separación del acusador de la labor de juzgamiento. No basta que el funcionario tenga la certeza de su imparcialidad, pues deben también contar con ella la sociedad y el acusado, lo que reclama su vigencia aún en el plano de las apariencias, siendo ese uno de los motivos que consagra el numeral 6 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal como razón suficiente de separación del conocimiento.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Aclaración de voto: Dres. Juan Manuel Torres Fresneda y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Unica Instancia - Impedimento.
Fecha: 92-08-20

Fuente Formal	:	Artículo 103 C. de P. P.	298

CONCURSO REAL \ HURTO \ PORTE ILEGAL DE ARMA

El concepto de acción final no significa de ninguna manera que el autor o autores solo responden por el delito hacia el cual dirigieron su comportamiento, quedando en él comprendidos todas las demás infracciones en que lleguen a incurrir para el logro de esa finalidad.

Si en aras de hacer realidad el provecho buscado con el hurto, se incurre en otra infracción el concurso no es aparente sino efectivo, como sería por ejemplo el caso de quien hurta una libra de cocaína y resuelve ponerla en venta; o de quien hurta un arma de fuego y toma la determinación de portarla. La conducta posterior no puede retrotraerse a lo que describe el verbo rector del hurto y mucho menos si se tiene en cuenta que el agotamiento es posterior al perfeccionamiento del ilícito.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto: Dres Gustavo Gómez Velasquez y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-20

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cali.	
Acción	:	Orlando Valencia Correa y Otros.	
Delito	:	Hurto, Porte Ilegal de Armas y Lesiones Personales.	
Fuente Formal	:	Artículos 26, 201 y 349 C. P.	303

PORTE ILEGAL DE ARMAS\HURTO\CONCURSO \ CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO)

Si alguien pretende hurtar varias cosas, entre las cuales se encuentra estupefacientes o armas, consumado el hecho debe responder por el hurto de las cosas que no tenían esa especial naturaleza y también por el delito propio de las otras, que puede ser porte, almacenamiento, conservación, transporte, venta, etc., de esas sustancias y de esas armas.

Sería fácil al Juez, que quiere a todo trance deducir un concurso olvidarse de una acción como lo que es y debe ser, o sea, calificante o agravante, para tomarla mas bien como delito autónomo, independiente y adecuado para fijar la acción concursal.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel
Notas: Salvamento parcial de voto: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-20

Fuente Formal	:	Artículos 26, 201 y 349 C.P.....	312

PORTE ILEGAL DE ARMAS\HURTO\CONCURSO \ CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE (SALVAMENTO DE VOTO)

El disvalor típico de la conducta prevenida en el Decreto 3664 de 1986 fabricación de armas de fuego o municiones, nada tiene que ver con la utilización del arma cuando este comportamiento corresponde al segmento de otra acción que envuelve los rasgos característicos propios de la violencia calificada.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-20

Fuente Formal : Artículos 201 y 349 C. P..... 315

92-08-26

REFORMATIO IN PEJUS

La ley es una forma reglamentaria de los principios políticos que contiene la Constitución. Esta se vulnera cuando en segunda instancia se condena a quien, en primera fue absuelto. Puede concurrir la agravación en el caso de varios apelantes que buscan finalidades diversas.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-26

Decisión : Casa parcialmente.
Procedencia : Tribunal Superior de Antioquia.
Acción : Nelson Antonio Noreña.
Delito : Homicidio.
Fuente Formal : Artículo 31 C.N. y 225 C. de P. P..... 319

92-08-27

COLISION DE COMPETENCIA Y DELITOS CONTRA LA EXISTENCIA Y SEGURIDAD DEL ESTADO

Se fija a través del Decreto 1676 de 1991 trámite de procesos en el Tribunal de Orden Público, adoptado como Legislación permanente por el Decreto 2271 del mismo año.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Auto: Colisión.
Fecha: 92-08-27

Decisión : Dirime colisión de competencia.
Procedencia : Juzgado Regional de Medellín.
Acción : Guillermo de Jesús Hernández H. y otro.
Fuente Formal : Decreto 1676 de 1991..... 332

NULIDAD \ VIOLACION AL DERECHO DE DEFENSA \ DEFENSOR

Hoy con la nueva normatividad constitucional es absolutamente claro que habría violación al derecho de defensa si el trámite del sumario se adelanta sin la asistencia de un abogado. Pero, naturalmente, también se incurre en esa vulneración cuando se cuenta con la presencia formal de un abogado que no puede cumplir con su misión técnica, porque desconoce los cargos de los cuales debe defender al procesado.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-08-27

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Dámaso Hernández Gaitán.	
Delito	:	Homicidio y falsa denuncia.	
Fuente Formal	:	Artículos 225 y 304 C. de P.P.....	338

92-09-02

CAUCION PRENDARIA \ CAUCION JURATORIA

Si la noción sobre el la insolvencia del caucionado está huérfana de respaldo probatorio para el momento en que el Juez adopta la decisión sobre esa materia, nada se opone a que se pida la práctica de pruebas o se aporten las que demuestren fehacientemente que la situación económica del inculpado es distinta a la que se tomó como "fundamento de la caución escogida por el funcionario judicial para lograr el cambio de una caución prendaria por una juratoria ha de tener como único fundamento la carencia de recursos económicos.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Acto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-09-02

Decisión	:	Declara nulidad.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pereira.	
Acción	:	Gilberto Velásquez Zerpa -Juez 4o. de Inseriminal de Santa Rosa de Cabal.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente Formal	:	Artículo 393 C. de P.P.	355

DEBIDO PROCESO \ VIOLACION AL DERECHO DE DEFENSA \ JUICIO

La etapa probatoria de la causa es la concreción de la garantía del ejercicio de la defensa, puesto que si el Estado ya recaudó todos los elementos de convicción para formular cargos, aquella es la oportunidad por excelencia, en la cual el implicado puede ejercer el derecho de contradicción, no solo con relación a las pruebas, sino también con respecto a todos los elementos que estructuran el delito atribuido.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Segunda Instancia
Fecha: 92-09-02

Decisión	:	Declara nulidad.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pereira.	
Acción	:	Gilberto Velásquez Zerpa. Juez 4o. de	
	:	Instrucción Criminal de Santa Rosa de Cabal.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente Formal	:	Artículo 29 C.N.	355

COMPETENCIA \ JUECES REGIONALES

Los preceptos especiales dictados para regular los asuntos de conocimiento de los Jueces Regionales y Tribunal Nacional, mantienen su vigencia.

El artículo 100 del Decreto 2790 fue convertido en legislación permanente por el 3o. del Decreto 2271 de 1991, de manera que la aplicación de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal "así como la de normas" "que los adicionen o reformen" quedo restringida a "las materias no reguladas" por el Estatuto adoptado como legislación permanente, de donde resulta que si un determinado tema aparece regulado en la legislación especial convertida en permanente, es ésta y no otra la llamada a la aplicación.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Auto: Colisión.
Fecha: 92-09-02

Decisión	:	Dirime colisión de competencia.	
Procedencia	:	Juzgado 5o. Penal del Circuito de Bogotá.	
Acción	:	Alfonso Rincón y otros.	
Delito	:	Extorsión.	
Fuente Formal	:	Decreto 2790 y 99 de 1991.	371

JUEZ \ INVESTIGACION

Los Jueces tienen la obligación de realizar una investigación integral, esto es, tanto sobre los aspectos que favorezcan como los que perjudiquen la situación de los procesados; lo que es lógico porque el objetivo del Estado es la realidad histórica de los hechos y en tales circunstancias no tiene particular interés ni de absolver, ni de condenar a nadie, simplemente descubrir la verdad y conforme a ella dictar sentencia.

Pero lo anterior no quiere decir que los Jueces deban dejarse engañar o acceder a solicitudes cuando con ellas se pretenda desviar la investigación, so pretexto de exigir el cumplimiento del principio de la investigación integral.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-02

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Edgar Rubiano Pinzón.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 333 C. de P.P.	376

92-09-03

DEMANDA DE CASACION

El nuevo Código de Procedimiento Penal admite la formulación de cargos excluyentes dentro del texto de la demanda de casación, siempre y cuando el demandante los plantee separadamente y de manera subsidiaria.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-03

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Jaime Michelsen Uribe.	
Delito	:	Concentración indebida de contratos.	
Fuente Formal	:	Decreto 1730 de 1991.	383

PRESCRIPCION \ AUTO DE PROCEDER \ RESOLUCION DE ACUSACION

Según los claros términos del artículo 84 del Código Penal, el único acto procesal capaz de interrumpir la prescripción de la acción penal es el auto

de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado y como quiera que en el anterior como en el nuevo procedimiento penal, la resolución de acusación es la única que por su forma y contenido se equipara al auto enjuiciatorio.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-03

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Jaime Michelsen Uribe y otro.	
Delito	:	Concentración indebida de contratos.	
Fuente Formal	:	Decreto 1730 de 1991	383

CONCENTRACION INDEBIDA DE CREDITOS \ DEBIDO PROCESO \ CASACION OFICIOSA \ PRESCRIPCION

El delito conocido como "concentración indebida de créditos" prohíbe a los directores, administradores, representantes y funcionarios de instituciones financieras otorgar créditos o efectuar descuentos de manera directa o indirecta de los accionistas de la propia entidad, superando las autorizaciones legales que le señalan un límite o cupo de endeudamiento; es decir concentrar o reunir en un solo accionista (persona natural o jurídica) préstamos o hacer descuentos por encima del tope legal. El delito de concentración indebida de créditos se configura en el momento en que el crédito o los créditos otorgados por la entidad prestamista a un accionista suyo, sobrepasan los límites de endeudamiento.

El debido proceso es la máxima garantía procesal en toda clase de actuaciones judiciales o administrativas, su desconocimiento o afectación autoriza a la Corte en sede de Casación para quebrar en forma oficiosa la sentencia cuando ésta atenta en forma ostensible contra cualquiera de las garantías fundamentales de arraigo constitucional.

El máximo de pena a que alude el artículo 80, es el señalado para el respectivo delito "mas las adiciones o menos las disminuciones que resultaren de las circunstancias de agravación o atenuación concurrentes, contabilizando para ello el máximo posible de incremento en caso de agravantes , o el mínimo posible de disminución si se trata de atenuantes", sin que pueda exceder de veinte años ni ser inferior a cinco años.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-03

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Jaime Michelsen Uribe.	
Delito	:	Concentración indebida de contratos.	
Fuente Formal	:	Decreto 1730 de 1991.	383

COMPLICIDAD \ TENTATIVA \ PENA \ CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

Rad. No. 6114. Como la complicidad y la tentativa son dispositivos amplificadores del tipo que inciden en la punibilidad del hecho aminorando o disminuyendo la intensidad de la pena, forzoso es considerarlos como "modalidades específicas" o circunstancias atenuantes de ella, para efectos de contabilizar el máximo de pena imponible pues no resulta lógico ni equitativo sancionar con la misma pena el comportamiento del cómplice que apenas contribuye a la realización del hecho o del que dio comienzo a su ejecución, con la correspondiente al autor o ejecutor de la conducta típica.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-03

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Jaime Michelsen Uribe y otro.	
Delito	:	Concentración indebida de contratos	
Fuente Formal	:	Decreto 1730 de 1991.	383

92-09-04

SOBRESEIMIENTO TEMPORAL \ PREVARICATO

Después del primero o del segundo sobreseimiento temporal y adelantada la subsiguiente averiguación si arroja fundamentos suficientes, deberá dictarse la Resolución de Acusación.

El hecho de ser manifiestamente contraria a la ley una determinada decisión, no es suficiente para imputar al procesado conducta prevaricadora, ya que para la viabilidad jurídica de tal conducta es esencial que la decisión sea obra de la voluntad o intención del funcionario de contrariar el ordenamiento legal.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto. Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-09-04

Decisión	:	Confirma la sentencia recurrida.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cartagena.	
Acción	:	Manlio Aristio Barrios -Ex Juez Octavo de Inscriminal.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente Formal	:	Artículo 473 C. de P.P.	411

FAVORABILIDAD\CALIFICACION (SALVAMENTO DE VOTO)

Sostener que cuando existe mérito para una Resolución de Acusación debe calificarse la investigación por tercera vez, constituye el desconocimiento del principio constitucional de la favorabilidad, cuando además, el legislador quiso reducir a dos el número de pronunciamientos calificatorios.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto. Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Segunda Instancia.

Fecha: 92-09-04 422

92-09-14

EXTORSION \ JUECES REGIONALES \ COMPETENCIA

Los delitos de extorsión son de conocimiento de los Jueces de Orden Público ahora Jueces Regionales y Tribunal Nacional cuando la cuantía sea o exceda de cinco millones de pesos.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Notas: Aclaración de voto: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Colisión
Fecha: 92-09-14

Decisión	:	Dirime colisión de competencia.	
Procedencia	:	Juzgado Regional de Medellín	
Acción	:	Juan Guillermo Cárdenas.	
Delito	:	Extorsión y otros.....	424

92-09-16

PENA ACCESORIA \ INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS \ CASACION OFICIOSA

Si el juzgador al imponer la pena de prisión no aplica la interdicción de derechos y funciones públicas está desobedeciendo una preceptiva obligatoria, lo cual presupone que está ignorando el texto explícito de la ley o lo que es lo mismo pero en términos del recurso de casación, excluyendo el canon en forma evidente.

Las penas accesorias fueron instituidas por el legislador para limitar algunos derechos del sentenciado, aparte de su libertad de locomoción, dadas las modalidades del hecho punible por el que fue condenado y las circunstancias que rodearon su comisión.

La expulsión del territorio nacional, debe guardar una estrecha relación entre la conducta reprochable y ésta sería sanción accesoria, demostrando el juzgador que la una es la consecuencia lógica de la otra.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-16

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Lesbia de Fátima Brenes Peters (Médica).	
Delito	:	Homicidio culposo.	
Fuente Formal	:	Artículo 58 y 52 del C.P.	464

AUTOR \ COMPLICE \ TRANSPORTE DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE

Si el imputado no ha contribuído "a la realización del hecho o "prestado ayuda posterior" al mismo, sino que inequívocamente lo ha realizado", su intervención como protagonista de la conducta típica lo ubica en el plano del autor, situación que no varía por la sola presencia de un número plural de personas, pues si todas ellas toman parte en la ejecución del hecho típico responderán a título de coautoras, y si tan solo prestan colaboración o ayuda para que el autor lo realice, serán tenidas como cómplices. La infracción "transporte" de sustancia estupefaciente (Artículo 33 ley 30 de 1986), se ubica dentro de aquellas conocidas como de simple conducta, cuya consumación no exige la producción de un determinado resultado.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Aclaración de voto. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-16

Decisión	:	No casa.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.
Acción	:	María Dolores Ruíz Usuaga.
Delito	:	Infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes
Fuente Formal	:	Artículos 23 y 24 C.P. 432

NARCOTRAFICO \ DELITOS COMPUESTOS ALTERNATIVOS (ACLARACION DE VOTO)

Puede ocurrir un comienzo de ejecución, es un crimen in itinere y no un delito consumado.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Aclaración de voto. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha : 92-09-16 440

CASACION \ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

Fue voluntad del legislador unificar las normas aplicables en materia del recurso de casación, comprendiendo en esa reglamentación las sentencias del Tribunal Penal Militar, respecto de las cuales por ejemplo, no hay duda de que rige el inciso segundo de la norma transcrita, el cual es una innovación, que de manera expresa modifica el tenor literal del artículo 435 del Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar).

Es evidente que todo lo relacionado con el recurso de casación aún respecto de fallos de la justicia militar, está regulado por el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto. Dres. Didimo Páez Velandia y Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-16

Decisión	:	Decide devolver el expediente.
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar.

Acción : Luis Marín Morales y otros.
Fuente Formal : Artículo 218 C. de P.P. 442

LIBERTAD PROVISIONAL \ ANTECEDENTE PENAL

Si al procesado se le imputa alguno de los delitos previstos en el numeral 4o. del artículo 417 del C. de P.P., sólo podrá negársele el beneficio de excarcelación si el funcionario de acuerdo a los requisitos subjetivos a que se refiere el numeral 2o. del artículo 68 del Código Penal, considera que el imputado requiere de tratamiento penitenciario. Pero si la infracción o infracciones a que se contrae el proceso no aparece en la lista allí consignada y, además se cumple el requisito objetivo a que se refiere el artículo 68 del Código de las Penas, se impone el beneficio de la libertad provisional, sin que le sea permitido al funcionario denegarlo so pretexto del necesario tratamiento penitenciario.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 28 de la Carta Política no pueden existir "penas y medidas de seguridad imprescriptibles" pero a su vez el artículo 248 de la misma codificación superior se tiene que las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva "tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales".

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Auto: Casación.
Fecha: 92-09-16

Decisión : Niega beneficio de libertad provis.
Procedencia : Tribunal Superior de Neiva.
Acción : Eduardo Alfonso Trujillo Niño.
Delito : Prevaricato. 448

NULIDAD \ COLISION DE COMPETENCIA

Tanto el Código de Procedimiento Penal anterior como el actualmente vigente, señalan con absoluta claridad que las nulidades sólo serán decretadas por el funcionario competente.

Si el funcionario luego de que se plantea el conflicto resuelve mediante auto avocar el conocimiento y disponer continuar con el trámite que corresponde, tales decisiones implican que admite las razones expuestas por quien manifestó inicialmente no ser el competente.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Auto: Colisión.
Fecha: 92-09-16

Decisión	:	Se abstiene de conocer del proceso.	
Procedencia	:	Juzgado 59 de Instrucción Criminal de Bogotá.	
Acción	:	Carlos Martínez.	
Delito	:	Falsedad.	
Fuente Formal	:	Artículo 101 C. de P.P.....	456

TRANSITO DE LEGISLACION \ COMPETENCIA

El artículo 13 transitorio del Código de Procedimiento Penal, establece que "los procesos en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuarán tramitando con base en el anterior Código.. ", lo cual significa que en los demás casos se aplicarán las nuevas disposiciones, teniendo en cuenta el trámite que falta por agotarse. El nuevo Código rige el proceso desde el momento en que se encuentra hacia adelante, sin necesidad de invalidar nada de lo actuado ni repetir pasos ya superados..

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Auto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-09-16

Decisión	:	Decide continuar la tramitación.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Bogotá.	
Acción	:	Carlos Julio Mejía Clavijo.	
Fuente Formal	:	Artículo 13 transitorio C. de P.P.....	461

92-09-21

CAMBIO DE RADICACION \ FISCAL GENERAL DE LA NACION

Del texto de las normas que hacen relación al cambio de radicación se desprende que de estar en estos momentos funcionando las unidades fiscales para la investigación de los delitos de competencia de los jueces penales y promiscuos municipales, un cambio de radicación que se impetre de un distrito judicial a otro, estándose en la etapa instructiva, corresponde decidirlo directamente al Fiscal de la Nación.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Concepto: Cambio de radicación.
Fecha: 92-09-21

Decisión	:	No ha lugar al cambio de radicación.	
Procedencia	:	Juzgado 9 Penal Municipal de Pereira.	
Acción	:	Wilmar de Jesús Jaramillo.	
Delito	:	Calumnia.	473

92-09-23

ACCION DE REVISION \ PRUEBA FALSA

La acción de revisión es un derecho que surge para cambiar una situación que es considerada como verdad indiscutible por haber sido declarada por quien a nombre del Estado ejerció la potestad de administrar justicia.

"Una prueba falsa cuando no corresponde a la realidad del hecho que con ella se pretende demostrar, cuando la verdad se muta, imita, supone, calla, oculta o suprime; si lo que ocurre es que de su examen no surge ostensible la certeza de que lo que en verdad sucedió en el mundo de la naturaleza, no ya de falsedad puede hablarse sino, tal vez, de falta de consistencia y por ende de credibilidad".

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Auto: Revisión.
Fecha: 92-09-23

Decisión	:	Rechaza in limine.	
Procedencia	:	Juzgado 2o. Superior de Ocaña.	
Acción	:	Luis Eduardo López García.	
Delito	:	Homicidio	
Fuente Formal	:	Artículo 234 C. de P.P.	480

INEXISTENCIA \ NULIDAD \ COMPETENCIA \ INSTRUCCION \ REPARTO

La sanción de inexistencia solo está prevista para todas aquellas actuaciones en que participe el procesado sin estar debidamente acompañado de su defensor.

No todas las irregularidades procesales constituyen nulidad, para que se de una de ellas es indispensable que se afecte de manera grave la estructura fundamental del procedimiento o se vulneren derechos sustanciales de las partes.

La competencia para conocer de un determinado delito en su fase instructiva o de juzgamiento es determinado por la Constitución o por la ley para cada categoría jurisdiccional.

El reparto es un acto simplemente administrativo que tiene como finalidades fundamentales, la equitativa distribución del trabajo entre los funcionarios que obstenten una misma competencia y evitar que los procesos puedan ser asignados conforme a las preferencias de los funcionarios potencialmente competentes.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-23

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar.	
Acción	:	Lázaro González López.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Decreto 2282 de 1989.	484

92-09-25

CASACION \ TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR

La voluntad del legislador en lo concerniente a la procedencia, concesión y tramitación del recurso extraordinario, lo mismo que en cuanto a las innovaciones introducidas, no fue otra que la de unificar la normatividad aplicable sobre el particular, comprendiendo en esa reglamentación las sentencias dictadas por el Tribunal Superior Militar.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Notas: Aclaración de voto. Dres. Juan Manuel Torres Fresneda y Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-25

Decisión	:	Devolver el expediente. Procedencia Tribunal Superior Militar.	
Acción	:	Alvaro Ospina.	
Delito	:	Peculado, Hurto y otros.	
Fuente Formal	:	Artículo 224 C. de P.P.	492

CASACION (ACLARACION DE VOTO)

Para desconocer el trámite que contempla el Decreto 2550 de 1988 sobre casación, debe mediar una modificación legislativa expresa; pues, entre tanto, el rito para impulso y decisión del recurso extraordinario debe continuar dentro de las guías que le fija detalladamente el Código Penal Militar, ya que esa ha sido la voluntad invariable del constituyente.

Magistrado ponente Dr. Jorge Carreño Luengas.
Notas: Aclaración de voto. Dres. Juan Manuel Torres Fresneda y Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-25 494

92-09-28

IMPEDIMENTO\HABER DICTADO PROVIDENCIA

Las varias hipótesis de impedimento consignadas en el artículo 103 No. 6 del C. P. P., están referidas en forma exclusiva para el Juez de segunda instancia y en relación con actuaciones suyas como Juez a quo, funcionario o auxiliar de la justicia en dicho proceso, o tenga nexos de parentesco consanguíneo, afín o civil en los grados allí señalados; jamás se refiere a actuaciones suyas precedentes como Juez de segunda instancia porque se llegaría a un verdadero caos en la tramitación judicial de los procesos.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Notas: Salvamento de voto. Dr. Edgar Saavedra Rojas
Aclaración de voto: Dres. Juan Manuel Torres Fresneda y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-09-28

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Nacional.	
Acción	:	José J. Rivera V. Otros.	
Fuente Formal	:	Artículo 103 C. de P.P.	497

92-09-29

RECUSACION \ IMPEDIMENTO \ PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La recusación y el impedimento no pueden resolverse de manera general e indefinida, tanto en el tiempo como en el espacio, sino que su decisión obliga en cada caso en particular, produciendo entonces exclusivamente sus efectos frente al asunto en que se ha debatido y definido. \El Código de Procedimiento Penal al contemplar en sus artículos 481 y 482 la "conservación del procedimiento" y el "cambio de procedimiento" da prevalencia al procedimiento ordinario sobre el abreviado, impidiendo, pues, que recaiga en vicio de nulidad por haberse escogido equivocadamente aquél en vez de éste.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-29

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Sincelejo.	
Acción	:	Luis Manuel Martínez Yanez.	
Delito	:	Hurto.	
Fuente Formal	:	Artículo 225 C. de P.P.....	511

PENA \ LEX TERTIA

Es imposible aplicar dos normas (La derogada y la vigente) en forma simultánea. El Juez debe determinar que disposición de uno u otro ordenamiento legal le es más favorable al procesado y aplicarla en su integridad.

Magistrado ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas.
Auto: Casación.
Fecha: 92-09-29.

Decisión	:	Concedió libertad.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Luis Eduardo Fajardo Sanabria.	
Delito	:	Enriquecimiento ilícito.	
Fuente Formal	:	Artículo 530 C. de P.P.....	521

VIOLACION INDIRECTA \ CASACION

El Estatuto actualmente vigente no exige que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero debe indicarse en qué consiste la inconformidad, para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación. La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, la conclusión no puede ser otra que su desestimación.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-09-29

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cundinamarca.	
Acción	:	Héctor Arnulfo Castro Alvarado.	
Delito	:	Homicidio.....	524

92-09-30

ARMA \ PRUEBA PERICIAL \ DICTAMEN MEDICO

Si al experto se recurre en demanda de un dictamen consultando sus conocimientos especializados y útiles para el esclarecimiento de un determinado y esencial aspecto que trasciende a los hechos debatidos, la finalidad de esa prueba no se satisface con criterios o pareceres subjetivos propios de una opinión, sino mediante la invocación de los principios que rigen la cientificidad o las reglas técnicas debidamente comprobadas y racionalmente aceptadas, que cotejados frente al caso de duda, sustentan una satisfactoria, objetiva y comprobada respuesta que se individualiza como solución.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación
Fecha: 92 09-30

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Villavicencio.	
Acción	:	Efraín Herrera.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículo 264 C. de P.P.	530

ESTAFA \ COMPETENCIA TERRITORIAL \ CONSUMACION

Es suficiente leer el artículo que describe el punible de estafa (art. 356 C.P.), para rápidamente captar que ese comportamiento se perfecciona donde y cuando el agente obtiene, para si o para otro, el provecho ilícito con provecho ajeno. El verbo, obtiene, es el que sirve de núcleo orientador y rige la conducta en mención.

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruíz.
Auto: Colisión.
Fecha: 92-09-30

Decisión	:	Dirime colisión de competencias.	
Procedencia	:	Tribunal de Cundinamarca.	
Acción	:	Paulino Pineda Martínez y Margarita Pineda de Linares.	
Delito	:	Estafa.....	539

IMPEDIMENTO \ TRANSITO DE LEGISLACION

Si la única actuación restante la constituye el pronunciamiento de segunda instancia, toda actividad subsiguiente debe proseguir bajo las

disposiciones del Decreto 050 de 1987 Código de Procedimiento Penal, independientemente de auscultar si ese precepto y las finalidades que cubría son o no recogidos por el artículo 103 numeral 6o. ,dentro del nuevo estatuto de Procedimiento Penal.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-09-30

Decisión	:	Declara fundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Nacional.	
Acción	:	Sala de Tribunal Nacional.	
Fuente Formal	:	Artículo 13 transitorio Decreto 2700 de 1992.....	543

IMPEDIMENTO \ TRANSITO DE LEGISLACION

No resulta oportuno aplicar las reglas del sistema acusatorio a un proceso tramitado bajo una orientación diferente legalmente regulada.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto Dres. Jorge Enrique Valencia Martínez y Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Unica Instancia.
Fecha : 92-09-30

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Corte Suprema de Justicia.	
Acción	:	Dr. Juan Manuel Torres Fresneda Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia .	
Fuente Formal	:	Artículo 103 C. de P.P.....	549

IMPEDIMENTO \ TRANSITO DE LEGISLACION \HABER DICTADO PROVIDENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)

La ausencia de relación jerárquica entre dos órdenes de funcionarios y la desvinculación del Juez a la pretensión formal de acusación, es garantía de neutralidad e imparcialidad.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel.
Notas: Salvamento de voto. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Unica Instancia.

Fecha: 92-09-30

Decisión : Declara infundado el impedimento..... 553

92-10-01

ACUMULACION JURIDICA DE PENAS \ JUEZ DE PENAS \ COMPETENCIA

La Corte es competente para conocer de los conflictos de competencia por acumulación de penas en la jurisdicción ordinaria. La acumulación jurídica de penas es un instituto de conocimiento de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad; sin embargo, como el funcionamiento de esos cargos, no es de instrumentación inmediata el legislador dispuso que transitoriamente y en tanto tales despachos se integran a la realidad jurídica del país, fueran los jueces que profirieron la sentencia de primera instancia los que asumieran las atribuciones de aquellos.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas
Auto: Colisión.
Fecha: 92-10-01

Decisión : Dirime colisión de competencia.
Procedencia : Juzgado Penal del Circuito de Sopetrán (Antioquia).
Acción : José Dolores Mosquera M.
Delito : Hurto, Homicidio y Lesiones Personales.
Fuente Formal : Decreto 2700 de 1991, artículos 15 transitorio y 75.3 560

92-10-06

FALSEDAD MATERIAL DEL PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO \ FALSEDAD PERSONAL PARA LA OBTENCION DE DOCUMENTO PUBLICO \ COMPLICIDAD

Nadie se ha atrevido a sostener que la complicidad como contribución no efectiva del delito no empece su categoría o naturaleza debe descartarse en la falsedad.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-06

Decisión	:	Deniega la casación.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá	
Acción	:	Ignacio Bernal Vallejo y otro.	
Delito	:	Falsedad material y personal en documento público.	
Fuente Formal	:	Artículo 24 Decreto 100 de 1980.....	566

RESOLUCION DE ACUSACION \ SEGUNDA INSTANCIA \ NULIDAD \ RECURSO DE CASACION

Cuando los hechos materia de investigación se adecúan legal y naturalísticamente a un determinado tipo penal, diferente del tenido en cuenta en la resolución de acusación y el sentenciador de segunda instancia, sin advertir la errónea calificación, falla de acuerdo con ella, la falencia tiene lugar al calificar el sumario, por lo cual el vicio afecta de nulidad la actuación posterior.

El recurso extraordinario de casación se instituyó para corregir los quebrantamientos a las normas sustanciales ya de manera directa o indirecta, en cuyo último caso ha de indicarse en forma clara, como la vulneración de un dispositivo ritual condujo al ultraje del precepto sustancial.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-06

Decisión	:	Deniega la casación impetrada.	
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar.	
Acción	:	José Matamoros y otro.	
Delito	:	Concusión.	572

92-10-07

DEMANDA DE CASACION \ TRANSITO DE LEGISLACION

Si el recurso extraordinario de casación fue cursado con posterioridad al 1o. de julio de 1992, no hay ninguna razón para que el trámite del mismo se ritúe por el anterior Código.

Magistrado ponente: Dr. Yesid Ramírez Bastidas.
Auto: Recurso de hecho.
Fecha: 92-10-07

Decisión	:	Si hay lugar al recurso de casación.

Procedencia	:	Tribunal Superior de Pereira.	
Acción	:	José Leonel Cardona Castaño y otro.	
Fuente Formal	:	Artículo 223 Decreto 2700 de 1991.....	584

DEBIDO PROCESO \ DERECHO DE DEFENSA \ PRUEBAS \ DICTAMEN PERICIAL \ JURADO DE CONCIENCIA \ PENA ACCESORIA \ REFORMATIO IN PEJUS

Cuando el funcionario cita las normas a las cuales dio aplicación en el decurso de la diligencia, dejando constancia de haber interrogado de conformidad con las provisiones de los artículos 379, 380 y 381, ha de entenderse que al implicado le fue puesto de presente el contenido de las mismas y que las exigencias allí previstas fueron respetadas.

El término para ordenar pruebas, se comienza a contar a partir de la última notificación del auto que abre la etapa probatoria.

No en todos los procesos el Juez tiene la obligación de decretar la experticia siquiátrica, pues ella debe seguir como una necesidad de las condiciones personales, familiares o sociales del sindicado, que indiquen la posible existencia de un trastorno mental.

La circunstancia de que el juzgamiento lo realice un Juez de derecho y no el de hecho, no constituye una vulneración ni al debido proceso ni al derecho de defensa.

Al ser penas accesorias consustanciales a las principales, al Juez no le queda otro camino que obedecer la imperativa legal, según el cual la pena accesoria es igual a la principal, salvo los límites legales para algunas en particular.

A pesar de que la Fiscalía apele el fallo de segunda instancia no por ello se desvirtúa la exigencia constitucional del apelante único, porque al haber sido interpuesto para buscar la absolución de los procesados, se ha de entender como si proviniera de la defensa.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-07

Decisión	:	Casa parcialmente.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Cali.

Acción:	:	Juan Diego Arango Martínez y otro.	
Delito	:	Homicidio.	
Fuente Formal	:	Artículos 379, 380, 381 y 120 del Decreto 2700 de 1991.....	589

92-10-08

IMPEDIMENTO

Un funcionario que debiendo actuar en segunda instancia o en casación está impedido para hacerlo por alguna de estas razones: a) Haber dictado la providencia cuya revisión se trata o hubiere participado dentro del proceso. b) Ser pariente dentro de los grados que allí se señalan, del inferior que dictó la providencia que se va a revisar. En ambos eventos, es obvio, que debe existir una providencia objeto de revisión, bien sea por consulta o por interposición de un recurso.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Notas: Salvamento de voto. Dres. Edgar Saavedra Rojas. Juan Manuel Torres Fresneda y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: impedimento.
Fecha: 92-10-08

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Lucas Quevedo Díaz, Aida Rangel Quintero y Abelardo Rivera Llano. Magistrados Sala Penal.	
Fuente Formal	:	Artículo 250 C.N.....	617

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO)

La Constitución Nacional en su artículo 250 consagra el monopolio de la investigación y de la acusación en el proceso penal, y en tales circunstancias surge con toda nitidez que para efectos de garantizar a plenitud el principio de la imparcialidad judicial es imposible pensar que quien de una u otra manera intervino en la investigación o acusación puede llegar a convertirse en Juez en el momento de deducir responsabilidades.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Notas: Salvamento de voto. Dres. Edgar Saavedra Rojas. Juan Manuel Torres Fresneda y Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-10-08

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Lucas Quevedo Díaz, Aida Rangel Quintero y Abelardo Rivera Llano. Magistrados Sala Penal.	
Fuente Formal	:	Const. Art. 250.....	621

RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS \PRUEBAS\INSPECCION JUDICIAL\TENTATIVA \DICTAMEN MEDICO

La diligencia de reconocimiento en fila de personas, no permite por su naturaleza y los fines que persigue, que en ella se realicen controversias, cargos, oposición o enfrentamientos entre el sindicado y las personas que hacen el reconocimiento.

La ley impone al funcionario instructor, el deber de decretar todas aquellas pruebas que concurran no solo a demostrar la responsabilidad del acusado, sino también aquellas que puedan favorecer, pero solo cuando de lo alegado y probado surja su necesidad o pertinencia.

La diligencia de inspección judicial es el examen que hace el instructor personalmente o asesorado de testigos, de los hechos que son materia del proceso, para comprobar objetivamente circunstancias de los hechos, como distancias, condiciones de visibilidad, etc., diligencia que puede ser solicitada por las partes, o decretada de oficio quedando en este último caso al buen criterio del Juez practicarla o abstenerse de hacerlo, según que lo estime procedente o conducente.

El dispositivo amplificador de la tentativa no surge en el delito de homicidio de la naturaleza de mayor o menor gravedad de la lesión que pudo sufrir el agraviado, ya que este puede ser apenas uno de los muchos factores que permitan al juzgador examinar los hechos, los actos ejecutados y reconstruir en su esencia la vida de la acción.

La omisión de traslado a las partes del dictamen médico no constituye nulidad legal ni constitucional, al menos que en el caso concreto se demuestre que las partes no tuvieron oportunidad alguna de conocerlo y controvertirlo y que por esta vía se conculcó fundamentalmente el derecho de defensa.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-08

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Nelson Enrique González.	
Delito	:	Homicidio tentado.....	632

CAPTURA \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ LEX TERTIA

La actual codificación consagra el cumplimiento inmediato de las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenen medidas preventivas aunque permite diferir la orden de captura, en el evento en que se niegue el subrogado de la condena de ejecución condicional, hasta la ejecutoria del fallo, salvo que durante el proceso se hubiere proferido medida de aseguramiento de detención sin beneficio de excarcelación.

No es posible dar aplicación en forma parcial a una disposición, so pretexto de que ella contiene dos mandatos. Uno favorable y uno desfavorable, debiéndose hacer abstracción de ella en aquello perjudicial a los intereses del procesado.

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Casación.
Fecha: 92-10-08.

Decisión	:	No repone su providencia.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Paulino Mora Pedraza.	
Fuente Formal	:	Artículo 198 Decreto 2700 de 1991.....	643

92-10-16

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM \ ACCION DISCIPLINARIA \ ACCION PENAL

Los fines protegidos penal y disciplinariamente son diferentes y buscan diversas finalidades. El derecho penal tutela y garantiza derechos individuales, sociales y estatales. El derecho disciplinario busca regular, disciplinar y velar por el correcto comportamiento de grupos humanos que realicen actividades profesionales reguladas por el Estado. Por esa razón la acción penal y la disciplinaria no se excluyen y se pueden adelantar autónomamente.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Salvamento de voto. Dres. Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruíz y Edgar Saavedra Rojas
Aclaración de voto: Dres. Juan Manuel Torres Fresneda y Jorge Enrique Valencia Martínez.

Auto: Unica instancia.
Fecha: 92-10-16

Decisión	:	Absuelve.	
Procedencia	:	Corte Suprema de Justicia.	
Acción	:	Juan Hugo Sánchez Maluche. Magistrado Tribunal Superior de Ibagué.	
Delito	:	Prevaricato por acción.	
Fuente Formal	:	Artículo 29 C.N.	648

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA \ PERSONALIDAD DEL AGENTE (ACLARACION DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Aclaración de voto. Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Unica Instancia.
Fecha: 92-10-16

Fuente Formal	:	Artículo 29 C.N.	672

SEGUNDA INSTANCIA \ RECURSO \ PREVARICATO (SALVAMENTO DE VOTO)

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Salvamento de voto Dres. Ricardo Calvete Rangel, Guillermo Duque Ruíz y Edgar Saavedra Rojas.
Auto: Unica Instancia.
Fecha: 92-10-16

Fuente Formal	:	Artículo 29 C.N.	678

RECUSACION (ACLARACION DE VOTO)

En los procesos adecuados al nuevo sistema acusatorio existe la necesidad de separar de su intervención en la causa a aquellos funcionarios que hubieren intervenido en la fase instructiva.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Notas: Aclaración de voto. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Unica Instancia.
Fecha: 92-10-16.

Fuente Formal	:	Artículo 29 C.N.	683

92-10-20

IMPEDIMENTO \ OPINION SOBRE EL CASO

No cualquier concepto u opinión por ligero y superficial que sea, es suficiente para separar al funcionario del cumplimiento de su deber. Debe ser ante todo un concepto de fondo de tal naturaleza y entidad que constituya un nocivo prejuzgamiento que comprometa el criterio del juzgador y le impida proceder con libertad.

Magistrado: Dr. Jorge Carreño Luengas
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-10-20

Decisión	:	Declara infundado el impedimento.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Lucas Quevedo Díaz. Magistrado Sala Penal.	
Fuente Formal	:	Artículo 103-4 Decreto 2700 de 1991	688

92-10-21

PECULADO \ HURTO MILITAR \ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL \ CONSULTA

La nota que sustancialmente diferencia los delitos de peculado por apropiación y hurto militar, estriba en la relación entre el sujeto agente y el objeto material del hecho.

La consagración del subrogado penal de la condena de ejecución condicional no es en modo alguno una norma de mero rito, ya que consagra claramente un derecho, aun cuando condicionado a los presupuestos señalados en la ley, con incidencias por demás trascendentales, pues se trata nada menos que de no ejecutar la sentencia.

El grado jurisdiccional de la consulta es de arraigo constitucional como garantía de la efectividad del principio de legalidad de las decisiones judiciales que de ninguna manera podría ser enervada por la voluntad de una de las partes así sea ésta el procesado.

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-21

Decisión	:	No casa.
Procedencia	:	Tribunal Superior Militar.

Acción	:	Julio Cesar Zuluaga Castrillón.	
Delito	:	Peculado por apropiación.	
Fuente Formal	:	Artículos 278 y 189 C.J.P.M.	692

92-10-22

DEFENSA TECNICA \ DERECHO DE DEFENSA \NULIDAD

La afección al derecho de contar con una defensa técnica, no se encuentra tanto en cuestionar la índole del plan ideado para asistir y proteger al procesado, como sí a que la intervención se muestre con cierta entidad de eficacia y comprometa el esfuerzo del defensor en los trámites esenciales de la averiguación.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-22

Decisión	:	No casa:	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Santafé de Bogotá.	
Acción	:	Ana Elvia Ruíz.	
Delito	:	Homicidio y Lesiones Personales.	
Fuente Formal	:	Artículo 29 C.N.	700

JUECES REGIONALES \ COMPETENCIA

"Los procesos cuyo conocimiento está atribuido a los Jueces Regionales, deben regirse exclusivamente por los Decretos Especiales expedidos por el Gobierno Nacional como legislación permanente. Solamente podrá aplicarse el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal en aquellas materias no reguladas en las normas especiales ya citadas". (Septiembre 2, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia)

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Colisión.
Fecha: 92-10-22

Decisión	:	Dirime colisión negativa de compet.	
Procedencia	:	Juzgado 6o Penal del Circuito de Medellín.	
Acción	:	Mauricio Velásquez.	
Delito	:	Extorsión.	
Fuente Formal	:	Decreto 270 de 1990, Decreto 1676 de 1991 y Decreto 2271 de 1991	705

ALLANAMIENTO \ VERSION LIBRE

Para que el allanamiento y sus resultados propios se vean afectados de irvalidez, es indispensable que se de una causa sobre aquel o estos. Pero lo que puede serle ajeno lo que apenas fue eventualidad no esencial, ni necesaria ni principal ni predominante, no irradia consecuencias nocivas o aniquilantes a toda la actuación.

Las prohibiciones relacionadas con la versión libre y espontánea, no pueden alcanzar la desmesura de inhabilitar los sentidos del funcionario que interviene, principalmente el de la audición, al punto que no pueda escuchar lo que en ella se diga. Esto no lo ha dicho la ley, ni se puede imaginar que lo haya previsto ni querido señalar.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-22

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Medellín.	
Acción	:	Olga Lucía Cerón Aguirre.	
Delito	:	Infracción a la ley 30/86 - Artículo 33: Inciso 1o.	
Fuente Formal	:	Decreto 2700 de 1991 - Artículo 343. Decreto 2700 de 1991. Artículo 307	711

DETENCION PREVENTIVA \ DETENCION DOMICILIARIA

Para la procedencia de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, el funcionario debe recurrir al correspondiente precepto penal a fin de determinar el mínimo de la sanción impuesta para el delito que se le atribuye.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.
Auto: Casación.
Fecha: 92-10-22

Decisión	:	Confirma la providencia recurrida.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Manizales.	
Acción	:	Aristides Betancur Ciuffetelli - Ex-Juez Unico Especializado.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente Formal	:	Artículo 407 Decreto 2700 de 1991	718

92-10-23

IMPEDIMENTO \ JUECES REGIONALES \ COMPETENCIA

El Decreto 050 de 1987 regirá para aquellos procesos cuya audiencia hubiere ya iniciado. Además ha de tenerse en cuenta el artículo 5o. transitorio, mediante el cual se integra a la jurisdicción ordinaria la hasta entonces denominada de orden público, conservándole su competencia pero reformándola en su rito al extender a su órbita la instrucción y fallo por Jueces distintos.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia Martínez.
Auto: Impedimento.
Fecha: 92-10-23

Decisión	:	Acepta el Impedimento.
Procedencia	:	Tribunal Nacional.
Acción	:	Magistrados -Una Sala de Decisión- Tribunal Nacional.
Fuente Formal	:	Artículo 535-3 Decreto 050 de 1987, Arts. 103-6 y 5o. transitorio Decreto 2700 de 1991 729

92-10-28

CASACION DISCRECIONAL

El ejereicio de la competencia que de manera excepcional otorga a la Sala Penal de la Corte el inciso tercero del artículo 218 del nuevo Código de Procedimiento Penal para calificar la admisibilidad o no del recurso extraordinario de casación en aquellos casos que por regla general lo excluyen, presupone de una parte el lleno de algunos de los precisos requisitos que de modo general le son comunes a esta impugnación extraordinaria, como además el cumplimiento de unas exigencias específicas orientadas a justificar la viabilidad de su aceptación discrecional en esta sede.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Sentencia: Casación
Fecha: 92-10-28

Decisión	:	Declara inadmisible el recurso.
Procedencia	:	Tribunal Superior de Pasto.
Acción	:	Carmen Cecilia Mosquera y Otro.
Delito	:	Infracción a la Ley de 1986.
Fuente Formal	:	Artículo 218 inciso 3o. del Decreto 2700 de 1991 734

PREVARICATO \ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Ni la actividad ni la inercia de las partes agraviadas con una providencia prevaricadora desnaturalizan la conducta punible o excluyen la responsabilidad penal del funcionario que la protagonizó.

La indemnización de perjuicios se orienta dentro de la obligación constitucional impuesta a las autoridades de amparar y garantizar los derechos de los asociados, al restablecimiento del equilibrio en ellos perturbado con la acción punible.

Magistrado ponente: Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.
Auto: Segunda Instancia.
Fecha: 92-10-28

Decisión	:	Impone cancelar perjuicios ocasiona.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Neiva.	
Acción	:	Emperatríz Castillo Burbano - Juez Promiscuo Municipal de Isnos.	
Delito	:	Prevaricato.	
Fuente Formal	:	Artículo 149 Decreto 100 de 1980 y Art. 557 Decreto 2700 de 1991	741

92-10-29

VIOLACION DIRECTA \ ERROR DE HECHO \FLAGRANCIA \HOMICIDIO CALIFICADO

En todas las hipótesis de violación directa de la ley sustancial, el recurrente que alegue esta forma de quebranto debe aceptar los hechos en la forma plasmada en el fallo, pues solo se discute la aplicación del derecho.

El error de hecho recae sobre la realidad tangible de la prueba que el juzgador omite, supone o distorsiona.

Para los fines que persigue la norma, por flagrancia debe entenderse no la captura del delincuente en el momento de realizar el reato, sino que aquél sea visto o sorprendido al consumar el acto que quebranta la ley penal o se le encuentre con huellas o instrumentos que delaten su participación en el delito.

Hay homicidio calificado cuando éste se consuma aprovechando las condiciones de indefensión de la víctima.

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas.

Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-29

Decisión	:	No casa.	
Procedencia	:	Tribunal Superior de Armenia.	
Acción	:	Gerardo Antonio Flórez Méndez.	
Delito	:	Homicidio	753

92-10-30

TESTIMONIO \ REFORMATIO IN PEJUS \ PENA

Cuando el Tribunal, conforme a las reglas de crítica testimonial tiene por válida una declaración, así hay que admitirlo a pesar de no compartir tal apreciación.

En el espíritu y el texto de la norma exigen que en revisión de la providencia de la cual pueda emerger una sanción, cuando la apelación se cause únicamente en actividad del procesado, no resulte intensificación, al menos que sea una modificación legítimamente introducida relacionada principalmente con la legalidad de la pena.

No existe violación al mandato constitucional, en la medida en que para que la pena se agrave se requiere que esa agravación se realice teniendo en cuenta exactamente la misma conducta y bajo las mismas circunstancias.

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.
Sentencia: Casación.
Fecha: 92-10-30

Decisión	:	Casa parcialmente.	
Procedencia	:	Tribunal Judicial de Santa Rosa de Viterbo.	
Acción	:	Edilberto Abril Fernández.	
Delito	:	Incendio.	
Fuente Formal	:	Decreto Ley 2700/1991 Art. 282. Decreto Ley 2700/1991 Art. 17.	762

Corte Suprema de Justicia
Relatoría Sala de Casación Penal
Indice Alfabético de Sentencias Publicadas
Segundo Semestre de 1992
Primera Parte

Tema	Páginas				
A					
ACCION DE REVISION	480				
ACCION DISCIPLINARIA	648				
ACCION PENAL	648				
ACUMULACION JURIDICA DE PENAS	107	560			
ALLANAMIENTO	711				
ANTECEDENTE PENAL	448				
ANTECEDENTES	217				
APODERADO	81				
ARMA	530				
AUDIENCIA PUBLICA	65				
AUTO DE PROCEDER	383				
AUTOR	432				
C					
CALIFICACION (SALVAMENTO DE VOTO)	422				
CAMBIO DE RADICACION	110	473			
CAPTURA	643				
CARGOS EXCLUYENTES	65				
CASACION	56	65	442	492	524
CASACION (ACLARACION DE VOTO)	494				
CASACION DISCRECIONAL	734				
CASACION OFICIOSA	49	86	265	383	464
CAUCION JURATORIA	355				

CAUCION PRENDARIA 355
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 312
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE
(SALVAMENTO DE VOTO) 315
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES 383
COLISION DE COMPETENCIA 332 456
COMPETENCIA 44 371 424 461 484
560 706 729
COMPETENCIA TERRITORIAL 539
COMPLICE 432
COMPLICIDAD 383 565
CONCENTRACION INDEBIDA
DE CREDITOS 383
CONCURSO
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 312
CONCURSO
(SALVAMENTO DE VOTO) 315
CONCURSO REAL 303
CONDENA DE EJECUCION
CONDICIONAL 15 86 132 217 643
692
CONSULTA 692
CONSUMACION 539
COPARTICIPACION 136
CULPA CON REPRESENTACION 121
CULPABILIDAD 197

D

DEBIDO PROCESO 355 383 589
DEFENSA TECNICA 700
DEFENSOR 338
DELITOS COMPUESTOS ALTERNATIVOS
(ACLARACION DE VOTO) 440
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRA-
CION PUBLICA
(ACLARACION DE VOTO) 672
DELITOS CONTRA LA EXISTENCIA Y
SEGURIDAD DEL ESTADO 332
DEMANDA DE CASACION 116 286 383 584
DERECHO DE DEFENSA 175 238 589 700
DETENCION 40
DETENCION DOMICILIARIA 132 148 718
DETENCION PREVENTIVA 148 718

DICTAMEN MEDICO 530 632
DICTAMEN PERICIAL 589
DOLO EVENTUAL 121

E

ERROR DE DERECHO 86 276
ERROR DE HECHO 86 753
ESTAFA 539
EXTORSION 424

F

FALSEDAD MATERIAL DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PUBLICO 565
FALSEDAD PERSONAL PARA LA OBTENCION DE DOCUMENTO PUBLICO 566
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD 276
FAVORABILIDAD 65
FAVORABILIDAD (SALVAMENTO DE VOTO) 422
FISCAL GENERAL DE LA NACION 473
FLAGRANCIA 753

H

HABEAS CORPUS 15 73
HABER DICTADO PROVIDENCIA 294 497
HABER DICTADO PROVIDENCIA (SALVAMENTO DE VOTO) 553
HABER DICTADO PROVIDENCIA (ACLARACION DE VOTO) 298
HOMICIDIO CALIFICADO 753
HURTO 303
HURTO (SALVAMENTO DE VOTO) 315
HURTO (SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 312
HURTO MILITAR 692

I

IMPEDIMENTO 203 294 497 511 543 549 617 688 729

IMPEDIMENTO
(ACLARACION DE VOTO) 298
IMPEDIMENTO
(SALVAMENTO DE VOTO) 553 621
IMPROSEGUIBILIDAD DE LA ACCION 290
IN DUBIO PRO REO 208 221
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 741
INEXISTENCIA 484
INSPECCION JUDICIAL 632
INSTRUCCION 484
INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS 364
INVESTIGACION 376
IRREGULARIDAD 7 246 254

J

JUECES REGIONALES 94 371 424 706 729
JUECES REGIONALES
(SALVAMENTO DE VOTO) 99
JUEZ 376
JUEZ COLEGIADO 73
JUEZ DE PENA 560
JUEZ PENAL 73
JUICIO 355
JURADO DE CONCIENCIA 589

L

LEGALIDAD DE LA PENA 152
LESIONES PERSONALES 175
LEX TERTIA 521 643
LIBERTAD PROVISIONAL 40 94 448
LIBERTAD PROVISIONAL
(SALVAMENTO DE VOTO) 99

M

MANDATARIO 81

N

NARCOTRAFICO
(ACLARACION DE VOTO) 440
NULIDAD 7 56 238 246 254
338 456 484 572 700

O

OPINION SOBRE EL CASO 688

P

PARTE CIVIL 203
PECULADO 692
PENA 383 521 762
PENA ACCESORIA 464 589
PERITO 246
PERJUICIO 246
PERSONALIDAD DEL AGENTE
(ACLARACION DE VOTO) 672
PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO
DE LAS FUERZAS ARMADAS 188
PORTE ILEGAL DE ARMAS 303
PORTE ILEGAL DE ARMAS
(SALVAMENTO DE VOTO) 315
PORTE ILEGAL DE ARMAS
(SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO) 312
PRESCRIPCION 383
PREVARICATO 411 741
PREVARICATO
(SALVAMENTO DE VOTO) 678
PRINCIPIO NOM BIS IN IDEM 648
PROCEDIMIENTO ABREVIADO 511
PROCESADO 254
PRUEBA DOCUMENTAL 166
PRUEBA FALSA 480
PRUEBA PERICIAL 530
PRUEBAS 589 632
PUNIBILIDAD 107

R

RECONOCIMIENTO EN FILA
DE PERSONAS 632
RECURSO
(SALVAMENTO DE VOTO) 678
RECURSO DE CASACION 572
RECUSACION 511
RECUSACION
(ACLARACION DE VOTO) 683
REDENCION DE PENA POR TRABAJO
Y ESTUDIO 217

REDENCION DE PENA POR TRABAJO 184
REFORMATIO IN PEJUS 49 86 152 227 265
276 319 589 762
REPARTO 484
RESOLUCION DE ACUSACION 238 383 572
RESPONSABILIDAD OBJETIVA 33
REVISION 290
REVOCATORIA 40

S

SEGUNDA INSTANCIA 572
SEGUNDA INSTANCIA
(SALVAMENTO DE VOTO) 678
SENTENCIA 175
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL 411
SUJETO ACTIVO CUALIFICADO 136
SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD. 56
SUSTITUCION DE PODER 81

T

TENTATIVA 33 383 632
TERRORISMO 188
TESTIMONIO 762
TORTURA 175
TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO
DE LAS FUERZAS MILITARES 44
TRANSITO DE LEGISLACION 65 461 543 549 584
TRANSITO DE LEGISLACION
(SALVAMENTO DE VOTO) 553
TRANSPORTE DE SUSTANCIA
ESTUPEFACIENTE 432
TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR 442 492

V

VENTA DE COSA AJENA 166
VERSION LIBRE 711
VIOLACION AL DERECHO DE DEFENSA. 338 355
VIOLACION DIRECTA 56 208 753
VIOLACION INDIRECTA 197 208 524

Se terminó la impresión de esta obra,
en los talleres gráficos de
EDITORIAL LINOTIPIA BOLÍVAR
Y CÍA. S. EN C.,
de la Calle 10 Nº 26-47,
teléfono: 247 18 35,
en el mes de octubre de 1993.
Santafé de Bogotá, D. C. - Colombia